

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

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

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PIILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Redatores:

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

Edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 80 — Caixa Postal 678 — Fax (011) 607-5802
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

Diretor Presidente:

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Diretor Superintendente:

ANTONIO BELLINELLO

Diretor Editorial:

AFRO MARCONDES DOS SANTOS

Diretor de Produção:

ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Diretor:

ROBERTO GALVANE

Gerente: KUNJI TANAKA

Assistente: MELISSA TREVIZAN CHIBANE

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

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

SUMÁRIO

DOCTRINA

- **Minority withdrawal rights and the illiquidity problem; a comparative study between New York and Brazilian law on close corporations** — Flávio R. Bettega 5
- **As cláusulas de não-concorrência nos “shopping centers”** — Fábio Konder Comparato 23
- **Execução específica de cláusula arbitral** — Celso Barbi Filho 29
- **A responsabilidade do administrador de instituição financeira, em face da lei bancária** — Luiz Alfredo Paulin 39
- **O direito de recesso na incorporação, fusão ou cisão de sociedades** — Norma Jonssen Parente 67
- **As cláusulas de força maior e de “hardship” nos contratos internacionais** — José Augusto Fontoura Costa e Ana Maria de Oliveira Nusdeo 76
- **Nota sobre a execução específica da obrigação de contratar** — Fábio Konder Comparato 104

ATUALIDADES

- **Alguns aspectos heréticos da Lei antitruste (Lei 8.884/94)** — João Luiz Coelho da Rocha 108
- **A cédula de produto rural** — Waldirio Bulgarelli 114

JURISPRUDÊNCIA

- **Sigilo bancário — Informações bancárias requisitadas pelo Ministério Público** — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 119

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ANA MARIA DE OLIVEIRA NUSDEO

Advogada em São Paulo, Pós-Graduanda da Faculdade de Direito da USP, na área de Direito Econômico.

CELSO BARBI FILHO

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

FÁBIO KONDER COMPARATO

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

FLÁVIO R. BETTEGA

Advogado em Curitiba; Mestre em Direito pela Tulane University, EUA.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

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

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da USP, na área de Direito Internacional Privado.

LUIZ ALFREDO PAULIN

Advogado em São Paulo.

NORMA JONSSSEN PARENTE

Prof.^a da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Procuradora do Estado do Rio de Janeiro; Advogada.

WALDIRIO BULGARELLI

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

DOCTRINA

MINORITY WITHDRAWAL RIGHTS AND THE ILLIQUIDITY PROBLEM A COMPARATIVE STUDY BETWEEN NEW YORK AND BRAZILIAN LAW ON CLOSE CORPORATIONS

FLÁVIO R. BETTEGA

1. Introdução ao Leitor Brasileiro — 2. The Illiquidity Problem — 3. New York Law — 4. Brazilian Law: 4.1 Introductory Note; 4.2 The Civil Law Rationale for the Withdrawal Rights — 4.3 Minority Withdrawal in the Corporation; 4.4 Minority Withdrawal in the *Limitada* — 5. Conclusion.

1. Introdução ao Leitor Brasileiro

A fisionomia particular da sociedade fechada não é um tema original na doutrina jurídica. Comentaristas e órgãos judiciais americanos referem-se com frequência aos hoje familiares conceitos de “ilíquidez”, “proteção das expectativas”, “potencial de opressão”, e “analogia com a *partnership*” quando tratam dos conflitos que têm como pano de fundo uma companhia fechada.

Em última análise existem duas abordagens diametralmente opostas a este assunto. Uma corrente da doutrina reconhece a sociedade fechada como fundamentalmente diferente de sua congênera de capital negociado publicamente. Assim fazendo, estes comentaristas asseveram ser a relação entre sócios de uma empresa fechada basicamente fundada sobre laços pessoais e confiança mútua, ou seja, uma forma de negócio que na realidade se assemelha à *partnership*. Em consequência, propõem a adoção, pela sociedade de capital fechado, de algumas regras de controle peculiares a *partnership*.¹

1. A *partnership* é uma forma de organização comercial comum no direito americano

A outra tendência denuncia a analogia da *corporation* fechada com a *partnership*, realizada por Hetherington e Dooley, entre outros, como uma construção artificial que negligencia o fato de que os sócios podem ter racional e deliberadamente escolhido constituir uma *corporation*, em lugar de formar uma *partnership*. Não haveria como validamente sustentar o pressuposto de que os sócios não conheciam suficientemente as implicações da legislação societária de forma a merecerem proteção legal adicional, além daquelas pelas quais barganharam no contrato. Preconizam, ao contrário, uma abordagem norteada por um ideal de eficiência. Cortes tratando do assunto deveriam indagar o

cujas características fundamentais são: a) responsabilidade ilimitada dos sócios, b) deliberação apenas pela unanimidade de todos os membros, c) direito de retirada irrestrito. Representativo desta posição é o histórico artigo dos Profs. Hetherington e Dooley, *Illiquidity and Exploitation: A Proposed Statutory Solution to the Remaining Close Corporation Problem*, 63 Va. L. Rev. 1-63 (1977). Ver também, genericamente Charles Blackmar, *Partnerships Precedents in a Corporate Setting — Exit from the Close Corporation*, 7 J. Corp. L. 237-263 (1982).

que teriam as partes disposto no contrato, caso tivessem a alternativa de negociar indefinidamente a custo zero. Em outras palavras, a analogia com a *partnership* seria totalmente inoportuna. Um remédio legislado, ao estilo *partnership*, para os conflitos dentro de sociedades fechadas jamais seria capaz de oferecer uma solução ideal. Conclui esta corrente que uma solução *ex post*, típica da *common law*, é a melhor resposta, desde que as cortes a que competir a solução destes conflitos não ignorem o ideal de eficiência econômica.²

Desenvolvimentos e variações destas duas análises serão mencionados no decorrer do texto. O assunto tem sido, com efeito, tratado exaustivamente e muitas são as interpretações originais e propostas imaginativas para dotar o quotista ou acionista de uma proteção mais significativa.

Em seguida à discussão de algumas das diferentes percepções do problema, seguirá uma análise do tratamento dispensado pela lei do Estado de Nova York, tanto do ponto de vista das construções jurisprudenciais (*common law* propriamente dita) quanto do direito positivo (*statutory law*). A apreciação dos remédios concebidos pelas Cortes de Nova York é um meio conveniente de se avaliar o mérito das diferentes conclusões dos comentaristas. Por outro lado, esta justaposição também revelará as idéias e o raciocínio que orientaram as atividades judicial e legislativa, contribuindo para uma noção mais precisa do que realmente dispõe a lei novaiorquina.

Finalmente uma panorâmica do direito brasileiro pertinente oferecerá um exemplo útil de como funciona um

sistema minuciosamente regulamentado, característico de uma abordagem típica da *civil law* aos problemas societários. A natureza paternalista do direito societário brasileiro pode fornecer uma boa noção da rigidez a que pode conduzir uma massiva intervenção legislativa na autonomia das partes para contratar.

2. The Illiquidity Problem

In their classic analysis of the modern corporation Berle and Means asserted the true revolution caused by widespread ownership of the public companies.³ The binomium ownership and control could not subsist a reality where giant companies starving for huge capital inputs resorted to the public to fulfill this need. Investors, for their turn, rationally chose to remain apathetic, i.e. without a decisive word in corporate governance.⁴ Berle and Means acknowledged the key role played by the securities market in this process recognizing the need of liquidity as an essential element to draw in passive investors.⁵ They further underscored this purpose of the stock market noting that "one of the primary functions of these markets has been from the first to secure

3. Adolf A. Berle & Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property* (Transaction ed. 1991).

4. Berle and Means must be read as the classic it is. Written in the 30's, its interpretations no longer describe accurately the corporate reality especially in the context of the surge of institutional ownership. Notwithstanding, the work offers this immensely valuable account of the power equation in the corporation and its relation with the market. For subsequent developments that present a more up to date view of the publicly traded firm see generally Lynne L. Dallas, *Two Models of Corporate Governance: Beyond Berle & Means*, 22 U. Mich. J. L. Ref. 19 (1988).

5. *Id* at 255-263.

2. Para uma articulação eminente deste ponto de vista ver Esterbrook e Fischel, *Close Corporations and Agency Costs*, 38 Stan. L. Rev. 271 (1986).

ready convertibility of securities into cash".⁶

Complementarily, the notion that dissatisfied investors could always seek redress on the markets has been familiar to US courts since the early decades of the century.⁷ Insofar as the close corporation is concerned, however, the canons of majority rule and permanence, as opposed to the partnership concepts of dissolution at will and unanimous decision making process, create the potential for opportunistic behavior on the part of the controlling faction. Due to the very nature of the close corporation there is no market readily available for its shares. The investor frustrated on his expectation cannot rely on the "wall street rule" as a remedy to mitigate his dissatisfaction. For this reason, the functional nature of the closely held firm bears a significant resemblance to the partnership. It is not uncommon for all small joint undertakers, minorities included, to expect and actually take an active role in the management of business. Shareholders, like partners, rely heavily on personal relationship and rationally expect that the business will be run with some degree of consensus.

Even though commentators may differ on their evaluation of the need for different legal treatment of the close company, there is little disagreement that "taking a minority position in a close corporation often leave themselves (the shareholders) vulnerable to a squeeze out or oppression".⁸ Dissent arises as to which kind of shield against this vulnerability, if any, is desirable.

Prof. Hetherington, joined by Prof. Dooley, noticed that the recognition of

the special needs of the close corporation led to a flexibilization of corporate law. Progressively, courts began to enforce agreements individually tailored that contracted around particular structures of corporate law.⁹ Contracting around, however, is qualified as inefficient for: a) it is not realistic to expect from the minority that they foresee the possibility of exploitation by the controlling faction, even if they are aware of the potential for squeeze-out situations, simply because the close corporation by definition is a form of business strongly founded upon personal ties and mutual trust; b) transactional costs are high; c) there are natural limitations to human foresight; d) it is not logical to expect complex organizational schemes for the simplest form of business ventures.

Additional reasons to condemn the contracting around solution are offered by Prof. F. Hodge O'Neal. Some shareholders may be simply unaware of the vulnerability of their position. Or their bargaining situation is so weak that does not allow them to negotiate for their protection. The oppressed shareholder might have inherited his interest. In such case obviously there was no opportunity to bargain. Other reasons, though rather paternalistic, are still worth quoting. The shareholder may fail to get expert advice, or the lawyer was not knowledgeable enough to draft an adequate protective device.¹⁰

9. Hetherington & Dooley, *Illiquidity and Exploitation: A Proposed Statutory Solution to the Remaining Close Corporation Problem*, 63 Va. L. Rev. 1,2 (1977). For an interesting study of the court's construction of a shareholder's agreement, further limiting board's discretion in close corporations, see also Richard A. Kaplan, *Close Corporation Shareholder's Agreements and the Signal of Zion v. Kurtz: Frustration of the Statutory Notice Requirement*, 46 Alb. L. Rev. 198-228 (1981).

10. O'Neal and Thompson, *O'Neal's Close Corporation*, Sec. 10:03. For a comprehensive

6. *Id.* at 258.

7. See *Geddes v. Anaconda Copper Mining Co.*, 254 US 590-598 (1921) and *Venner v. Southern Pacific Co.*, 279 F. 832 (1922).

8. O'Neal & Thompson, *O'Neal's Close Corporations*, Sec. 10:03.

Another statutory solution does not deserve a better rating. The involuntary dissolution of the corporation on the grounds of oppressive behavior, which is originally a common law remedy, is dismissed as too costly. Throughout a comprehensive survey of cases Hetherington & Dooley find that for profitable companies the equitable powers of the courts make the dissolution procedure actually work as a price fixing mechanism for a buyout.¹¹ If this proposition is true there is no way to disagree from their conclusion that is hard to conceive "a more cumbersome, inefficient, and costly means of achieving that end".¹² Indeed, dissolutions is ordered only upon the finding of fault, denominated oppression by statutory language.¹³ The determination of this wrongdoings on

analysis on the process of opting out default rules see Terry A. O'Neill, *Self-Interest and Concern for Others in the Owner-Managed Firm: A Suggested Approach to Dissolution and Fiduciary Obligation in Close Corporations*, 22 Seton Hall L. Rev. 705-708 (1992).

11. Hetherington & Dooley, *Illiquidity & Exploitation: A Proposed Statutory Solution to the Remaining Close Corporation Problem*, 63 Va. L. Rev. 26-35 (1977).

12. *Id.* at 35.

13. See as a reference the language of the New York Business Corporation Law:

Sec. 1104-a. Petition for Judicial Dissolution under Special Circumstances

a) The holders of twenty percent or more of all outstanding shares of a corporation, other than a corporation registered as an investment company under an act of congress entitled "Investment Company Act of 1940", no shares of which are listed on a national securities exchange or regularly quoted in an over-the-counter market by one or more members of a national or an affiliated securities association, who are entitled to vote in an election of directors may present a petition of dissolution on one or more of the following grounds:

1) The directors or those in control of the corporation have been "guilty of illegal, fraudulent or oppressive actions toward the

the part of the controlling faction will always be conflictful and time consuming.

Given all this assumptions, a mandatory unencumbered buy-out provision arises as a solution of many merits. Among the alleged advantages of this system would be the minority's ability to use the threat to withdraw as a tool to level the playing field, increasing managerial efficiency. The need for complex private arrangements or costly judicial intervention would be significantly reduced. A systemic evolution would also occur since liquidity would promote a more efficient allocation of resources in the market.¹⁴

Different commentators developed a variety of possible approaches to the subject. Traditional and heavily embodied principles of corporate law such as the business judgement rule had their suppression advocated in order to provide more effective protection to the minority shareholders.¹⁵ Different business forms, such as the limited liability company, were described as possessing some comparative advantages since agency costs for small business ventures would be reduced.¹⁶

Some other points of view try to focus on the previously noticed peculiar functional feature of the close firm. Undeniably personal in nature, the relationship between shareholders of

complaining shareholders". (Bus. Corp. sec. 1104-a).

14. Hetherington & Dooley, *Illiquidity and Exploitation: A Proposed Statutory Solution to the Remaining Close Corporation Problem*, 63 Va. L. Rev. 46-50 (1977).

15. See generally Krisnan S. Chittur, *Resolving Close Corporations Conflicts: A Fresh Approach*, 10 Harv. J. L. & Pub. Pol's 129-172 (1987).

16. James W. Lovely, *Agency Costs, Liquidity, and the Limited Liability Company as an Alternative to the Close Corporation*, 21 Seton L. Rev. 377-421 (1992).

close corporation could have its harmony restored by the resort to alternative means of dispute resolution, such as mediation or even arbitration. There may be some truth also in the proposition that a provision of this nature would reduce the likelihood of any conflict.¹⁷

A very much original approach to the problem is provided by Prof.^a Terry A. O'Neill.¹⁸ She criticizes the traditional notion that self-interest is the exclusive driving force behind business decisions. Caring, understood as "receptivity to the other's reality, and willingness to respond to the other's needs", is also a fundamental motivation of human behavior.¹⁹ This is specially true in the reality of the owner-managed firm where all participants are personally related, and expect to actively take part in the management. The ideal rule, thus should rather provide the opportunities for shareholders to talk to each other, maximizing the chances of a compromise.

She posits that to a certain extent courts are inclined to understand the different reality of the closely held corporation. Indeed, a link has been forged between the meaning of fiduciary duties owed to the minority in the close firm and the fair expectations entertained by these vulnerable shareholders. Insofar as dissolution is concerned remarkable differences also arise with regard to the owner-managed firm. The business judgement rule which traditionally has determined the measure of fiduciary

duties is weakened to the advantage of the reasonable expectation of the participant. Additionally, an enhancement of fiduciary duties inside the close firm has caused a liberalization on the grounds for dissolution since these matters are today inextricably related.²⁰

It is eventually asserted that the institution of a rule authorizing voluntary dissolution of the venture at the will of any participant would offer the best balance between the simultaneous needs for stability and liquidity in the firm.²¹ Opportunistic strategic behavior on the part of the controlling faction, namely the squeeze-out of the minority, would be severely discouraged. Also this power equivalence would increase "the likelihood that the participants will directly confront their problems by talking and listening to each other".²² This approach furnishes a solution more compatible with the predominantly personal relationships characteristic of the owner-managed firm.

Prof. Robert B. Thompson develops an exhaustive study of the plight of the minority in a closely held firm.²³ He addresses the modern treatment dispensed by courts to the close corporation dilemma. First, Prof. Thompson asserts that legislatures expanded the grounds for dissolution of the corporation initiated by a minority shareholder. Then he says that courts, for the turn, are inclined to utilize the standard of reasonable expectations of shareholders to ascertain whether relief is needed. In performing this task courts are likely to fashion alternative remedies, such as mandatory buyouts, even in the absence of explicit statutory authorization. On the other

17. Lewis D. Salomon & Janet S. Salomon, *Using Alternative Dispute Resolution Techniques to Settle Conflicts Among Shareholders of Closely Held Corporations*, 22 Wake Forest L. Rev. 105-126 (1987).

18. Terry A. O'Neill, *Self-Interest and Concern for Others in the Owner-Managed Firm: A Suggested Approach to Dissolution and Fiduciary Obligations in Close Corporations*, 22 Seton Hall L. Rev. 646-708 (1992).

19. Id at 652.

20. Id at 649, 662, 677-689.

21. Id at 702.

22. Id at 703.

23. Robert B. Thompson, *The Shareholders Cause of Action for Oppression*, 48 Bus. Law. 699-745 (1993).

hand the ability to bring individual actions for breach of fiduciary duty has been significantly expanded. Here he comes to a conclusion similar to that espoused by Prof. Terry A. O'Neill in her forementioned article. They both note the connection that presently exists between the standards courts use to determine a breach of fiduciary duty and to define oppression, a ground for judicial dissolution.²⁴ This line of reasoning leads to the conclusion that either legal remedy (suit for breach of duty or suit for dissolution) have "similar purposes and effects", making "sense to think of them as two manifestations of a minority shareholder cause of action for oppression".²⁵

It is not incorrect to phrase Prof. Thompson's conclusion as if legislative remedies which broad the grounds for dissolution and court fashioned remedies that enhance the fiduciary duties of the majority had substantially similar effects. In this case, another much commented polemic involving corporate law seems to loose considerable importance, at least as far as the minority termination rights in close corporations are concerned. Judge Posner assumption that common law rules governing corporations tend to be more efficient, as opposed to the position of Judges Winter and Easterbrook, that corporate statutes enact efficient law, due to competition among legislature, seems to be kind of preposterous.²⁶

Back to Prof. Thompson studies, it is further postulated that even though the evolving cause of action for shareholders oppression can be characterized either as an action for dissolution or an action for breach of fiduciary duty,

fundamental practical differences may arise. When both remedies are available shareholders will choose that which is best suited to the factual circumstances of the case. E.g. "If the coffers of the company are empty, often because of misconduct of the majority shareholders" dissolution will hardly bring a satisfactory compensation.²⁷ Procedural differences also exist. Generally lawyers fees cannot be recovered in a direct cause of action, that is a suit for breach of duty. Punitive damages, the availability of a jury trial are also among the issues where differences are likely to arise.²⁸

3. New York Law

Whatever interpretation is the more accurate to describe the plight of minority shareholders in the close firm, the New York legislature recognized as a general proposition their vulnerable status. The enactment in 1979 of what has been called the "oppressed minority shareholder relief act" (Business Corporation Law Sec. 1104-a) complemented the then existing common law remedies.²⁹

Relief for oppressed shareholders has been provided by the common law of the State of New York since 1963, when the Court of Appeals decided *Leibert v. Clapp*.³⁰ Confronted with a situation where majority's misconduct went further than "waste, misappropriation and ilegal accumulations of surplus, which might be cured by a derivate action for injunctive relief and an accounting",³¹ the *Leibert* court ordered the dissolution of the corporation even absent explicit statutory authority. The facts of the case involved reiterative "looting" of the corporate assets for the benefit of the

24. *Id* at 700. See note 20 *supra*.

25. *Id* at 701.

26. See generally Ian Ayres, *Judging Close Corporations in the Age of Statutes*, 70 Wash. U. L. Q. 367-397 (1992).

27. Robert B. Thompson, *supra* at 738-747.

28. *Id* at 739-740.

29. See note 13 *supra*.

30. 196 N. E. 2d 540 (N. Y., 1963).

31. *Leibert v. Clapp*, *supra* at 540.

controlling faction at the expenses of minority shareholders.

In any event the amendment of the Business Corporate Law created another ground for the oppressed minority to seek relief. It is fair to say that both remedies are available to New York petitioners. The common law right for dissolution, when management breaches its fiduciary duties coexist with the subsequently enacted statutory ground.³²

The legislative action brought more precise guidelines of what should be the judicial approach to the problem, providing an specific mechanism meant to "preserve and protect the interests of minority shareholders".³³ The Court of Appeals set in the *Matter of Kemp & Batley*³⁴ what remains the binding construction of the statute. The case involved a change in the policy pursued by the corporation that severed the so far forthcoming distribution of the earnings throughout dividends or extra compensations calculated according to the stockholdings. The court distinguished two "special circumstances" that would give rise to dissolution, provided that complaining shareholders held at least 20% of the outstanding shares of a non-publicly traded company.³⁵ First, mistreatment of complaining shareholders (subd. [a], par. [1]).³⁶ Second, misappro-

priation of corporate assets (subd. [a], par. [2]).³⁷ The question thus turned to be whether the conduct of the majority in the case constituted mistreatment or, more precisely, oppression within the meaning of the act.

Additionally it was held that the definition of "oppressive action" must take into account the peculiarities of the close corporation.³⁸ For this purpose, the court resorted to the lesson of F. Hodge O'Neal, among other commentators, asserting that participants of close corporations reasonably expect to actively participate in the management of the business, and to enjoy a share of corporate earnings. This shareholders "would be oppressed in a very real sense when others in the corporation seek to defeat those expectations and there exists no effective means of salvaging the investment".³⁹

Therefore the reasonable expectations of the shareholders is explicitly said to be the appropriate standard to measure conduct alleged to be oppressive. Nevertheless the court warned that a mere disappointment with the results of the enterprise does not amount to oppression. The broken expectation must had been reasonable and central to the decision of joining the venture.⁴⁰

a national or an affiliated securities association, who are entitled to vote in an election of directors may present a petition of dissolution on one or more of the following grounds:

1) The directors or those in control of the corporation have been "guilty of illegal, fraudulent or oppressive actions toward the complaining shareholders"; (Bus. Corp. sec. 1104-a).

2) The property or assets of the corporation are being looted, wasted, or diverted for non-corporate purposes by its directors, officers or those in control of the corporation. (Bus. Corp. sec. 1104-a).

38. *Matter of Kemp & Batley*, supra note 34 at 1178.

39. Id at 1179.

40. Id at 1179.

32. See *Matter of Dubonnet Scarfs, Inc.*, 484 N. Y. S. 2d at 543 (N.Y. App. Div., 1985).

33. See *Matter of Pace Photographers, Ltd.*, 525 N.E. 2d at 716 (N.Y., 1988).

34. 473 N.E. 2d 1173 (N.Y., 1984).

35. Id at 1178.

36. Sec. 1104-a. Petition for Judicial Dissolution under Special Circumstances:

a) The holders of twenty percent or more of all outstanding shares of a corporation, other than a corporation registered as an investment company under an act of congress entitled "Investment Company Act of 1940", no shares of which are listed on a national securities exchange or regularly quoted in an over-the-counter market by one or more members of

It was further established that, due to the gravity of the remedy, courts would enjoy a sound discretion to consider whether to decree dissolution. It should be weighted whether dissolution was the "only feasible means" and "reasonable necessary" to protect shareholders interest.⁴¹

Moreover, a condition applies to the judicial decree of dissolution. Any shareholder must have the chance to purchase the interest of the complaining parties at a fair value.⁴² Eventually the Court of Appeals upheld the Supreme court decision to order the dissolution of the corporation, subject to an opportunity for a buy-out of petitioners shares.

The Supreme Court of New York, Appellate Division, had the occasion to underscore the broad latitude of discretion enjoyed by the tribunals to fashion an alternative remedy to dissolution. Upon the finding of oppressive conduct against minority shareholders, the court in the *Matter of the Dissolution of Wiedy's Furniture Clearance Center Company, Inc.* ordered a mandatory buyout of petitioner's in-

41. Id at 1180. See also Business Corporation Law, sec. 1104-a, subd. (b), pars. (1), (2).

42. Sec. 1118. Purchase of Petitioner's Shares; Valuation:

a) In any proceeding brought pursuant to section eleven hundred four-a of this chapter, any other shareholder or shareholders or the corporation may, at any time within ninety days after the filing of such petition or at such later time as the court in its discretion may allow, elect to purchase the shares owned by petitioners at their fair value and upon such terms and conditions as may be approved by the court, including the conditions of paragraph (c) herein. An election pursuant to this section shall be irrevocable unless the court, in its discretion, for just and equitable considerations, determines that such an election be revocable. (Bus. Corp. sec. 1118).

terest even absent respondent's election to do so.⁴³

A less predictable aspect of New York law arises from the analysis of the court's decision in *Gimpel v. Bolstein*.⁴⁴ The facts of the case involved the longtime exclusion of petitioner from management of corporate affairs as well as from participation in profits. This alienation was motivated by plaintiff's own wrongful conduct. While employed in an important managerial position he embezzled some \$ 85,000.00 from the firm.

Attempting to ascertain whether petitioner was entitled to any remedy under NY law, the *Gimpel* court resorts to the familiar standard of oppression as a ground for dissolution. Discarding the "reasonable expectations" test as inadequate where all shareholders had inherited their interests, the court asks whether the conduct engaged by the majority was "inherently oppressive".⁴⁵ Considering the facts before it the court eloquently finds the majority's conduct not to be oppressive, that is burdensome, harsh and wrongful: "It was clear not wrongful for the corporate victim of a theft to exclude the thief from the councils of power".⁴⁶ The plaintiff's assertion that failure to declare dividends constituted oppressive conduct was also promptly dismissed. The long-standing policy of the company was to distribute its earning in the form of salaries.⁴⁷

Accordingly, the *Gimpel* court rejected the contention that the majority's conduct towards plaintiff was oppressive and denied dissolution. Nevertheless the

43. 487 N.Y.S. 2d 901 (N.Y. App. Div., 1985).

44. 477 N.Y.S. 2d 1014 (N.Y. Sup. Ct., 1984).

45. *Gimpel v. Bolstein*, *supra* note 44 at 1020.

46. Id at 1020.

47. Id at 1021.

court found that petitioner could not remain for ever exiled from corporate proceeds. Construing BCL sec. 1104-a[b][1], [2]⁴⁸ in a very broad way, the court grants itself a wide range of discretion to fashion an appropriate remedy. "The court is not without jurisdiction to fashion a remedy here. While the statute itself makes explicit mention of only one remedy, that being liquidation, the court is also charged to consider whether that is the only means available to protect the rights of the petitioning shareholder. Clearly, this gives the court discretion in a proper case, to fashion an appropriate remedy".⁴⁹ Eventually they order the majority to elect either to initiate payment of dividends or to offer in good faith to buyout plaintiff at a reasonable price.

The *Gimpel* case is striking because the court designed a remedy to protect the minority shareholder despite the fact that the grounds for dissolution were absent. In other words a buyout was ordered even though no oppressive conduct, according to the court's rationale, ever took place. Whether this decision amounts to the adoption of a mandatory buyout provision of the sort advocated by Professors Hetherington & Dooley,⁵⁰ or is only as isolated solution

justified solely by the peculiar features of this particular case is a question that remains open for speculation.

Another judicial opinion is representative of the trend enlarging grounds for redress that minority shareholders will find in the state of New York. In the *Matter of Dubonnet Scarfs, Inc.* the facts comprehended petitioners (owners of 50% of the stock) pressed by financial problems unrelated to the corporation, and a company with substantial liquid assets.⁵¹

A majority of the court dismissed the petition asserting that it failed to state a cause of action either under sections 1104 or 1104-a of the Business Corporation Law,⁵² or at common law. Justice Asch dissents, however, stating that controlling shareholder refusal to purchase petitioner's interests at fair value, as well as his refusal to agree to the dissolution of the company, thus enabling investors in urgent need for cash to get value for their stake, would warrant dissolution under section 1104-a of the act. The division among shareholders with respect to whether the corporation should be dissolved was also deemed to constitute itself a proper cause of action for dissolution.⁵³ The dissent concludes, quoting par. 3 of section 1104-a, that dissolution would be beneficial for shareholders.⁵⁴

This interpretation purports to grant shareholders of close firms another cause of action in addition to those rooted in the common law and those which arise from "harsh, burdensome or oppressive conduct" by the controlling faction.

51. 484 N.Y.S. 2d 541 (N.Y. App. Div., 1985).

52. Bus. Corp. Sec. 1104, 1104-a.

53. *Matter of Dubonnet Scarfs, Inc.*, *supra* note 51 at 545.

54. *Id.* at 546.

48. Sec. 1104-a. Petition for Judicial Dissolution under Special Circumstances:

b) The court, in determining whether to proceed with involuntary dissolution pursuant to this section, shall take into account:

1) Whether liquidation of the corporation is the only feasible means whereby the petitioners may reasonably expect to obtain a fair return on their investment; and

2) Whether liquidation of the corporation is reasonably necessary for the protection of rights and interests of any substantial number of shareholders or of the petitioners. (Bus. Corp. sec. 1104-a [b] [1], [2]).

49. *Gimpel*, *supra* note 44 at 1021.

50. *Hetherington & Dooley*, *supra* note 1.

4. Brazilian Law

4.1 Introductory Note

This overview of Brazilian Law will consider the two most important and successful business forms adopted by Brazilian venturers, the corporation (*sociedade anônima*) and the limited liability companies (*sociedade por quotas de responsabilidade limitada*), hereafter simply *limitadas*. The analysis will resort essentially to three statutory sources, the Law of Corporations as amended (Law n. 6404 of Dec. 15th 1976), which subsidiarily regulates *limitadas* as well, the Decree n. 3708 of Jan. 10th 1919, which regulates the constitution and some basic functional aspects of the *limitada*, and finally the old Commercial Code (Law n. 556 of June 25th 1850) that has some few relevant provisions still in force. The references to the language of the statutes will be accompanied whenever possible by allusions to the work of Brazilian Commentators and judicial decisions.

4.2 The Civil Law Rationale for the Withdrawal Rights

In most civil law jurisdictions the right of a shareholder to withdraw from the corporation is unanimously celebrated as a necessary counterbalance to the majority rule of corporate governance.⁵⁵ It has been conceived indeed as a

55. See generally Konrad Kosak, *Tratado de Derecho Mercantil* 126 (ed. espanhola); Carlos M. Pennaca, *El Derecho de Receso* 18-19 (ed. Astrea, 1978); Fran Martins, *Direito Societário — Estudos e Pareceres* 51-63 (ed. Forense, 1984); Dominique Schimidt, *Les Droits de la Minorite dans la Societe Anonyme* 48 (ed. Sirey, 1970); De Gregorio, *Società* 464 (Torino 1938); Tullio Ascarelli, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado* 392 (ed. Saraiva, 1969).

fundamental attenuation of the decision making powers of the majority. The idea of an investment locked forever inside an enterprise that might have changed, even against the will of the venturer, has always been repugnant to the civil law. Some appoint the Italian Code of Commerce of 1882 as the historical origin of the formal right to withdraw.⁵⁶ Such precise attempt however to track the historical statutory origins of the institute may be deemed a little speculative in nature.

In any event, Brazilian law does not depart from the tradition described above. The fundamental principle that a joint undertaker could not be compelled to remain when facing important changes on corporate life has always governed legislative action. Of course, the original idea has been adapted, with variable degrees of success, to the demands of modern entrepreneurial world.

4.3 Minority Withdrawal in the Corporation

From the very beginning it is important to underscore the mandatory feature of Brazilian law. Art. 109 of the Law of Corporations lists the rights to be bought out in the cases specified by the statute among the essential rights of the shareholder.⁵⁷ This has been consistently interpreted as meaning that neither the articles of incorporation nor the general meeting of shareholders can foreclose this statutory right.⁵⁸ On the other hand commentators have stressed the exceptional character of the mandatory buyout remedy. The situations brought by law are exhaustive. That is to say, factual situations that are merely

56. Tullio Ascarelli note *supra* at 392.

57. Law 6404 of Dec. 15th 1976, art. 109.

58. See Fran Martins, *Comentários a Lei das S.A.*, 30-35 (ed. Forense, 1977).

analogical to the statutory cases don't authorize redress.⁵⁹

The first relevant provision for our purposes, besides the forementioned Art. 109, is the Art. 45 that provides the mechanism throughout which the discontent shareholder will withdraw his investment from the corporation:

Chapter III — Shares — Section X — Redemption, Amortization, and Reimbursement.

Reimbursement:

Art. 45 — Reimbursement is the operation throughout which the corporation pays to the shareholder dissenting from deliberations of the general meeting the value of his interest in the cases specified by law.

Par. 1 — Establishes a default rule for the evaluation of the dissenter's interest giving the articles of incorporation ample freedom, but states that the price cannot be inferior than the net book value of the shares according to the last financial statements approved on a meeting of shareholders.

Par. 2 — Provides that if the fact that gives rise to the exercise of the appraisal right occurs more than 60 (sixty) days after the last financial statement, the dissenter has the right to demand the preparation of a new balance sheet for the purposes of the evaluation of his or her position.

Par. 3 — Provides that the reimbursement value of the dissenter's shares may be paid out of the surplus or the financial reserves, other than those legally required. In these two situations the stock bought will remain in treasury (treasury stock).

Par. 4 — States that in the case the reimbursement price is paid out of the legal capital of the corporation, the company has 120 days to find substitute shareholders or the legal capital will be reduced proportionally.

Par. 5 — If the corporation is rendered insolvent by the exercise of appraisal rights, and bankruptcy follows, the dissenters will remain residual claimants as to the bankruptcy estate, preceding only the remaining shareholders rights.

Par. 6 — Gives third creditors a cause of action to revoke the reimbursement operation if the price of dissenter's interest is paid out of the legal capital, insolvency follows, and the bankruptcy estate doesn't suffice to meet all the liabilities to third parties.⁶⁰

It is worth noticing that this operation under Brazilian law is at least nominally distinguished from a stock redemption, in which the shares are cancelled. Paragraphs 1 and 2 denote Congress concern about the price shareholders would be paid when exercising their reimbursement rights. The net book value is established as the minimum acceptable value. The rule granting the right to demand the elaboration of a new balance sheet is specially valuable within the context of an economy historically plagued by inflationary pressures, such as the Brazilian. The evaluation subject is of course extremely critical for the effectiveness of the remedy but further inquiry in this vast issue would transcend the scope of this study.⁶¹

60. Law 6404 of Dec. 15th 1976, art. 45. Notice: all the provisions of Brazilian law reproduced on this paper have been translated by the author.

61. See generally about evaluation of dissenting shareholders interests João Luiz C. da Rocha, "Ainda a Questão do Valor das Ações em Caso de Recesso", 81 *Revista de Direito Mercantil* 113-115 (1991).

59. Egberto L. Teixeira & José Alexandre T. Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro* 257, (ed. José Bushatsky, 1979).

A remarkable difference from U.S. law is the attachment of Brazilian legislators to the concept of legal capital. U.S. Standards of an equity cushion to protect third creditors are in reality far looser. Nevertheless, paragraphs 5 and 6 also address, similarly to their U.S. counterparts, the possibility of insolvency of the corporation as a limitation to the right to an appraisal, trying to make a remedy available to third parties.

Article 136 for its turn enumerates highly sensitive matters whose approval by the meeting of shareholders requires qualified quorum:

Chapter XI — Meeting of Shareholders

Section III — Special Meetings Qualified *Quorum*

Art. 136. The vote of half, at least, of the voting shares will be required for the approval of the following matters, unless the articles of incorporation create a supermajority rule.

I — creation of preferred stock or issuance of new stock of a single class without proportional issues on the other classes, unless this operation had been previously authorized by the articles of incorporation;

II — any changes in the preferences, priorities, advantages and redemption conditions of any class of preferred stock, or the creation of a more favored class;

III — the creation of "beneficiary parts";⁶²

IV — change in the mandatory dividend;⁶³

62. Without equivalent in U.S. law beneficiary parts are negotiable instruments, without face value, that confer to its holders a contingent credit right against the corporation, constituted by a share of the annual profits.

63. Art. 202 establishes mandatory levels of minimum distribution of earnings.

V — change on the business purposes of the corporation;

VI — merger, consolidation or split-up of the corporation;

VII — dissolution of the corporation or termination of the process of corporate liquidation;

VIII — participation of the corporation in a conglomerate as defined in chapter XXI;

§ 1. Establishes that in the cases described by sub-headings I and II approval or ratification by a majority of the preferred stock is required.

§ 2. In the case of publicly traded company the CVM⁶⁴ can waive the need for a majority vote.

§ 3. States that Par. 2 doesn't apply to the situations described on § 1.

The following article defines, by the means of alluding to the previous provision, some of the situations that grant dissenting shareholders the right to withdraw:

Withdrawal Right

Art. 137. The approval of the matters listed on the sub-headings I, II, IV, V and VII of art. 136 gives to the dissenting shareholder the right to withdraw from the corporation by means of the reimbursement of the value of his or her shares (art. 45), provided that said shareholder notifies the corporation of his intention to exercise this right within 30 days from the publication of the records of the shareholder's meeting that deliberated the subject.⁶⁵

64. *Comissão de Valores Mobiliários*, regulatory body charged with the overview of the securities markets. Brazilian equivalent to the SEC.

65. An amendment of this specific provision brought by the Law 7.958 of Dec. 20/89 apparently excluded mergers, consolidations and split-ups from the situations granting dissenters appraisal rights. A huge polemic, which will be further addressed, among commentators, practitioners, and the courts followed since art. 230, pertaining to the

§ 1. The dissenting shareholder, including the bearer of non-voting preferred stock, can ask the reimbursement of his or her stock, provided that said stock was owned by shareholder at the date the matter was deliberated by shareholder's meeting. Such appraisal right is available even if the shareholder abstained from voting against the deliberation or was absent from the meeting.

§ 2. The management of the corporation may call, within 10 days from the end of the 30 days period referred to on the caput of this provision, an extraordinary meeting of shareholders in order to reconsider or ratify the deliberation that gave rise to dissent, in the case they consider the payment of the reimbursement price to those exercising their withdrawal rights can put at risk the financial situation of the corporation.

§ 3. Statute of limitation. Expressly states that no shareholder will have a cause of action if they fail to exercise his or her right within the set time period.⁶⁶

Although there are other dispersed provisions concerning our subject, it is correct to affirm that the art. 137 brings the bulk of minority shareholders appraisal rights. Clearly Congress had two main goals in mind when drafted the rule under analysis. First, to prevent undesirable dilution of shareholders stakes. This concern was addressed by sub-heading I. Second, and more blatant, to protect shareholders expectations difficulting important changes that are not consensual. Issues of stock can significantly weaken shareholders origi-

nal positions. This may be undesirable from the minority point of view, specially in close firms where investor apathy is not the rule. Transformations that are likely to deeply alter the business circumstances such as a change on the business purposes will create the opportunity to withdraw.

One problem insistently focused by commentators before the enactment of the Law 6.404 was the definition of dissent. The question was whether the statute required the shareholder to actually vote against the proposition in order to be entitled to the appraisal. The legislator effectively solved the question stating on § 1 that the absentee or the abstainer may also withdraw.⁶⁷

An issue that demanded further clarification was to what extent a change on the business purposes of the corporation could give rise to appraisal rights. Traditionally the definition of the business purposes has been strictly regarded by Brazilian law. The current statute requires on its art. 2 a precise and complete definition of the sphere of business activities of the firm.⁶⁸ It is understood that the delimitation of the scope of corporate activities is essential for agency reasons. To put in another words, management has authority to bind the corporation only when engaging in activities to which shareholders agreed to. Construing the statutory will some commentators posited that a substantial change was required. A simple restriction or addition of one kind of activity to the whole panoply of businesses to which the corporation is dedicated would not suffice to grant the right to withdraw.⁶⁹

chapter regulating mergers, consolidations and split-ups, expressly gives dissenters the appraisal rights. This provision was not explicitly revoked by the Law 7.958/89 that only altered the wording of the caput of art. 137.

66. Law 6.404 of Dec. 15/76, art. 137.

67. See generally Egberto L. Teixeira & José Alexandre T. Guerreiro, *supra* note 59 at 429.

68. Law 6.404 of Dec. 15th 1976, art. 2.

69. See Fran Martins, *supra* note 55 at 78-79; Miranda Valverde, *Sociedades por Ações*, section 551.

The Supreme Court seized an opportunity in 1986 to give an interpretation of this particular question that can be deemed representative. Pursuant to a management proposal the special meeting of shareholders of Ughini S.A. suppressed the activity of clothing industry from the business purposes of the corporation. Some other activities such as commercial representation and stock participation in other companies were added. The Board argued that there was no substantial alteration in the business purposes for all the industrial activity was going to be carried on by Usacon Ltd., a wholly owned subsidiary of Ughini. The Court nevertheless took a very formalistic approach to the subject and held that the Law 6404, as opposed to the previous corporate statute (Decree Law 2.627 of Sept. 26th 1940), brought no requirement of substantiality.⁷⁰ This decision has been heavily criticized by commentators. It has been argued, not without reason, that the change in the business purposes should give rise to right to withdraw only when it was potentially detrimental to the interests of the minority. The broad interpretation given by the Court is likely to facilitate opportunistic behavior by the minority and hamper changes that may be of great advantage to the corporation.⁷¹

The statute further regulates in more specific provisions other relevant operations that give rise to the right to demand an appraisal:

Chapter XVIII — Transformation, merger, consolidation, and split-up
Section I

Art. 221. The transformation requires the unanimous consent of members or

70. Judgement of June 17/86. STF "Supremo Tribunal Federal", RE 104.895-6-RS, RDM 66/77-83 (1986).

71. See Mario E. Pinto Jr. RDM 66/84-88 (1987).

shareholders, except when otherwise provided on the articles of incorporation or articles of organization. In this case the dissenting shareholder or member shall have the right to withdraw from the company.

§ 1. The members can waive this prerogative in the articles of organization.⁷²

The law regulates the peculiar situation of an undertaking changing from one business form to another. The so called transformation is of great importance in emerging economies where companies originally constituted under simple business forms decide to resort to the public to raise the capital required for its development. This process of growth inevitably brings fundamental changes in the status quo among the original investors. It is generally acknowledged that growing companies tend to professionalize their managerial structures. This is obviously incompatible with the expectation of running the corporation. Moreover, the rights and prerogatives of shareholders can be substantially distinct from those of members of a *limitada*. The opportunity to withdraw is therefore available to shareholders that dissent from the decision to "transform" the corporation. It must be emphasized however that shareholders or members can waive this right at the moment they join the venture.

Section II — Merger, Consolidation, and Split-up

Withdrawal Right

Art. 230. The shareholder who dissents from the deliberation approving the merger of the corporation, or its consolidation, or its split-up, shall have the right to withdraw from the corporation throughout the reimbursement of the value of his or her shares (art. 137).

72. Law 6.404 of Dec. 15/76, art. 221.

§ 1. The period to the exercise of this right shall be counted from the publication of the records of the shareholder's meeting that approved the plan or justification of the operation, remaining the payment of the reimbursement price contingent to the completion of the deal.⁷³

Businesses reorganizations stem from the search toward increasing levels of commercial efficiency. This is a worldwide phenomenon and for this reason it is not surprising that as far as mergers are concerned Brazilian law is essentially similar to its U.S. counterparts. The radical transformation in corporate life brought by a business combination, be it a merger or a consolidation, justifies the opportunity dissenting shareholders have to withdraw their investments. Indeed, the structures of the corporation are fundamentally transformed. Business purposes are substantially expanded. Changes in the financial situation are appreciable, and shareholders individual positions within the business are greatly transformed.

In Brazil, shareholders of both corporations involved in the merger or consolidation have the right to approve or reject the deal in a special meeting called for this purpose (arts. 136, 227 and 228 of the Law 6.404). Moreover, dissenting of both surviving and disappearing companies are entitled to an appraisal. The fact that the Law 7.958 of Dec. 20/89 struck out mergers, consolidations and split-ups, among other situations, from the list brought by art. 137 has been interpreted by commentators as irrelevant for the purposes of withdrawal.⁷⁴ Nevertheless the question

has not been addressed so far by the STJ (Superior Tribunal de Justiça) which has jurisdiction to give a definitive answer to the problem.

Other two situations that may pertain to the closely held companies are pretty much self-explanatory. A mere reproduction of the statutory language suffices to provide a good overview:

Chapter XIX — State Owned Corporations — Incorporation and Acquisition of Control

Art. 236. The incorporation of a public owned corporation depends on previous statutory authorization.

§ 1. Whenever a public authority, by means of expropriation, acquires the control of a company, the remaining shareholders shall have the right to demand, within 60 days from the publication of the records of the first shareholder's meeting after the acquisition, the reimbursement of their shares, unless the company was already under the direct or indirect control of other public entity, or in the case of concessionaires of public services.⁷⁵

Chapter XX — Related Corporations, Parents, and Subsidiaries

Section V — Wholly-owned Subsidiary

Transfer of Shares

Art. 252. The transfer of all shares to the assets of another Brazilian corporation, in order to convert it into a wholly-owned subsidiary, shall be submitted to shareholders of both corporations, for the purposes of acting on

(1991); and Mauro R. Pentecado, "A Lei 7.958/89 e a Pretensa Modificação do Direito de Retirada dos Acionistas: Uma Discussão Inócua", *RDM* 77/29-49 (1990). More recently Waldirio Bulgarelli, "O Direito de Recurso nas Hipóteses de Incorporação, Fusão, Cisão e Participação em Grupos de Sociedades. Exclusão Acarretada pela Lei 7.958 de 20.12.89", *RDM* 95/72-79 (1994).

73. Law 6.404 of Dec. 15/76, art. 230.

74. See supra note 65. Also, for specific accounts on the effects of the amendment made by Law 7.958 see Rubens A. Machado, "Sociedade por Ações — Incorporação, Fusão e Cisão — Direito de Retirada", *RDM* 82/46-61

75. Law 6.404 of Dec. 15/76, art. 236.

the plan of merger, according to arts. 224 and 225.

§ 1. The shareholder's meeting of the acquiring corporation, if the operation is approved, will take the necessary steps to authorize an increase of the legal capital that shall be subscribed with the shares of the acquired corporation, and nominate the experts that will evaluate the shares. The existing shareholders will not have a right of first refusal to subscribe the increase on the legal capital, but the dissenters shall have the right to withdraw by means of reimbursement of the value of their shares according to the provisions of art. 230.

§ 2. The meeting of shareholders of the acquired corporation shall approve the proposed operation at least by an absolute majority of the voting shares. Upon approval, the meeting will authorize the management, on behalf of the shareholders, to subscribe the increase on the legal capital of the acquiring corporation. The dissenters shall have the right to withdraw from the corporation, by means of reimbursement of the value of their shares according to the provisions of art. 230.⁷⁶

4.4 Minority Withdrawal in the Limitada

When it comes to limitadas one must consider two statutory sources in addition to the Law of Corporations which is subsidiarily applied. First the old Commercial Code, Law 556/1850, that provides on its relevant provision:

Section VII — Dissolution of the company

Art. 335 (Causes for dissolution of the company). The companies are deemed dissolved: By the express will of any member when no definite term is specified.⁷⁷

The second relevant source is the Dec. 3.708 of Jan. 1st, 1919, which regulates the constitution and some functional aspects of the *limitada*. Its art. 15 contains the rule pertaining minority withdrawal rights: Any member that diverges from the amendment of the articles of organization shall have the right to withdraw from the company, by means of the reimbursement of the value of his or her interest according to the last approved balance sheet.⁷⁸

Courts played a major role construing the real meaning of the statutes partially reproduced above and trying to make both dispositions, which apparently overlap, complementary. Practice shows that the source of statutory authority that protects more effectively minority members of *limitadas* is the old provision of the Commercial Code. This choice stems from the distinction made by the High Court between the right to a dissolution and the dissenter's right to an appraisal. The former, according to the wording of the Code is completely unconditioned, while the latter arises only when the member dissents from an amendment on the articles.

Two major problems were also weighted. On one hand there was the paramount concern that the remedy provided by art. 15, book value of the member's interest, was insufficient. On the other hand, a broad interpretation of art. 335 granting unlimited rights to cause a dissolution, in the manner of a partnership, was considered undesirable. First, the Court was concerned with the disruptive effects that excessive bargaining powers on the hands of the minority (in the case they had the right to dissolve the *limitada*) would cause on the management of the business. Second, worries about constituencies different than the members, such as creditors,

76. Law 6.404 of Dec. 15/76, art. 252.

77. Código Comercial, art. 335 (5).

78. Dec. 3.708 of Jan. 10, 1919, art. 15.

workers, and the community in general also motivated the court. Brazilian courts regard as a guiding principle the need to preserve to the maximum possible extent a profitable business as a going concern. The Court eventually carved a *common law* solution that strikes a balance between these two tensions. A third remedy, the partial dissolution, based on a restrict construction of art. 335 was fashioned. Members, therefore, would be entitled to leave the *limitada* without dissolving a profitable business, and, moreover, receiving their interests evaluated as a share of a going concern, instead of the mere book value.⁷⁹

Some additional aspects of the law must be underscored. First, the notion that the right to cause a dissolution pursuant to art. 335 is waivable. Members can contract around this provision in the articles of organization. They preserve however the right to demand dissolution for "fair motives". This concept is roughly parallel to U.S. notion of dissolution for oppressive conduct.⁸⁰ Second, some commentators, resorting to the theory of "abuse of rights", attempt to control opportunistic behavior by the member that demands dissolutions.⁸¹

The art. 15 of the decree, for its turn, has been consistently interpreted as only regarding companies where a definite term is specified. Indeed members of a

limitada where no definite term is agreed upon will invariably prefer the more complete remedy provided by the Commercial Code as interpreted by the courts.

5. Conclusion

The study shows an universal tension between two opposing factors. First, the need to protect the interests of those who are in a vulnerable position in the firm. Second, the need to preserve the ability of the enterprise to adapt to changed circumstances. The legislative challenge is to strike the optimum balance between these two concerns. One that would encourage people to invest without fear of seeing their interest diluted. But one that would not overload the deal upfront creating excessive transactional costs.

Diverse legal tradition perceive the same problems on different fashions. The U.S. approach is considerably market oriented, focusing basically into an economic concept, illiquidity, to describe and explain the investor's vulnerability. Brazilian law offers a more rigid, legalistic point of view that attempts to provide arbitrary solutions, hardly addressing the real source of the minority distress. It is the old civil law problem that leads to a fossilization of ancient principles of law whose underlying rationale has been long forgotten. Rare are the Brazilian commentators that go as far as diagnosing and pronouncing illiquidity as the real problem.⁸²

U.S. law is more liberal, allowing more room to the parties autonomy to

79. Judgement of Dec. 12, 1978, STF — "Supremo Tribunal Federal", RE 89.464-1-SP, JB 39/50. For a detailed distinction of the remedy available to the dissenter, and that provided by the C.Co. see Vera Helena de M. Franco, "Dissolução Parcial e Recesso nas Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada. Legitimidade e Procedimento. Critério e Momento de Apuração de Haveres", RDM 75/21-26, (1989).

80. STF RT, 166/845.

81. See generally Rubens Requião, *Direito Comercial*, 274-278, (Ed. Saraiva, 1977).

82. Justice must be made to one of the rare examples that dig deeper. For one opinion that does more than recite the commonplace "right to withdraw as an attenuation of majority rule" see Rachel Sztain, "O Direito de Recesso nas Sociedades Comerciais", RDM 71/50-54, (1988).

contract their own rules. This freedom to contract is only tempered by the constraints brought by fiduciary duties. As a result U.S. corporations are more dynamic, able to adapt faster to new business realities. The Brazilian legislator, however, deserves some indulgence. Stock markets are of course less capitalized and less efficient in Brazil than in the U.S. Providing for liquidity alone may not bring the best

outcome. But the market already attained a level of the development that one must argue whether the law should be liberalized not to hamper further advances.

In any event it seems fair to conclude that no statutory solution will ever match the result obtained by a highly liquid and efficient stock market. It is indeed too difficult to artificially mimic the "Wall Street Rule".

DOCTRINA

AS CLÁUSULAS DE NÃO-CONCORRÊNCIA NOS "SHOPPING CENTERS"

FÁBIO KONDER COMPARATO

1. Qualificação Jurídica dos Centros Comerciais — 2. Os Centros Comerciais e a Cláusula de Não-Concorrência.

As reflexões que se seguem visam a encaminhar uma solução para um problema que tem perturbado as relações de locação de espaço nos centros comerciais. Trata-se de saber da validade e eficácia das cláusulas contratuais ou disposições regulamentares que estabelecem restrições ao exercício do comércio, pelos locatários, nas proximidades do *Shopping Center*.

A essência do problema diz respeito à compatibilidade jurídica entre os princípios de *autonomia contratual* e de *liberdade de concorrência*. Se as partes, nos referidos contratos de locação, são livres de regular suas relações locatícias segundo seus próprios interesses (princípio do auto-regramento da vontade, próprio do negócio jurídico), a cláusula de não-concorrência, representaria ou não um cerceamento à liberdade de concorrência, que constitui princípio fundamental da ordem econômica (CF, art. 170)?

Antes, porém, de discutir a questão cujo âmbito é assim definido, importa precisar se o *shopping center* constitui efetivamente, em si mesmo, ou seja, como entidade distinta dos sujeitos que o compõem, um centro de interesses a ser legitimamente defendido em uma relação concorrencial.

1. Qualificação Jurídica dos Centros Comerciais

A doutrina jurídica tem encontrado compreensível dificuldade em analisar e qualificar a instituição *shopping center* no quadro das categorias tradicionais. Predomina, de um lado, a consideração atomística do conjunto das relações locatícias, procurando-se ressaltar a especificidade dessas locações em relação ao direito comum. Salienta-se, de outro lado, o aspecto puramente imobiliário, buscando-se assimilar o instituto ao condomínio especial *pro diviso*.

Sob o aspecto subjetivo, parece evidente que o centro comercial não se confunde com a figura do promotor, ou do proprietário do conjunto imobiliário. Para o público consumidor, o *shopping center* aparece, sempre, como um centro de compras e prestação de serviços, cujo conjunto exerce — pela sua localização e organização interna — uma atração comercial muito diversa da que resultaria da soma das clientela respectivas de cada um dos estabelecimentos nele situados. Vale dizer, o centro comercial tem a sua clientela própria, atraída pelo agrupamento de lojas e não por esta ou aquela em particular. }

Analisado sob o ângulo exclusivamente imobiliário, o centro comercial

pode ser objeto de propriedade unipessoal ou de condomínio *pro indiviso*, de um lado, ou então constituir um condomínio por unidades autônomas, com partes próprias e partes comuns.

Na primeira hipótese — que é o caso configurado na consulta — o proprietário único, ou os condôminos do conjunto imobiliário, não exploram comercialmente os estabelecimentos instalados no *shopping center*, mas locam a diferentes empresários as respectivas dependências. Nessa modalidade de organização, é óbvio que o *shopping center* só passa a existir, como conjunto comercial distinto dos estabelecimentos que o compõem, quando a maior parte das dependências estiver sendo ocupada e os respectivos fundos de comércio, nelas instalados e em funcionamento. A exploração conjunta do centro comercial é condição indispensável para o êxito do empreendimento.

Estamos, portanto, diante de uma autêntica universalidade de relações jurídicas, unificadas pelo escopo comum da exploração conjunta do centro comercial.

O instrumento de constituição dessa universalidade de direito é o contrato grupal, figura nova no conjunto das categorias jurídicas. Não se trata, como no contrato plurilateral, de uma única relação englobando duas ou mais partes, reunidas em torno de um escopo comum. O contrato de grupo tem uma estrutura bilateral e até sinalagmática, comportando o intercâmbio de duas prestações. Mas ele só existe coligado a outros contratos da mesma espécie, nos quais aparece sempre a mesma parte, como elemento unificador do conjunto. O agrupamento contratual é, portanto, condição de realização do interesse econômico de cada um dos contratantes agrupados.

O exemplo clássico é o seguro em grupo ou coletivo. Cada componente do chamado “grupo segurado” celebra um

contrato independente com o mesmo segurador; mas a totalidade desses contratos individuais é organizada ou coligada por intermédio de um “estipulante”, que atua meramente como parte em sentido formal, pois ele é elemento integrante da relação contratual, sem ser o titular do interesse segurado.¹

O mesmo esquema contratual, em meu parecer, ocorre na constituição de um centro comercial em que os proprietários do conjunto imobiliário não exercem o comércio em suas dependências.

Importa considerar que esse contrato grupal, tal como os contratos plurilaterais, cria uma organização ou instituição, isto é, um conjunto objetivo de relações jurídicas, comportando elementos subjetivos e reais: um relacionamento estruturado entre, de um lado, as pessoas contratantes e, de outro, um acervo de bens instrumentais.²

Uma certa doutrina germânica elaborou o conceito de contrato de organização (*Organisationsvertrag*), a partir da reflexão sobre o fenômeno jurídico societário ou associativo.³ A caracterís-

1. Discuti a figura do estipulante do seguro em grupo, em comentário a acórdão, publicado na *RDM* 10/123.

2. O conceito de organização tem tido um largo uso no campo das ciências sociais não-normativas. Segundo consta, foi ele forjado pela primeira vez na ciência política, com os ensaios de Moisei Ostrogorki (*La Démocratie et les Partis Politiques*, 1908) e de Robert Michels (*Zur Soziologie des Parteiswesens in der modernen Demokratie*, 1911). Em sociologia geral, assentou-se logo em seguida com J. Plenge (*Organisationslehre*, 1919) e Max Weber, no cap. IX, 3 de *Economia e Sociedade*. James G. March e Herbert A. Simon desenvolveram-no num contexto sistemático em *Organizations*, 1958.

3. Cf. Hans Würdinger, *Aktien — und Konzernrecht*, 3.ª ed., Karlsruhe (C.F. Müller), 1973, pp. 90, 210/211; Josef Esser, *Schuldrecht — Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2.ª ed., Karlsruhe (C.F. Müller), 1960, § 173.2; Ludwig

tica própria de tais contratos consiste, justamente, no fato de que eles não têm por objeto, tão-só, prestações determinadas, devidas por cada parte, mas também e sobretudo a criação de uma organização instrumental ao exercício de certa atividade. As prestações devidas pelas partes — a contribuição de capital e a colaboração pessoal — são os meios indispensáveis à criação e ao funcionamento da organização.

Paralelamente, elaborava-se no direito público, por obra de Maurice Hauriou na França e Santi Romano da Itália, o conceito de instituição, recobrando a mesma idéia de organização, como conjunto objetivo e permanente de relações sociais.⁴

Ora, as organizações sociais podem ser personalizadas ou não. As sociedades ditas, justamente, “em organização” não têm (ainda) personalidade jurídica, tal como as sociedades irregulares ou de fato. Por outro lado, as organizações que estão na base das pessoas jurídicas podem acentuar, alternativamente, o elemento pessoal ou o elemento real. Os centros comerciais aparecem, vistos sob esse ângulo, como organizações de natureza mais real do que pessoal, assemelhando-se assim às fundações ou às sociedades de capitais, sem personalidade jurídica.

Mas essa ausência de personalidade não significa, obviamente, que os *shopping centers* não possam ser reconhecidos como autênticos centros de interesse, diversos dos sujeitos proprietários das instalações, ou neles estabelecidos como comerciantes.

A noção de interesse, como salientou Carnelutti, está na base do conceito de

parte; de onde a equivalência semântica, na linguagem jurídica, entre as palavras parte e interessado.⁵ Chama-se centro de interesses um foco de imputabilidade de direitos e de responsabilidade por obrigações,⁶ o qual pode ou não ser reconhecido pela lei como parte, negocial ou processual.

No processo judicial, os centros não personalizados são reconhecidos como partes apenas nos casos taxativamente declarados em lei. É o caso do espólio, da massa falida, da herança jacente, das sociedades não personalizadas e do condomínio (CPC, art. 12).

Nos negócios jurídicos, é preciso distinguir as partes em sentido meramente formal das partes em sentido material. As primeiras são as que manifestam a vontade negocial; as segundas, os titulares do interesse juridicamente protegido. Normalmente, ambas as partes confundem-se no mesmo sujeito.

Nos negócios jurídicos envolvendo centros de interesse não personalizados, porém, ocorre sempre uma duplicidade de partes, pela figura do mandato sem representação (*rectius*, sem procuração); ou, se se preferir, pela representação de interesses e não de vontades. O síndico contrata no interesse da massa falida, o síndico do condomínio no interesse do conjunto dos condôminos, o inventariante no interesse no espólio. Em nenhuma dessas hipóteses, o titular ou os titulares do interesse juridicamente protegido outorgaram poderes ao agente.

Com os centros comerciais sucede o mesmo fenômeno. Eles constituem organizações jurídicas com interesses globais, comuns a todos os sujeitos neles envolvidos e, por conseguinte, nitidamente distintos dos interesses próprios

Enneccerus e Heinrich Lehmann, *Derecho de Obligaciones*, v. 2.º, 2.ª parte, 3.ª ed., Barcelona (Bosch), s/d, § 175.

4. Cf. Maurice Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel*, 2.ª ed., Paris (Recueil Sirey), 1929, pp. 71 e ss.; *L'Ordinamento Giuridico*, Florença (G.C. Sansoni), 1977, §§ 10, 11 e 13.

5. *Teoria Generale del Diritto*, 3.ª ed., Roma (Foro Italiano), 1951, p. 123.

6. *Il Contratto in Genere*, t. 1, Milão (Giuffrè), 1973, p. 101.

ou particulares destes últimos. Entre os interesses globais do *shopping center* e um interesse particular de lojista do centro, pode haver conflito, que deve ser resolvido, normalmente, pela submissão do interesse particular ao interesse comum, como nas organizações associativas ou societárias. |

Para instrumentalizar a defesa dos interesses comuns do centro comercial, quer sejam os lojistas condôminos, quer simplesmente locatários, costuma-se reuni-los em uma associação, de forma a personalizar a organização. É essa associação que assume a posição de parte negocial ou processual, na qualidade de titular dos interesses do *shopping center* como um todo.

2. Os Centros Comerciais e a Cláusula de Não-Concorrência

| Como acabamos de ver, cada *shopping center* constitui um centro global de interesses, econômica e juridicamente distinto das empresas nele estabelecidas. Daí decorre que o centro comercial é, em si mesmo, objeto de proteção do direito concorrencial, não só em relação a terceiros, mas também nas relações entre os próprios comerciantes com estabelecimentos nele localizados.

Essa nítida distinção de interesses, entre o *shopping center* como um todo e os comerciantes reunidos na organização mercantil, foi bem marcada pela Lei francesa 72.651, de 11.7.72, que regulou pioneiramente a instituição, por ela denominada *magasin collectif de commerçants indépendants*.

Determinou essa lei que a conjugação dos interesses particulares de cada empresa mercantil, estabelecida no centro comercial para a formação do todo organizado, deveria fazer-se com o recurso alternativo a duas técnicas do direito societário ou associativo: o consórcio (*groupement d'intérêt économique*) ou a sociedade anônima de capital

variável (art. 2.º). É essa pessoa jurídica que “define e realiza a política comum”, bem como organiza e gere os interesses comuns.

As regras definidoras da política comercial comum devem constar do regulamento interno, sendo que, justamente em função dessa política comercial comum e com obediência às regras legais pertinentes, o mesmo regulamento interno pode fixar normas disciplinadoras das atividades concorrentes (*l'aménagement des activités concurrentes*), assim como “a determinação das atividades anexas que podem ser exercidas por cada membro em concorrência com as dos demais membros do centro comercial” (art. 10).

Ora, é exatamente esse esquema, resultante da prática universal dos *shopping centers*, que é aplicado no Brasil, mesmo na ausência de lei específica. Aqui, como em quase todas as atividades que constituem a matéria própria do direito empresarial, a legislação limita-se a sancionar ou consagrar a experiência criadora dos próprios comerciantes.

As regras de não-concorrência, estabelecidas nos regimentos internos dos centros comerciais, correspondem a uma limitação convencional indireta de concorrência,⁷ isto é, uma obrigação acessória em contrato que não tem por objeto principal a regulação da concorrência. Os lojistas estipulam entre si, ou entre eles e o proprietário do conjunto imobiliário, um contrato de exploração do *shopping center*, prevendo a utilização ordenada das áreas comuns.

Acessoriamente, estabelecem limites convencionais à concorrência, dentro do centro comercial ou externamente, em relação ao centro como um todo.

7. Sic, Giuseppe Ferri, *Manuale di Diritto Commerciale*, 5.ª ed., Turim (Utet), 1984, n. 91.

Tais limitações indiretas à concorrência correspondem, sem dúvida, a um efeito natural do conjunto de contratos criadores do centro comercial, pois, tratando-se, como foi visto mais acima, de relações contratuais de organização, por meio da técnica grupal, a função econômica desses contratos vai no sentido da colaboração entre as partes e não da competição entre elas. Pode-se, pois, sustentar que essas limitações à concorrência, sendo um efeito natural dos contratos de constituição e exploração dos centros comerciais, existem sempre como cláusula implícita e devem ser aplicadas, mesmo na ausência de estipulação expressa. |

Ao celebrarem contrato de locação de dependências num *shopping center*, os comerciantes lojistas aderem ao regimento interno e, portanto, aceitam convencionalmente as normas limitadoras da concorrência. |

Regras análogas, de resto, podem ser impostas em lei, como se vê do disposto nos arts. 2.390 e 2.487 do CC italiano, em matéria de sociedade anônima e sociedade de responsabilidade limitada (arts. 2.390 e 2.487). Pelo primeiro desses dispositivos, “os administradores (de sociedade anônima) não podem assumir a qualidade de sócios ilimitadamente responsáveis em sociedades concorrentes, nem exercitar uma atividade concorrente por conta própria ou de terceiro, salvo autorização da assembleia”. Infringindo esse dever de não-concorrência, o administrador pode ser destituído e responde pelos danos eventualmente causados à companhia.

A concorrência proibida, quer por estipulação convencional, quer por disposição legal, nada tem a ver com a concorrência desleal.⁸

8. Cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. XVII, 3.^a ed., §§ 2.101 e 2.102; Giuseppe Ferri, op. cit., n. 90.

Esta última só existe quando a atividade concorrencial se desenvolve de modo malicioso, visando a iludir ou desviar a clientela. A prova da culpa do agente é, portanto, indispensável para se poder pleitear a condenação da parte contrária. A ação judicial é de responsabilidade por dano antijurídico (CC, art. 159).

Nos casos de violação de proibições legais ou convencionais de concorrência, diversamente, a responsabilidade é objetiva. A parte prejudicada não tem que provar a culpa do agente que praticou o ato proibido: a responsabilidade existe *re ipsa*, acarretando o dever de indenizar e outras sanções convencionadas.

Nas hipóteses de restrições convencionais de concorrência, a jurisprudência, tanto aqui quanto alhures,⁹ firmou-se no sentido de enquadrar a licitude de tais estipulações dentro de limites precisos de objeto, de tempo e de espaço, tendo em vista o princípio da liberdade de concorrência, que entre nós, como sabido, tem assento constitucional (CF, art. 170). |

É preciso, com efeito, que a obrigação de não-concorrência defina o tipo de atividade empresarial sobre a qual incide. Em se tratando de proteção da clientela de um *shopping center*, cuja especificidade, como vimos, consiste na agregação de vários tipos de comércio varejista ou de prestação de serviços no mesmo local, a cláusula de não-concorrência costuma ser estipulada de forma a cobrir todas as modalidades de comércio e serviços localizados no centro comercial.

|Não basta, porém, que se defina o objeto dessa obrigação de não-concor-

9. Cf., p. ex., para o direito francês, a informação dada pelo *Traité de Droit Commercial*, de Georges Ripert e René Roblot, t. I, 14.^a ed., Paris (Librairie Générale de Droit et Jurisprudence), 1991, n. 474.

rer. Importa, ainda, que ela seja limitada no tempo, ou no espaço. Estas duas últimas restrições podem ser cumuladas, mas é indispensável que exista pelo menos uma. Quando a causa da interdição de concorrência prende-se, sobretudo, à pessoa do empresário, é normal que se estabeleça uma limitação no

tempo, pois a clientela pessoal tende a se dispersar no curso dos anos. Mas se a razão de ser da estipulação é a concorrência espacial entre estabelecimentos, o que importa é a fixação de uma distância mínima de separação entre eles, a prevalecer sem limitação de tempo.

EXECUÇÃO ESPECÍFICA DE CLÁUSULA ARBITRAL

CELSO BARBI FILHO

1. Arbitragem e Direito Comercial Contemporâneo — 2. Cláusula arbitral e Compromisso arbitral — 3. Inadimplemento de cláusula arbitral — 4. Posição da jurisprudência sobre a execução específica de cláusula arbitral em face das novas tendências do Direito Processual Moderno — 5. Instituição do Juízo Arbitral através de cláusula compromissória — 6. Noção de execução específica — 7. Natureza jurídica do compromisso arbitral — 8. Natureza e procedimento da execução específica de cláusula arbitral — 9. Conclusão.

1. Arbitragem e Direito Comercial Contemporâneo

A segunda metade do séc. XX trouxe dois fenômenos sob certa medida antagônicos no âmbito das relações comerciais em nosso país. De um lado, tem-se a crescente dinamização, agilização e diversificação das operações mercantis, cada vez mais intensas. De outro, o emperramento da máquina judiciária, que vem se revelando um instrumento ineficaz e insatisfatório na solução dos conflitos surgidos no âmbito das transações comerciais.

Em vista desse quadro, diversos segmentos econômicos começam a buscar, para a solução de controvérsias, alternativas que se mostrem suficientemente versáteis, rápidas e eficientes no atendimento às necessidades da atividade comercial, que evoluiu mais rápido que o próprio Direito.

Curiosamente, a resposta a essa busca tem sido encontrada em um instituto antigo: a arbitragem privada, que se apresenta como mecanismo capaz de funcionar adequadamente na solução dos conflitos decorrentes dos contratos comerciais.

A doutrina francesa mostra que a utilização da arbitragem privada para a

composição de controvérsias negociais se apóia em duas razões, uma de direito e outra de fato.¹ A razão de direito é a faculdade jurídica de utilização do instituto, criada por sua previsão no direito positivo, que, no caso brasileiro, decorre dos arts. 1.037 a 1.048, do CC, e 1.072 a 1.102, do CPC. A razão de fato decorre das vantagens que o procedimento arbitral traz à solução de conflitos. Essas vantagens são, entre outras, rapidez, capacitação técnica dos árbitros para questões específicas, descrição do processo, possibilidade de se contornar os conflitos interjurisdicionais — no caso dos contratos internacionais —² e até a prerrogativa que têm os árbitros de julgarem pela equidade, sem vinculação obrigatória à lei.

Por esses motivos, tem sido cada vez mais comum a inserção nos contratos mercantis de cláusulas prevendo a obrigação das partes de submeterem qualquer controvérsia surgida à solução por árbitros. Paralelamente, vê-se também no Brasil a instalação de diversas comis-

1. Alfred Jauffret. *Manuel de Droit Commercial*, 20.^a ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1991, p. 90.

2. Idem. Op. cit.

sões de arbitragem ligadas a entidades do comércio.

Todavia, paradoxalmente, pouca notícia se tem em nosso país da efetiva solução de conflitos comerciais por juízos arbitrais. Esse fenômeno se deve ao sistema criado pelo direito positivo brasileiro para a realização da arbitragem, que induz à utilização de dois institutos distintos que acabam não se interligando: a cláusula arbitral e o compromisso arbitral.

2. Cláusula arbitral e Compromisso arbitral

Há nítida distinção, em nosso sistema jurídico, entre a cláusula arbitral e o compromisso arbitral.

A cláusula arbitral ou compromissória constitui estipulação inserida em um contrato qualquer, através da qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem a solução de eventuais controvérsias surgidas na interpretação e aplicação daquele contrato. Pelo que se nota, a obrigação pactuada é tipicamente de fazer, não instituindo desde logo o juízo arbitral. É de se mencionar também que a cláusula compromissória não é instituto especificamente disciplinado no direito positivo brasileiro, mas simples obrigação contratual criada e firmada no âmbito da autonomia volitiva dos contratantes.

Já o compromisso arbitral é o acordo de vontades pelo qual as partes instituem efetivamente o juízo arbitral, indicando e delimitando o conflito, nomeando os árbitros e fixando as condições em que a arbitragem deverá se processar. O compromisso é que constitui o ato de instituição do juízo arbitral. Ele é uma figura expressamente prevista e disciplinada em nosso ordenamento positivo, nos arts. 1.072 a 1.102, do CPC e 1.037 a 1.048, do CC.

A diferença entre a cláusula e o compromisso arbitral é bem esclarecida

pela lição de Clóvis Bevilacqua: "Muitas vezes, as partes incluem, nos seus contratos, uma cláusula comprometendo-se a submeter as controvérsias que surgirem entre eles à decisão de árbitros. É a cláusula compromissória, que ainda não é o compromisso, mas a obrigação de celebrar. É o *pactum de compromittendo*."³

O exame conceitual dos dois institutos e das normas legais referidas autoriza a conclusão de que a arbitragem para o legislador brasileiro vem apenas do compromisso e não da conjugação deste com a cláusula arbitral inserida nos contratos mercantis.

Por outro lado, não é possível que se firme desde logo, em um contrato comercial, o próprio compromisso como cláusula disciplinadora de eventual arbitragem, pois ele tem como requisito indispensável a delimitação do litígio que, nesse momento, ainda não ocorreu (art. 1.074, III, do CPC).

Assim, há evidente distinção jurídica separando a cláusula arbitral do compromisso. Enquanto ela é mera promessa, que gera obrigação de instituir o juízo arbitral, ele é o ato dessa instituição. Indaga-se, pois, de que maneira o Direito vincula as duas figuras, com vistas a criar uma automação entre a promessa e a instituição da arbitragem.

3. Inadimplemento de cláusula arbitral

Sendo a cláusula arbitral uma estipulação contratual na qual se pactua a obrigação de firmar compromisso, seu descumprimento significa a não instituição do juízo arbitral como forma de solução da controvérsia surgida.

Mais uma vez, mencione-se a valiosa lição de Clóvis Bevilacqua: "A cláusula

3. Clóvis Bevilacqua. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, IV/191, S. Paulo, Francisco Alves, 1943.

compromissória, no direito pátrio, cria, apenas, uma obrigação de fazer. É um pacto preliminar, cujo objeto é a realização de um compromisso, em dada emergência."⁴

O inadimplemento da cláusula arbitral poderá ser por ação ou omissão. Ele será ativo quando a parte, não aceitando a arbitragem, recorrer diretamente ao Judiciário como meio de solução para o conflito contratual surgido; e será omissivo quando a parte apenas se recusar ao ato de firmar o compromisso arbitral.

Tendo em vista que o ato de celebrar o compromisso é obrigação de fazer, o descumprimento da cláusula arbitral ensejaria duas alternativas para o credor da prestação: a execução específica dessa obrigação de fazer ou o sucedâneo das perdas e danos.

A jurisprudência brasileira tradicional firmou-se no sentido de que, contendo a cláusula arbitral simples obrigação de fazer (firmar o compromisso), seu inadimplemento não enseja execução específica, mas simples reparação por perdas e danos. Como registra Osmar Brina Corrêa Lima, "o CPC não prevê mecanismo para atender à eficácia da cláusula compromissória. E o STF já decidiu que ela não comporta execução específica (RE 58.696-SP, RTJ 42/215)".⁵

Apenas no âmbito dos contratos internacionais, encontra-se a admissibilidade de instituição compulsória da arbitragem por força da cláusula arbitral, independentemente de compromisso. É o que se vê da seguinte decisão do STJ, em que foi relator o Min. Gueiros Leite: "nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo (de Genebra de 1923), a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente do com-

promisso e, por si só, é apta a instituir o juízo arbitral".⁶

Dessa forma, no caso dos contratos nacionais, a cláusula arbitral neles inserida não significará a possibilidade de as partes exigirem o cumprimento efetivo da obrigação pactuada. Conforme já se registrou na doutrina, "não foi conferida à cláusula arbitral o caráter de instituidora do juízo arbitral. Desestimulou-se, com isso, a arbitragem, pela evidente dificuldade de as partes em dissensão celebrarem acordo destinado a dirimir suas pendências".⁷ Assim, pode-se mesmo dizer que o efeito da cláusula compromissória, no que se refere à arbitragem, é apenas moral e patrimonial, pois a obrigação firmada já está convertida, em seu nascedouro, no sucedâneo das perdas e danos.

4. Posição da jurisprudência sobre execução específica de cláusula arbitral em face das tendências do Direito Processual Moderno

Como se disse, os Tribunais brasileiros já firmaram o entendimento de que a cláusula arbitral inserida em contratos internos não admite execução específica da obrigação de fazer nela consignada. Todavia, já é hora de que se comece a repensar essa posição, considerando relevantes argumentos que se apresentam contra a mesma.

Um ponto importante a ser observado é que, se por um lado o direito positivo brasileiro não autoriza expressamente a execução específica de cláusula arbitral, por outro não a proíbe. Ao contrário, as normas dos arts. 639 e 641, do CPC, induzem justamente a conclusão de permissibilidade da execução *in natura* das obrigações de fazer. E, se a arbi-

4. Clóvis Bevilacqua. Op. cit., p. 191.

5. Osmar Brina Corrêa Lima. "Reflexões Sobre a Arbitragem na Solução de Conflitos". RJ 146/16, Porto Alegre, Síntese, 1989.

6. REsp. 616-RJ, DJU 13.8.90.

7. Anais do Congresso Internacional sobre Arbitragem Comercial, Rio, 1985, p. 120.

tragem é mecanismo de solução privada dos conflitos, por que não se lhe aplicar o velho princípio privatista segundo o qual está autorizado tudo aquilo que a lei não proíbe?

O direito processual vem caminhando sempre no sentido de ser cada vez mais instrumento e menos objeto, procurando se prestar como meio de satisfação e não de obstrução de direitos. É o fenômeno da efetividade do processo.

Em recente voto proferido na 3.^a Turma do STJ, relativo a execução específica das obrigações de fazer e não fazer, o Min. Eduardo Ribeiro de Oliveira, manifestou essa preocupação. Disse ele: “Coloca-se em relevo, nos tempos que correm, o equívoco do entendimento, expresso no aforismo *nemo precise ad factum cogi potest*. Certo que não é possível, fisicamente, forçar alguém à prática de um ato que envolva manifestação de vontade. Vários mecanismos existem, porém, tendentes a alcançar a realização do direito. Em certas circunstâncias, substitui-se o fazer do devedor por um terceiro; em outras, por meio das *astreintes*, é exercida pressão psicológica sobre o devedor; em outras, ainda, a sentença supre a manifestação de vontade.”⁸

Essa busca da efetividade do processo, que já era patrocinada por Chiovenda no início do século, ganha mais força a cada dia.⁹ O Prof. Cândido Rangel Dinamarco ressaltou bem esse aspecto em sua tese de concurso para a cátedra de Direito Processual Civil da Universidade de São Paulo, síntese de toda uma vida dedicada ao estudo do processo: “Onde for possível produzir precisamente a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida, que sejam proferidas decisões nesse sentido e não outras meramente paliativas.

8. REsp. 27.517-2-MG, 16.2.93, ainda não publicado.

Quanto a isso, as sentenças constitutivas são de muita eficácia: elas conduzem diretamente às situações desejadas, sem dependência de conduta do demandado. Entre as constitutivas, as substitutivas da vontade do devedor dispensam qualquer manifestação da parte deste e constituem conquista do processo moderno: venceram o dogma da intangibilidade da vontade humana”.⁹

Da mesma forma opina outro grande processualista brasileiro da atualidade de idéias internacionalmente reconhecidas, Prof. José Carlos Barbosa Moreira: “Se o processo constitui instrumento para a realização de direito material, só se pode a rigor considerar plenamente eficaz a sua atuação quando ele se mostre capaz de produzir resultado igual ao que se produziria se o direito material fosse espontaneamente observado.”¹⁰

Assim sendo, quero crer que o direito processual contemporâneo já tem elementos suficientes para que os Tribunais brasileiros reavaliem o problema da execução específica da cláusula arbitral nos contratos internos. A jurisprudência como um todo necessita responder a esse imperativo, já reconhecido pela doutrina, de dar ao processo instrumentalidade e efetividade.

Felizmente, existem algumas manifestações nesse sentido, que, embora isoladas, merecem menção com destaque. É o caso de um acórdão da 3.^a Câmara Cível do TJSP, no qual se concluiu que “a jurisdição arbitral existe desde o momento da instituição da cláusula compromissória no contrato e cuja formação já é suficiente para derrogar desde logo a jurisdição voluntária natural, criando para as partes a obri-

9. Cândido Rangel Dinamarco. *A Instrumentalidade do Processo*, 2.^a ed., S. Paulo, RT, p. 426.

10. José Carlos Barbosa Moreira. *Temas de Direito Processual Civil*, 2.^a série, S. Paulo, Saraiva, 1988, pp. 31-32.

gação compulsória de nomear ou de prover a nomeação dos árbitros.”¹¹

Não obstante tudo isso, predomina ainda a solução reparatória para cláusula arbitral descumprida, ficando as hipóteses de execução específica limitadas a circunstâncias especiais, que passarei a identificar na seqüência. Todavia, em face do que se expôs, é de se esperar que esse quadro não perca por muito mais tempo.

5. Instituição do Juízo Arbitral através de cláusula compromissória

O prof. José Carlos de Magalhães, em estudo sobre arbitragem privada, anota que, no direito brasileiro, há duas circunstâncias em que “a cláusula arbitral pode instituir, desde logo, a arbitragem, independentemente de compromisso. A primeira é a da cláusula arbitral firmada ao amparo do “Protocolo relativo às cláusulas arbitrais” de Genebra, de 1923, vigente no Brasil, após sua ratificação e promulgação pelo Dec. 21.187.” Registra na seqüência que a “outra hipótese de instituição de juízo arbitral independentemente de compromisso é a da cláusula arbitral inserida em acordo de acionistas de sociedade anônima: o art. 118 da Lei 6.404, de 15.12.76, que regula as sociedades anônimas, prevê a execução específica de tais acordos, o que faz supor que a cláusula arbitral neles contida tenha compulsoriedade”.¹²

A conclusão do mestre paulista, bem como as decisões judiciais já referidas, merecem uma análise sob o seu aspecto processual. Não se pode afirmar tecnicamente que a instituição do juízo ar-

bitral se dê apenas pela cláusula compromissória prevista em contrato, independentemente de ato posterior. Isso porque a obrigação contratual de submeter conflito à arbitragem, uma vez descumprida, tem que ser executada coercitiva e especificamente para que se institua compulsoriamente o juízo arbitral. Alcides de Mendonça Lima, ao comentar o art. 639, do CPC, que disciplina a execução específica das obrigações de fazer, lembra que “é evidente que o interessado no contrato definitivo tem de mover ação contra o inadimplente. O instrumento não é executado diretamente, como título extrajudicial. A sentença é que servirá para condenar o réu a prestar a declaração ou, então, servir como sucedâneo da vontade dele.”¹³

Na jurisprudência também se encontra esse entendimento, como se vê de acórdão do TJPA em que se concluiu: “Nos casos do art. 639, do CPC, o instrumento não é executado diretamente como título extrajudicial. O interessado no contrato definitivo tem que mover ação contra o devedor e a sentença é que servirá para condenar o réu a prestar a declaração ou, então, como sucedâneo da vontade dele.”¹⁴

O procedimento de arbitragem, por sua vez, só pode se realizar se atendidos alguns requisitos instrumentais mínimos. Entre eles, mencione-se, com destaque, a delimitação do conflito, a indicação dos árbitros, o prazo de elaboração do laudo e a autorização aos árbitros para julgarem por equidade, fora das regras e formas de direito. Tais requisitos estão consubstanciados justamente no compromisso. Por isso, a afirmativa de que,

11. *Anais do Congresso Internacional sobre Arbitragem Comercial*, Rio, 1985, p. 120 e RT 293/263.

12. José Carlos Magalhães. “Arbitragem Internacional Privada”. *RF* 279/101, Rio, Forense, 1977.

13. Alcides de Mendonça Lima, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 6.ª ed., VI/679, Rio, Forense, 1991.

14. Alexandre de Paula. *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*, 1.ª ed., VI/235, Rio, Forense, 1984.

no direito brasileiro, só o compromisso pode instituir o juízo arbitral tem um fundamento legal (art. 1.072, do CPC) e outro instrumental. Não é possível, sem um provimento jurisdicional específico, que se extraiam da cláusula arbitral o ato instituidor e todos elementos necessários ao surgimento do juízo arbitral.

Dessa forma, a solução técnico-processual para o cumprimento compulsório da cláusula compromissória inadimplida é a sua execução específica, com vistas ao suprimento judicial da manifestação de vontade necessária à instituição do juízo arbitral. E esse suprimento jurisdicional de vontade é que produzirá o mesmo efeito do compromisso. Em verdade, na instituição compulsória do juízo arbitral, o compromisso, ainda que fictamente, existe, através da sentença que produz os seus efeitos.

Portanto, não há, em nosso sistema positivo, situação em que a cláusula arbitral institua desde logo o juízo arbitral. O que há são hipóteses nas quais é possível a execução específica da obrigação de fazer pactuada nessa cláusula, a fim de obter um provimento judicial que produza o mesmo efeito do compromisso não firmado.

Conforme se viu, duas dessas hipóteses são a da cláusula compromissória inserida em contrato internacional firmado ao amparo do Protocolo de Genebra de 1923 e a daquela inserida em acordo de acionistas de sociedade anônima. Acena-se agora com a admissibilidade de execução específica das cláusulas arbitrais previstas em quaisquer contratos nacionais, através do Anteprojeto de Lei de Arbitragem, recebido pelo Congresso Nacional em 2.6.92, que confere o atributo da execução específica às cláusulas de arbitragem inseridas nos contratos.

Além disso, segundo se demonstrou há pouco, o direito processual moderno tem consistentes elementos para que a

jurisprudência modifique sua orientação quanto à admissibilidade de execução específica da cláusula compromissória.

Cresce, assim, o interesse na definição do que seja a execução específica da cláusula arbitral e na forma de seu processamento. Sabendo-se, como demonstrado, que é através do compromisso que se institui o juízo arbitral no nosso sistema positivo, a execução específica da cláusula arbitral será a obtenção, por via do Judiciário, da celebração compulsória desse compromisso. E, para se compreender como tal procedimento se dará, é necessário que se identifique a noção de execução específica e a própria natureza jurídica do compromisso.

6. Noção de execução específica

A origem da execução judicial forçada é a obrigação descumprida. A satisfação dessa obrigação poderá ser por uma indenização equivalente ou pelo seu efetivo cumprimento. Daí existirem dois tipos principais de execução forçada, a por reparação e a específica.

No caso das obrigações de fazer e não fazer, a execução por reparação muitas vezes se revela um remédio inadequado e insatisfatório para a violação de direito. Nela, a satisfação da prestação devida se faz por outra equivalente, de caráter patrimonial. E isso nem sempre atende ao credor, que precisa e deseja o cumprimento *in natura* do pactuado. Esse é precisamente o problema vivido atualmente no direito obrigacional brasileiro, em virtude do entendimento jurisprudencial de que a cláusula arbitral inserida nos contratos internos se resolve em perdas e danos quando descumprida.

A execução específica surgiu em resposta a necessidades dessa natureza, pois, dentro de uma concepção ideal, o processo deve ter por finalidade assegurar às partes exatamente aquilo

que, fora dele, teriam direito de obter. O Prof. Humberto Theodoro Júnior, apoiando-se na lição de Allorio, anota que no processo civil moderno “a idéia do ordenamento jurídico como um conjunto de normas obrigatórias e indispensáveis à convivência em sociedade, e a dos contratos como a lei das partes, protegida e assegurada pela lei do Estado, tudo isto leva à conclusão de que, se o negócio jurídico é válido e eficaz, é a execução específica que: “oferecerá la solución más sensata del problema jurídico creado por el incumplimento”.¹⁵

Na execução específica, a solução não é compensatória. A composição da lide não se traduz em reparações, de suposta equivalência patrimonial, mas sim em assegurar o cumprimento em espécie do pactuado.¹⁶ A tutela jurisdicional pretendida é, no caso, a substituição do ato jurídico que o devedor se recusa a praticar, pela decisão judicial que supra a vontade não manifestada.

O descumprimento da cláusula arbitral inserida em contrato é um inadimplemento de obrigação de fazer. A execução específica desse tipo de obrigação está prevista nos arts. 639 e 641, do CPC, que estabelecem, respectivamente: “Art. 639. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado. Art. 641 — Condenado o

devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.”

Cabe então definir a natureza jurídica do compromisso, a fim de verificar se ele se adequa à fórmula de execução específica trazida em nosso ordenamento adjetivo.

7. Natureza jurídica do compromisso arbitral

Bastante debatida na tradicional doutrina civilista, a natureza jurídica do compromisso tem sido alvo de acirrada controvérsia. Existem basicamente duas correntes. Uma que nega ao instituto o caráter contratual e outra que lhe atribui essa natureza.

Entre os que não aceitam o compromisso como contrato alinham-se Clóvis Bevilacqua, Carvalho de Mendonça, Washington de Barros Monteiro e Caio Mário da Silva Pereira. Sustentam esses autores que o compromisso não pode ter natureza contratual, uma vez que ele não se destina a criar, modificar ou extinguir direitos, mas sim a dirimir questões. Para essa corrente, o compromisso é apenas o ato jurídico pelo qual as partes, em vez de recorrerem ao Judiciário, escolhem juízos e árbitros para decidirem suas questões.

De outro lado, nomes de peso como Espínola, Serpa Lopes e Sílvio Rodrigues argumentam que o compromisso é ato volitivo bilateral, capaz de criar relações na órbita do direito, nascendo de um acordo de vontades, e que caracteriza inequivocamente negócio jurídico. Esclarecedoras sobre essa natureza contratual do compromisso as palavras do próprio Prof. Sílvio Rodrigues: “Ele se ultima pelo consenso de duas ou mais vontades que indicam árbitros. Portanto, trata-se de ato jurídico bilateral que cria obrigações para cada um dos participan-

15. Humberto Theodoro Júnior. “A Garantia do Processo Legal e o Grave Problema do Ajuste dos Procedimentos aos Anseios de Efetiva e Adequada Tutela Jurisdicional.” *Atualidades Jurídicas*, 1.ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1992, p. 32.

16. José Alexandre Tavares Guerreiro, “Execução Específica do Acordo de Acionistas”, *RDM* 5/41, S. Paulo, RT, p. 45.

tes. Ora, isso é contrato, e como tal deve ser conceituado.”¹⁷

Mais recentemente, José Carlos de Magalhães anotou que o compromisso constitui contrato de direito privado que se destina a regular a instituição do juízo arbitral, uma relação jurídica de direito público em face de sua finalidade jurisdicional.¹⁸

Coloco-me ao lado daqueles que defendem a natureza contratual do compromisso, pois não vejo como se negar o acordo de vontades que está na base de sua formação e nem os direitos e obrigações que são por ele criados e modificados.

Tendo o compromisso natureza contratual, a parte que ajusta cláusula compromissória está na realidade assumindo obrigação de celebrar contrato para instituição do juízo arbitral. A particularidade desse contrato — o compromisso — reside na circunstância de que ele só poderá ser celebrado após o surgimento do conflito, cuja delimitação é o seu requisito fundamental.

Assim, quem descumpre cláusula arbitral viola obrigação de contratar, a qual se sujeita a execução específica nos termos do já referido art. 639, do CPC.

8. Natureza e procedimento da execução específica da cláusula arbitral

Demonstrado que a execução específica da cláusula arbitral equivale ao cumprimento compulsório de obrigação de contratar, prevista no art. 639, do CPC, cumpre investigar a natureza e o procedimento dessa ação.

Primeiro aspecto relevante a ser observado é que essa ação tem natureza cognitiva, não obstante a denominação “execução específica” e sua previsão na parte do CPC relativa ao Processo de

Execução. Com efeito, ao contrário do que ocorre na execução por reparação, o que se busca na execução específica não é a prática de atos materiais destinados à satisfação do direito do credor, mas sim o suprimento judicial do ato de vontade que a parte se recusa a realizar.¹⁹

Assim sendo, a ação visa à obtenção de uma sentença de mérito que reconheça o direito do autor e produza o mesmo efeito da prestação devida pelo réu. Daí poder-se dizer que a ação não é “de” execução específica da cláusula arbitral, mas “para” essa execução.

No caso da cláusula arbitral, a obrigação é firmar um contrato, o compromisso. Portanto, a sentença visada com a ação vai produzir o mesmo efeito do compromisso, instituindo o juízo arbitral. Sob esse aspecto, pode-se afirmar que a cláusula arbitral tem, em si própria, a natureza de contrato preliminar ou pré-contrato.

Essa sentença é constitutiva e substitutiva, pois, ao mesmo tempo que contém uma declaração de certeza sobre a relação jurídica tornada litigiosa, cria uma nova relação,²⁰ um estado jurídico novo, ao substituir a vontade não declarada, instituindo a arbitragem.

19. Acórdão das Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Mato Grosso (3.3.77): “Objetivando o autor, com fundamento nos arts. 639 a 641 do CPC, diante da alegada inadimplência do vendedor, a obtenção de uma sentença que produza o mesmo efeito da declaração não emitida, o processo adequado é o de conhecimento, pois o determinado no art. 639 interessa ao juízo de cognição. O aparente erro de sistemática na colocação da matéria no CPC, inserindo no Livro II (Processo de Execução), os referidos artigos, encontra justificativa no caráter de execução específica da obrigação de fazer.” (Alexandre de Paula, op. cit., p. 234).

20. Rogério Lauria Tucci. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3, 1.ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1989, p. 67, e também Cândido Rangel Dinamarco, op. cit., p. 426.

17. Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, 11/295, 3.ª ed., S. Paulo, Max Limonad, 1968.

18. José Carlos Magalhães, op. cit., p. 102.

Como a sentença valerá pelo compromisso não firmado, instituindo o juízo arbitral, necessário será que nela constem os elementos indispensáveis à realização da arbitragem, relacionados nos arts. 1.073 e 1.075, do CPC. Pode acontecer que a própria cláusula arbitral que está sendo executada contenha esses elementos. Mas se não contiver, isso não inviabilizará o provimento jurisdicional, pois a doutrina tem se firmado por uma maior independência formal entre o ajuste preliminar e o definitivo.²¹

Nesse caso, os elementos que forem imprescindíveis à constituição do juízo arbitral e que não estiverem contidos na cláusula compromissória, tais como a delimitação do conflito, a indicação dos árbitros, o prazo para que seja proferido o laudo etc. Deverão ser apresentados pelo autor. Ao réu cabe impugnar aqueles elementos dos quais discorde, justificadamente, indicando os que lhe pareçam próprios.

Sob esse aspecto, nada impede, por exemplo, que o réu sucumba quanto ao pedido de suprimento da vontade não manifestada, mas que, apesar disso, prevaleça o prazo que ele indicou na contestação para a conclusão do laudo, ou que não se aceite, por alegação sua, o nome de um árbitro impugnado por suspeição. Assim, o réu pode contestar não só a pretensão principal — o provimento da execução específica — como também os elementos indicados pelo autor para a instituição do juízo arbitral.

O pedido, endereçado a um juízo cível, será fundado no art. 639, do CPC, sendo formulado em ação de natureza cognitiva, proposta “para” execução específica de cláusula arbitral. O rito será ordinário e a ação de conhecimento,

pois, em nosso direito positivo atual, o pré-contrato, consubstanciado na cláusula compromissória, não constitui título executivo extrajudicial.²² A eficácia executiva do provimento está na sentença obtida que vale pelo contrato que não se firmou voluntariamente.

Ainda na fase de instrução, os árbitros indicados deverão ser intimados para aceitarem ou não a incumbência, nos termos do art. 1.085, do CPC.

A sentença deverá decidir sobre todos os requisitos necessários à instituição da arbitragem, pois, a teor do art. 639, do CPC, ela produzirá o mesmo efeito do contrato. Assim, a decisão de mérito transitada em julgado valerá pelo compromisso, constituindo-se no ato instituidor do juízo arbitral. Não será necessário que se lavre outro contrato após a sentença, posto que ela, “por si só, produzirá os efeitos que aquele haveria de produzir”.²³

Instituído o juízo, os árbitros desenvolverão normalmente sua função a partir daí, com vistas à elaboração do laudo.

9. Conclusão

O presente estudo não pretende abarcar todo o tema e muito menos apresentar de maneira completa e definitiva o que seria o procedimento para execução específica da cláusula arbitral nos contratos mercantis.

Como se referiu, a possibilidade dessa execução há muito tem sido repelida pela jurisprudência. Mas, tendo-se em

22. Sydney Sanches, op. cit., p. 35. Vale mencionar que o anteprojeto elaborado pela Comissão de Revisão do Código de Processo Civil, coordenada pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, atribui aos contratos que têm por escopo obrigação de fazer a qualidade de título executivo extrajudicial.

23. Sydney Sanches, op. cit., pp. 35-36. Em sentido contrário, Alcides de Mendonça Lima, op. cit., p. 680.

21. Sydney Sanches. *Execução Específica*, 1.ª ed., S. Paulo, 1978, p. 30, apoiando-se em Pontes de Miranda, e também Alcides de Mendonça Lima, op. cit., p. 678.

vista as tendências do direito processual moderno, que recomendam uma mudança nesse entendimento, bem como a crescente e concreta possibilidade de que o instituto venha a ser expressamente autorizado pelo direito positivo pátrio, é importante que se comece a investigar

o assunto em seu aspecto técnico-processual, a fim de que se revelem as dúvidas e polêmicas mais significativas a respeito.

Se este trabalho tiver conseguido ao menos suscitar algumas dessas dúvidas e polêmicas, terá atingido seu objetivo.

A RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, EM FACE DA LEI BANCÁRIA

LUIZ ALFREDO PAULIN

1. Sujeitos ativos: 1.1 Introdução; 1.2 Conceito de administrador; 1.3 Do conselho de administração; 1.4 Diretoria; 1.5 Sócios-gerentes; 1.6 Administrador de fato — 2. Condutas comissivas e omissivas: 2.1 Introdução; 2.2 Condutas comissivas; 2.3 Condutas omissivas; 2.4 Responsabilidade por omissões; 2.4.1 Lei ou regulamento; 2.4.2 Atribuição inerente ao cargo; 2.4.3 Estatutos ou contrato social; 2.4.4 Responsável perante o BACEN; 2.4.5 Administrador que recebeu intimação do BACEN — 3. Responsabilidade por fato de terceiro, objetiva e subjetiva: 3.1 Das diversas espécies de responsabilidade; 3.2 Responsabilidade por fato de terceiro; 3.3 Responsabilidade objetiva; 3.4 Responsabilidade subjetiva; 3.4.1 Dolo e culpa — 4. Conclusão.

1. O exercício das funções de administrador de instituição financeira cria uma série de responsabilidades para seus titulares. Grosso modo, pode-se afirmar que os dirigentes de Instituição financeira estão sujeitos a responder por seus atos na esfera civil, penal e administrativa.

A responsabilidade civil é aquela que tem atraído maior atenção da doutrina, sendo possível serem encontrados diversos trabalhos de natureza científica publicados, a este respeito. Com efeito, seja em função da responsabilidade do administrador frente à sociedade ou das regras da Lei 6.024/74, o assunto despertou muito interesse, sendo que, nesta área, a temática vem sendo convenientemente estudada.

A responsabilidade penal do administrador de instituição financeira, embora em grau menor que a responsabilidade civil, vem merecendo atenção de muitos estudiosos desta área. Em verdade, após o advento da Lei 7.492/76 também

conhecida como “Lei do Colarinho Branco”, muitos penalistas se entusiasmaram em escrever artigos a respeito, podendo se encontrar, na atualidade, inclusive, comentários ao texto de referida lei.

Por último, aponta-se a responsabilidade dos dirigentes de instituição financeira, por descumprimento das normas veiculadas pela Lei 4.595/64, pelas normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional ou pelo Banco Central do Brasil, que doravante será denominada responsabilidade administrativa. O estudo desta espécie de responsabilidade, a despeito de sua relevância, não vem despertando o interesse esperado por parte dos estudiosos do direito bancário. Tanto assim é, que não se encontrar literatura tão abundante como no campo da responsabilidade civil ou mesmo da penal. Deste modo, o escopo deste trabalho é justamente examinar aspectos da responsabilidade do administrador de instituição financeira ligados a infração aos objetivos da Lei 4.595/64.

Para este fim, pretende-se desenvolver o estudo em três partes distintas. Na primeira delas, procurar-se-á definir quais são as pessoas passíveis de se sujeitarem às sanções previstas no art. 44 da Lei 4.595/64 e as peculiaridades que cercam a responsabilidade dos administradores, em função do órgão que ocupam. Encerrada esta temática prosseguir-se-á delimitando quais as condutas capazes de ensejar punições. A última fase do estudo será dedicada a análise da culpabilidade enquanto elemento necessário para caracterização da infração.

1. SUJEITOS ATIVOS

1.1 Introdução

2. Como se sabe, por intermédio da Lei 4.595/64 foi implementada uma reforma bancária no Brasil, a qual alterou, de maneira bastante profunda, as regras que regiam o Sistema Financeiro Nacional. Inicia-se aí o que é qualificado como quarto período do Sistema Financeiro Nacional.¹ Muito embora se advogue a existência de um quinto período, o qual se iniciaria em 1968, e que teria como característica básica o movimento de fusões e incorporações de bancos, o fato é que do ponto de vista de estrutura normativa, o sistema vigente ainda hoje é o implantado em 1964, talvez com uma única diferença relevante, decorrente de que, a partir de final de 1976, parcela significativa do mercado de capitais brasileiro passar a ser fiscalizado pela Comissão de Valores Mobiliários.

A reforma de 1964 teve como um de seus pontos principais a criação do Banco Central do Brasil. A este órgão

foram atribuídas uma série de funções. Ao lado das funções clássicas e rotineiras de um banco central, ligadas a implementação da política monetária, controle de reservas, etc., ao novo órgão reservou-se também a tarefa de "exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas", nos termos do que estabelecia o art. 10, VIII da Lei 4.595/64. As penalidades a que se refere o art. 10, VIII retromencionado vem devidamente explicitadas no Capítulo V daquela lei, mais especificamente por intermédio do art. 44.

3. Encontram-se sujeitas a serem apenadas por parte do Banco Central do Brasil, uma série de pessoas físicas e jurídicas, cuja atividade regular ou irregular, interfira no mercado financeiro. Pode-se dividir as pessoas que se sujeitam as sanções do Banco Central do Brasil, em dois grupos: a) os que operam regularmente no mercado; b) os que atuam irregularmente.

No que tange aos primeiros, e que, se infratores, podem ser punidos pelo Banco Central do Brasil, a Lei 4.595/64 faz menção as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes e gerentes. Pode-se dizer que, com base no art. 44 da Lei 4.595/64, são puníveis a instituição financeira, os membros do conselho fiscal e os administradores. Como o objetivo deste trabalho é analisar a responsabilidade dos administradores de instituição financeira, desde logo, excluir-se-á qualquer referência à própria instituição financeira e os membros do conselho fiscal. Portanto, a análise será centrada nos diretores, membros dos conselhos administrativos e gerentes, a que se refere o *caput* do art. 44 da Lei 4.595/64, que podem ser classificados genericamente como administradores.

Deve-se acrescentar ao rol das pessoas sujeitas as sanções aplicadas pelo Banco Central do Brasil, em razão da Lei

1. Manuel Henrique Garcia, "Sistema financeiro nacional", in Diva Benevides Pinho & Marco Antonio Sandoval de Vasconcelos, *Manual de economia*, 2.^a ed., S.Paulo, Ed. Saraiva, 1992, pp. 306-307.

4.595/64, aqueles que agem irregularmente no mercado. Estes podem ser divididos em dois grupos: a) pessoas físicas e jurídicas que exercem o comércio bancário sem estarem autorizadas para tanto; e b) os administradores de fato de instituições financeiras. Pelos motivos já declinados acima, isto é, em função do escopo deste trabalho ser a análise da responsabilidade dos administradores, deixar-se-á de lado as pessoas físicas e jurídicas que exercem o comércio bancário, sem estarem autorizadas, analisando-se, somente, no que se refere às pessoas que agem irregularmente no mercado, os administradores de fato de instituições financeiras.

4. Apesar de haver consenso no sentido de que sujeitam-se as sanções aplicadas pelo Banco Central do Brasil os dirigentes de instituição financeira, força é reconhecer que a Lei 4.595/64, em seu art. 44, ao estabelecer as regras punitivas, jamais se utilizou do termo "administrador", como o faz uma série de diplomas legais que a ela se seguiram e regulam outros tipos de responsabilidades a que estão sujeitos os dirigentes de instituição financeira. Confira-se, por exemplo, a Lei 6.024, de 13.3.74, em seus arts. 36 e 39, ou ainda a Lei 7.492, de 16.6.86, art. 25. Realmente, a Lei 4.595/64 estabelece como sujeitos as sanções, além da pessoa jurídica os "diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes e gerentes". Verifica-se, pois, que, o legislador, ao invés de optar por se utilizar dos termos "administradores e membros do conselho fiscal" preferiu relacionar os administradores capazes de serem responsabilizados. Ou seja, ao invés de simplesmente se referir a administradores optou por relacioná-los, enumerando-os exemplificativamente. Apesar de não ter sido a técnica mais apropriada, não subsiste dúvida, hoje em dia, que o objetivo da lei foi estabelecer um regime punitivo em relação a todos os

administradores, e aos membros do conselho fiscal. Verifique-se, a partir daí, qual o conceito de administrador de instituição financeira.

1.2 Conceito de administrador

5. O conceito de administrador de sociedade é conhecido pela doutrina. Giuseppe Ferri² genericamente delinea-o, nos seguintes termos: "Gli amministratori costituiscono l'organo al quale è commessa la gestione dell'impresa sociale e il potere di determinare la politica economica della stessa." O conceito acima é inatacável, adequando-se inteiramente ao administrador de instituição financeira. Portanto, pode-se assumir que são administradores de instituição financeira aquelas pessoas que se enquadram no conceito de administrador retrotranscrito, exercendo suas funções dentro de uma Pessoa Jurídica legalmente classificada como instituição financeira.

No Brasil, é desnecessário se proceder a uma discussão sobre quem são os administradores de sociedade, na medida em que o próprio direito positivo trata de enunciá-los expressamente. No caso de instituições financeiras, atendendo às disposições do art. 25 da Lei 4.595/64, estas se organizam quase que exclusivamente sob a forma de sociedades por ações. Permite-se, todavia, que algumas instituições financeiras não bancárias se organizem sob a forma de "sociedade por quotas de responsabilidade limitada".³

2. Giuseppe Ferri, *Le società*, Torino, Unione Tipografica, s/d, p. 488.

3. É certo que excepcionalmente permite-se que as instituições financeiras se organizem de forma diversa das "por ações" ou "por quotas". Todavia, como a maioria esmagadora das instituições financeiras se organizam ou como S/A. ou como "limitadas" resumiremos nossa análise a estes dois tipos de sociedades.

A administração das sociedades por ações, nos termos do art. 138 da Lei 6.404/76, “competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria”. Portanto, são considerados administradores da sociedade por ações os seus diretores e os membros do conselho de administração, na hipótese deste existir.

No caso de “sociedades por cotas de responsabilidade limitada”, nos termos do art. 13 do Dec. 3.708, de 10.1.19, são seus administradores ordinariamente os sócios-gerentes. Faculta, entretanto, o próprio art. 13 retromencionado que, nas “por quotas” haja delegação de poderes, desde que não conste vedação expressa no contrato social.

Destarte, a princípio, são administradores de instituição financeira os diretores, membros do conselho de administração, sócios-gerentes e pessoas a quem estes últimos tenham delegado o uso da razão social. Conseqüentemente, passíveis de sofrerem sanções por força das disposições da Lei 4.595/64 seriam eles, na qualidade de administradores regulares.

Por derradeiro ter-se-ia a figura daqueles que irregularmente exercem as funções de administrador de instituição financeira, os quais também estão sujeitos ao regime criado pela Lei 4.595/64.

Cumpra, pois, verificar em que condições cada administrador pode ser punido e as peculiaridades que cercam a responsabilização de cada um, em virtude do órgão que ocupa. É o que se passa a fazer.

1.3 Do conselho de administração

6. A administração das sociedades anônimas, conforme já foi dito, é exercida somente pela diretoria ou pela diretoria e pelo conselho de administração, na hipótese desse último existir. O conselho de administração é órgão obri-

gatório em algumas sociedades por ações e facultativo nas demais.⁴ Atualmente, na administração de parte significativa das instituições financeiras, especialmente as de grande porte, tal órgão é encontrado.

O conselho de administração foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, por intermédio da Lei 6.404/76. Antes dessa lei, o Dec.-lei 2.627, de 26.9.40 não previa a existência do conselho de administração, como órgão de direção da companhia, sendo certo que o art. 116 do citado diploma estabelecia que a companhia seria administrada por um ou mais diretores.

A despeito do Dec.-lei 2.627/40 não se referir ao conselho de administração, a Lei 4.595/64, editada sob a sua égide, fazia menção a ele de forma expressa. Em razão do fato do Dec.-lei 2.627/40 não ter feito referência ao C.A., poder-se-ia considerar desnecessária a menção que o legislador teria feito, aos membros do conselho de administração, como pessoas sujeitas as sanções estabelecidas pelo art. 44 da Lei 4.595/64. Tal conclusão seria incorreta, até porque, como é cediço, o legislador não se utiliza de palavras, inutilmente.

Dois são os motivos pelos quais o legislador referiu-se aos membros do conselho de administração. Primeiramente, não se deve esquecer que o *caput* do art. 44, antes de pretender estabelecer uma enumeração taxativa das pessoas sujeitas ao regime punitivo da Lei 4.595/64, pretendeu, através de uma enumeração exemplificativa, abranger os administradores das sociedades como um todo. Destarte, a menção ao conselho de administração deve ser entendida neste contexto. Por outro lado, embora o Dec.-lei 2.627/40 não previsse a existência do Conselho de Administração, como bem nota o Professor Modest-

4. Cf. art. 138, § 2.º da Lei 6.404/76.

to Carvalhosa,⁵ não havia impedimento “que o estatuto da companhia criasse um outro órgão, este coletivo ou colegiado, com funções sobrepostas à dos diretores: era o então chamado, mais comumente, conselho administrativo.” Em verdade, algumas sociedades, na vigência do Dec.-lei 2.627/40, adotavam este sistema, por meio de previsão estatutária. Comentando este assunto Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro⁶ ensinam:

“Essa bipartição de funções levou o direito comparado a estabelecer dualidade de órgãos administrativos, que a lei veio agasalhar, em seu art. 138. A inspiração desse modelo deriva basicamente das legislações alemã e francesa, que consagram a estrutura dual da administração. Segundo informa Alfredo Lamy Filho, o modelo alemão, seguido de perto (embora sob forma facultativa) pela lei francesa, difere do modelo americano, do *board* de um só colegiado, integrado por diretores com funções administrativas uns, e outros não, e poderes para escolher e destituir os *officers* — geralmente o Presidente, o Vice-Presidente, o Tesoureiro e o Secretário.

Entre nós, antes do advento da lei, não foram poucas as empresas cujos estatutos refletiam essa orientação, repartindo a administração entre órgãos com funções executivas e contornando mediante cuidadosos expedientes a proibição do decreto-lei de outorgar-se a outro órgão criado pelos estatutos as atribuições e poderes conferidos pela lei aos diretores (Dec.-lei 2.627, art. 116, § 4.º).”

5. Modesto Carvalhosa, *Comentários à lei de sociedades anônimas*, S. Paulo, Ed. Saraiva, 1982, v. 5.º/3.

6. Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, S. Paulo, Livraria e Editora Jurídica José Bushatsky Ltda., 1979, 1/437.

Das companhias que adotavam este sistema, antes da edição da Lei 6.404/76, eram dignas de nota os grandes Bancos e algumas multinacionais.⁷ Conseqüentemente, explica-se a inclusão dos membros do conselho de administração, por parte do legislador de 1964, no rol dos administradores passíveis de serem penalizados, não só pelo fato do art. 44 ter pretendido criar uma enumeração exemplificativa bastante ampla, bem como pelo fato deste ter sido realista reconhecendo que os bancos, de há muito, vinham adotando, por meio de previsão estatutária, o órgão.

Com o advento da Lei 6.404/76, passou-se a exigir a adoção do sistema de duplicidade de órgãos de administração para as companhias abertas, levando muitas instituições financeiras a estabelecer este órgão.⁸ Muitas que já o haviam instituído, por meio de disposição estatutária, a despeito de não estarem obrigadas a mantê-lo, em função da regra constante do art. 138, § 2.º da Lei 6.404/76, optaram por permanecer com ele. Outras instituições financeiras encontraram no órgão criado pela Lei 6.404/76, uma forma de profissionalizar a função executiva, sem que os acionistas perdessem totalmente o contato com a administração da instituição. Para tanto, os acionistas passavam a ocupar o conselho de administração, enquanto os cargos da diretoria eram ocupados por profissionais.

Hoje em dia, significativo percentual de instituições financeiras, por razões várias, tem na sua administração este órgão.

7. Os membros do conselho de administração, administradores que são, podem vir a ser penalizados conforme estabelece o art. 44 da Lei 4.595/64. Destarte, o descumprimento dos objeti-

7. Modesto Carvalhosa, op. e loc. cit.

8. Lei 6.404/76, art. 138, § 2.º.

vos da lei bancária possibilita aos transgressores, membros do órgão supra-referido, sofrerem as sanções previstas no art. 44 da Lei 4.595/64. Porém, força é convir que, na prática, os membros do conselho de administração sofrem penalidades de forma muito mais esporádica que os membros da diretoria. Prende-se isto ao fato das transgressões à lei bancária e normas complementares desta, ou seja, as Resoluções e Circulares do Banco Central do Brasil, ocorrerem em função de operações ativas, passivas e acessórias realizadas no dia a dia da instituição financeira, operações estas que não são, via de regra, de responsabilidade dos membros do conselho de administração, mas sim dos diretores.

Não se quer dizer, todavia, que os membros do conselho de administração não possam, no exercício de suas atribuições, infringir as normas legais e regulamentares pertinentes. Apenas está se reconhecendo que suas funções ensejam menores possibilidades de transgressões às normas que a dos diretores.

8. Ao analisar a responsabilidade dos membros do conselho de administração, deve-se ter cuidado para não incorrer em um erro básico, qual seja analisá-la a partir de princípios próprios aplicáveis aos diretores. Ora, diretoria e conselho de administração são órgãos completamente distintos, sendo impossível a aplicação a um órgão de princípios próprios do outro. Relembre-se, por exemplo, que o conselho de administração, ao contrário da diretoria, é órgão de deliberação colegiada. Por outro lado, não tem o conselho de administração poderes de representar a companhia, como tem a diretoria. É, pois, dentro das peculiaridades que cercam as funções, atribuições e modo de funcionamento do conselho de administração que deve ser examinada a responsabilidade dos seus membros.

9. A questão crucial quando da análise da responsabilidade do conselho de

administração, é saber se a mesma é individual ou coletiva. A dúvida se alicerça no fato já informado que o conselho de administração é órgão que delibera de forma colegiada, podendo-se, a partir daí, se desenvolver raciocínio tendente a considerar a responsabilidade coletiva de seus membros. A doutrina quando analisa a responsabilidade civil dos administradores de instituição financeira parece apontar para este caminho. Porém, há de se atentar que, sob o aspecto aqui tratado, existem diferenças profundas entre responsabilidade civil e responsabilidade administrativa. No campo da responsabilidade civil abrem-se algumas exceções à regra geral de responsabilidade por fato próprio e com culpa, possibilitando a responsabilidade por fato de terceiro ou responsabilidade objetiva. Porém, no campo punitivo, seja ele criminal ou administrativo, tal não é permitido. A responsabilidade é sempre subjetiva e individual, ainda que se tratem de membros de um órgão colegiado.

10. Conquanto seja indiscutível que a responsabilidade dos conselheiros é individual no âmbito administrativo, e este ponto será devidamente tratado no Cap. III deste trabalho, crê-se que não há maiores razões para se prosseguir a polêmica, eis que: a) sob nenhuma hipótese, um membro do conselho de administração que deixasse de comparecer a uma reunião poderia ser responsabilizado pelas deliberações nesta tomada; b) aquele conselheiro que vota contra uma matéria, deixando seu voto consignado na ata da R.C.A., está coberto pela excludente de responsabilidade constante do § 1.º do art. 158 da Lei 6.404/76. Logo, ainda que se advogasse a existência de responsabilidade coletiva em relação aos membros do conselho de administração o resultado seria o mesmo, em relação à responsabilidade por atos individuais baseados na culpa. Vale dizer: um membro do Conselho de

Administração só será penalizado por deliberações tomadas em reuniões que esteve presente e não votou de forma contrária. Isto posto, absolutamente sem sentido discutir até que ponto a tese da responsabilidade coletiva é aceitável, na medida em que ambas as hipóteses, na situação ora tratada, as conseqüências serão as mesmas. É certo que se poderia questionar se os conselheiros, no que tange às atribuições de que trata o art. 142, III da Lei 6.404/76 estariam sujeitos a responsabilidade sem culpa. Entende-se que não. Todavia, este ponto estará melhor explorado quando se analisar a responsabilidade dos membros do conselho de administração pelo descumprimento ao referido art. 142, III, da Lei 6.404/76 (item 13 infra).

11. As funções do conselho de administração são aquelas estabelecidas em lei. São, para ser mais exato, as matérias listadas no art. 142 da Lei 6.404/76. Assim, todas as vezes que o C.A. deliberando sob a competência criada pelo art. 142 da Lei 6.404/76 descumprir os objetivos da Lei 4.595/64 estarão seus membros, nos limites de suas culpas, sujeitos às penalidades previstas naquele diploma legal.

Há casos onde a responsabilidade evidencia-se, à primeira vista. Assim, o conselho de administração poderá faltar com seus deveres, por exemplo, quando no exame prévio de contratos a ele submetido, por força do disposto no art. 142, VI, da Lei 6.404/76 e disposições estatutárias pertinentes aprovar atos contrários as disposições legais aplicáveis. Seria, também, o caso da aprovação de uma operação de crédito deferida a ente ligado contrariando os termos do art. 34 da Lei 4.595/64.

Esta responsabilidade pode advir, outrossim, no uso das atribuições estabelecidas pelo mesmo art. 142, V da Lei 6.404/76 ao aprovar contas da diretoria, as quais não se encontram corretamente elaboradas.

12. Se os exemplos acima declinados não despertam maiores polêmicas, o mesmo não se pode dizer, quando a responsabilização decorre do descumprimento das disposições constantes do art. 142, III da lei societária, disposição legal cuja exegese merece um certo cuidado. Para um entendimento exato do alcance do disposto no art. 142, III da Lei 6.404/76 deve-se ler com atenção o que diz a doutrina. Ora, uma leitura perfunctória de alguns textos poderia levar à falsa conclusão de que os conselheiros seriam totalmente irresponsáveis por atos praticados pelos diretores, que não tiverem chegado ao seu conhecimento. Tal não é verdade. Tome-se, por exemplo, Nelson Eizirik.⁹ Baseado em Modesto Carvalhosa, a questão é exposta nos seguintes termos: “do caráter coletivo da responsabilidade dos membros do Conselho de Administração, bem como da natureza de suas funções, que não compreendem a representação e a gestão dos negócios da companhia, decorre a irresponsabilidade dos conselheiros pelos atos praticados pelos diretores e que não chegam a seu conhecimento, de tal sorte que não são eles responsáveis por tais atos, salvo se com eles forem coniventes, se negligenciarem em descobri-los ou se, deles tendo tomado conhecimento, deixarem de agir para impedir sua prática.” Depreende-se disto que os membros do conselho de administração não são totalmente irresponsáveis pelos atos praticados pelos diretores, que não tivessem chegado a seus conhecimentos. Estabelece a lei e confirma a doutrina, isto sim, a irresponsabilidade dos membros do conselho de administração por atos de terceiro, “salvo se com eles forem coniventes, se negligenciarem em descobri-los ou se, deles tendo tomado conhe-

9. Nelson Eizirik, *Questões de direito societário e mercado de capitais*, Rio, Ed. Forensc, 1987, p. 100.

cimento, deixarem de agir para impedir sua prática”, conforme determina o art. 158, § 1.º da Lei 6.404/76.

Assim, os membros do conselho de administração não respondem por atos da diretoria dos quais não tiveram conhecimento, exceto se negligenciarem em descobri-los. Com isto, estabeleceu-se um regime não tão severo em relação aos membros do conselho de administração que estes ficassem responsáveis por qualquer ato praticado pela diretoria, tampouco foi criado um regime absolutamente ineficiente onde os membros do conselho de administração só se vissem responsabilizados quando os próprios fiscalizados lhes dessem conhecimento de atos delituosos que tivessem praticado. Com efeito, na segunda hipótese, sequer se poderia falar em fiscalização. Foge a qualquer princípio mais elementar de um processo fiscalizatório, resumir este ofício a análise de dados que são fornecidos ao fiscalizador pelo próprio fiscalizado. Por outro lado, na primeira hipótese, criar-se-ia uma atribuição quase impossível de ser cumprida pelo órgão. É notório que, especialmente em grandes companhias ou grandes bancos, por mais diligentes que fossem os membros do conselho de administração seria impossível se estabelecer um controle absoluto sobre todas as atividades da Diretoria.

Entende-se, pois, que o conselho de administração será sempre responsável pelos atos de que tiver tido conhecimento. Quanto aos demais atos, este órgão não será responsabilizado, exceto na hipótese de ter negligenciado em descobrir. Não se desconhece que, muitas vezes, será árduo se aquilatar até que ponto o conselho de administração teria negligenciado em tomar conhecimento de um ato. Vale dizer: tarefa bastante trabalhosa será estabelecer um critério para distinguir atos que o conselho de administração teria a obrigação de ter sabido.

Não há dúvida, entretanto, que para julgar se os membros do conselho de administração teriam negligenciado em seu dever de fiscalização, dever-se-á comparar o seu comportamento com o *standard* exigido de um administrador de instituição financeira. Este assunto, isto é, de que modo aferir o *standard* exigido de um administrador de instituição financeira será devidamente tratado nos itens 42 e ss.

Haverá, entretanto, sempre negligência do conselho de administração quando este não tomar conhecimento de atos praticados pela diretoria, que desrespeitarem os mais elementares princípios esperados de uma gestão bancária mediana. Assim, exemplificativamente, é indesculpável que o conselho de administração deixe de atentar para atos praticados pela diretoria, tais quais: saques contra reservas negativas; emissão de LCs sem lastro; contabilização elaborada em desacordo com o exigido; concessão contumaz de empréstimos sem atendimento aos princípios da boa técnica bancária etc. Ou seja, em todas aquelas hipóteses onde a transgressão às normas criar uma situação de risco para o futuro da instituição financeira e/ou para o mercado, por evidente não atendimento às mais elementares normas e princípios de boa gestão bancária, especialmente quando estes atos são praticados com habitualidade, salvo prova inequívoca em contrário, não tendo o conselho de administração tomado conhecimento dos fatos, fica evidenciada a negligência patente do órgão em fiscalizar a gestão da instituição financeira.

Conclui-se assim que o cometimento de falta, por parte da instituição financeira perpetrada pela diretoria, não induz automaticamente à responsabilidade de seu conselho de administração, por descumprimento do dever de vigilância estabelecido no art. 142, III da Lei 6.404/76.

3. Cumpre, neste momento, retornar à discussão quanto à existência de uma responsabilidade coletiva dos membros do conselho de administração. No item 10 retro rejeitou-se a possibilidade de haver a penalização coletiva, criando-se responsabilidade de pessoas não necessariamente envolvidas nos acontecimentos, mas enquadradas somente em virtude de pertencerem a um determinado órgão. Entretanto, não há dúvida que o descumprimento do dever de vigilância estabelecido no art. 142, III da Lei 6.404/76 implicaria, a princípio, na penalização de todos os componentes do conselho de administração. Em razão desta penalização erroneamente poder-se-ia acreditar que se estivesse adotando a tese da responsabilidade coletiva. Porém, tal não é verdade. Ao se informar que todos os membros do conselho de administração seriam culpabilizados não se está, de forma alguma, advogando a existência de uma responsabilidade sem culpa, tampouco havendo uma comunicação de responsabilidades entre os membros de um mesmo órgão. O que ocorre é que caberia a cada um dos componentes do conselho de administração o dever de exercer a fiscalização da instituição. Caberia, assim, o exercício do dever de diligência, o qual, neste caso, não foi empregado. Se é assim, cabe penalizar o administrador, não por outro fato, mas pela sua omissão individual. Repita-se: não está havendo penalização sem culpa ou por fato do qual o interessado não participou. Tampouco está o mesmo sendo penalizado simplesmente por pertencer a um órgão. Sua responsabilidade, sublinhe-se uma vez mais, decorre do fato de não ter exercido suas funções na forma legalmente exigida.

1.4 Diretoria

14. As sociedades anônimas poderão ter ou não um conselho de administra-

ção. Contudo, obrigatoriamente deverão ter uma diretoria. A maior parte das faltas observadas nas instituições financeiras, que se organizam sob a forma de sociedade por ações, se dá por conduta perpetrada por este órgão. Realmente, como um percentual muito elevado de ilícitos ocorrem no curso das operações ativas, passivas e acessórias é de se esperar que a responsabilidade pelas mesmas seja dos diretores da instituição. Em verdade, cabe aos diretores o que Arnold Wald¹⁰ denomina de "tarefas executivas". São nestas tarefas, repita-se onde normalmente ocorrem as condutas ilícitas.

As funções da diretoria são aquelas constantes do estatuto e da lei. Cabem-lhe as tarefas de representação e gestão da sociedade, respeitadas, neste último caso, as funções que a lei ou estatuto reservar ao conselho de administração, quando este existir.

No que tange à diretoria, a moderna gestão empresarial impõe que haja uma divisão de tarefas, entre seus membros. Dentre as instituições financeiras, especialmente as de grande porte, há uma natural divisão de atribuições. Com efeito, verifica-se nestas instituições uma especialização das diretorias, com delimitação bastante rígida da área de atuação de cada diretor.

O direito positivo não se opôs a esta realidade, tendo-a inclusive reconhecido. Como diz Modesto Carvalhosa¹¹ a "lei enfatiza o caráter não colegial da diretoria, determinando que o estatuto estabeleça as atribuições e poderes de cada diretor."

15. Seguindo a regra geral de responsabilidade adotada pelo direito brasileiro os diretores respondem pelas suas condutas individuais. Serão também respon-

10. Arnold Wald, "Da responsabilidade dos membros do conselho de administração no regime da Lei 6.024/74", *RDM* 70/6.

11. Modesto Carvalhosa, op. cit., p. 89.

sáveis por atos praticados por outros administradores, quando forem coniventes com eles, negligenciarem em descobri-los ou se, deles tendo tomado conhecimento, deixarem de agir para impedir sua prática. É o que se depreende das disposições constantes do art. 158, § 1.º da Lei 6.404/76.

É importante que se diga que este dispositivo legal, em momento algum, estabelece uma exceção ao regime geral de responsabilidade baseada na culpa. Com efeito, não cria, de forma alguma, a lei, uma responsabilização automática por atos de terceiro. Em realidade, estabelece a norma positiva punição para o administrador que teve conhecimento de um ilícito cometido por outrem e não o comunicou, ou deixou de ter ciência quando tinha o dever de fiscalizar eficientemente. Ou seja: pune-se o administrador por ter deixado de comunicar ou por ter deixado de fiscalizar eficientemente (negligência). Em ambos os casos, está-se diante de condutas onde há culpa do administrador. Portanto, não destoa a regra do art. 158, § 1.º da Lei 6.404/76 do regime geral de responsabilidade dos administradores, até aqui exposto.

16. Se em função da especialização das tarefas impostas a cada diretor, se estabelece um regime de responsabilidade individual bem delimitada, a questão que se levanta é saber se, em determinada circunstância, um diretor poderia ser responsabilizado por fatos por ele não praticados, especialmente se ocorridos fora de sua esfera de atuação, e sem que, em tese, este diretor tivesse formalmente, tomado conhecimento do ato, tampouco existindo disposição estatutária clara determinando que este fiscalizasse a conduta dos outros diretores.

Esta questão não é abstrata e se justifica especialmente no caso de instituições financeiras, as quais, no passado, por razões várias, durante largo

período, tiveram uma administração que poderia ser qualificada como desastrosa situando-se abaixo dos mínimos parâmetros aceitáveis. Talvez melhor seria dizer que verifica-se, nestas instituições, um verdadeiro estado de anarquia administrativa. Haveria de se indagar sobre a possibilidade de se considerar um diretor ou parte significativa da diretoria irresponsável por aquele caos, na hipótese de não se conseguir comprovar a participação formal de cada diretor, individualmente, nos eventos. Tal não se afigura possível, tampouco correto, como se verá a seguir.

17. A Lei 6.404/76 estabeleceu um dever de diligência para todo o administrador. Esta obrigação vem inserta no art. 153 da Lei 6.404/76. O alcance deste dever de diligência nem sempre é possível de ser fixado, especialmente em se tratando de se saber até que ponto deve um administrador fiscalizar a gestão dos outros administradores, bem como a gestão da sociedade como um todo. A doutrina italiana¹² ao analisar este assunto é conclusiva:

“Da quanto si è ora rilevato, emerge la notevole difficoltà di determinare che cosa debba intendersi per “obbligo di amministrare con diligenza”.

La legge ha però cercato per talune ipotesi di agevolare l'opera del giudice o, piu in generale, dell'interprete, ed ha precisato che agli amministratori spetta “in ogni caso” (anche se si tratta di amministratori deleganti) un obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione e, nel caso siano a conoscenza di atti pregiudizievoli, un obbligo di intervento, um obbligo cioè di fare quanto è loro possibile per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose” (art. 2.392 do CC).

12. Franco Bonelli, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, Dott. Giuffrè Ed., 1992, p. 51.

Por sua vez, o art. 2.392 do CC italiano, diz textualmente o seguinte:

“Responsabilità verso la società — Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall’atto costitutivo con la diligenza del mandatario, e sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall’inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di uno o più amministratori.

In ogni caso gli amministratori sono solidalmente responsabili se non hanno vigilato sul generale andamento della gestione o se, essendo a conoscenza di atti pregiudizievolei, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

La responsabilità per gli atti o le omissões degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale.”

Entende-se claro, pois, que na Itália, a lei impõe a todo administrador de sociedade o dever de diligência. Tal dever implica, como se pode constatar dos textos acima transcritos, na obrigação de cada um dos administradores de zelar pelo andamento geral da gestão, velando pelo normal andamento da companhia. Na medida em que a administração da sociedade se afigure caótica, impedindo o normal andamento da sociedade, fica caracterizado que os administradores deixaram de exercer seu dever de diligência, o qual, repita-se, impõe a cada um dos diretores a obrigação de velarem para o normal andamento da companhia.

18. Poder-se-ia alegar que a conclusão acima não teria validade perante o direito brasileiro, eis que na Itália a

obrigação decorre de previsão legal, previsão esta não repetida pelo legislador pátrio. Tal não se afigure correto. Ora, Franco Bonelli diz textualmente, no que se refere ao dever de diligência e a regra do art. 2.392 do CC que: “La legge ha però cercato per talune ipotesi di agevolare l’opera del giudice o, più in generale, dell’interprete...” Com isto, vê-se que a lei tem caráter interpretativo procurando simplesmente facilitar o trabalho do exegeta. Assim, o direito italiano antes de criar uma obrigação de vigilância ao lado do dever de diligência esclarece ao intérprete que dentro do conceito de diligência encontra-se o dever de vigilância. Logo, a existência de um dever de vigilância sobre a normal gestão da companhia é inerente ao dever de diligência. Com isto desnecessário que se declare a existência do dever de vigilância quando a lei impõe o dever de diligência.

O legislador brasileiro, ao contrário do italiano, não editou norma interpretativa sobre o que deve ser entendido por dever de diligência, provavelmente por ter julgado tal atitude desnecessária. E neste ponto não há como se negar que bem andou o legislador pátrio, posto que tão claro é o conceito de dever de diligência que se dispensa maiores explicações.

19. Tendo assim concluído, resta saber até que ponto vai este dever de vigilância sobre o normal andamento da companhia. Parece evidente que não se pode impor um dever de fiscalização ilimitado ao diretor de uma sociedade por ações. A própria doutrina é bem clara ao circunscrever o dever de vigilância não em relação a todo e qualquer ato, mas em relação ao normal funcionamento da companhia. O normal funcionamento da companhia se dá quando, através de uma análise pouco profunda de sua administração, nada se constata de modo a indicar que referida administração não está cumprindo com os deve-

res que lhes são impostos pela lei ou pelos estatutos.

Poder-se-ia dizer que todas as vezes que uma dada instituição financeira habitualmente pratica atos como saque contra reservas negativas, defere empréstimos às pessoas com restrições cadastrais ou impedidas de operar, possibilita ganhos injustificados em favor de terceiros através de operações "incomuns", enfim, pratica com habitualidade operações passíveis de serem consideradas como atentatórias às regras da boa técnica bancária, ou ainda operações que possam ser tidas como gestão temerária, está-se diante de uma instituição que não se encontra dentro de um funcionamento normal. Neste caso, ainda que não se prove a participação direta de um dado diretor, este deve ser responsabilizado, posto que deixou de empregar o dever de diligência na administração da sociedade, permitindo que os demais diretores administrassem de forma caótica a sociedade.

Ressalte-se neste passo, evitando-se mal entendidos futuros, que não se está defendendo a imposição de penalidade ao administrador, em virtude de fato de terceiro. Está-se, isto sim, responsabilizando o administrador, por ter este deixado de empregar diligência na administração da sociedade, tendo, pois, falhado em exercer a vigilância que lhe era requerida, por força de lei.

1.5 Sócios-gerentes

20. Como já foi dito, algumas instituições financeiras se organizam sob a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Estas, ao contrário das sociedades por ações, não têm conselho de administração nem diretoria. Sua administração é normalmente exercida pelos seus sócios-gerentes. São estes os dirigentes capazes de serem responsabilizados pelo Banco Central do

Brasil, em função do poder de polícia exercido por esta autarquia federal.

Note-se que a Lei 4.595/64 refere-se a gerentes. É importante que se diga que a lei jamais pretendeu um regime punitivo para os ocupantes de gerências médias das instituições financeiras, isto é, aqueles funcionários que ocupam cargos denominados de "gerência" na empresa, porém que não são seus administradores. Procura a lei, isto sim, atingir a administração de instituições financeiras que excepcionalmente não se organizam como sociedades por ações, e cujos titulares são denominados "gerentes". No caso das por quotas são os denominados "sócios-gerentes".

Os sócios-gerentes têm um regime punitivo bastante assemelhado aos dos diretores, existindo similitude entre atribuições exercidas entre um e outro órgão bem mais patentes do que as encontradas entre os sócios-gerentes e os membros do conselho de administração. Seguindo o regime geral de responsabilidade adotado pelo direito brasileiro, os gerentes devem ser responsabilizados em razão da conduta por cada qual perpetrada.

Sempre oportuno, alerta Egberto Lacerda Teixeira¹³ que a lei permite a subdivisão de tarefas administrativas nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada. No caso de se atribuir funções no contrato social, fica-se claramente estabelecido o limite da responsabilidade de cada dirigente, devendo aqui, *mutatis mutandis* se tomar em conta as observações que foram feitas em relação à diretoria.

Deve-se lembrar, outrossim, que as sociedades por quotas de responsabilidade limitada são normalmente sociedades de menor porte, com um menor

13. Egberto Lacerda Teixeira, *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, S. Paulo, Max Limonad, 1956, p. 118.

número de dirigentes, bem como, na maior parte das vezes, sem delimitação exata das funções de cada sócio-gerente. Ao se analisar a responsabilidade individual de cada dirigente, tal circunstância deve ser levada em conta, tanto no que aproveite, como no que prejudique, a posição de eventual infrator.

Por último, nunca é demais lembrar que, nos termos do que estipula o art. 13 do Dec. 3.708 é permitido a delegação da gerência nas "por quota".¹⁴ Neste caso, deve-se recordar a lição de Eunápio Borges¹⁵ para quem: "o gerente-delegado que substitui o delegante em todas as suas funções, atribuições e encargos, não é um mandatário nem do delegante nem da sociedade, mas, através da delegação, assume, com o lugar do delegante, as funções de órgão da sociedade no uso de cuja firma ou gerência foi delegado." Nestes termos, administrador que é encontra-se sujeito às normas da Lei 4.595/64, inclusive àquelas constantes no art. 44.

1.6 Administrador de fato

21. Ao lado daqueles que regularmente exercem as funções de administrador, existem outros que, de forma não autorizada, o fazem. Tratam-se dos denominados administradores de fato, também passíveis de serem punidos pelo Banco Central do Brasil, em função do exercício de seu poder de polícia. Segundo nos conta Martorell¹⁶ há tempo o direito falimentar e o direito falimentar

14. Cf. João Eunápio Borges, *Curso de direito comercial terrestre*, 5.ª ed., Rio, Ed. Forense, 1975, p. 361; Fran Martins, *Sociedade por quotas no direito estrangeiro e brasileiro*, Rio, Cia. Editora Forense, 1960, v. II/713.

15. Op. cit., p. 362.

16. Ernesto Eduardo Martorell, *Los directores de sociedades anónimas*, 2.ª ed., B. Aires, Ed. Depalma, 1994, p. 192.

penal vêm se ocupando da figura do administrador de fato. Segundo este mesmo autor, no Direito Francês, o Dec. de 8.8.35 que reformou o Código Comercial daquele país, regulou o instituto, objetivando estender a eles a responsabilidade, especialmente no caso de quebras. Como se vê, a legislação francesa pretendeu evitar que aqueles que exerceram as funções de administradores de sociedade, ainda que formalmente não estivessem titulados para tanto, se esquivassem de responder pelos atos que praticaram. No caso da lei bancária brasileira, tem se estendido aos administradores de fato a responsabilidade pelos atos que praticaram em desrespeito aos objetivos da Lei 4.595/64. Realmente, mais e mais o direito brasileiro procura afastar-se do formal em contraposição ao material, em especial quando a opção pelo formal implica em proteger uma fraude deliberada. Isto se torna mais evidente quando se sabe que há aqueles que exercendo administração de fato, recusam-se a tornarem-se administradores estatutários, tencionando justamente fugir à responsabilidade que a lei impõe aos dirigentes de instituições financeiras. Na medida em que o direito não se presta a encobrir fraudes, esta situação não será aceita, devendo, pois, o administrador de fato ser responsabilizado pelos eventos que der causa, devendo-se, ainda, ter em conta que a figura delituosa específica deve ser combinada com o desrespeito com às normas do art. 33 da Lei 4.595/64.

22. O conceito de administrador de fato não desperta maiores discussões. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa¹⁷ tratando do conceito de administrador de instituição financeira, para fins da Lei 6.024/74, define os administradores de fato como aquelas "pessoas que por

17. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, "A reformulação da Lei 6.024, de 13.3.74", in *RDM* 41/30.

força de procurações com plenos poderes de gestão ou por outro título, estivessem à frente de instituição financeira." Ao lado desta boa definição pode-se acrescentar outra conceituando o administrador de fato como aquele que não estando formalmente titulado para ocupar órgão de direção de uma dada sociedade, pratica, na maior parte das vezes com habitualidade, atos que a lei, o estatuto ou o contrato social reservam aos administradores, comandando, ainda que em conjunto com outros, a gestão da sociedade.

A primeira característica do administrador de fato é que este não ocupa formalmente nenhum cargo de administração da sociedade. Isto não quer dizer que ele não possa estar ligado à sociedade. Muito pelo contrário. Na maior parte das vezes está. São funcionários, prepostos, mandatários ou equivalentes. Todos ligados à sociedade, tendo em comum o fato de extrapolar, em muito, as funções para as quais foram contratados.

A segunda característica da administração de fato é a habitualidade, com a qual normalmente o administrador exerce irregularmente suas funções. Com efeito, a administração em si, não é composta de fatos isolados. Portanto, a administração de fato, exige para sua caracterização, a habitualidade. Excepcionalmente, há de se considerar que a realização de atos isolados é capaz de evidenciar o agente como administrador de fato. Tal se dá somente em situações limites em que, devido à importância do ato, valores envolvidos, etc., só se aceitará que um administrador realizasse o ato, ou ainda, quando, em flagrante, incontroverso e facilmente detectável desrespeito ao estatuto, contrato ou à lei, alguém pratique ato de gestão isolado.

Ainda que exerçam alguns atos de gestão, até providos de habitualidade, certas pessoas, em certas circunstâncias, não podem ser tidas, como administra-

doras de fato. Assim, é comum que funcionários que exerçam cargos de gerência média, com certa frequência, pratiquem atos de gestão. Ora, enquanto esta prática se limitar a realização de alguns atos compatíveis com uma natural delegação do poder de gestão da sociedade que é normalmente concedida a seu corpo funcional, como também, se tratar de atos de gestão de importância relativa para a vida da sociedade, não se está diante de um administrador de fato.

O terceiro ponto a ser considerado é que os atos praticados pelo administrador de fato devem ser atos próprios e exclusivos de administração. Note-se que a lei, os estatutos ou o contrato delimitam quais os atos privativos de serem praticados por administradores.

23. Como já se disse, na maior parte das vezes, a administração de fato traz em si a característica da habitualidade. Nos casos de administração de fato caracterizada pela habitualidade, duas situações podem ser encontradas, e que devem ser tratadas de maneira distinta. Assim, no que tange ao administrador de fato, muitas vezes, esta situação advém de uma posição de mando, que naturalmente passa a ser ocupada, por um funcionário, à quem há muito tempo, são atribuídas funções de gerência média de uma dada organização. É claro que esta pessoa, devido a experiência e a confiança que desperta junto aos controladores, passa em um dado momento a praticar atos incompatíveis de serem executados por simples gerente, por serem próprios de administração, não podendo, outrossim, tais atos serem classificados como simples delegação de poderes de gestão, normalmente atribuídos a gerência média da sociedade.

Ao lado destes casos, existem outros de gravidade maior. Tratam-se daquelas situações onde alguém, ao ser contratado para exercer função de direção perante instituição financeira, com o ob-

jetivo de fugir das responsabilidades que a lei cria, especialmente as Leis 4.595/64, 6.024/74 e 7.492/86, assume cargo formal de simples assalariado ou equivalente (consultor, p. ex.), mas na prática exerce a gestão da sociedade. Para concluir que a pessoa ocupa esta posição alguns dados podem ser levados em conta. O mais conclusivo sinal é a posição ocupada no organograma da instituição, por parte do interessado. Por óbvio, se o organograma aponta que um determinado cidadão é responsável por tomar todas as decisões importantes da sociedade, se os diretores eleitos se reportam a ele, se ele tem vantagens somente usufruídas por administradores, etc., esta pessoa estará de fato exercendo as funções de administrador.

Deve-se ter em conta que em ambos os casos existe a irregularidade. Todavia, sem sombra de dúvida, a segunda situação é mais grave do que a primeira. Tanto em uma como em outra, na hipótese do administrador de fato desrespeitar os objetivos da lei bancária deve ser punido, como se administrador fosse, com a agravante de haver desrespeito ao art. 33 da Lei 4.595/64. É certo que na análise da situação individual dos apenados, deverá o julgador tomar em conta que o primeiro, ao exercer as funções de administrador de fato, não teve o intuito de fugir aos rigores da lei, enquanto o segundo teve o *animus* de fraudar.

Entretanto, se a autoridade fiscalizadora tiver interesse em proceder à instauração do P.A., somente em virtude do exercício irregular das funções de administrador, no primeiro caso, dependendo das circunstâncias, poderá se utilizar da faculdade que lhe é concedida pela alínea *a* do item 4, Seção I, Capítulo I do Regulamento Anexo à Res. 1.065/85, ou seja, poderá o Banco Central do Brasil ao invés de instaurar um processo administrativo, simplesmente conceder um prazo aos interessados para que

sanem a falta. Assim, poderá o Banco Central do Brasil solicitar que o administrador de fato deixe de praticar determinados atos ou a sociedade o eleja como administrador.

Já no segundo, onde a má-fé está caracterizada, o mesmo tratamento não deverá ser dispensado.

24. Conclui-se, pois, que o administrador de fato responde sempre pela infração ao art. 33 da Lei 4.595/64, sendo certo que na hipótese de não haver intuito de fraude, dependendo das circunstâncias poderá a autoridade se utilizar da faculdade que lhe é concedida pela alínea *a* do item 4, Seção I, Capítulo I do Regulamento Anexo à Res. 1.065/85. Caso, no exercício da administração de fato, houver o cometimento de outros ilícitos, o administrador de fato responde por esses, agravado por estar havendo desrespeito ao art. 33 da Lei 4.595/64.

2. CONDUTAS COMISSIVAS E OMISSIVAS

2.1 Introdução

25. É princípio geral aplicável a todos os ramos do direito, que a responsabilização decorre de condutas positivas e negativas. Vale dizer: são puníveis tanto as ações como as omissões. Ao tratar desta temática, necessário que se faça, inicialmente, um alerta de caráter conceitual. É que, ao se referir à ação, em tese, e dentro de seu sentido lato, já estaria implícita a idéia de omissão. Como bem nota Paulo José da Costa Júnior,¹⁸ estudando a questão emprega-se “também o termo ação, em sentido lato, para abranger a ação propriamente dita (*stricto sensu*) e a omissão”. Conseqüentemente, poder-se-ia utilizar ex-

18. Paulo José da Costa Jr., *Curso de direito penal*, 2.ª ed., S. Paulo, Ed. Saraiva, 1992, 1/46.

clusivamente da palavra ação, a qual abarcaria tanto as condutas positivas como as negativas. Entretanto, optou-se, para maior clareza, por se utilizar do termo ação exclusivamente para alcançar os atos comissivos. Quando se estiver referindo conjuntamente a ação e a omissão utilizar-se-á do termo conduta. Como se sabe, conduta, segundo o mesmo autor,¹⁹ é gênero, “de que são espécies a ação e a omissão”.²⁰

26. Voltando a questão da responsabilização, já foi dito que se pode ser responsabilizado por ações e omissões. Este princípio não tem sua aplicação circunscrita ao Direito bancário. Assim é que, no direito penal, ação e omissão “constituem as formas básicas do fato punível”.²¹ No direito privado, também se entende que a responsabilidade advém da ação ou omissão do agente. A própria regra genérica a respeito de responsabilidade civil, mais especificamente o art. 159 do CC, expressamente faz referência à ação e à omissão, como condutas ensejadoras de responsabilidade civil. No âmbito disciplinar, os servidores podem ser punidos em razão de transgressões disciplinares omissivas e comissivas.²²

27. Da mesma forma que nos outros ramos do direito, também as punições com base na Lei 4.595/64 decorrem de ações ou omissões. Destarte, os administradores de instituição financeira podem vir a ser apenados, pelo Banco Central do Brasil, em razão de atos que praticem ou atos que deixem de praticar.

19. Op. e loc. cit.

20. Obviamente, o conceito de ação no texto reproduzido é o conceito *stricto*.

21. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal: parte geral*, 13.^a ed., Rio, Ed. Forense, 1991, p. 150.

22. José Armando da Costa, *Teoria e prática do direito disciplinar*, Rio, Ed. Forense, 1981, p. 238.

Porém, neste passo, mister que se faça um alerta. Não é o descumprimento de qualquer lei ou de qualquer regulamento que enseja a possibilidade do Banco Central do Brasil vir a aplicar pena ao administrador de instituição financeira. O texto legal que estabelece o sistema de penalidades, mais especificamente o art. 44 da Lei 4.595/64, é conclusivo ao circunscrever a aplicação de penas por parte do Banco Central do Brasil ao descumprimento dos objetivos da lei bancária. Entende-se já se ter assentado o entendimento que os objetivos da lei bancária são aqueles nela diretamente expressos ou por intermédio de outras normas ordinárias materialmente assemelhadas a ela que a seguiram (Lei 4.728/65, por exemplo) ou regulamentos vinculadas a lei bancária. Até porque, este é o limite da atuação fiscalizadora do Banco Central do Brasil. Não cabe a ele alargar sua competência. E nem se diga que com isto se está advogando que certos atos irregulares cometidos dentro do sistema financeiro nacional fiquem impunes. Para tanto, o Regulamento anexo à Res. 1.065, Cap. I, Seção I, item 5 determina que o Banco Central do Brasil “ao tomar conhecimento de ilícito que ocorra em área sujeita à fiscalização de outro órgão de administração pública, ou que, por qualquer forma, ocasione lesão ao patrimônio, bens ou direitos de entidade diversa, fará as devidas comunicações, para as providências que, eventualmente, se façam necessárias.” Resta, pois, concluir que haverá conduta delituosa, para os fins de que trata o art. 44 da Lei 4.595/64, se e somente se a ação ou omissão desrespeitarem os objetivos da lei bancária.

2.2 Condutas comissivas

28. A maior parte das infrações aos objetivos da Lei 4.595/64 se dá em função de atos comissivos. Ou seja, a

infração em razão de ação é a regra, enquanto a infração ocasionada por omissão é a exceção.

A ação se manifesta “por intermédio de um movimento corpóreo tendente a uma finalidade”.²³

No caso das questões relacionadas a Lei 4.595/64, parte significativa das ações decorre: a) de operações ativas, passivas ou acessórias praticadas pela instituição financeira com seus clientes; b) ou de atos de administração interna de uma dada instituição financeira.

2.3 Condutas omissivas

29. Podem, entretanto, as omissões induzirem à responsabilidade daqueles que administram as instituições financeiras. Omissão é a “abstenção de atividade, ou seja, de atividade que o agente devia e podia realizar”.²⁴ Destarte, a omissão é sempre um não fazer, um deixar de fazer. Entretanto, não é um simples não fazer. E isto sim, deixar de fazer algo que se estava obrigado a fazer. Como bem informa Heleno Cláudio Fragoso²⁵ a omissão seria a “abstenção de uma atividade que o agente podia e devia realizar” ou ainda nas palavras deste mesmo autor,²⁶ a omissão “consiste na abstenção da atividade devida, ou seja, na não realização da conduta positiva que o agente tinha o dever jurídico e a possibilidade de realizar”.

Conquanto a conduta punível em razão de omissão seja exceção, onde a regra é a punição em virtude de condutas comissivas, existem uma série de situações onde o administrador é punido em função de omissão. Vários exemplos poderiam ser dados. Um dos mais sig-

nificativos seria a falta relacionada a não entrega de demonstrações financeiras, no tempo oportuno.

2.4 Responsabilidade por omissões

30. Após ter-se concluído que a conduta omissiva punível decorre de não cumprir um dever imposto, deve-se perquirir quais os instrumentos que podem indicar o responsável direto por dar cumprimento à uma obrigação. Pode-se dizer que o responsável por dar cumprimento a um dever pode ser apontado como tal: a) pela lei ou regulamento; b) pelo exercício das atribuições inerentes ao cargo que ocupa; c) pelos estatutos ou pelo contrato social; d) pela indicação do administrador como responsável perante o Banco Central do Brasil; e e) pelo recebimento pessoal, por parte do administrador de uma determinação do agente público.

Examine-se, pois, cada um destes itens, detalhadamente.

2.4.1 Lei ou regulamento

31. O primeiro item refere-se à situação onde a lei ou o regulamento fixam qual a pessoa que deve dar cumprimento à uma determinada obrigação. Normalmente, a própria norma que cria a obrigação já esclarece quem é responsável por seu cumprimento. Nada impede, todavia, que não esclarecendo a norma original o responsável pelo seu atendimento, complementarmente seja expedida outra, onde tal fique declarado.

2.4.2 Atribuição inerente ao cargo

32. Pode, entretanto, a responsabilidade advir das atribuições inerentes ao cargo. Ressalte-se que esta situação é excepcional posto que as normas que impõem as obrigações normalmente já estabelecem o responsável pelo seu cumprimento. Todavia, ainda que não

23. Damásio E. de Jesus, *Direito penal*, 10.ª ed., S. Paulo, Ed. Saraiva, 1985, 1/205.

24. Heleno Cláudio Fragoso, op. cit., p. 150.

25. Idem, op. cit., p. 146.

26. Op. cit., p. 228.

haja delimitação expressa na norma, é inerente que os destinatários de certas normas são os responsáveis por uma dada área na administração da sociedade. Sublinhe-se, mais uma vez, que na análise da ocorrência desta hipótese, há de se ter um cuidado absoluto para só se atribuir responsabilidade naqueles casos onde a vinculação do cumprimento de determinada norma à determinada pessoa seja inconteste, sob pena de se estar criando um sistema injusto, pelo qual se responsabiliza pessoas que não tinham o dever legal de praticar determinado ato.

2.4.3 Estatutos ou contrato social

33. A terceira hipótese refere à situações onde os estatutos ou o contrato social delimitam atribuições ou funções. No que se refere às sociedades por ações, a lei societária, em seu art. 143, IV, determina que as atribuições e poderes de cada diretor devem ser estabelecidas nos estatutos. Na verdade, embora a lei determine esta obrigação, muitas vezes os Estatutos não a fixam, ou fixam de maneira vaga. Como já se notou,²⁷ na hipótese de não se discriminar as atribuições de cada diretor, “há de se concluir que todos os diretores terão todas as atribuições e poderão praticar qualquer ato inerente à gestão.” Não se deve inferir a partir disto que, quando o estatuto não define funções, no caso de descumprimento de um dever legal todos os diretores seriam passíveis de serem penalizados. Tal conclusão afrontaria todos os princípios que informam a responsabilidade no direito pátrio, es-

pecialmente porque, no Brasil, a responsabilidade é individual e subjetiva. Por outro lado, entende-se que ao se dizer que todos os diretores terão todas as atribuições está querendo se dizer que todos tem a faculdade de praticar o ato. O dicionário define o termo “atribuição” como: “direito, prerrogativa, poderes”. Assim, por “atribuição”, neste caso, não deve ser entendido dever e sim poder para prática de determinado ato. O fato de se partilhar com uma série de outras pessoas a possibilidade de praticar determinado ato significa tão-somente que esta pessoa tem competência para fazê-lo. Isto não quer dizer que no caso da não realização de um ato devido, todos aqueles que, em tese, tivessem a possibilidade de praticá-lo poderiam ser chamados a responder por omissão de um dever. Tome-se um exemplo bastante comum, para ilustrar esta situação. Certas instituições financeiras não estabelecem em seus estatutos quem é o responsável pela área contábil. Em tese, qualquer diretor está habilitado a remeter os demonstrativos financeiros periódicos ao Banco Central do Brasil. Ora, se houver atraso na remessa de demonstrativos ao Banco Central, este certamente não poderá responsabilizar todos os diretores, baseado no fato de que estatutariamente todos estavam autorizados a remeter ditos demonstrativos. Caso se possibilitasse a aplicação de penalidade, estar-se-ia adotando a tese da responsabilidade coletiva, que como se verá na terceira parte deste trabalho não é permitida no direito brasileiro.

Situação, entretanto, absolutamente diferente é aquela onde a lei ou o estatuto (ou contrato social) impõe a cada um dos administradores o dever de praticar determinados atos. É o caso do dever imposto aos membros do conselho de administração de fiscalizar a sociedade ou o dever de diligência imposto

27. Gil Costa Carvalho, “Conselho de administração e diretoria”, in Geraldo de Camargo Vidigal & Ives Gandra da Silva Martins (org.) *Comentário à lei das sociedades por ações*, S. Paulo, Ed. Resenha Universitária, 1982, IV/76.

aos administradores das sociedades de um modo geral. Nesta hipótese, conforme já foi explicado anteriormente, cada um dos administradores pode sofrer sanções, não sendo lícito a qualquer deles argumentar que a tarefa poderia ter sido implementada por outro.

34. No que tange às instituições financeiras organizadas sob a forma de sociedades por quotas de responsabilidade limitada, segundo estabelece um estudioso²⁸ é comum “subdividir as tarefas administrativas de acordo com a natureza precípua das operações sociais”. Segundo este mesmo autor, este fato produz efeitos internos e externos. No que toca a estes últimos, diz o autor²⁹ que estes efeitos existem “porque se o contrato lhe conferir o uso exclusivo da firma social em certos e determinados negócios, a sociedade, em princípio, só se vinculará, perante terceiros, se observada a prescrição estatutária.” Ora, na medida que contratualmente atribui-se a um determinado sócio-gerente a tarefa exclusiva de praticar certos atos, a culpabilidade pela omissão na prática deste ato é consequentemente deste. Até porque, ao se atribuir exclusivamente a determinado sócio-gerente poderes para prática de determinados atos, os demais ver-se-iam impedidos de exercer referidos poderes.

2.4.4 Responsável perante o BACEN

35. Há certos casos onde o Banco Central do Brasil exige que a sociedade indique um de seus administradores como responsável por determinada área, setor ou operações. É o caso, por exemplo, da área de câmbio, onde se exige que a instituição financeira indique um diretor responsável por esta área.³⁰ Ou o caso das operações compromissadas,

onde também se exige que as corretoras e as DTVMs que pretendam operar nesta espécie de modalidade, indiquem um administrador responsável.³¹ Eventuais irregularidades havidas em operações desta espécie devem ser atribuídas aos administradores responsáveis.

36. Para finalizar este assunto, há de serem feitas algumas observações. Não há dúvida que nos quatro casos acima explorados havendo alguma irregularidade o administrador responde por eventual ocorrência em áreas de sua responsabilidade. Contudo, não há de se perder de vista jamais que a regra no direito brasileiro é a da responsabilização com culpa. Assim sendo, o fato de haver administrador responsável por determinada área não implica em automática responsabilização do mesmo, sem a possibilidade dele apresentar prova da ausência de culpa de sua parte. Não há dúvida que, ocorrendo uma irregularidade em área de responsabilidade de um administrador, há presunção de que este tenha falhado em suas atribuições. Porém, nada impede que este comprove sua não culpa, ou mesmo a autoridade julgadora reconheça de ofício esta circunstância. Entretanto, a princípio, vigora a presunção de responsabilidade do administrador designado como responsável pela área.

2.4.5 Administrador que recebeu intimação do BACEN

37. Apresenta-se, por fim, a hipótese da autoridade ter encaminhado à instituição financeira determinada solicitação, a qual deixou de ser cumprida, no tempo oportuno. Neste caso, pode ser responsabilizado o dirigente que recebeu a intimação encaminhada pelo Banco Central do Brasil. Com efeito, cumpre

28. Egberto Lacerda Teixeira, op. e loc. cit.

29. Op. e loc. cit.

30. Res. 1.620/89 I-d.

31. Res. 1.088 RA-art. 8.º, II ou MNI 2-14-2-4.

ao administrador de instituição financeira que recebe solicitação encaminhada pelo Banco Central do Brasil dar cumprimento, de imediato, às determinações feitas pela autarquia federal.

A regra geral supra-relatada, entretanto, é inaplicável, naquelas situações em que o administrador que recebeu a intimação, estava proibido, em razão da lei, do regulamento, do Estatuto ou do contrato social de praticar o ato requerido. Nesta hipótese, e desde que o administrador tenha diligentemente encaminhado a intimação a outro administrador capaz de praticar o ato, para fins de cumprimento, comunicando ao Banco Central do Brasil de imediato tal fato, não poderá incorrer em qualquer sanção. Os motivos pelos quais este administrador não pode ser punido são evidentes. Com efeito, a autoridade, ainda que por meio de ato administrativo regular, não pode exigir que determinado administrador pratique ato para o qual não se encontra habilitado, descumprindo a lei, os regulamentos, o estatuto ou o contrato social.

38. Para finalizar a questão das condutas omissivas, deve-se tomar em conta que somente pode ser punido pelo Banco Central do Brasil aquela pessoa que inequivocamente estava obrigada a agir de determinada maneira e que assim não o fez. Conseqüentemente, a culpabilidade de determinada pessoa exige a demonstração que esta tinha o dever de agir e não cumpriu com este dever. Não cabe pois, à autoridade julgadora, nesta tarefa, procurar tirar conclusões a respeito de quem seria o responsável pelo cumprimento dos atos, por meio de digressões, inferências, suposições, etc. A obrigação de dar cumprimento a determinado dever, só pode ser constatada através de uma análise lógica, racional e direta do instrumento pertinente, onde fique inequivocamente demonstrado quem seria o responsável.

3. RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO, OBJETIVA E SUBJETIVA

3.1 Das diversas espécies de responsabilidade

39. Segundo Antonio Fiorella³² “Le tre possibili forme della responsabilità penale comunemente individuate sono quella per fatto altrui, quella oggettiva e quella soggettiva.” Prosseguindo sua exposição, explica o autor: “La prima significa ascrivibilità del fatto (evento) a prescindere dall'accertamento del nesso causale tra il fatto medesimo ed il soggetto sanzionato, essendo il fatto cagionato da altri; quella cosiddetta oggettiva significa ascrivibilità del fatto, sul presupposto della sua dipendenza causale dal soggetto sanzionato, ma a prescindere dalla colpevolezza del medesimo (senza dolo né colpa); quella soggettiva significa ascrivibilità del fatto sul presupposto che sia stata accertata anche la sua colpevolezza.”

3.2 Responsabilidade por fato de terceiro

40. Em nosso sistema jurídico, regra geral, não é possível se punir alguém por fato de terceiro. É bem verdade que no campo da responsabilidade civil, abre o legislador uma pequena exceção a esta regra. É o caso do art. 1.521 do CC pátrio. Deve-se alertar entretanto, que, como bem reconhece Caio Mário da Silva Pereira,³³ baseado na lição de Mazeaud, a “responsabilidade indireta tem caráter excepcional”. Além disto, as hipóteses são aquelas expressamente previstas em lei, sendo certo, outrossim, que pelos termos do art. 1.523 do CC,

32. Verbete “Responsabilità Penale” in *Enciclopedia del diritto*.

33. Op. cit., p. 85.

a mesma não dispensa prova de culpa do responsável.

Se no campo civil, excepcionalmente, permite-se responsabilizar alguém por fato de terceiro, no Direito Punitivo (Penal e Administrativo), esta hipótese é inaplicável. Com efeito, o Direito Penal moderno acha-se fundamentado na imputabilidade do fato típico à pessoa de seu autor. Neste sentido, a sempre oportuna lição de Wessels:³⁴ Toda a investigação jurídico-penal parte da questão de se um determinado acontecimento preenche os elementos de um fato punível e isto deve ser imputado a uma pessoa determinada como sua "obra de livre vontade".

Destarte, para o Direito Penal só é possível a imputação de um fato a uma determinada na medida que esta possa ser classificada como obra sua. Logo, só é punível a pessoa que praticou o fato típico. Este posicionamento é melhor elaborado pelos penalistas, no estudo da culpabilidade. O mesmo Wessels³⁵ ensina: Objeto da censura de culpabilidade é a defeituosa posição do autor para com as exigências de conduta de ordem jurídica, manifestada no fato antijurídico.

Alguns países, entenderam a necessidade de esculpir o princípio segundo o qual só é responsabilizável o autor da conduta na própria Constituição. Desta maneira, a Constituição da Itália, em seu art. 27 estabelece que: "La responsabilità penale è personale". Comentando este aspecto, o Prof. Carlos Frederico Grosso³⁶ é conclusivo ao dizer: "Perchè si ponga un problema di responsabilità penale à ovviamente necessario, *in primis*, che venga realizzato un illecito

completo di tutti gli elementi oggettivi che ne compongono la struttura. Ed il problema nasce nel momento in cui ci si domanda a chi, ed a quali condizioni, tale fattispecie può essere addebitata; e ci si chiede, di conseguenza, chi dovrà subire il carico della sanzione predisposta a garanzia dell'osservanza della norma che tale illecito prevede.

Il primo punto che occorre mettere in chiaro, e si tratta di punto assolutamente fermo, è che il diritto penale respinge lo schema della responsabilità per fatto altrui. La stessa disciplina del Codice Penale, ed ora inequivocabilmente la Costituzione (art. 27, comma 1.), chiariscono infatti che autore della condotta antiggiuridica che ha prodotto il risultato penalmente rilevante, soggetto cui si imputa l'evento lesivo, e persona che subisce la conseguente sanzione criminale, nello schema della responsabilità devono coincidere".

No Brasil, também é este o princípio seguido. Na própria E.M. à Lei da Nova Parte Geral do Código Penal deixa-se claro que o destinatário da norma penal é autor da conduta. Diz referido texto: Se o crime consiste em uma ação humana, positiva ou negativa (*nullum crimen sine actione*), o destinatário da norma penal é todo aquele que realiza a ação proibida ou omite a ação determinada, desde que, em face das circunstâncias, lhe incumba o dever de participar do ato ou abster de fazê-lo.

Isto posto, no âmbito penal, dúvida não pode subsistir quanto ao fato de que só é punível o autor da conduta. Também assim é, no âmbito Administrativo. Até porque, como ficará demonstrado quando da análise da responsabilidade subjetiva, não há distinções ontológicas entre ilícito penal e ilícito administrativo. Neste sentido, não é passível alguém ser responsabilizado, por fato de outrem.

41. Neste passo, importante que se diga que seguindo o princípio segundo o qual só é passível de ser responsabi-

34. Johannes Wessels, *Direito penal*, trad. Juarez Tavares, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Ed., 1976, p. 16.

35. Op. cit., p. 84.

36. Verbecqz "Responsabilità Penale" in *Novissimo digesto italiano*.

lizado o autor da conduta, de há muito o direito pátrio consagra o “Princípio da Personalização da Pena”, segundo o qual somente o responsável deve sofrer as conseqüências de seu ato.

Este princípio, ressalte-se, é positivo não por outro instrumento, mas pela própria Constituição Federal, em seu art. 5.º, XLV. Aliás, este dispositivo repete um princípio já constante em diversas cartas anteriores. Segundo se comenta,³⁷ no direito brasileiro, desde a “Carta de 1824 (art. 179, n. 20) firmou-se este princípio” sendo certo que tal disposição inserta na Carta de 24 “importava em derrogação de normas das Ordenações Filipinas”. Destarte, trata-se de princípio tradicionalmente reconhecido pelo Direito Constitucional pátrio, derogatório da legislação do Reino.

Neste ponto, poderão surgir aqueles que pretendam argumentar que o dispositivo constitucional em comento aplica-se exclusivamente à área criminal. Com efeito, mais de uma vez já se constatou a existência de determinadas correntes que tentam vincular a aplicação de princípios constitucionais que envolvam disposições relacionadas a pena e/ou matéria punitiva exclusivamente à esfera criminal. Ignora-se o fundamento jurídico a suportar tal conclusão. Isto porque o texto constitucional, de forma alguma, restringe a aplicação do princípio. Com efeito, a norma se utiliza da palavra “pena”, sem qualquer qualificativo. Se assim é, ou seja, se não se qualifica o termo, este está sendo usado como gênero. Caso tivesse sido intenção do legislador restringir sua utilização, bastaria tê-lo qualificado, o que não foi feito. Neste passo, nunca é demais lembrar que, onde o legislador não distinguiu não cabe ao intérprete distinguir.

37. Manuel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição de 1988*, S. Paulo, Ed. Saraiva, 1990, 1/60.

42. Isto posto, só se pode concluir que em função de regras de caráter constitucional e infraconstitucionais, não se permite responsabilizar e penalizar nenhum administrador por fato de terceiro, no âmbito da Lei 4.595/64. Ressalte-se, por oportuno e para se evitar malentendidos, que as regras do art. 158, § 1.º da Lei 6.404/76 não impõem responsabilidade por fato de terceiros, nos moldes aqui tratados. Lá se pune o administrador em virtude deste tomando conhecimento de fato ilícito cometido por outro administrador, deixar de tomar medidas que lhe cabiam. Ou ainda, pune-se o administrador que negligenciou em descobrir ato ilícito praticado por outro. Vê-se, pois, que nestas hipóteses o administrador não está sendo responsabilizado ou passível de ser penalizado por fato de terceiros, mas por seu próprio, na medida em que deixou de tomar certas atitudes quando teve ciência de fato ilícito cometido por outro ou deixou de exercer vigilância. Portanto, não se pode falar em punição em razão de fato de terceiro.

43. Para finalizar este tópico, imprescindível que se diga que, na medida em que só é responsabilizável e punível o autor da conduta, não é possível se adotar a tese da responsabilidade coletiva. No passado tal foi possível. Entretanto, nos dias de hoje, a adoção desta tese seria contrária a qualquer princípio mais elementar de direito. Pontes de Miranda³⁸ lembra que a responsabilidade individual “não foi sempre o processo do homem; apenas é o processo atual das sociedades.” Portanto, a responsabilidade individual assim deve ser compreendida, isto é, como um estágio que foi alcançado dentro de um processo evolutivo, sendo certo que, qualquer esforço em contrário deve ser tomado

38. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, 2.ª ed., S. Paulo, Ed. RT, 1971, t. V, p. 229.

como flagrante retrocesso do ordenamento jurídico.

3.3 Responsabilidade objetiva

44. A segunda forma possível de responsabilização é a dita responsabilidade objetiva. Muitas vezes se confunde a responsabilidade por fato de terceiro com a responsabilidade objetiva. Procura-se englobar dentro do conceito de responsabilidade objetiva tanto a própria responsabilidade objetiva, como também a responsabilidade por fato de terceiro. Necessário, pois, que se deixe claro a existência de diferença bastante significativa entre estes dois conceitos. No segundo caso alguém é responsabilizado independentemente de sua participação no evento. Já no primeiro caso (responsabilidade objetiva) a responsabilidade prescinde da comprovação da culpa.

Define-se responsabilidade objetiva como aquela que emerge, prescindindo de comprovação da culpa do agente causador do dano. Para Arnold Wald³⁹ a responsabilidade objetiva existe “quando independe de qualquer falha humana (culpa) ou desejo de causar o dano (dolus) e decorre de uma simples relação de causalidade”.

No Brasil, questão da responsabilidade objetiva vem causando alguma polêmica, sendo que, regra geral, esta não é aceita. De fato, o direito brasileiro, no que se refere à responsabilização se baseia na idéia de culpa. A regra geral comporta algumas exceções.

No Direito Administrativo, por exemplo, em razão de disposição constitucional, mais especificamente o art. 37, § 7.º da CF, adotou-se para o Estado um regime diferente daquele reservado ao restante da sociedade. Como diz Hely

Lopes Meirelles,⁴⁰ em razão do retro-mencionado dispositivo constitucional, firmou-se “assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados.”

No Direito Privado, a regra geral é a não aceitação da responsabilidade objetiva. É bem verdade que através “da elaboração doutrinária, ingressou em nosso direito a teoria do risco”.⁴¹ Porém, tal doutrina “não penetrou em nosso direito positivo senão em incidências específicas.”⁴² Ou seja, somente em casos bastante excepcionais se admite a responsabilidade sem culpa.

Os penalistas são absolutamente conclusivos ao rejeitarem a tese da responsabilidade objetiva. Tal tese lhes parece ser tão repugnante que muitos deles dedicam umas poucas linhas para se referirem à responsabilidade objetiva, simplesmente para rejeitar sua adoção. Damásio E. de Jesus,⁴³ por exemplo, perde algumas poucas linhas neste assunto, somente para concluir que a tese é “combatida pela doutrina moderna”. A clássica literatura também assim entendia. Veja que Nelson Hungria⁴⁴ dizia textualmente o seguinte: Sem culpabilidade não é admissível irrogação de pena. *Nulla poena sine culpa*. É este um princípio central do direito penal moderno, a que nosso Código vigente se ajustou, repelindo irrestritamente a chamada responsabilidade objetiva ou sem culpa.

40. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 17.ª ed., S. Paulo, Malheiros Ed., 1992, p. 558.

41. Caio Mario da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, 3.ª ed., Rio, Ed. Forense, 1992, p. 20.

42. Caio Mario da Silva Pereira, op. cit., p. 23.

43. Op. cit., p. 397.

44. Nélson Hungria, *Comentários ao código penal*, Rio, Ed. Forense, 1958, v. I/113, t. II.

39. Arnold Wald, *Obrigações e contratos*, 7.ª ed., S. Paulo, Ed. RT, 1987, p. 369.

E, prossegue o então Ministro do STF para concluir seu raciocínio, nos seguintes termos: A responsabilidade objetiva, que ainda persiste, embora como anomalia, em alguns Códigos Penais contemporâneos, representa, como observa Seuffert, um traço de primitivismo.

Note-se que a própria Exposição de Motivos 211, de 9.5.83 do Sr. Ministro da Justiça ao Sr. Presidente da República, por ocasião do envio do projeto de lei, o qual iria posteriormente se converter na Lei 7.209, de 11.7.84, o qual reformulou inteiramente a Parte Geral do Código Penal, em seu item 18 é claro ao dizer que “Eliminaram-se os resíduos de responsabilidade objetiva, principalmente nos denominados crimes qualificados pelo resultado.” Destarte, fica evidente a total rejeição do sistema punitivo brasileiro à tese da responsabilidade objetiva.

45. Parece claro que, no Brasil, princípio geral é rejeitar a responsabilidade objetiva. Não há razão para que, no regime jurídico da Lei 4.595/64, seja diferente. Vale dizer, não haveria porque se entender que o regime jurídico da Lei 4.595/64 destoaria do sistema jurídico como um todo.

É de se notar que as razões que levaram a se permitir que, excepcionalmente, em alguns ramos jurídicos se abrisse a possibilidade de se aplicar a responsabilidade objetiva, não se adequam às questões tratadas pela Lei 4.595/64. No caso da responsabilidade civil do Estado, esta “governa-se por princípios próprios, compatíveis com a peculiaridade de sua posição jurídica”.⁴⁵ Tal peculiaridade não é compartilhada, por óbvio, pelo administrador de instituição financeira.

Relativamente à teoria do risco, esta tem sua fundamentação na necessidade

do direito dar uma resposta a um processo de industrialização, e os problemas que este processo causava no que tange a comprovação da culpa. Tanto assim é, que foi no domínio dos acidentes de trabalho que primeiro se chegou à conclusão da necessidade de se adotar a teoria da responsabilidade objetiva.⁴⁶ Por outro lado, explica-se a adoção desta teoria como risco de alguém que passa a explorar um negócio, lucrativo porém perigoso. Neste sentido, a lição do Professor de Coimbra.⁴⁷ “Quem utiliza em seu proveito coisas perigosas, quem introduz na empresa elementos cujo aproveitamento tem os seus riscos; numa palavra, quem cria ou mantém risco em proveito próprio, deve suportar as consequências prejudiciais do seu emprego, já que deles colhe o principal benefício (*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commodum ibi incommodum*)”. Pelo que se vê, não há qualquer possibilidade de se aplicar a teoria do risco no Direito Bancário. Não se trata, sabidamente, de atividade perigosa capaz de causar dano a outrem, no modo e forma estabelecida pela teoria do risco. Por outro lado, a teoria do risco está intimamente ligada a noção de prejuízo patrimonial, o que não é aqui o caso. Como se sabe, o descumprimento das normas constantes da Lei 4.595/64 não se vincula a ocorrência de prejuízos materiais. Tampouco as penas visam recompor eventuais prejuízos desta espécie. Logo, não haveria o mínimo cabimento se utilizar a teoria do risco em situações como a presente.

Alerte-se, ainda, que nas hipóteses de responsabilidade objetiva esta sempre decorre de norma positiva específica. Vale dizer: para alterar a regra geral é necessária norma específica. Não é o

45. Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 5.ª ed., S. Paulo, Malheiros Ed., 1994, p. 475.

46. João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, 6.ª ed., Coimbra, Liv. Almedina, 1989, 1/602.

47. Op. cit., p. 603.

caso da Lei 4.595/64 que não estabelece em seu texto nenhum dispositivo de sorte a embasar a tese da responsabilidade objetiva.

3.4 Responsabilidade subjetiva

46. A terceira forma possível de responsabilização é a subjetiva. Trata-se da responsabilidade adotada pelo direito brasileiro em geral. O direito bancário, especialmente no que se refere a responsabilidade administrativa não teria motivos para fugir da regra geral. Assim, neste ramo do direito a responsabilização se funda no conceito da existência de culpa. Neste ponto, os penalistas proclamam a regra do *nullum crimen sine culpa*,⁴⁸ preceito este que deve ser seguido também no que tange a ilícitos como os aqui tratados.

Faz-se mister, pois, proceder à uma análise criteriosa sobre a culpabilidade. Para isto, será necessário se tomar em conta algumas conclusões e estudos feitos pelos penalistas a respeito do assunto, em vez que o tema ora tratado encontrasse melhor trabalho por aquele ramo do direito. Esta situação, todavia, não cria qualquer risco para as conclusões a que se alcançarem na medida que o ilícito administrativo não apresenta diferença substancial com o ilícito penal. A esta conclusão já havia chegado Néelson Hungria⁴⁹ que diz: "Tem sido igualmente em vão a tentativa de uma distinção ontológica entre ilícito penal e o ilícito administrativo. A separação entre um e outro também atende apenas a critérios de conveniência ou oportunidade, afeiçoados à variável medida de interesse da sociedade e do Estado. Conforme acentuava Beling, a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de

ilicitude é de quantidade ou de grau; está na maior ou menor intensidade lesiva de uma em cotejo com outra." Nestas conclusões, o jurista é seguido unanimemente pela doutrina. É o caso, por exemplo, de Heleno Fragoso,⁵⁰ Damásio E. Jesus,⁵¹ Julio F. Mirabete,⁵² entre outros.

No campo penal são elementos que formam o conceito de crime além da tipicidade e da antijuridicidade, a culpabilidade. Como bem nota Francisco de Assis Toledo⁵³ o crime é "ação típica, ilícita e culpável". Também assim é no ilícito decorrente do descumprimento dos objetivos da Lei 4.595/64. Vale dizer, é necessário que a conduta do administrador, além de ser típica e antijurídica, seja culpável.

O direito privado brasileiro, por sua vez, não destoa da orientação que o direito penal dá ao assunto. Segundo diz a melhor doutrina a "responsabilidade civil assenta no princípio da culpa, sem embargo de algumas disposições isoladas abrigarem a doutrina do risco."⁵⁴ Inexiste, conseqüentemente, qualquer tipo de contrariedade que, no direito brasileiro, regra geral, a responsabilização esteja sempre ligada à idéia de culpa.

47. Culpabilidade "é o nexó subjetivo que liga o delito ao seu autor. Reveste, no Direito brasileiro, as formas de dolo e culpa."⁵⁵ Dolo é "a violação intencional de um dever jurídico".⁵⁶ Culpa, por sua vez, é "a violação por negligência, imprudência ou imperícia".⁵⁷ É punível,

50. Op. cit., p. 143.

51. Op. cit., p. 143.

52. Op. cit., p. 95.

53. Op. cit., p. 80.

54. Caio Mario da Silva Pereira, op. cit., p. 32.

55. Basileu Garcia, *Instituições de direito penal*, 4.ª ed., S. Paulo, Max Limonad, 1977, 1/247, t. 1.

56. Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, 6.ª ed., Rio, Ed. Forense, 1979, p. 541.

57. Idem, op. e loc. cit.

48. Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de direito penal*, 4.ª ed., S. Paulo, Ed. Saraiva, 1991, p. 217.

49. Op. cit., p. 35.

pois, a conduta perpetrada pelo administrador de instituição financeira, desde que este tenha agido com dolo ou culpa (*stricto sensu*), isto é, a conduta deve ser culpável. Esta constatação já havia sido feita por Nelson Abrão.⁵⁸ É certo que o Prof. Nelson Abrão restringe suas conclusões aos diretores de banco, posto que o escopo da obra era tratar exclusivamente de direito bancário. Todavia, neste caso, não há diferença significativa entre o regime que se adota para administrador de banco e administrador de instituição financeira de modo geral.

3.4.1 Dolo e culpa

48. As condutas dolosas não despertam grandes questionamentos. Aqueles que deliberadamente descumprem normas legais são passíveis de responsabilização.

Quanto às condutas culposas levadas a cabo pelos administradores de instituição financeira, há de se perquirir qual o comportamento do administrador de instituição financeira que caracterizaria o não cumprimento do dever de diligência exigível. Isto porque, a tipicidade dos delitos culposos “determina-se através da comparação entre a conduta do agente e o comportamento presumível que, nas mesmas circunstâncias, teria uma pessoa de discernimento e prudência ordinários”.⁵⁹ Necessário, pois, se analisar qual o *standard* para o administrador de instituição financeira. O comportamento segundo os parâmetros do *bonus pater familiae* seriam suficientes? É o que se passa a analisar.

49. Primeiramente, necessário que se diga que a instituição financeira é organizada sob a forma de sociedade. Portanto, como parâmetro mínimo do

comportamento, caberá a seus administradores observar a regra geral estabelecida para os administradores da sociedade. Examine-se, pois, qual será o padrão exigido para os administradores de sociedade em geral. A lei societária atual a Lei 6.404/76, em seu art. 153, exige que o administrador empregue no exercício de suas funções “o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seu próprio negócio”. Para alguns, em vista do disposto no art. 153 da Lei 6.404/76 os membros da administração da sociedade, deveriam ter o comportamento do *bonus pater familiae*. Outros, como por exemplo, Fran Martins,⁶⁰ preferem já vislumbrar a necessidade de se exigir do administrador uma conduta mais diligente, do que a do simples pai de família “dado o caráter institucional da sociedade que, requerendo qualidades profissionais de administrador, nele vê, em princípio, um técnico a dirigir uma instituição”. Waldirio Bulgarelli,⁶¹ informa que modernamente determinada idéia se acresceu de que se se imponha “um padrão, de um *standard*, de um modelo de atuação, não de simples pai de família, *vir diligens ac probus, bonus pater familias, vir optimus et purus*, do Digesto, mas de administrador eficiente, ou seja, com a exigência da *peritia artis*, portanto de capacidade profissional”. Este mesmo autor,⁶² comenta que o “modelo adotado pela Lei 6.404/76, no art. 153, do *vir bonus vir optimus et purus*, conquanto possa ser alargado para albergar as exigências de uma gestão empresarial, não se apresenta ainda perfeito,

60. Fran Martins, *Comentário à lei das sociedades anônimas*, Rio, Ed. Forense, 1978, 2/363, t. I.

61. Waldirio Bulgarelli, “Apontamentos sobre a responsabilidade dos administradores das companhias”, in *RDM* 50/75.

* 62. Op. cit., p. 77.

58. Nelson Abrão, *Curso de direito bancário*, S. Paulo, Ed. RT, 1982, p. 145.

59. Heleno Cláudio Fragoso, op. cit., p. 220.

deixando de evidenciar o aspecto da *peritia artis*, só se completando com outros dispositivos, como o já citado da referência à empresa com objeto social (art. 2.º) o da adoção de critérios para remuneração (art. 152) etc., mas, de qualquer forma a idéia de que a gestão da empresa impõe certos predicados técnicos já está na consciência geral, sobretudo no que tange à macroempresa." Vê-se, pois, que através de uma interpretação sistemática dos dispositivos da lei societária, poder-se-ia desde logo se concluir que o administrador de uma sociedade estaria sujeito a um dever de diligência superior ao *bonus pater familiae*.

50. Entretanto, ainda que se tivesse concluído que o administrador de uma sociedade qualquer estivesse sujeito a um dever de diligência de um *bonus pater familiae*, o banqueiro, de um modo geral, estaria sujeito a um dever de diligência superior a este. Ora, desprezando-se a questão de estar ou não organizada como sociedade, a instituição financeira, em razão de sua estrutura, responsabilidades e relacionamento com o público, exige ser encarada como um ente administrado com total profissionalismo. Vale dizer: é da essência da atividade financeira o profissionalismo. Não deve ser esquecido que o próprio Código Comercial, de 1850, destacava esta característica, quando, em seu art. 119 considerava "banqueiros os comerciantes que têm por profissão habitual do seu comércio as operações chamadas de Banco".

Neste ponto, tratando-se de exercício profissional de uma atividade, deve-se tomar em conta a lição de Heleno Cláudio Fragoso⁶³ para quem quando "se trata de ofício ou profissão, pode dizer-se que não viola o cuidado objetivo o agente que atende as regras da arte (*legis artis*)".

63. Op. cit., p. 222.

51. Já se chegou a conclusão acima, que seja em função das disposições da lei societária, seja em decorrência do fato do banqueiro ser um profissional, exigir-se-ia do administrador de instituição financeira, um cuidado maior do que aquele esperado do *bonus pater familiae*. Todavia, há de se ter em conta que, exige-se do administrador de instituição financeira um padrão de comportamento ainda superior ao administrador de sociedade ordinário ou um profissional qualquer. Isto decorre da particularidade que cerca o comércio bancário. Com efeito, a instituição financeira é uma atividade diferenciada das demais e sujeita à regulamentação própria. Michel Vasseur⁶⁴ reconhece a existência de um regime diferenciado dizendo: "Cette réglementation spécifique découle de cette vérité d'évidence que l'entreprise bancaire n'est pas une entreprise commerciale comme les autres et qu'il importe par-dessus tout d'assurer sa solvabilité et sa liquidité et aussi de la protéger contre l'imprudence, voire le manque de totale honnêteté de ses dirigeants."

Realmente, o banqueiro é um comerciante que recebe uma autorização especial do Estado, estando sua atividade rigidamente regulada e fiscalizada pelo mesmo. Este controle estatal da atividade financeira prende-se principalmente a dois fatos: a) o banqueiro é capaz de criar moeda escritural. Como já ensinou Galbraith:⁶⁵ "O dinheiro tem três progenitores: casas da moeda, secretários de tesouro ou ministros da fazenda, sendo estes a fonte do papel-moeda; e bancos, de um tipo ou outro"; b) o banqueiro está autorizado a captar poupança popu-

64. Michel Vasseur, *Droit et économie bancaires*, 3.ª ed., Paris, Les Cours de Droit, 1982-1983, p. 83.

65. John Kenneth Galbraith, *Moeda: de onde veio, para onde foi*, 2.ª ed., S. Paulo, Livraria Pioneira Ed., 1983.

lar. Em função disto, é natural que o Estado exija que os administradores de instituição financeira sejam profissionais absolutamente preparados. Deste modo, ao contrário da quase totalidade das sociedades comerciais comuns, os administradores da instituição financeira devem ter seus nomes previamente submetidos ao Estado (por intermédio do Banco Central do Brasil), para que possam exercer estas atividades. É o que determina o art. 33 da Lei 4.595/64.

Por estes motivos, não é difícil se concluir que o administrador de instituição financeira está sujeito a um tipo de *standard* superior ao *bonus pater familiae* e até dos demais administradores de outras sociedades mercantis ou profissionais em geral. Logo, o administrador de instituição financeira deve ser alguém absolutamente cauteloso, no exercício de suas atividades. Isto posto, ao se eximir a ocorrência de culpa *stricto sensu* dever-se-á tomar em conta estas observações.

4. CONCLUSÃO

52. De todo exposto, algumas conclusões podem ser tiradas.

Primeiramente, deve-se concluir que as penalidades por descumprimento aos objetivos da Lei 4.595/64 podem ser aplicadas às instituições financeiras (regulares e irregulares), membros do

conselho fiscal, e seus administradores regulares e irregulares. No que tange aos administradores, estes ao descumprirem as normas poderão ser penalizados, sendo certo que há certas peculiaridades nas responsabilidades dos administradores, em função do órgão que ocupam.

Em segundo lugar, não há como se negar que as infrações aos objetivos da Lei 4.595/64 podem se dar em função de condutas comissivas e omissivas. Na prática, a maior parte das infrações se dá por atos e não omissões. No caso das condutas omissivas, tem se entendido que esta só se caracteriza quando o administrador tinha o dever de praticar certo ato e não o fez, dever este estabelecido na lei ou no regulamento; no estatuto ou contrato social; podendo ainda decorrer de ser atribuição inerente ao cargo ou de ser o mesmo responsável pela área perante o BACEN ou, ainda, ter o interessado recebido comunicação encaminhada pelo Banco Central do Brasil determinando a realização de um dado ato.

Por último, deve-se ter em mente que no Brasil, para fins da Lei 4.595/64 não se aceita a tese da responsabilidade por fato de terceiro ou a responsabilidade objetiva, sendo só aceitável a tese da responsabilidade subjetiva. Em função disto, a responsabilização pode se dar por atos dolosos ou culposos perpetrado pelo administrador de instituição financeira.

DOCTRINA

O DIREITO DE RECESSO NA INCORPORAÇÃO, FUSÃO OU CISÃO DE SOCIEDADES

NORMA JONSSSEN PARENTE

1. O princípio majoritário — 2. A tipicidade legal para o exercício do direito de recesso — 3. As hipóteses de direito de recesso na Lei de Sociedades Anônimas — 4. O direito de recesso na incorporação, na fusão e na cisão de sociedades — 5. A Lei 7.958/89 não conflita com o art. 230 da Lei 6.404/76. Confronto entre os dois textos legais — 6. A Lei não exige comprovação de prejuízo para o exercício do direito de recesso. A lei criou uma situação objetiva no recesso decorrente da incorporação, fusão ou cisão de sociedades, ocorrendo a hipótese não cabe discussão se houve ou não prejuízo — 7. A correção monetária é devida desde o momento em que é apurado o valor do reembolso — 8. Conclusões.

1. O princípio majoritário

O predomínio do capital impede na sociedade anônima alternância de poder. Os acionistas minoritários são obrigados a acatar as decisões dos acionistas controladores, que conduzem os destinos da sociedade anônima, enquanto tiverem assegurada a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade.

Com efeito, a Lei 6.404, de 15.12.76, assegura à maioria dos acionistas o poder de deliberar sobre todos os assuntos sociais (art. 129).

Em contrapartida a referida Lei 6.404/76 concede à minoria direitos intangíveis, que nem os estatutos nem a assembléia geral dos acionistas podem modificar. Tais direitos estão previstos no art. 109, que dispõe:

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

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

Efetivamente, como assinala Georges Ripert:

“... a empresa é uma comunidade hierarquizada. Tem um chefe que não representa somente o capital, mas também todas as forças comprometidas na empresa e que deve dirigir no interesse comum. Então mesmo que o chefe seja designado pelos detentores do capital, não representa o capital, e sim a empresa.

Compreende-se então porque é necessário falar dos direitos individuais dos acionistas. Se se admite que o capital é o dono absoluto da empresa, não pode haver dúvida senão quanto à proteção da minoria. Como o acionista que trouxe fração do capital poderia ter um direito individual contra o capital? Tudo se explica se se trata de defender o capital contra a direção. Compararam-se os direitos individuais do acionista opostos à onipotência da direção aos direitos do homem em contraste com a onipotência do poder político.”¹

1. In *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*. Livraria Editora Freitas Bastos. 1947, pp. 297-298.

O eminente jurista Luiz Gastão Paes de Barros Leães também, com clareza, demonstra que os direitos individuais dos acionistas constituem eficaz proteção para limitar a subordinação do mais fraco ao mais forte: “Uma vez admitido o princípio majoritário como norma geral, ... cabia discipliná-lo e enquadrá-lo a fim de evitar que se transformasse em um instrumento de abuso e prepotência. Cogitou-se, então, de contrapor possíveis freios à maioria assembleária, inicialmente de natureza subjetiva, depois de natureza objetiva. Conceberam-se novos meios de proteção aos acionistas individuais e às frações minoritárias, que substituíssem os cômodos postulados da imodificabilidade do estatuto social. Foram-se identificando outrossim os direitos individuais do acionista inderrogáveis até no estatuto originário e, *a fortiori*, por deliberação da maioria.”²

Assim, a lei dá aos acionistas controladores poderes para aprovar determinadas medidas que afetam substancialmente o direito do acionista minoritário, mas nesses casos, para manter equilíbrio entre o poder assegurado à maioria dos acionistas, para dirigir a sociedade e a minoria acionária, sujeita a seu arbítrio, a lei assegura ao acionista o direito individual e sagrado de se retirar da sociedade, mediante o reembolso do valor de suas ações.

2. A tipicidade legal para o exercício do direito de recesso

Como se verifica, o art. 109, inciso V, da Lei de S/A assegura ao acionista dissidente o direito de retirar-se da sociedade nos casos previstos na mencionada lei. Cria, portanto, dito art. 109, inc. V, a necessidade de as hipóteses

que ensejam o direito de retirada estarem tipificadas na lei societária.

Por esta razão, a referida lei societária em diversos e esparsos artigos lista as reformas do pacto societário que permitem ao acionista dissidente retirar-se da sociedade. Como assinala Rubens Approbato Machado:³ “Trata-se de caso de estrita tipicidade legal. Inexistindo na lei, o tipo, inexistente o direito de recesso.”

3. As hipóteses de direito de recesso na Lei de Sociedades Anônimas

É o mesmo Rubens Approbato Machado que elenca as hipóteses de recesso previstas na Lei de Sociedades Anônimas,⁴ evidenciando que não existe um artigo líder sobre a questão. Efetivamente o recesso na lei societária é tratado de forma esparsa e assistemática. Confira-se:

“Assim, em resumo, a Lei 6.404/76, prevê, expressamente, as seguintes hipóteses geradoras do direito de recesso: 1) Criação de ações preferenciais ou aumento de classe existente sem guardar proporção com as demais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto (arts. 136, I e 137); 2) alterações nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida (arts. 136, II e 137); 3) alteração de dividendo obrigatório (arts. 136, IV e 137); 4) mudança do objeto da companhia (arts. 136, V e 137); 5) dissolução da companhia ou cessação do estado de liquidação (arts. 136, VII e 137); 6) transformação da sociedade (art. 221); 7) incorporação, fusão ou cisão (art. 225, IV e 230); 8) redução do capital (art. 174); 9) sociedade de economia mista, desapropriação (art. 236); 10) subsidiária integral (art. 252, § 1.º); 11) compra

2. In *Do Direito do Acionista ao Dividendo*, Ed. Obelisco Ltda., 1969, p. 263.

3. In *RDM* 82/48.

4. Ob. cit., pp. 50-51.

de companhia aberta (art. 256, § 2.º); 12) incorporação de companhia controlada (art. 264, § 3.º); 13) participação de companhia em grupo de sociedade (art. 270, § único); 14) fixação de dividendo ou estabelecimento em condições que não satisfaçam os requisitos do § 1.º do art. 202 (art. 296, § 4.º — disposições transitórias); 15) transformação em sociedade por quotas, de companhias existentes com capital inferior a Cr\$ 5.000.000 (art. 298, III — disposições transitórias).

Por esses dados, pode-se, desde logo, proclamar que as hipóteses previstas no art. 137 não são exclusivas. Dentro do mesmo corpo legal foram previstas normas que definem e tipificam hipóteses caracterizadoras do recesso. Essas normas, dentro do mesmo corpo legal, não se conflitam, não se contradizem e nem ficam subordinadas umas às outras. Cada uma cuida de situações por ela própria definidas. As remissões que, porventura, uma faça à outra, não as vinculam em relação de subordinação, mas de explicitação, inclusive de fins procedimentais.”

4. O direito de recesso na incorporação, na fusão e na cisão de sociedades

A incorporação, a fusão e a cisão de sociedades são consideradas medidas que modificam substancialmente o pacto social, por isso a referida Lei 6.404/76 tipifica tais situações como permissivas do exercício do direito de recesso ao acionista dissidente, nos termos do art. 230 da citada Lei 6.404/76, que dispõe:

“Art. 230. O acionista dissidente da deliberação que aprovar a incorporação da companhia em outra sociedade, ou sua fusão ou cisão, tem direito de retirar-se da companhia, mediante o reembolso do valor de suas ações (Art. 137).

Parágrafo único. O prazo para o exercício desse direito será contado da

publicação da ata da assembléia que aprovar o protocolo ou justificação da operação, mas o pagamento do preço de reembolso somente será devido se a operação vier a efetivar-se”.

Nessas condições, nos termos do art. 230 c/c o art. 109 da Lei de S/A, nem a assembléia geral nem o estatuto social podem privar o acionista dissidente da deliberação que aprovar a incorporação da companhia em outra sociedade, ou sua fusão ou cisão, de retirar-se da companhia, mediante o reembolso do valor de suas ações.

5. A Lei 7.958/89 não conflita com o art. 230 da Lei 6.404/76. Confronto entre os dois textos legais

A Lei 7.958, de 20.12.89, modificou o aludido art. 137 da Lei 6.404/76, para dele excluir a referência ao direito de recesso na incorporação, fusão e cisão de sociedades.

Em vista disso, alguns ilustres juristas passaram a entender que o já mencionado art. 230 da Lei 6.404/76 teria sido revogado pela lei 7.958/89. Todavia tal entendimento não tem fundamento legal.

Antes da edição da Lei 7.958/89, havia um *bis in idem* legislativo, pois, não só o art. 230, mas também o art. 137 da Lei 6.404/76 assegurava o direito de recesso na incorporação e cisão. Os juristas Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro confirmam expressamente esse entendimento. Nas suas palavras:⁵ “Reitera o *caput* do art. 230 a disposição do art. 137”.

Em vista disso, apesar de a Lei 7.958/89 ter modificado o aludido art. 137 da Lei 6.404/76 e dele ter excluído a referência ao direito de recesso na incorporação, fusão e cisão de socieda-

5. In *Das S/A no Direito Brasileiro*, Bushatsky, 1979.

des, em nada foi alterado o referido art. 230, que continua intocado, porque não há antinomia entre a Lei 7.958/89 e o art. 230 da Lei 6.404/76.

Antinomia é definida por Norberto Bobbio:⁶ "... como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento. Mas a definição não está completa. Para que possa ocorrer antinomia são necessárias duas condições, que embora óbvias, devem ser explicitadas:

- 1) As duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento.
- 2) As duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade.

Distinguem-se quatro âmbitos de validade de uma norma: temporal, especial, pessoal, e material."

Na mesma linha Hans Kelsen⁷ define o conflito de normas: "Existe um conflito entre duas normas, se o que uma fixa como devido é incompatível com aquilo que a outra estabelece como devido e, portanto, o cumprimento ou aplicação de uma norma envolve necessariamente ou possivelmente, a violação da outra. O conflito pode ser bilateral ou apenas unilateral."

Resumindo, existe o conflito quando:

Conforme Bobbio: a) uma lei obriga e a outra proíbe; ou b) uma lei obriga e a outra permite; ou c) uma lei proíbe e a outra permite o mesmo comportamento.

Na opinião de Kelsen: a) uma lei fixa como devido aquilo que é incompatível com o que a outra estabelece como devido; e, conseqüentemente, b) o cum-

6. In *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Ed. Polis, 1990, pp. 86-87.

7. In *Teoria Geral das Normas*, trad. de José Florentino Duarte, Ed. Sergio Antonio Fabris Ed., 1986, p. 157.

primento ou aplicação de uma norma envolve necessariamente ou possivelmente, a violação da outra.

Faça-se, em consonância com as diretrizes traçadas por Bobbio e Kelsen, o cotejo entre as normas tidas como conflitantes. A Lei 7.958/89 em seu art. 1.º, que dá nova redação ao art. 137 da Lei 6.404/76, e enuncia situações que permitem ao acionista exercer o direito de recesso. E o art. 230 da Lei 6.404/76 que estabelece que cabe o direito de recesso na incorporação, fusão e cisão de sociedades.

Confronte-se o art. 1.º da referida Lei 7.958 e o art. 230 da Lei de Sociedades por Ações, de acordo com a perspectiva de Bobbio:

O art. 1.º da Lei 7.958/89: Autoriza o recesso quando são tomadas as seguintes deliberações:

- a) criação de ações preferenciais ou aumento de classe existente sem guardar proporção com as demais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto;
- b) alterações nas preferências ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida;
- c) alteração do dividendo obrigatório;
- d) mudança do objeto da companhia;
- e) dissolução da companhia ou cessação do estado de liquidação.

O Art. 230 da Lei 6.404/76: Autoriza o recesso quando são tomadas as seguintes deliberações:

- a) incorporação, fusão ou cisão de sociedades.

Conclusões: O art. 1.º da Lei 7.958/89:

- a) não obriga o acionista descontente a exercer o direito de recesso;
- b) não proíbe o acionista descontente de exercer o direito de recesso;
- c) permite ao acionista descontente exercer o direito de recesso nas situações que enumera.

Conclusões: O art. 230 da Lei 6.404/76:

- a) não obriga o acionista descontente a exercer o direito de recesso;
- b) não proíbe o acionista descontente de exercer o direito de recesso;
- c) permite ao acionista descontente exercer o direito de recesso nas situações que enumera.

Como se nota, não há antinomia entre os dois artigos. Para que houvesse o conflito, na opinião de Bobbio, era preciso que: a) a Lei 7.958/89 obrigasse o recesso e o art. 230 da Lei 6.404/76 o proibisse; ou b) a Lei 7.958/89 obrigasse o recesso e o art. 230 da Lei 6.404/76 apenas o permitisse; ou c) a Lei 7.958/89 proibisse o recesso e o art. 230 da Lei 6.404/76 o permitisse.

Ora nada disso existe. Ambas as leis contêm disposições permissivas e que, portanto, não geram qualquer antinomia.

Examine-se a questão sob a ótica kelseniana:

O Art. 1.º da Lei 7.958/89:

- Fixa como devido o direito de recesso nas situações que enumera, que não são incompatíveis com a existência do recesso também nas hipóteses previstas no art. 230 da Lei 6.404/76.

- O seu cumprimento não envolve necessariamente nem possivelmente a violação do art. 230 da Lei 6.404/76.

O Art. 230 da Lei 6.404/76:

- Fixa como devido o direito de recesso nas situações que enumera, que não são incompatíveis com as hipóteses de recesso previstas na Lei 7.958/89.

- O seu cumprimento não implica necessariamente nem possivelmente na violação do art. 1.º da Lei 7.958/89.

Também sob o enfoque de Kelsen, como se pode verificar, não há qualquer contradição entre as duas normas.

Não existe pois o alegado conflito de leis, que importaria na revogação do art. 230 da Lei Societária pelo art. 1.º da Lei 7.958/89.

A Lei 7.958/89 não esgotou as hipóteses em que o acionista descontente pode receber o reembolso do valor de suas ações. E sequer teve qualquer pretensão nesse sentido, visto que não dispôs com exclusividade sobre as hipóteses que ensejam o recesso. Não se pode extrair de seu texto que as situações que regulou são as únicas e exclusivas que acarretam o direito de recesso.

Nessas condições, havendo na lei societária diversas outras hipóteses que acarretam o direito de retirada, há que se entender que estas são complementares àquelas estabelecidas pela Lei 7.958/89.

A questão, analisada sob o prisma da teoria dos conjuntos, indica que se tratam de dois conjuntos diferentes que sequer interseção têm. Eles não se tocam. Um trata de certas hipóteses de recesso (a Lei 7.958/89) e o outro de outras hipóteses de recesso (art. 230 da Lei 6.404/76). Não são eventos mutuamente excludentes. A união destes conjuntos e de mais outros (todas as demais hipóteses de recesso previstas na lei societária) resultam nas hipóteses de recesso admitidas na legislação brasileira.

As duas normas são permissivas. A Lei 7.958/89 permite o recesso e o art. 230 da Lei 6.404/76 também permite o recesso. Portanto não existe antinomia entre tais normas. O conflito ocorre entre duas normas contraditórias emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo. É preciso que tais normas se contradigam, para obedecê-las, o receptor deve também desobedecê-las. Portanto, inexistente conflito entre normas permissivas. Duas normas permissivas nunca são contradi-

tórias. Estas as conclusões do Prof. Tércio Sampaio Ferraz.⁸

Nessas condições, não sendo o art. 230 da Lei 6.404/76 contrário ao texto do art. 1.º da Lei 7.958/89, não há porque considerá-lo implicitamente revogado pela lei posterior. Se o legislador pretendia revogar o art. 230 deveria ter mencionado expressamente tal intenção. Uma vez que isso não foi feito, não pode o intérprete se apegar ao fato de que esta foi a sua intenção.

Também, essa a opinião do ilustre Prof. Mauro Rodrigues Penteado:⁹

“VI — ... A Lei 7.958/89 não modificou a disciplina do direito de retirada contido na Lei 6.404/76. ... o transcrito art. 137, quando se reporta aos itens I, II e IV a VIII do art. 136 não esgota as hipóteses legais de recesso. Outras existem, na própria lei ... os recessos nas hipóteses de incorporação, fusão e cisão estão disciplinados, com suas peculiaridades, no art. 230 da Lei 6.404 ... As peculiaridades de algumas das hipóteses de recesso, como bem observou Lucas Rezende, levou o legislador a contemplá-las novamente, reiterando e reafirmando o direito e explicitando as normas especiais a que estão sujeitas.

... Se a disciplina do recesso, nas hipóteses examinadas, era “dupla e coincidente”, pecando pela “desnecessária repetição”, a Lei 7.958 ao menos teve o mérito de remover esses defeitos, fazendo com que o direito de retirada fosse tratado apenas nos Capítulos dedicados aos institutos a que se refere.

Acompanham o pensamento do ilustre jurista Mauro Rodrigues Penteado, Luiz Olavo Baptista, Lucas Ênio de

8. Tércio Sampaio Ferraz Junior, in *Introdução ao Estudo do Direito*, Ed. Atlas, 1988, p. 188.

9. In *RDM* 77/46, jan.-mar./90.

Rezende,¹⁰ Nelson Eizirik,¹¹ Rubens Approbato Machado¹² e Modesto Carvalhosa.¹³

5.1. A jurisprudência

A Comissão de Valores Mobiliários — CVM, autarquia federal, que, nos termos do art. 8.º da Lei 6.385/76, tem competência para regulamentar a lei de sociedades anônimas, já decidiu, ao examinar a incorporação da Sulina Alimentos S/A pela Perdigão Agroindustrial S/A bem como a cisão parcial da Panex S/A Indústria e Comércio, que os acionistas dissidentes destas deliberações tinham direito de recesso, nos termos do art. 230 da Lei de Sociedades Anônimas, que não foi revogado pela Lei 7.958/89.

A 2.ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, confirmando sentença da Comarca de Uberaba, também já consagrou a tese de que a Lei 7.958/89 não eliminou o direito de retirada do sócio dissidente da incorporação de sociedades, permanecendo íntegro o direito de recesso do acionista minoritário.¹⁴

6. A lei não exige comprovação de prejuízo para o exercício do direito de recesso. A lei criou uma situação objetiva no recesso decorrente da incorporação, fusão ou cisão de sociedades, ocorrendo a hipótese não cabe discussão se houve ou não prejuízo

A propósito, o Prof. Fábio Konder Comparato¹⁵ afirma que: “A doutrina

10. Cf. Mauro Rodrigues Penteado, in ob. cit., pp. 46-47.

11. In *Rev. ABAMEC*, Ano 11, out./92.

12. In *RDM* 82/46.

13. In *Rev. ABAMEC*, Ano 11, out./92 e no Parecer anexado à Ap. Cív. 187.636-4, em curso na 7.ª Câm. Cív. do TAMG.

14. Decisão proferida na Ap. Cív. 116.737-1.

15. Em *Direito Empresarial*, pp. 226-227, Ed. Saraiva, 1990.

reconhece, portanto, sem discrepância que o direito de recesso do sócio dissidente de deliberação social não constitui uma sanção de ato ilícito praticado pela maioria; não representa uma forma de indenização. Se o fora, o sócio recedente seria obrigado a provar o prejuízo sofrido, para exercer a retirada, quando na verdade o recesso atua como uma espécie de “denúncia vazia” do vínculo acionário... Os únicos pressupostos para o exercício desse direito consistem na deliberação, pela assembléia, sobre a matéria especificada em lei como ensejadora do recesso e a manifestação de vontade do acionista retirante, no prazo legal.”

No mesmo sentido, o entendimento do mestre Modesto Carvalhosa.¹⁶ Verifique-se:

“A regra de que o direito cabe a qualquer acionista não deve ser entendida como absoluta. Há o pressuposto de que o interesse do acionista foi atingido”...

Dessa forma, em todas as hipóteses, deve haver direito atingido, não se presumindo, portanto, que todo e qualquer acionista possa retirar-se da companhia, tão-somente invocando modificações decididas em assembléia geral que, por ação ou omissão, discordou, mas que, no entanto, não atingem desfavoravelmente os seus *interesses patrimoniais*.

... Assim se a modificação atinge todas as ações, como é o caso, *v.g.*, de dividendo obrigatório, fusão, *incorporação, cisão* etc., não pode a companhia opor-se a qualquer acionista que pretenda retirar-se (grifou-se).

Como se pode verificar, o ilustre jurista Modesto Carvalhosa distingue as decisões que acarretam o recesso em dois tipos: a) aquelas que atingem todas

as espécies e classes de ações, como a incorporação e a cisão; e b) outras que só dizem respeito a determinada espécie e classe de ações, quando efetivamente só a classe ou espécie de ação prejudicada pode exercer o direito de recesso.

Modesto Carvalhosa classificou a incorporação no primeiro tipo, como esclarece no texto acima transcrito.

No mesmo sentido é a opinião do Prof. Alfredo Lamy Filho.¹⁷ Entende o renomado jurista que as deliberações que ensejam o recesso podem ser classificadas em duas categorias bem distintas, quais sejam:

“I — algumas são modificações do estatuto social que alteram profundamente a “organização da companhia”, a saber:

- a)
- b) incorporação de uma companhia em outra, sua fusão ou cisão
- c)
- d)

II — outras têm por efeito “reduzir direitos de participação” dos titulares de ações ordinárias, de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou de ambas as espécies de ação

A distinção dessas duas categorias baseia-se na natureza da alteração estatutária e nas espécies ou classes de ações que sofrem seus efeitos:

I — as deliberações classificadas no item I acima dizem respeito à própria organização da companhia; o interesse do acionista dissidente da deliberação da Assembléia Geral, que a lei protege com o direito de retirada, é o de não serem compelidos a continuar como sócios de companhia substancialmente diferente daquela a que se associaram, ao subscreverem ou adquirirem ações; esse interes-

16. Em *Comentários a Lei de Sociedades Anônimas* 4/310, Ed. Saraiva, 1978.

17. In *A Lei de S/A*, Ed. Renovar, 1992, p. 556.

se protegido não varia com a espécie ou classe de ações e, portanto os efeitos da deliberação da Assembléia Geral repercutem, por igual, em todos os acionistas, independentemente da espécie ou classe de suas ações;

II — as deliberações classificadas no item II acima dizem respeito aos direitos de participação conferidos pelas ações; o interesse do acionista protegido pelo direito de retirada é o de não ver seus direitos de participação reduzidos por deliberação da Assembléia Geral; conforme a deliberação, seus efeitos podem ser restritos às ações ordinárias, a uma ou mais classes de ações preferenciais, ou a todas as espécies ou classes de ações que não têm interesse a proteger.”

As opiniões são unânimes em reconhecer que a incorporação, a fusão e a cisão em virtude de atingirem à organização da sociedade, modificando o pacto social, atingem indistintamente a todos os acionistas.

Nessas hipóteses, onde há modificação substancial do contrato social e quando todos os acionistas são atingidos indistintamente, a lei não exige comprovação de prejuízo, como bem disse o Prof. Fabio Konder Comparato, repita-se, nessa situação “o recesso atua como uma espécie de “denúncia vazia” do vínculo societário”.

Dessa forma, não há necessidade de ser comprovado o prejuízo, pois a lei não o exige. A lei criou uma situação objetiva que acarreta o direito de recesso. Decidida a incorporação ou a cisão imediatamente surge o direito de recesso, independente da comprovação de prejuízo. Trata-se de presunção legal que não admite prova em contrário.

7. A correção monetária é devida desde o momento em que é apurado o valor do reembolso

A correção monetária deve incidir a partir da data-base do laudo de avaliação das ações.

Portanto, não corrigir o valor do reembolso representa suprema iniquidade, pois a correção monetária não é um prêmio, mas simples reposição do valor da moeda corroído pela inflação.

Como assinala Aguiar Dias,¹⁸ o problema da correção monetária, atende antes de mais nada ao princípio da *restitutio in integrum* que domina o sistema. Para fundamentar tal assertiva, transcreve acórdão¹⁹ da lavra do ilustre Des. Bezerra Câmara, à época Juiz do 1.º Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, *in verbis*:

“Não é de dívida de dinheiro — Geldschuld — que aqui se trata. É de um patrimônio sagrado que se tem de proteger, de um bem jurídico (Cf. Josef Mauszia, *Rechtsgrund d. Schadenersatzes*, pp. 23 e ss., Leipzig, 1904), e o ressarcimento ou se faz completo, ou não se faz, pois, do contrário, seria insuficiente, inadequado, inoperante. O bem jurídico lesado — tantas vezes insusceptível de compensar-se — não seria economicamente reparado, quando a reparação, pelo decurso do tempo, pela astronômica e alarmante desvalorização da moeda, de seu poder aquisitivo, restrito ficasse o *quantum* à cifra em dinheiro apurada *ex tunc*. Não se faz necessário que a lei especialmente contemple essa maneira de conduzir-se o intérprete...”

Também vale a pena, pelo brilho e precisão no exame da questão, reproduzir parte do acórdão da 2.ª Câm. Cív. do 1.º TACivSP, onde em belo acórdão propugna-se pelo “predomínio da boa-fé sobre os fatos (inclusive os fatos econômicos) ofensivos ao sentimento ético”:

“... Quando a inflação é ignorada pela lei ou pela sentença (também dizer,

18. *Da Responsabilidade Civil*, Forense, 1983, II/809.

19. In *Recurso de Revista* 417, nos Embargos de Nulidade e Infringentes 25.906.

quando ela é mal corrigida porque o índice é deficiente e o juiz deixa passá-lo) há transferência de riqueza do credor para o devedor. Este enriquece, na mesma proporção em que aquele empobrece. É a situação que privilegia os devedores e os especuladores, ensinamento clássico de Samuelson...

... enriquecimento sem causa à custa do empobrecimento dos credores, um folclore da economia brasileira que, tudo indica, continuará existindo, mas sem passar em branco pelo Poder Judiciário..."

Diante do exposto, é de reconhecer-se que sendo a correção monetária orientação que assenta na equidade não se pode aplicá-la parcialmente, pois como assinalou o Des. Bezerra Câmara "o ressarcimento ou se faz completo, ou não se faz, pois, do contrário, seria insuficiente, inadequado, inoperante."

Nessas condições, o reembolso deve ser corrigido a partir da data em que foi calculado o valor das ações com base em balanço especial e não a partir da publicação da ata que aprova as medidas ensejadoras do recesso.

8. Conclusões

a) O direito de recesso na incorporação, fusão e cisão de sociedades está

expressamente previsto no art. 230 da Lei de Sociedades Anônimas, que não foi revogado pelo art. 1.º da Lei 7.958/89, pois com ele não conflita, porque: 1) o cumprimento do art. 230 não implica na violação da Lei 7.958/89; 2) a norma do art. 230 da Lei 6.404/76 não é incompatível com o art. 1.º da Lei 7.958/89; 3) tais normas não se contradizem; 4) para obedecer o art. 230 da Lei Societária o receptor não precisa desobedecer à Lei 7.958/89; 5) ambos os dispositivos são permissivos; 6) não existe contradição entre normas permissivas; e 7) tratam-se de dois conjuntos diferentes, que sequer interseção têm e não são mutuamente excludentes.

b) A lei não exige a comprovação de prejuízos quando a decisão que enseja o recesso atinge a todos os acionistas indiscriminadamente, como é o caso de deliberações concernentes à incorporação e cisão de sociedades.

c) A correção monetária atende ao princípio da *restitutio in integrum*, que atualiza os valores corroídos pela inflação, quando mal corrigida há transferência de riqueza do credor para o devedor, portanto inadmissível a correção parcial do valor do reembolso das ações. A correção deve incidir a partir do momento em que as ações foram avaliadas.

AS CLÁUSULAS DE FORÇA MAIOR E DE "HARDSHIP" NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS *

JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA

e

ANA MARIA DE OLIVEIRA NUSDEO

1. Importância e utilização — 2. Força Maior: 2.1 Composição da Cláusula; 2.2 A Prática da Redação nos Contratos Internacionais; 2.2.1 Hipótese; 2.2.2 Regime — 3. "Hardship": 3.1 Composição da Cláusula; 3.2 A Prática da Redação nos Contratos Internacionais; 3.2.1 Hipótese; 3.2.2 Regime — 4. Comparação — 5. Localização do Tema: Estipulação Contratual — 6. Direito Comparado: 6.1 "Common Law"; 6.2 "Civil law"; 6.2.1 Direito Francês; 6.2.2 Direito Alemão; 6.3 Direito Japonês — 7. Arbitragem: 7.1 Funções; 7.2 Jurisprudência Arbitral; 7.3 Conclusão — 8. "Hardship" e "Force Majeure" no Direito Brasileiro: 8.1 Condição: Uma Categoria Utilizável?; 8.1.1 Estruturas das Cláusulas e da Condição; 8.1.2 As Condições Extintiva e Suspensiva; 8.1.2.1 As Cláusulas Como Terceira Espécie; 8.1.2.2 As Cláusulas de Força Maior e "Hardship" como Compostas de Várias Condições; 8.1.2.3 As Cláusulas de Força Maior e "Hardship" para além das Condições; 8.1.3 Regime das Condições; 8.1.3.1 As Condições Puramente Potestativas; 8.1.3.2 Outros Pontos do Regime Legal das Condições; 8.2 Força Maior; 8.2.1 Localização do Tema; 8.2.2 Caracterização da Força Maior; 8.2.3 A Impossibilidade; 8.2.3.1 Conceito; 8.2.3.2 Classificações; 8.2.3.3 Alcance da Autonomia da Vontade; 8.2.4 Finalidades — 9. Conclusão Final.

1. IMPORTÂNCIA E UTILIZAÇÃO

Há muitas relações econômicas internacionais que necessitam tomar corpo em contratos de longo prazo, como os de fornecimento, transferência de tecnologia, contratos financeiros e construção civil, entre outros. Esses negócios têm como característica o contato com sistemas jurídicos diversos.

Pode ser por demais arriscado, mesmo para o sucesso do contrato, a assunção de obrigações que podem não corresponder aos objetivos econômicos das partes ou simplesmente tornarem-se de cumprimento impossível, no curso do tempo. Com efeito, uma tempestade inunda todas as vias de circulação, iso-

lando o estabelecimento do exportador; uma crise cambial grave leva à edição de normas emergenciais impeditivas da remessa de divisas ao exterior; o atraso no fornecimento de um determinado material impede o construtor de concluir a obra no prazo; ou ainda, com a alteração imprevisível do preço de mercado de um bem, decorrente de uma guerra ou inovação tecnológica, a presta-

* Este trabalho resultou de um estudo elaborado pelos autores no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na disciplina contratos Internacionais — Tipificação Contratual, ministrada pelo Prof. Hermes Marcelo Huck, no 1.º semestre de 1994.

ção torna-se excessivamente onerosa ou inútil para uma das partes.

Por isso tem sido de uso freqüente a inserção de cláusulas flexibilizadoras da relação contratual, dentre as quais as de *force majeure* e *hardship*.

Convém, preliminarmente, fazer uma distinção entre essas cláusulas e outras ditas de adaptação, que podem ser previstas em um contrato. Cláusulas monetárias (ouro, dólar), de revisão automática de preços, de ajuste quantitativo (com a previsão de que se reduza a obrigação de fazer de uma parte, em função de uma queda de preços) e *first refusal clause* (impõe ao comprador o dever de ajustar o preço combinado à margem praticada no mercado) referem-se a eventos previsíveis e já trazem em si a solução, não dependendo de renegociação.¹

Cláusulas de *force majeure* são aquelas que, grosso modo, possibilitam a suspensão da prestação ou, em caso extremo, a resolução de contrato, com exoneração da responsabilidade do devedor pela mora e inadimplemento, frente à impossibilidade temporária ou definitiva do cumprimento de suas obrigações.

Por outro lado, as cláusulas de *hardship* prevêm a renegociação pelas partes dos termos contratuais, quando a execução houver se tornado inútil ou demasiado onerosa para uma delas, em vista das modificações imprevistas de circunstâncias.

As legislações nacionais normalmente oferecem soluções para este tipo de situação, pelo menos para a impossibilidade, as quais, entretanto, nem sempre são adequadas às especificidades e dinamismo das atuais relações comerciais internacionais. Assim, a disciplina contratual, através das mencionadas cláusulas, permite um tratamento autônomo e

original, visando, sobretudo, à preservação do negócio, ao passo que os institutos jurídicos internos, muito freqüentemente, tendem a extinguir o vínculo.

2. FORÇA MAIOR

2.1 Composição da cláusula

Hipótese e regime são os elementos constitutivos da cláusula. A primeira descreve um evento que pode se caracterizar como sendo de força maior. É a sua ocorrência que provoca a incidência do dispositivo contratual, produzindo os efeitos sistematizados no regime.

A noção clássica de força maior tem suas origens no direito romano, onde basicamente funcionava como exonatória da responsabilidade quando da impossibilidade do cumprimento, ligada à extinção da obrigação, por fato não imputável ao devedor.² Tomando este ponto de partida, os sistemas romano-germânicos desenvolveram o instituto, conservando-lhe, aproximadamente, a função original. A ocorrência da força maior na doutrina continental, especialmente a partir da influência do Código Civil Francês, caracteriza-se pelo concurso de 4 elementos: a imprevisibilidade, a inevitabilidade, a exterioridade com relação à vontade das partes e o efeito de tornar a execução impossível.³

Os eventos de força maior podem ser tanto fatos naturais (terremotos, inundações, furacões, epidemias, pragas de insetos etc.), fatos do príncipe⁴ (proibi-

2. Moreira Alves, 1986, pp. 49-52.

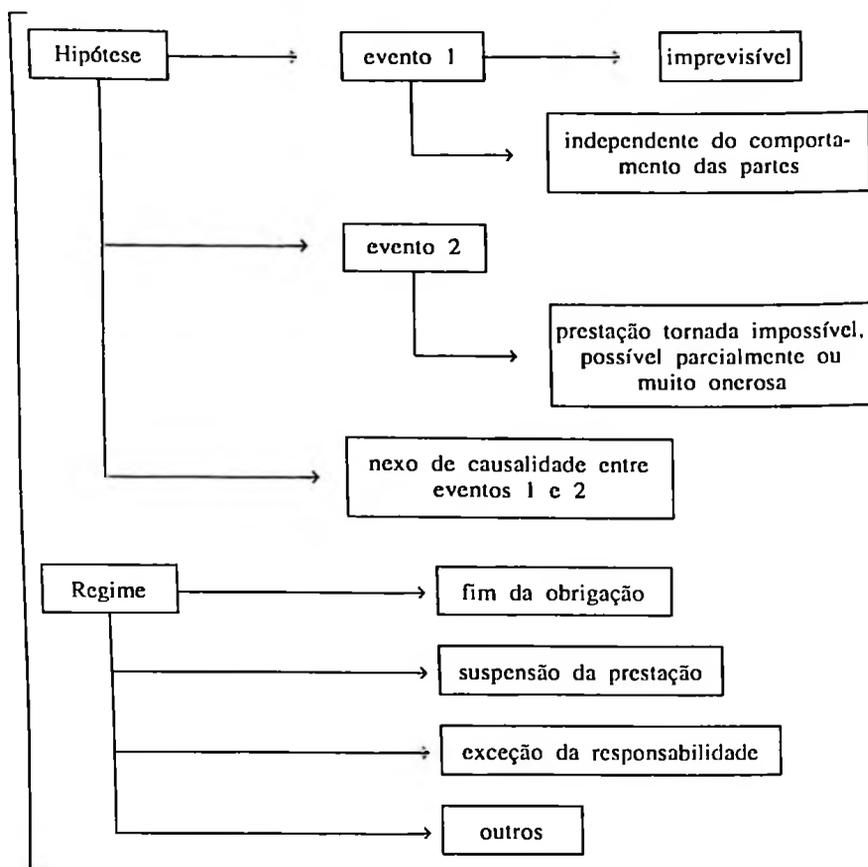
3. Fontaine, 1989, p. 213.

4. No âmbito dos contratos internacionais envolvendo pessoas jurídicas de direito público, notadamente agências estatais, a jurisprudência arbitral tem entendido muitas vezes que há uma separação entre estas e o Estado. Dessa forma elas podem alegar o fato do príncipe como evento de força maior (Draetta, 1988, pp. 48-49 e Sornarajah, 1988, pp. 111-112).

1. Para um estudo mais específico sobre estas cláusulas em comparação às de *hardship*, v. Van Camelbeke, 1984.

ções de importação ou exportação, proibição de remessa de divisas), fatos de terceiro indeterminado ou indeterminável⁵

(roubo, vandalismo etc.), entre os quais se destacam os distúrbios políticos e sociais (guerras, revoluções, greves, locaute etc.).⁶



O regime legal nos ordenamentos nacionais apresenta duas conseqüências, a exoneração da responsabilidade e a extinção da obrigação.

A redação das cláusulas contratuais de *force majeure* se inspira nas legislações internas, especialmente no tocante à

5. Cabe lembrar que quando o terceiro é determinado, então será ele o responsável pelo prejuízo.

estrutura destas, a qual, esquematicamente, pode ser visualizada no quadro acima.

Como se pode notar, incluímos algumas especificidades que não estão na maioria dos sistemas estatais, como a suspensão da prestação e atenuações com respeito ao elemento impossibilidade, frequentes nos contratos internacionais, como veremos a seguir.

6. Antunes Varela, 1978, pp. 70-72.

2.2 A prática da redação nos contratos internacionais

2.2.1 Hipótese

No momento da redação das cláusulas de *force majeure* nem sempre as partes se além à estrita caracterização da situação através da concorrência dos quatro elementos clássicos. Estes tanto podem ser omitidos, quanto atenuados. As omissões podem ser voluntárias, visando a ampliar o universo abrangido pela cláusula, ou simplesmente decorrer da inadvertência do redator.⁷ A atenuação, por sua vez, serve tão-somente para flexibilizar a aplicabilidade da cláusula, permitindo sua invocação em situações não tão extremas, como total impossibilidade e imprevisibilidade.

O mais freqüentemente omitido é a imprevisibilidade.⁸ Por exemplo:⁹

"Neste contrato *force majeure* significa qualquer ocorrência alheia ao controle das partes, impedindo ou retardando o seu adimplemento."¹⁰

"Em caso de superveniência de eventos independentes da vontade das partes

e de impossibilidade de execução total ou parcial por uma das partes e vinculadas pela presente convenção..."¹¹

A inevitabilidade também pode deixar de aparecer: "As partes contratantes estão eximidas das suas obrigações por deixar de cumprir total ou parcialmente com as suas responsabilidades no tocante aos termos de entrega, se esse não cumprimento for devido à *force majeure*. *Force majeure* diz respeito a todas as circunstâncias ocorridas após a assinatura do contrato e que resultem de qualquer evento de natureza excepcional que não pudesse ter sido previsto pelas partes contratantes quando da assinatura do contrato..."¹²

A atenuação da impossibilidade é bastante comum, p. ex.:

"Entende-se por *force majeure*... todo ato ou evento imprevisível, irresistível e independente da vontade das partes, tornando momentaneamente e humanamente impossível a execução das suas obrigações, ou de algumas delas."¹³

"Se qualquer das partes for impedida ou atrasada em implementar qualquer das provisões deste contrato em razão

7. Fontaine (1989, p. 213) apresenta um exemplo onde claramente houve esquecimento, pois a omissão foi do efeito do evento sobre a execução do contrato: "On entend par *force majeure* pour l'exécution du contrat tous les événements indépendents de la volonté des parties imprevisibles ou, si prévisibles, inévitables".

8. Na doutrina brasileira, p. ex., há quem faça a distinção entre o caso fortuito (imprevisível) e a força maior, que não tem esta característica (Antunes Varela, 1978, pp. 70-72, Gomes, 1961, pp. 158-161 e Wald, 1994, pp. 112-113). Há ainda outras distinções entre as duas figuras (Morcira Alves, 1986, pp. 49-52).

9. Fontaine, 1989, p. 213.

10. "In the Contract *force majeure* shall mean any occurrence outside the control of the parties preventing or delaying their performance of the contract."

11. "En cas de survenance d'évenements indépendents de la volonté des parties et d'impossibilité d'exécution totale ou partielle par une des parties engagées par la présente convention."

12. "The contracting parties are relieved of their obligations for partial or complete failure to comply with the contract liabilities with regard to the delivery terms if such failure is due to *force majeure*. *Force majeure* regards all circumstances occurred after the signature of the contract and as a result of any events of exceptional nature that could not have been anticipated by the contracting parties at the signature of the contract..."

13. "On entend par *force majeure*... tout acte ou événement imprévisible, irrésistible et indépendant de la volonté des parties rendant momentanément humainement impossible l'exécution de leurs obligations ou de certaines d'entre elles."

de (enumeração de eventos) por qualquer causa fora de seu controle, tornando impossível ou exorbitante de um ponto de vista industrial ou comercial o seu cumprimento das obrigações neste contrato..."¹⁴

Também há exemplos de atenuação da imprevisibilidade:

"Por *force majeure* devem ser compreendidos os eventos extraordinários, independentes da vontade das partes, que não pudessem ser previstos ou impedidos por elas, mesmo com a devida diligência, estando fora de seu controle e impedindo a parte ou as partes contratantes de cumprir com as obrigações assumidas neste contrato."¹⁵

Outra possibilidade aberta ao redator, no tocante à definição da hipótese, é a referência a fontes exteriores ao contrato.¹⁶ Primeiramente pode-se indicar a definição dada por uma Direito Nacional,¹⁷ que não necessariamente tem de ser o da lei aplicável ao contrato. Convenções internacionais, como as sobre compra e venda internacional de Haia (1964) e de Viena (1980), podem ser mencionadas, quanto às suas defini-

14. "If either party is prevented from or delayed in carrying out any of the provisions of this Agreement by reason of... (enumeração de eventos) of any cause beyond its control making it impossible or exorbitant from an industrial or commercial standpoint to perform its obligations hereunder..."

15. "By *force majeure* are to be meant extraordinary events independent of the Parties will that cannot be foreseen or averted by them even with due diligence, being beyond their control preventing the Contracting Party or Parties to come up his (their) obligation (s) undertaken in this Contract."

16. Fontaine, 1989, p. 215.

17. Como as leis nacionais alteram-se, então pode-se indicar tanto o sistema como um todo, suportando-se as modificações ou cristalizar a referência a um determinado texto legal, ou seja, mesmo que a lei mude, continua valendo a anterior para a definição pretendida.

ções de força maior. Ainda a prática internacional é utilizada, incluindo-se no contrato enunciados tais como *internationally regarded as force majeure* ou *generally recognized as force majeure*, nem sempre recomendáveis devido à sua vagueza, ou referentes ao que a jurisprudência arbitral da CCI entende por força maior.¹⁸ Existem também as cláusulas-modelo propostas pela CCI (pub. 421/85).

São encontráveis na prática cláusulas que atribuem às próprias partes ou um terceiro, que pode ser um árbitro, o poder de decidir se determinada situação constitui ou não um evento de força maior. Essas formulações não são recomendáveis, pois podem levar a equívocos pela sua própria falta de precisão, p. ex.:

"Se qualquer das partes for impedida de cumprir suas obrigações contratuais em casos de *force majeure* tais quais... (enumeração de eventos)... ou por outras causas que possam ser reconhecidas por ambas as partes como sendo de *force majeure* por estarem fora de seu controle..."¹⁹

"Os casos de força maior são... (enumeração de eventos)..., bem como os outros casos a serem determinados por arbitragem como caso de força maior."²⁰

As enumerações são constantes, geralmente exemplificativas e não taxativas. Os cataclismas naturais (furacões, incêndios, secas etc.) são os mais cita-

18. Draetta, 1988, p. 42.

19. "If either of the parties be prevented from performing its obligations under the contract by such cases of *force majeure* as... (enumeração de eventos)... or by other causes which can be recognized by both parties as being cases of *force majeure* for being beyond their control..."

20. "Les cas de *force majeure* sont... (enumeração de eventos)..., ainsi que les autres cas à déterminer par l'arbitrage comme cas de *force majeure*."

dos, seguidos pelos distúrbios políticos e sociais (guerras, revoluções, greves etc.) e pelos fatos do príncipe (proibição de importação e exportações, restrições do uso de energia etc.).²¹

2.2.2 Regime

No regime, as cláusulas contratuais de força maior também inovam. Se classicamente a extinção da obrigação é o efeito principal da ocorrência do evento, a prática, tendente a conservar as relações, opta normalmente pela previsão da suspensão da execução até que esta volte a ser possível, ou caso isso não chegue a ocorrer em um prazo razoável, extingue-se a obrigação.²² A previsão da suspensão pode ser inclusive muito sofisticada, abarcando o prazo da suspensão, a possibilidade ou não de prorrogação deste, bem como a qual parte cabe decidir sobre esta.²³

Por outro lado, a invocação da cláusula de força maior depende do cumprimento dos deveres de informar e justificar pela parte interessada, normalmente previstas negocialmente, posto que ausentes de muitos sistemas jurídicos estatais, p. ex.:

“A parte que invoca um caso de força maior deverá endereçar imediatamente uma notificação expressa à outra parte.”²⁴

“As provas oficiais do caso mencionado serão... fornecidas dentro de 30 dias a contar da data de notificação do caso de *force majeure*, ao mesmo tempo que uma indicação sumária das conse-

quências possíveis sobre as condições de entrega.”²⁵

O dever de informar sobre o fim das circunstâncias que impedem o adimplemento também surge com frequência.

As sanções à falta ou atraso no cumprimento do dever de notificar ou comprovar a ocorrência do evento vão desde a responsabilização do devedor por perdas e danos decorrentes do atraso até a própria perda do direito de invocar a força maior, o que não é raro na prática dos contratos internacionais comerciais.²⁶

Outro dever comumente ligado a estas cláusulas é o de empenhar o máximo esforço para superar a força maior. Pode ser prevista a sanção de responsabilidade por perdas e danos, p. ex.:

“As partes exercerão todas as diligências necessárias para minimizar a extensão do impedimento ou do atraso no adimplemento geral do contrato.”²⁷

Embora a suspensão seja a medida mais adequada a muitos contratos, será possivelmente prejudicial quando se estender por períodos muito longos. A fim de evitar tal problema, bem como um impasse nos casos em que a execução tornou-se definitivamente impossível ou ainda quando não haja solução através da renegociação, pode-se prever a possibilidade de resilição do contrato, que pode ser unilateral ou bilateral, p. ex.: “Se o atraso na entrega do equipamento de instalação por razões de *force*

25. “Les preuves officielles du cas signalé seront... fournies dans les 30 jours à compter de la date de notification du cas de “force majeure”, en même temps qu’une indication sommaire des conséquences possibles sur les conditions de livraison.”

26. Fontaine, 1989, pp. 224-225.

27. “Parties shall exercise all due diligences to minimize the extent of the prevention or delay in the performance of the contract generally.”

21. Fontaine, 1989, p. 219.

22. Tem-se utilizado, cada vez mais, a renegociação prevista para o caso de ocorrência do evento, o que aproxima as cláusulas de força maior das de *hardship*.

23. Fontaine, 1989, 227.

24. “La partie qui invoque un cas de *force majeure* devra aussitôt adresser une notification expresse à l’autre partie.”

majeure ultrapassar 6 meses, o comprador terá o direito de anular (*sic*) o contrato..."²⁸

A liquidação, que às vezes é necessária nos casos de resilição, é raramente referida nas cláusulas de *force majeure*. Ela pode ter um regime específico, p. ex.: "O vendedor se obriga, neste caso, a remeter ao comprador todos os desenhos (compreendidos aqui os desenhos de execução) e toda a documentação técnica necessária à fabricação da parte do equipamento não entregue, para completar a instalação."²⁹

Ou então se remete ao regime da resilição, ou, finalmente, prevê arbitragem, p. ex.: "Neste caso o montante devido entre as partes será decidido de acordo com o item "Extinção"."³⁰

3. "HARDSHIP"

3.1 Composição da cláusula

A estrutura das cláusulas de *hardship* é basicamente a mesma das de *force majeure*, como descritas no item 1.1.

Ao contrário daquelas, estas têm seu conteúdo inspirado nas teorias da cláusula *rebus sic stantibus* e outras conexas.

Os romanos não conheciam a figura da *rebus sic stantibus*, que embora de origem incerta, pode ser atribuída genericamente aos canonistas e pós-glosadores dos sécs. XIV a XVI.³¹ Considerada

28. "Si le retard de livraison de l'équipement de l'installation pour des raisons de force majeure dépasse six mois, l'acheteur a le droit d'annuler (*sic*) le contract..."

29. "Le Vendeur s'engage, dans ce cas, à remettre à l'acheteur tous les dessins (y compris les dessins d'exécution) et toute la documentation technique nécessaire à la fabrication de la partie d'équipement non livré, pour compléter l'installation."

30. "In which case the amounts due as between the parties shall be settled in accordance with Article "Termination"."

31. Bessone, 1987, pp. 275-291.

como uma cláusula implícita aos contratos de longa duração e trato sucessivo,³² funcionava sempre que as circunstâncias fossem alteradas de forma aguda e imprevista.

Criticou-se muito esta teoria, especialmente a partir da instalação do direito liberal, para o qual predominava o princípio da intangibilidade dos contratos, essencial à segurança das relações no mercado. Nesse sentido o art. 1.134 do CC Francês, que consagrou este princípio, foi muito influente e pacificamente aceito.

Windsheid, em meados do séc. XIX, desenvolveu a teoria da *Voraussetzung* (pressuposição), que considerava haver nos contratos a longo prazo uma condição implícita.³³ A pressuposição se refere àquela feita por um dos contratantes sobre circunstâncias futuras, sem as quais não teria contratado.

Esta teoria foi duramente castigada por críticas, como a de Lenel, que apresentou a dificuldade de diferenciar a pressuposição do erro nos motivos e o fato de que poderia conduzir a situações injustas.³⁴

Örtmann, em 1921, lançou a teoria do perecimento da base do negócio jurídico (*Wegfall der Geschaefstgrundlage*), que prosperou especialmente na Alemanha porque esta vivia um período de grave crise inflacionária, o que atacava a estabilidade — e a equidade — das relações negociais. O fundamento da teoria é o de que há circunstâncias sobre as quais repousa o negócio, base negocial, que são as "...representações mentais comuns a ambas as partes (ou reconhecidas e não

32. Sua redação: "Contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntor", Bessone, 1987, p. 275.

33. Antunes Varela, 1978, p. 90 e Bessone, 1987, p. 277.

34. Antunes Varela, 1978, p. 90.

contestadas) nas quais se funda a decisão de contratar”.³⁵

A doutrina alemã do segundo pós-guerra criticou a construção de Örtmann, com vistas a corrigir os seus termos. Começou-se a utilizar critérios adicionais, como a boa-fé e a equidade, basicamente atribuindo-se ao juiz no caso concreto a definição de quais representações frustradas das partes são relevantes. O casuismo de tal solução foi, como era de se esperar, criticado pela doutrina, notadamente por Lehmann e Larenz.

Lehmann considerava essencial a conjugação de 3 requisitos: reconhecimento pelas partes da importância das circunstâncias; certeza da ocorrência de certas circunstâncias, que faria parecer desnecessária a inclusão de uma condição; e a convicção de que tal condição seria aceita pela outra parte.³⁶ Esta teoria ainda é puramente subjetivista.

A utilização de outros critérios de apreciação, como a boa-fé e a equidade, já havia introduzido elementos alheios à vontade das partes. A tendência a afastar-se das teorias subjetivistas conduziu, na doutrina alemã, à concepção de Larenz, para quem existe uma base negocial objetiva, cujo perecimento se caracteriza pela destruição da equivalência, o que se aproxima da tese da excessiva onerosidade, ou frustração do fim contratual, e outra subjetiva, com fundamento no erro bilateral, aproximadamente como em Lehmann.

A teoria da imprevisão e da excessiva onerosidade tornaram-se predominantes, muitas vezes consagradas pelos direitos positivos (como a Lei Failliot (1915), restrita temporalmente, e na Itália o Decreto Régio de 30.3.42, que reformou o Código Civil). Entre nós, Orlando Gomes (1989) e Arnoldo Wald (1994)

tomam por base a onerosidade excessiva qualificada pela imprevisibilidade.

É exatamente com base nestes últimos critérios que se redigem as cláusulas de *hardship*, mesmo porque estas expressam a vontade das partes. Porém enquanto as teorias supradefendem a extinção do vínculo *ex nunc*, as cláusulas usualmente implementam um regime de renegociação.

3.2 A prática da redação nos contratos internacionais

3.2.1 Hipótese

Um preâmbulo explicativo das finalidades da cláusula pode surgir antes da hipótese, com o escopo de facilitar sua interpretação. Em geral, esta segue duas concepções, uma baseada simplesmente no equilíbrio e outra que toma também em conta a lealdade das partes contratantes.

As hipóteses das cláusulas de *hardship* normalmente se referem, não a um evento excepcional, mas às circunstâncias (evento 1 do quadro do item 1.1) qualificadas pelas conseqüências (evento 2 do quadro) que estas possam produzir sobre a economia do contrato, p. ex.: “Se, em seguida as circunstâncias de ordem econômica ou comercial supervenientes após a assinatura do contrato e fora das previsões normais das partes (circunstâncias) a economia das relações contratuais venham a ser modificadas a ponto de tornarem a execução de suas prestações prejudicial para uma das partes (conseqüências)...”³⁷

37. “Si par suite de circonstances d'ordre économique ou commercial survenant après la signature du contrat et en dehors des prévisions normales des parties (circunstâncias) l'économie des rapports contractuels venait à être modifiée au point de rendre préjudiciable pour l'une des parties l'exécution de ses obligations (conseqüências)...”

35. Antunes Varela, 1978, p. 95 e Puelinckx, 1986, pp. 59-61.

36. Antunes Varela, 1978, p. 98.

A mudança das circunstâncias, que às vezes é qualificada pela substancialidade, relativas ao contrato, vem expressa de formas diversas:

“No caso em que a situação econômica ou monetária sofra modificações...”³⁸

“Se houver a ocorrência de um evento interveniente ou mudança de circunstâncias...”³⁹

As mudanças devem ser imprevisíveis no momento da formação do contrato, o que distingue estas cláusulas de outras, como as de revisão ou indexação. Essa característica vem, algumas vezes, expressa nos dispositivos contratuais:

“Circunstâncias fora das previsões normais das partes...”⁴⁰

“Em caso de superveniência de eventos econômicos imprevisíveis...”⁴¹

O critério da imprevisibilidade pode ser substituído — ou acrescido — pelo da inevitabilidade: “Um evento interveniente ou mudança de circunstâncias fora do referido controle da parte, agindo como um operador prudente e razoável...”⁴²

Apesar de serem encontráveis cláusulas que definem as circunstâncias de maneira abrangente e vaga, a maioria delas adota uma definição mais específica, mesmo porque as primeiras dão margem à arbitrariedade de umas das partes, ou seja: àquela que tem o poder de invocá-las, determinando assim suas fronteiras.

38. “Dans les cas ou la situation économique ou monétaire subirait des modifications...”

39. “If there is the occurrence of an intervening event or change of circumstances...”

40. “Des circonstances an dehors des prévisions normales des parties...”

41. “En cas de survenance d'événements économiques imprévisibles...”

42. “An intervening event or change of circumstances beyond said parties control when acting as a reasonable and prudent operator.”

Pode-se recorrer, na redação destas cláusulas, à especificação de circunstâncias consideradas de *hardship*. Outra possibilidade é a de expressamente excluir determinadas situações, p. ex., respectivamente:

“Se devido a mudanças de circunstâncias tais como, mudanças de valores monetários ou regulações ou ações governamentais discriminatórias ou tarifas aduaneiras diferenciadas...”⁴³

“Não obstante o efeito de outras provisões exoneratórias ou de ajuste deste contrato...”⁴⁴

Um segundo elemento da hipótese, como já foi visto, é a consequência, sendo que aquela só se completa se a circunstância descrita tiver como efeito o desequilíbrio do sinalagma.

Algumas utilizam critérios objetivos (prejuízo material exagerado, ruptura da economia do contrato etc.), outras, subjetivos (iniqüidade, injustiça etc.), p. ex., respectivamente:

“Prejuízo substancial ou desproporcional a qualquer das partes...”⁴⁵

“Injustiça ou prejuízo substancial e desproporcional ao interesse de cada...”⁴⁶

Algumas vezes se opta pela referência a consequências específicas: “Se as condições do mercado tornaram-se tais que o preço de venda se revele inferior a... (cifras)...”⁴⁷

43. “If owing to changed circumstances such as changes in monetary values or discriminatory Governmental action or regulations or differential customs duties...”

44. “Not with standing the effect of the other relieving or adjusting provisions of this Agreement...”

45. “Substantial or disproportionate prejudice to either party.”

46. “Unfairness or substantial and disproportionate prejudice to the interest of either...”

47. “Si les conditions du marché devenaient telles que le prix de vente se révélait inférieur à... (cifras)...”

Um tema também importante e difícil que pode ser tratado pelo redator é a constatação da verificação da hipótese. Algumas cláusulas apresentam procedimentos sofisticados para tal fim, os quais, por vezes, remetem a constatação à arbitragem. A importância de uma previsão específica visa a evitar que a parte prejudicada pela invocação do *hardship* se recuse a renegociar os termos contratuais.

“A parte (prejudicada)... pode, através de notificação, requisitar a outra para uma reunião para determinar se a referida ocorrência realizou-se... Se o vendedor e o comprador não se puserem de acordo... dentro de 60 dias... qualquer parte pode requerer que a questão seja submetida à arbitragem... Os árbitros determinarão se a supramencionada ocorrência aconteceu...”⁴⁸

3.2.2 Regime

As previsões de conseqüências nas cláusulas de *hardship* são geralmente construídas em torno da transformação dos termos do negócio, via renegociação do contrato. Muitas vezes adotam-se critérios objetivos (reportando-se ao restabelecimento do equilíbrio, p. ex.) ou subjetivos (como boa-fé e lealdade), norteadores dessa revisão.

“Qualquer das partes terá o direito de requerer renegociações...”⁴⁹

“... de modo a recolocar as partes numa posição de equilíbrio comparável

àquele que existia no momento da conclusão do presente contrato.”⁵⁰

“... de boa-fé...”⁵¹

“... apropriado e equânime nas circunstâncias.”⁵²

Os critérios subjetivos e objetivos podem se combinar: “... com justiça e sem prejuízos substanciais e desproporcionais ao interesse de cada...”⁵³

No comércio internacional é regra que as partes atuem de boa-fé, o que faz da renegociação um bom meio de manter o vínculo entre elas, afastando situações injustas ou até mesmo insuportáveis. Porém nem sempre a renegociação chega a se realizar, como, p. ex., quando as circunstâncias que constituem o *hardship* deixam de existir e, o que pode ser expressamente acordado, são mantidos os termos iniciais.

Pode acontecer, mesmo quando as partes buscam, de boa-fé, uma solução, que não se consiga chegar a um acordo. Por isso pode ser interessante prever meios de afastar o impasse. O recurso à arbitragem⁵⁴ ou a resolução do contrato

50. “De façon à replacer les parties dans une position d'équilibre comparable à celle qui existait au moment de la conclusion du présent contrat.”

51. “... nach Treu und Glauben...”

52. “... appropriate and equitable in the circumstances.”

53. “... with fairness and without substantial and disproportionate prejudice to the interests of either...”

54. Aqui, de fato, não se trata de arbitragem, como ensina Leães (1989, p. 243): “Ora, lavra grande dúvida no direito comparado a respeito da qualificação desse “terceiro”, assim como a natureza da sua intervenção nos negócios jurídicos — dúvida que se reflete inclusive nas hesitações terminológicas: árbitros ou não? (...) a função jurisdicional — o árbitro assimilado ao juiz togado — é absolutamente incompatível com a modificação das estipulações contratuais, na medida em que esse poder criador de novos negócios jurídicos (e a reformulação dos contratos tem esse

48. “The (prejudiced) party... may by notice request the other for a meeting to determine if said occurrence has happened... If the seller and the buyer have not agreed... within sixty days... either party may require the matter to be submitted for arbitration... The arbitrators shall determine whether the aforesaid occurrence has happened...”

49. “Either party shall have the right to ask for renegotiations...”

são soluções que podem ser previstas nas próprias cláusulas. Sua utilização ocorre, normalmente, após o decurso de um prazo estipulado, ou com o consenso das partes.

“Se (as partes) não chegarem a um acordo dentro de um prazo razoável, qualquer uma delas poderá invocar a resolução do contrato ou da parte não entregue da encomenda, sem indenização.”⁵⁵

“A questão será remetida para decisão a três *referees*. Todos estes *referees* estarão designados para atuar como *experts* e não como árbitros.”⁵⁶

Um aspecto relevante deve ser considerado: qual o destino do contrato durante a renegociação? Parece haver duas soluções possíveis, que são a suspensão e a continuidade dos efeitos contratuais originais, que podem ser parciais: suspende-se a entrega, mas não o pagamento, ou suspende-se parte da entrega e do pagamento.

4. COMPARAÇÃO

Apesar de existir uma distinção doutrinária entre essas duas cláusulas, a prática da redação dos contratos tem aproximado os dois conceitos, tanto no que se refere à hipótese quanto no tocante ao regime estabelecido pela cláusula.

Assim, é comum encontrarem-se cláusulas que descrevem como hipóteses de *force majeure* situações nas quais a

sentido) não se afeiçoa com o caráter judicante da atividade arbitral.”

55. “Si (les parties) ne parviennent pas à un accord dans un délai raisonnable, chacune d’elles pourra invoquer la résiliation du contrat ou de la partie non livrée de la commande, le tout sans indemnité.”

56. “The matter shall be referred for decision to three referees. All such referees shall be deemed to be acting as experts and not as arbitrators...”

prestação não se tornou impossível, mas apenas excessivamente onerosa a uma das partes, o que pela distinção conceitual é a hipótese própria da cláusula de *hardship*. Por outro lado, apesar do efeito característico das cláusulas de *force majeure* ser a suspensão da prestação e, num momento posterior, a rescisão do contrato com a exoneração da responsabilidade do devedor, algumas delas prevêem um regime de renegociação.

Como já vimos, existem cláusulas modelo de *force majeure* e de *hardship* (CCI, pub. 421/85), porém a adoção das mesmas nem sempre é recomendável, já que estas devem ser redigidas de acordo com as peculiaridades do contrato e em compatibilidade com a lei aplicável. Desta forma, não seriam tais cláusulas admissíveis como paradigmáticas *a priori* para a caracterização das categorias a que se referem.

Cabe, por outro lado, lembrar que a distinção doutrinária apresenta 2 critérios de classificação, sem fixar hierarquia quanto a eles. Uma cláusula que descreve na hipótese a excessiva onerosidade, mas não prevê renegociação, é ou não de *hardship*? As características devem estar presentes concomitantemente? Uma característica predominaria sobre a outra? Qual?

Especificamente quanto ao direito brasileiro não há previsão normativa que se aproveite da distinção. Como resultado de incluir determinada cláusula em uma das categorias não ocorre a incidência de nenhuma norma.

Levando em conta tais dificuldades, todavia, uma tentativa de distinção e classificação serve como um importante recurso didático e, eventualmente, pode auxiliar na interpretação.

5. LOCALIZAÇÃO DO TEMA: ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL

Embora muitos sintam-se tentados a tratar o tema das cláusulas de *force*

majeure e *hardship* correlacionando-o à disciplina que lhe dão os direitos nacionais, cabe sublinhar que aquelas são estipulações contratuais, fundadas na autonomia da vontade. Por isso a chave para a interpretação e para a aplicação dessas cláusulas está na sua própria redação, sendo basicamente uma questão de interpretação contratual. Quais são as situações que as partes descreveram no contrato como hipóteses de força maior? A intenção delas era a de aplicar a cláusula apenas quando a prestação se tornasse absolutamente impossível, em decorrência de um evento imprevisível, inevitável e alheio à sua vontade? Ou, ao contrário, elas desejaram a sua aplicação em situações menos extremas?

Enfim, quanto mais elaborada e completa for a redação da cláusula, menor será a necessidade do intérprete de se socorrer dos conceitos doutrinários da lei aplicável ao contrato, e também menor será o perigo de o juiz ou do árbitro interpretar um conceito de força maior, imprevisão, impossibilidade, *frustration* ou outro, conforme as características que o seu direito nacional atribua a este. Essa independência da cláusula com relação aos direitos nacionais, inclusive, permite a alguns atribuir o seu desenvolvimento à *lex mercatoria*.⁵⁷

Um aspecto que cabe ressaltar é que a presença destas cláusulas, permitindo transformações nos termos do contrato, ao longo de sua execução, afasta a concepção do contrato como algo intangível, definitivo, ponto de equilíbrio entre interesses opostos. A noção se

flexibiliza, no que pode ser vista uma influência da *lex mercatoria*, privilegiando a relação contratual como o lugar de manifestação do interesse comum das partes ligadas por longo termo, ou seja, passa-se a lidar com um contrato evolutivo.⁵⁸

Por outro lado o tratamento completo das alterações de circunstâncias no âmbito da execução do contrato justifica-se também em função da diferença dos pressupostos que embasam os conceitos legais nas diferentes legislações. Com efeito, estes têm tratamento e base teórica muito diferentes, não apenas nas duas grandes famílias da *common* e da *civil law*, mas mesmo dentro delas, nos diferentes sistemas jurídicos nacionais. O cuidado com este aspecto confere aos redatores dos contratos internacionais uma responsabilidade adicional.

Considerando que o contrato possa vir a ser apreciado por uma jurisdição, quer judiciária, quer arbitral, vinculada a um direito ou a um sistema que defina um determinado termo diferentemente do desejado pelas partes, é importante indicar claramente ao intérprete. Mesmo que o contrato não grave acima das legislações nacionais só por conter uma boa cláusula de distribuição de riscos e responsabilidades, se ela for bem redigida a ponto de escapar das ambigüidades conceituais dos termos de que se utiliza com relação à lei aplicável à relação ou à jurisdição competente, pode-se poupar as partes de surpresas desagradáveis, de verem o contrato ser interpretado de uma maneira diferente do que era sua intenção.

6. DIREITO COMPARADO

6.1 "Common Law"

O direito inglês e a *common law* de maneira geral não trabalham com o

57. Draetta, 1988, p. 37, aponta essa identificação: "Lo sviluppo di tale prassi è stato talmente evidente che proprio sulla base delle clausole di "force majeure", insieme a quelle di "hardship" ...la dottrina ha cominciato a parlare di sviluppi transnazionali del diritto dei contratti internazionali, in chiave, quindi, di "lex mercatoria"."

58. Neste sentido Fontaine, 1989, p. 279.

conceito de força maior, ou mesmo de imprevisão, no sentido dado pelos direitos de tradição continental. O instituto legal pelo qual se pode rescindir um contrato em virtude das alterações das circunstâncias em que este foi concluído é o da *frustration*.

Enquanto a força maior é compreendida como a situação na qual a prestação devida se torna impossível em virtude de evento irresistível, imprevisível e alheio à vontade das partes, a *frustration* poderia ser definida como uma situação em que, nas circunstâncias atuais e por razões alheias à falta das partes, o cumprimento de uma obrigação contratual resultaria em algo radicalmente diferente do que era desejado por estas.⁵⁹ Vale dizer, busca-se a intenção das partes quando contrataram, e a constatação de que mesmo que a prestação fosse cumprida, essa intenção não estaria mais sendo satisfeita, é razão para que qualquer delas invoque que o contrato se frustrou e requeira a sua rescisão.

Duas diferenças fundamentais entre estes dois conceitos podem ser extraídas:⁶⁰

1) A primeira é a de que uma situação de força maior só pode ser

invocada pela parte inadimplente, pedindo a exoneração de sua responsabilidade, enquanto a *frustration* pode ser invocada por qualquer das partes;

2) A outra é a de que uma situação de força maior pode ser aplicada no caso do inadimplemento parcial de um contrato quando uma das suas prestações torna-se impossível, a *frustration*, por sua vez, implica a resolução do contrato na sua totalidade. Com efeito, a interpretação dos casos pela *common law* é inflexível, pode-se falar em um *black or white approach*,⁶¹ ou seja: ou o obstáculo ao adimplemento é permanente e o contrato é extinto, ou é temporário e a impossibilidade não gera efeito algum no sentido da exoneração da responsabilidade do inadimplente pelo atraso.

Essa incapacidade da *common law* de tratar a impossibilidade parcial, atribuindo a qualquer falha o efeito radical da extinção do contrato, pode ser apontada como uma razão do desenvolvimento da prática das cláusulas de força maior como um instrumento de preservação do contrato nos países vinculados ao direito anglo-americano.

Existe uma disciplina legal da *frustration* no direito inglês, que é o *Frustrated Contract Act*, de 1943. Basicamente trata das despesas incorridas antes da rescisão de um contrato com base na *frustration*. Essa lei é de caráter dispositivo, podendo ser afastada pelas partes, mas o que é interessante é que o tribunal deve aplicá-la apenas na medida em que seja consistente com as demais provisões contratuais. Assim, os contratantes podem, a seu critério, disciplinar a questão do inadimplemento. Até mesmo as bases da força maior podem ser utilizadas, dependendo da clareza da disposição negocial.

59. Puelinckx, 1986, p. 50 e Strenger, 1991, p. 255, que transcreve a definição dada pelo Juiz da "Royal Court of Justice", Robert Goff: "But the main legal qualification of our doctrine of absolute contracts is the doctrine of frustration. Now, frustration in English law means simply this: that when — after the contract has been made — some catastrophic supervening event occurs, which makes the performance of the contract radically different from what was contemplated when the contract was made, then the contractual adventure is said to be frustrated; and then the whole contract is determined. The contract comes to an end, and both parties are relieved from any duty or further performance."

60. A este respeito veja-se Barry, 1979.

61. Barry, 1979, p. 236.

6.2 "Civil Law"

6.2.1 Direito Francês

No direito francês, destacam-se duas figuras: a força maior e a imprevisão. A primeira caracteriza-se pela concorrência dos elementos supracitados⁶² e, mais, que o devedor não esteja em mora. A segunda quando as condições econômicas do contrato se desestabilizam de uma maneira radical, tornando-o muito oneroso para uma das partes.

A aplicação de ambas as figuras pela jurisprudência francesa é restrita, em virtude do destaque que é dado ao princípio do *pacta sunt servanda*. Permissão expressa, já contratual, já legal, é necessária para que o órgão judicante possa adaptar um contrato ou ordenar sua não execução.⁶³ Quanto à imprevisão, sem embargo, as cortes administrativas costumam concordar em ajustar os termos do contrato, sob o argumento da defesa do interesse do serviço público na continuidade do negócio.

6.2.2 Direito Alemão

Na Alemanha a questão é tratada com maior flexibilidade. A figura da *Unmoeglichkeit* (impossibilidade) como um motivo de exoneração da responsabilidade do devedor⁶⁴ é semelhante à noção de força maior no direito francês. Após a I Guerra Mundial o conceito de impossibilidade passou a abranger, além da física, a econômica, evoluindo para as doutrinas da *Unzumutbarkeit* (inexigibilidade) e *Opfergrenze* (limite do sacrifício), que entendem haver um limite além do qual é injusto exigir o esforço de uma das partes para o cumprimento da prestação.

A teoria da *Wegfall der Geschäftsgrundlage* (periclitamento da base do negócio) é a predominante atualmente. O juiz tem a função de completar o contrato e alterar os seus termos a partir da interpretação da intenção das partes quando contrataram e das mudanças que ocorreram no ambiente desde então.⁶⁵

6.3 Direito Japonês

A flexibilidade do direito alemão é superada pelo direito japonês. Não existe aí nenhum estatuto formal regendo a matéria, nem há previsões a seu respeito no CC Japonês.

A maneira com que se trata esta matéria depende, em grande parte, da absorção de institutos alemães e franceses após a II Guerra Mundial. No caso, importou-se a flexibilidade germânica na adaptação dos contratos.

O juiz enfrenta a questão de se estar diante de um caso de impossibilidade ou de alteração de circunstâncias. Na primeira situação o contrato é extinto, na segunda ele deve ser adaptado em bases de equidade e boa-fé.

Na adaptação, 4 condições devem concorrer, caracterizando a alteração de circunstâncias no caso concreto, com a finalidade de proteção da boa-fé: a) que a alteração das circunstâncias originais seja substancial; b) que essa alteração não pudesse ser prevista, pelo menos em termos razoáveis, pelas partes; c) que a alteração não possa ser imputada a qualquer delas; e d) que a execução ou continuidade das obrigações originais viole a equidade e a boa-fé.⁶⁶

7. ARBITRAGEM

A arbitragem, no âmbito das cláusulas de *force majeure* e *hardship*, pode

62. Art. 1.148 do CC Francês.

63. Puelinckx, 1986, p. 55.

64. BGB, seção 275.

65. Puelinckx, 1986, pp. 59-61.

66. Puelinckx, 1986, pp. 61-65.

estar ou não prevista no contrato. Mesmo à falta de estipulação nada impede que as partes, diante de uma controvérsia qualquer, designem um árbitro ou uma câmara arbitral para resolver a pendência.

Todavia, supondo que o contrato contenha uma cláusula de *force majeure* ou de *hardship* com menção à arbitragem, vale notar que o regime destas, a princípio, pode ser independente daquele estabelecido pela cláusula arbitral do contrato.

7.1 Funções

Nesse contexto os árbitros podem ser chamados a desempenhar diferentes funções, destacadamente:

1. Declaração da ocorrência da hipótese. Quando há controvérsia sobre sua realização. Neste caso, à falta de uma estipulação na própria cláusula exoneratória, pode-se utilizar simplesmente a cláusula arbitral geral;

2. Constituição da hipótese. Isso ocorre quando houver previsão de que se está diante de uma situação de força maior ou *hardship* apenas se o árbitro ou tribunal arbitral afirmarem que a situação realmente se configura como tal, através da emissão de um certificado.⁶⁷ Para cumprir essa função é necessária uma autorização especial, não bastando a cláusula arbitral geral;

3. Aplicação do regime. Quando os árbitros decidem sobre quais e em que

67. Melis, p. 215: "... contract stipulations (...) that a determined event will be recognized as "force majeure" when a Chamber of Commerce or a similar organization issues a "Force Majeure Certificate" (...) They (the parties) are often subsequently surprised and disappointed to learn through a decision of an arbitration court that a Chamber of Commerce or other body can only certify that a specific event has taken place but that the arbitrators are bound to the qualifications of the applicable law."

momentos tópicos do regime devem ser aplicados;

4. Adaptação do contrato. Depende de autorização específica;⁶⁸

5. Conciliação entre as partes (ação como *amiable compositeur*).

Vale ressaltar que se pode encontrar cláusulas que combinem essas duas últimas funções, prevendo que o árbitro atue num primeiro momento como conciliador e, frustrada esta tentativa, decidindo pelas partes.⁶⁹

A questão da adaptação é das mais espinhosas. Em vários sistemas jurídicos os árbitros só podem ser chamados a solucionar uma questão de direito. Eles não podem se substituir às partes em questões negociais.⁷⁰

O problema de ter a decisão arbitral um caráter de mera recomendação às partes ou de ser impositivo é igualmente recomendação às partes ou de ser impositivo é igualmente pertinente. Uma sentença arbitral em matéria de caráter jurídico pode ter execução forçada, mas conclusões de um terceiro sobre a adaptação não serão suscetíveis de apreciação pelo judiciário? Isso depende tanto das disposições contratuais quanto da lei aplicável ao contrato.

Buscando maior uniformidade, a CCI adotou a pub. 326/78, tratando da adaptação de contratos, a qual prevê duas cláusulas modelo, uma incumbindo o árbitro de formular uma recomendação

68. No direito brasileiro a figura jurídica seria a do mandato com poder de representação. Isso implica que a procuração pode ser revogada a qualquer instante, sendo que a irrevogabilidade se resolve em perdas e danos (Gomes, 1989, pp. 387-400).

69. Ullmann, 1988, pp. 889 e ss., apresenta o funcionamento da adaptação nos tribunais americanos. Esclarece o autor que o dever de negociar de boa-fé das partes é passível de execução específica, mas caso estas não cheguem a bom termo, então o juiz pode adaptar o contrato.

70. Leães, 1989, pp. 239-245.

às partes e outra dando-lhe a prerrogativa de decidir em seu nome.⁷¹

7.2 Jurisprudência arbitral

As tendências da jurisprudência arbitral⁷² se caracterizam por uma aplicação restritiva das cláusulas de força maior e de adaptação. Os órgãos aplicadores enfatizam, na interpretação dos contratos, os valores da segurança e da previsibilidade. Isso, porém, sem prejuízo do esforço para a manutenção da relação contratual. Isso se revela com a renegociação a partir de sentenças arbitrais, mesmo quando não exista no contrato cláusula que a preveja.⁷³

Nesse sentido pode-se fazer um paralelo entre a crescente flexibilidade no reconhecimento de situações de força maior ou de alteração substancial de circunstâncias pela prática da redação dos contratos e a resistência dos árbitros em ampliar a aplicação destes conceitos além da previsão das partes.⁷⁴ Essas tendências, mais do que contraditórias, são complementares, pois na medida em que as decisões tendem a interpretar restritivamente os contratos, estes devem buscar a máxima precisão.

Ilustrativo, a esse respeito, é o caso 2.546, julgado pela CCI,⁷⁵ no qual um exportador israelense de matérias-primas interrompeu o fornecimento para o comprador austríaco quando da Guerra do Yom Kippur, em outubro de 1973, e invocou força maior tendo em vista o fato de a sua fábrica ter permanecido fechada até março de 1974 e que o sistema de transporte em Israel estava

transtornado. Além disso, ele invocou a *frustration* do contrato, já que o fornecimento de matéria-prima após a guerra, nos termos acordados, não tinha mais interesse econômico para ele. A CCI recusou a argumentação em toda a linha. Em primeiro lugar porque, após março de 1974, já não havia provas de que o cumprimento da obrigação era impossível. Além disso a Câmara entendeu que, se após um período razoável a prestação deixa de ser impossível, esta deve ser cumprida. O árbitro, na Inglaterra e decidindo de acordo com a lei inglesa, entendeu ainda que não havia razão para a invocação da teoria da *frustration* no âmbito de um contrato que continha uma cláusula de força maior⁷⁶ muito bem articulada, o que confirma o entendimento de que os comerciantes têm consciência dos que deixarem de prever no contrato.

No campo da avaliação de eventos que constituem força maior podemos mencionar a sentença CCI 1.782, de 1973, a qual não considerou como um deles as disposições de alguns países árabes relativas ao boicote a Israel. A solicitação da parte era no sentido de afastar a obrigação de prover a manutenção dos produtos fornecidos, pois o técnico encarregado, israelense, não poderia ingressar no território do país onde o serviço seria executado. O entendimento dos árbitros foi de que tal situação não era irresistível e, tampouco, imprevisível.⁷⁷

7.3 Conclusão

A arbitragem tem sido cada vez mais utilizada como meio de solução de

71. Fontaine, 1989, p. 282 e Leães, 1988, p. 242.

72. Tomamos como base decisões da CCI mencionadas por Melis, 1984, pp. 217-221 e Draetta, 1989, pp. 48-51.

73. Sornarajah, 1988, pp. 111-112.

74. Draetta, 1988, pp. 50.

75. Melis, 1984, pp. 217-218.

76. Idem, citando parte do laudo: "My reasons for rejecting this submission were first, that there is a little room for the doctrine of frustration to operate when a contract already has an elaborate "force majeure" clause: ...".

77. Draetta, 1988, p. 49.

controvérsias nos contratos comerciais internacionais. Sem embargo, como vimos, pode cumprir ainda outras funções.

A aplicação restritiva das cláusulas de *force majeure* e *hardship*, decorre da própria instabilidade do meio internacional, o que justifica a importância dada ao valor segurança. Isso, entretanto, não prejudica as vantagens que se buscam no recurso a árbitros e cortes arbitrais, quais sejam, a tecnicidade e o sigilo, além da celeridade.

As cláusulas cada vez mais elaboradas permitem o bom funcionamento dos mecanismos contratuais exoneratórios da responsabilidade e reguladores da renegociação, apesar do rigor dos julgadores.

8. "HARDSHIP" E "FORCE MAJEURE" NO DIREITO BRASILEIRO

A discussão pertinente a este tópico destina-se aos casos em que as cláusulas mencionadas estão inseridas em contratos regidos pela lei brasileira.

A questão da natureza jurídica das cláusulas deve ser tratada a partir de figuras reconhecidas no sistema jurídico interno. Portanto trataremos inicialmente deste tema, utilizando as condições.

Evidentemente, sendo as cláusulas estipulações contratuais advindas da vontade das partes, não cabe discutir detalhadamente a força maior *ex lege* assim como as teorias da imprevisão, excessiva onerosidade e *Wegfall der Geschaeftsgrundlage*. Essas categorias, porém, servem para articular o pensamento do julgador, o que tem efeito na interpretação e aplicação, pois são os conceitos jurídicos que este conhece e utiliza normalmente.⁷⁸ Por outro lado é

78. Barry, 1979, pp. 231-232, lembra o problema relativamente às Convenções internacionais onde "The deeper discord escapes

importante lembrar situações onde o direito nacional impõe limitações à autonomia da vontade, através de normas cogentes.

8.1 Condição: Uma categoria utilizável?

8.1.1 Estruturas das cláusulas e da condição

Preliminarmente cabe dizer que do duplo sentido que tem o termo condição, que ora designa um fato, ora a própria cláusula,⁷⁹ utilizaremos o segundo.

A descrição da estrutura das cláusulas pode ser encontrada no item 1.1.

Por outro lado o CC, art. 114, dispõe: "Considera-se condição a cláusula que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto."

Ora, as hipóteses das cláusulas ora tratadas referem-se a evento incerto, pois como se referem a fatos imprevisíveis, mesmo quando a imprevisibilidade é atenuada, são, com maior razão, incertos.⁸⁰

Quanto à localização no futuro, que também é evidente, cabe um esclarecimento. Deve ser futura a realização de todos e cada um dos fatos descritos na hipótese, ou tão-somente dela como um todo? Tomemos um exemplo: um contrato é feito ao mesmo tempo em que ocorrem distúrbios civis na localidade onde um dos contratantes exerce sua atividade, mas não se pode prever se eles acarretarão a destruição do estabelecimento da parte. Se isto é imprevisível, também o é a realização da hipótese. Ademais essa característica

notice because the same formula means different things according to the framework in which it is read...".

79. Pontes de Miranda, 1955, p. 104.

80. O incerto nem sempre será imprevisível, mas é impossível imaginar algo que seja ao mesmo tempo imprevisível e certo.

deve ser aferida pelo saber do manifestante.⁸¹

As conseqüências jurídicas dessas cláusulas, por outro lado, alcançam apenas os efeitos do contrato. As dimensões validade e existência do ato jurídico não são tocadas, por uma questão hierárquica.⁸² A norma que determina a validade da disposição contratual é uma norma do direito nacional e nunca pode estar contida no próprio contrato. Restam, portanto, às cláusulas regulamentar os efeitos.⁸³

81. Pontes de Miranda, 1955, p. 106, diz: "Se, concebida como relativa a fato incerto, futuro, esse, sem no saber do manifestante da vontade, ou sem no saber dos manifestantes da vontade, já se realizou, nem por isso se deixa de tratar como condição."

82. Diz Kelsen (1984, p. 267): "O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma. Uma norma que apresenta o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior". Neste sentido também Ferraz Junior, 1988, p. 171: "Ora, para que, juridicamente, ocorra a imunização da relação de autoridade da norma (x), faz-se mister que haja uma outra norma (z) (também com sua relação de autoridade) cujo relato, cuja "facti species", tenha por conteúdo o cometimento da primeira (x). E assim sucessivamente até uma primeira norma da série, chamada norma origem. A imunização é uma relação entre o relato da norma imunizante e o cometimento da norma imunizada. A validade é uma relação de imunização."

83. É possível conceber um contrato com organização interna hierarquizada. As próprias cláusulas de *hardship* se fundam em uma superioridade relativa ao preverem um regime de renegociação que determina a entrada de novas disposições no contrato. As normas contratuais hierarquicamente superiores, porém, não podem isolar o contrato da lei nacional ao qual está vinculado, no sentido de que não podem prescindir de requisitos de validade apontados pelo sistema, embora possam apresentar novos requisitos. P. ex.: con-

Desta forma parece não haver motivo para afastar a caracterização das cláusulas de *force majeure* e *hardship* como condições.

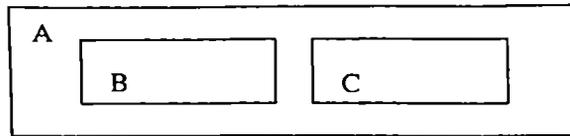
8.1.2 As condições extintiva e suspensiva:

8.1.2.1 As cláusulas como terceira espécie — Uma objeção imediata que nos vem à mente quanto a considerar as cláusulas de força maior e *hardship* como condições é o fato de que elas, sobretudo pela complexidade do regime, não podem ser encaixadas diretamente nas categorias "extintiva" e "suspensiva".

Com efeito, as modalidades dos atos jurídicos, como cláusulas acidentais, foram mentadas pelo legislador com notável simplicidade, parecendo inadequadas a um ambiente mais complexo. Há, porém, dois caminhos que podem levar à aceitação da pertinência das figuras ora tratadas ao conjunto das condições.

Primeiramente não podemos esquecer que a norma do CC, art. 114 adapta-se às cláusulas de força maior e *hardship*, como vimos acima. Pode-se argumentar que a regra incide sem considerar as regulamentações especiais dadas a espécies de condições. Vale dizer: ao considerar o gênero "condição" mais abrangente do que a união dos conjuntos das espécies "condição extintiva" e "condição suspensiva", o intérprete aceita um lugar de possibilidades que pode ser preenchido por outras classes de condições. Uma representação desses conjuntos por um diagrama de Euler-Venn pode ser ilustrativa (A — condições, B — condições extintivas e C — condições suspensivas):

trualmente não se pode prescindir da capacidade das partes, mas pode-se exigir um *status* qualificado para que a vontade da parte transforme o contrato, como o de diretor superintendente da empresa, não chegando a ser válida, destarte, a negociação levada a termo por outros representantes da pessoa jurídica.



Poderia, portanto, existir um elemento que pertence a A, mas não pertence nem a B, nem a C. A condição de pertinência ao conjunto A seria tão-somente a regra do art. 114 do CC, completada sistematicamente por outras normas, por exemplo a que veda as condições puramente potestativas, mas não especificamente a regra da necessidade de ser resolutiva ou suspensiva, que, ademais, não está expressa em nenhum momento.

Há, porém, argumentos possíveis no sentido de afastar esta noção. Inicialmente está o que considera necessárias estas categorias pois são elas que têm seu regime especificamente regulado no Código. A incerteza a respeito do funcionamento específico de outros tipos de condições tornaria impossível a sua aceitabilidade. Isso, porém, não é capaz de afastar a incidência do art. 114, notadamente quando as cláusulas apresentem um regime consensual consistente com respeito aos efeitos. Quando isso não ocorre, pode-se, então, buscar fontes supletivas.

Mais consistente é a segunda objeção. Ela parte do pressuposto de que os efeitos das cláusulas contratuais são jurídicos. A questão da repercussão destes no mundo do ser⁸⁴ (eficácia ou efetividade) não é relevante, pois adotando a condição a estrutura de uma norma jurídica e situando-se no universo do dever-ser, a análise da eficácia das disposições contratuais só pode ser feita *a posteriori*, pois depende da conside-

ração prévia da existência, da validade e da subsunção. O dever-ser contido no imperativo jurídico não depende da repercussão no mundo do ser: este *sollen* é o efeito, no caso, da ocorrência da hipótese normativa.

Um efeito jurídico propriamente dito não suporta uma terceira opção: é negado ou confirmado pela ocorrência da hipótese. Desta maneira é mister considerar que a condição ou suspende, para dar vida depois, ou extingue um efeito do contrato (não todo o contrato). Qual seria a outra possibilidade?

Desta maneira a condição será sempre ou extintiva ou suspensiva, vinculando a evento futuro e incerto os efeitos do ato. Em nossa opinião o argumento afasta a primeira teoria para o reconhecimento das cláusulas de *hardship* e *force majeure* como condições, mas abre caminho para uma nova.

8.1.2.2 As cláusulas de força maior e “*hardship*” como compostas de várias condições — Os juristas romanos do período clássico não conheciam as condições extintivas, apenas as suspensivas. Para alcançar algo semelhante àquelas, utilizavam-se de um pacto de resolução sob condição suspensiva, ou seja, celebravam um outro negócio, cujo conteúdo era a resolução de um pacto, sujeitando-o a condição.⁸⁵

Essa construção engenhosa mostra-nos, sobretudo, a possibilidade de articular algo específico a partir de elementos simples e adaptáveis. Embora o resultado pareça algo complexo, a van-

84. Adotamos aqui a conceituação kelseniana (Kelsen, 1984).

85. Moreira Alves, 1987.

tagem é a de lidar-se com categorias conhecidas.

No nosso caso, mais do que o simples jogo das construções lógicas, importa considerar que sendo a lei brasileira a aplicável e compatíveis as estipulações contratuais com figuras presentes no Direito positivo, faz-se necessária a sua utilização, já que a incidência normativa evidentemente independe da vontade das partes, especialmente quanto a regras cogentes, p. ex., o art. 115 do CC.

Tomemos inicialmente um exemplo: em um contrato de compra e venda, convencionado o preço A, inseriu-se a cláusula "se não chover em uma semana o preço será B". Ora, a incompatibilidade entre os preços A e B implica que o dever de pagar A, efeito jurídico do contrato, deve ser extinto quando o dever de pagar B passe a existir (caso não chova). A cláusula contém, destarte, duas condições, a saber: uma extintiva relativamente ao preço A e uma suspensiva ao B. A primeira condição, embora tácita, é resultado lógico imediato da estipulação da segunda. Em princípio ambas tem a mesma hipótese.⁸⁶

86. Quanto a relação entre efeitos, devemos considerar a dependência entre eles e a compatibilidade. Se os efeitos são independentes, a relação de compatibilidade não é relevante e eles podem ocorrer conjuntamente, assim como separadamente, p. ex. o dever de renegociar de boa-fé e o de pagar podem ser independentes. Quando, porém, os efeitos são dependentes eles podem ser incompatíveis (o dever de pagar A e o de pagar B, p. ex.) ou compatíveis (o dever de pagar e o dever de pagar em um prazo determinado). No caso de efeitos dependentes compatíveis as relações normalmente são de submissão, são hierárquicas. O dever de cumprir uma obrigação em prazo determinado, p. ex., depende do dever de cumprir: o primeiro não subsiste sem o segundo, que segue existindo mesmo afastado aquele. A hierarquia em termos de deveres

As cláusulas de *force majeure* e *hardship* são, em princípio, descritíveis em termos de condições. No exemplo supra temos duas condições que apresentam a mesma hipótese, o que sem dúvida é o caso da chamada suspensão dos efeitos do negócio devido à ocorrência de determinados eventos de força maior. Evidentemente ela não é uma condição suspensiva, recebendo aquele nome especialmente para distanciar-se da hipótese de extinção da obrigação sem cumprimento e responsabilidade. O negócio suspenso continua a existir e apenas teve alguns de seus efeitos extintos (condição extintiva I). A continuidade do vínculo sem esses efeitos é, porém, um efeito ligado a uma condição suspensiva (II). Finalmente há o possível retorno de todas as obrigações e deveres contratualmente ajustados, porém momentaneamente afastados.

Esta volta também é descritível através de modalidades do negócio, uma que extingue (III) o estado excepcional e outra que suspende (IV) os efeitos outrora extintos, que não são, a rigor, os mesmos. A peculiaridade destas condições é que têm em suas hipóteses a realização das outras como evento necessário, ou seja, se os efeitos do negócio não sofreram a alteração descrita no parágrafo anterior, seguramente não há porque falar do retorno ou reinserção de determinadas obrigações e deveres.⁸⁷ Completa a incidência da norma a ocorrência de outro evento, que poderia ser, p. ex., existir a possibilidade de cumprimento das obrigações e dos

dependentes incompatíveis decorre das regras sobre qual deve prevalecer.

87. Isso é importante no caso em que as partes ajustem consensualmente uma suspensão do contrato que não seja baseada no evento de força maior. Se isso ocorrer, então não se poderá apelar para a cláusula de *force majeure* ou *hardship* como fundamento da volta dos efeitos originais.

deveres suspensos. Esquemáticamente: 1) se A, então X; 2) se A, então Y; 3) se B, então Z; 4) se B, então W; onde B é composta de X, Y e algum outro elemento, sendo necessária a presença de todos.⁸⁸

Desta maneira temos que não há nenhuma razão *a priori* para que não existam cláusulas de *force majeure* e *hardship* totalmente descritíveis em termos de condições. Surgem então duas questões: 1) existem cláusulas destes tipos não descritíveis apenas a partir da categoria jurídica condição?; e 2) existem as que são descritíveis sem a utilização desta categoria? Tratá-las-emos a seguir.

8.1.2.3 As cláusulas de força maior e “hardship” para além das condições — A primeira questão tem sua resposta vinculada à extensão do que se chamam cláusulas de *hardship* e *force majeure*. Se consideramos que um negócio jurídico resultante de uma possível renegociação faz parte da cláusula, certamente que não, simplesmente porque a categoria negócio não é redutível a condições, já que a manifestação de vontade da qual depende exige um tratamento diferenciado, mesmo porque pode fazer com que ingressem na relação entre as partes efeitos não pactuados originalmente, portanto nunca descritíveis como resultado jurídico direto da ocorrência de uma hipótese normativa.

88. A redação rigorosa explícita de uma cláusula que suspende os efeitos principais do contrato poderia ser essa: ocorrendo um evento de força maior, alguns efeitos do contrato serão extintos, surgindo um regime suplementar, onde as obrigações e deveres deixaram de existir, criando-se um estado de exceção, sem que o contrato deixe de valer. Ocorrendo isso e posteriormente um outro evento, então extingue-se o estado excepcional e os efeitos suspensos voltam a ocorrer. Na prática a redação “os efeitos do contrato são suspensos até que ocorra um outro evento” é suficiente.

Entretanto a questão da extensão destas cláusulas é basicamente estéril. Os conceitos apresentados doutrinariamente não são unívocos e baseiam-se em critérios de reconhecimento diferenciados, que ora permitem, ora não, inserir outras categorias que não condições nas cláusulas. Definir estipulativamente a abrangência destes conceitos é também inútil, mesmo porque as categorias cláusulas de *hardship* e *force majeure* não provocam, no âmbito do Direito brasileiro, a incidência de nenhuma norma, pois não são categorias definidas no Direito positivo.

A outra questão, ao contrário, relaciona-se com o núcleo das cláusulas, com o problema da essência delas.⁸⁹ Parece-nos incontestada na doutrina a concepção que toma por base da definição destas cláusulas sua hipótese. Também é pacífico que esta descrição de fatos apresenta pelo menos um evento imprevisível e alheio à vontade das partes. Seu alcance sobre outro nível jurídico que não o dos efeitos não é normalmente tratado em sua especificidade, mas como cláusula contratual acidental é certo que sua existência jurídica e validade depende das do contrato, absurda, portanto, a cláusula cujo efeito seria a não validade ou inexistência do contrato, pois ela também o seria. É, portanto, a condição categoria fundamental para a compreensão no Direito pátrio das cláusulas ora examinadas, instalando-se no próprio núcleo do conceito delas.

8.1.3 Regime das condições

8.1.3.1 As condições puramente potestativas — O art. 115 do CC veda expressamente as chamadas condições

89. É óbvio que ao falarmos de essências não queremos dizer que elas tenham existência autônoma, um núcleo que demonstra seu ser específico destacado do Direito.

puramente potestativas,⁹⁰ afastando do universo das hipóteses possíveis aquelas que descrevem um ato arbitrário de parte. Deve-se, portanto, ter especial cuidado em não incluir condições desta espécie.⁹¹

Na redação de uma cláusula das aqui discutidas pode-se incluir na hipótese eventos que correspondem a declarações de vontade, sejam das partes, sejam de terceiros, p. ex. um árbitro.

As distintas articulações podem originar duas situações diferentes: na primeira a parte ou terceiro se limitam a declarar que houve um determinado evento, ou seja, a norma incide com a ocorrência do fato *stricto sensu*, de maneira que a declaração não é vinculativa, sendo a questão devolvida ao juízo arbitral ou jurisdicional; na segunda a declaração faz parte do universo de eventos descritos pela hipótese, podendo ser um dos vários descritos, caso em que seria elemento completante, ou o único sendo então nuclear e completante.

Sempre que a vontade de uma das partes vincular os efeitos da condição estaremos frente a uma condição puramente potestativa. Isso é evidente quando a declaração é elemento nuclear da hipótese, mas mesmo quando completante o será, pois vincula os efeitos ao arbítrio de uma parte. Portanto, o critério de verificação não pode estar vinculado exclusivamente à vontade de uma parte. A situação onde isso se apresenta com maior clareza é aquela na qual a parte que não se aproveita da força maior ou do *hardship* tem, nos termos do contrato, o poder de dizer se o evento constante da hipótese da condição ocorreu ou não, sendo sua decla-

ração decisiva. Isso não poderia ser aceito pelo Direito brasileiro. A questão seria a de saber se isso anula toda a cláusula de força maior ou apenas a condição potestativa.

Se a hipótese condicional apresenta a declaração como elemento nuclear, evidentemente será tida por inexistente. Se é colocada como elemento completante, então a condição subsistirá, excluído o elemento potestativo: aceitar o afastamento da cláusula em benefício da parte que teria o poder de afastá-la praticamente equivale a aceitar a condição potestativa: se a parte quisesse poderia aceitar a cláusula beneficiando a outra, não através da incidência desta, mas através de transação, ao passo que, apenas querendo, poderia alegar a inexistência da condição pois potestativa. A nulidade da hipótese será apenas parcial, para não introduzir de fato no mundo jurídico o que é defeso pela lei.

O chamado dever de informar, que vincula os efeitos da cláusula à comunicação da impossibilidade ou extrema dificuldade de cumprimento pela parte a quem beneficiam, não é condição potestativa, mas ônus. A incidência da hipótese condicional pode ser alegada pela outra parte, mas evidentemente se ela também tem interesse nos efeitos da *force majeure* ou *hardship*, também terá o ônus.⁹²

Finalmente temos a hipótese que vincula a incidência a uma declaração de terceiros. Neste caso, se a declaração é suficiente para a incidência da cláusula, constituindo elemento nuclear e completante da hipótese, então não estamos frente a uma condição, mas de interferência de terceiro no contrato. Apresentam-se duas possibilidades: o terceiro tem o poder de interferir sobre

90. "Art. 115. São lícitas, em geral, todas as condições, que a lei não vedar expressamente. Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes."

91. V. 2.2.1, p. 9.

92. No caso o de informar à outra parte que soube, por outras fontes, que o cumprimento tornou-se impossível. Os efeitos serão, obviamente, posteriores à comunicação.

o contrato a seu bel prazer ou interfere desde que acionado por uma das partes. Este tipo de estipulação não tem utilidade prática, pois é gerador de muita insegurança. Quando, porém, a declaração de terceiro se dá sobre um fato, então estamos frente a uma questão substancialmente diferente. A declaração de terceiro será necessária, mas não suficiente. O órgão julgante, arbitral ou judiciário, terá que analisar não só a declaração de terceiro, mas a própria realização do fato, cuja apreciação é devolvida. Difere da apreciação apenas do fato porque é mister levar em conta a manifestação do terceiro indicado.⁹³ Pode ocorrer que o terceiro não se manifeste sobre o evento, de maneira que é importante saber se é a declaração positiva ou a ausência de negativa que completa a hipótese. Entendemos que se a apreciação do fato será devolvida, não há motivo para considerar a ausência de manifestação como motivo de afastamento da incidência da hipótese.

Os terceiros podem ser indicados por uma única parte, sem que isto configure a potestatividade, o que, porém, é pouco recomendável, especialmente na medida em que deixa espaço para atividade fraudulenta que oculta o caráter ilícito da condição. Sua indicação deve ocorrer já na conclusão do contrato, portanto dependente do acordo de vontade, remetendo-se a pessoa determinada ou determinável a partir de regras negociais, mas evitando atribuir a uma das partes o poder de designar qualquer pessoa, para afastar a possibilidade de potestatividade mediante fraude.⁹⁴ Essas regras po-

93. Observe-se que a iniciativa da parte vinculativa da participação de terceiro não é no caso condição potestativa. Ela pode ser de ambas as partes e está vinculada à ocorrência de um evento que independe da vontade das partes. Trata-se de ônus, aproximadamente como o relativo ao dever de informar.

94. A fraude, ao contrário da potestatividade, só produz seus efeitos a partir do

dem indicar uma pessoa (p. ex. mencionando um cargo), exigir o acordo entre as partes ou restringir a escolha a um universo de pessoas, vinculando-a à vontade de uma das partes, das duas partes ou de terceiro.

Evidentemente conjuntos amplos de opções podem caracterizar situações semelhantes às descritas, pois a escolha não estaria propriamente limitada e a regra poderia caracterizar fraude, mas quando bastante restritos (p. ex. os membros de um determinado corpo de árbitros) não a caracterizam propriamente. De qualquer maneira, é prudente evitar esta forma de designação, o que pode ser feito inclusive deslocando a escolha para um terceiro (p. ex. escolha entre membros de um determinado corpo de árbitros feita pelo seu presidente).

A relação jurídica entre o terceiro e as partes é estabelecida por um contrato acessório de prestação de serviços. Convém estabelecê-lo já no contrato principal, evitando-se os problemas de uma contratação no momento em que as partes estão em desacordo sobre outros pontos do contrato.

8.1.3.2 Outros pontos do regime legal das condições — As outras determinações legais sobre a condição tem, *in casu*, pouca importância.

As hipóteses normalmente não descrevem eventos juridicamente ou fisicamente impossíveis. Porém cabe lembrar que o estabelecimento de uma condição juridicamente impossível poderia ser desastrosa, pois invalidam os atos a elas subordinados. Se fisicamente impossível tão-somente reputa-se inexistente a condição (CC, art. 116).

O problema das condições impossíveis gnoseologicamente e logicamente tem solução, conforme Pontes de Miran-

reconhecimento pelo órgão julgante. Ademais opera *ex nunc*.

da,⁹⁵ semelhante ao das juridicamente impossíveis.

O art. 120 do CC refere-se à realização obstada ou levada a efeito por atuação da parte que se beneficia. O redator de uma cláusula de *force majeure* ou *hardship* não deve esquecer de que o comportamento da parte deve ser malicioso, conforme a norma legal, para que incida o mencionado artigo. Se o consenso das partes é no sentido de que a parte que agiu com culpa, ou mesmo não tão diligentemente quanto esperado, não pode beneficiar-se, então isso deve ser expresso. Caso não o seja, muito provavelmente a vontade das partes será interpretada como tendo o mesmo sentido da disposição legal. Por outro lado a norma do art. 120 não pode ser afastada pela vontade das partes, que não podem permitir a realização ou não de uma condição devida à atuação dolosa das partes (o que, aliás, não teria sentido na prática).

Dessa forma, parece-nos que é importante ter em vista, pela aplicabilidade do regime legal das condições, a relação entre as cláusulas de *force majeure* e *hardship* e essas cláusulas acidentais dos contratos.

8.2 Força maior

8.2.1 Localização do tema

No direito brasileiro a força maior é, juntamente com o caso fortuito, tratada

95. Pontes de Miranda, 1955, p. 101: "É preciso que se entenda a condição, para se saber de que fato se cogita. Por isso mesmo a condição ininteligível ou contraditória (*conditio perplexa*) é nula e faz nulo o ato jurídico (art. 116, 2.ª parte)." e p. 130: "a. A condição contraditória restringiu a eficácia do ato jurídico, e não se sabe em que o restringiu: o espírito livra-se da dúvida, tendo ao ato jurídico mesmo por inexistente. (...) b. As condições ininteligíveis ou sem sentido contém impossibilidade gnoseológica: (...) são inexistentes elas e o negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*, ..."

no Código Civil como relativa ao não cumprimento das obrigações, (Liv. III, Tít. II, Cap. XIII). Pode ser tomada como circunstância determinante da impossibilidade superveniente da prestação sem culpa do devedor,⁹⁶ havendo, não obstante, outras circunstâncias, como fato de terceiro determinado, fato do credor ou mesmo do devedor.⁹⁷

O art. 1.058 do CC a descreve da seguinte maneira: "O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos arts. 955, 956 e 957."⁹⁸ Parágrafo único. O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Não se trata, portanto, de causa da extinção das obrigações, mas de causa exoneratória do dever de indenizar pelo inadimplemento,⁹⁹ que pode redundar tanto na extinção da obrigação quanto na mora. A extinção da obrigação é determinada pela impossibilidade¹⁰⁰ su-

96. Wald, 1994, p. 112: "..., podendo afirmar-se que a ausência de culpa é gênero do qual o caso fortuito é espécie."

97. Antunes Varela, 1978, pp. 69-72.

98. Em caso de mora.

99. Há quem considere a extinção como efeito da força maior, como Bessone, 1987, p. 256: "Os seus efeitos podem ser temporários, suspendendo apenas a execução do contrato, ou definitivos, caso em que se extinguirão os direitos e as obrigações das partes." Parecemos, porém, inadequada a posição, já que seria absurdo considerar que para a extinção de uma obrigação devesse ocorrer um evento de força maior ou caso fortuito. Não há diferença essencial quanto à extinção devida ao inadimplemento culposo ou sem culpa da parte, senão na seara da responsabilidade civil.

100. Antunes Varela, 1978, p. 63: "Tanto nas obrigações de dar (arts. 865, 1.ª parte, e 869), como nas obrigações de fazer (art. 879) e de não fazer (art. 882), se a prestação se tornar impossível, sem culpa do devedor, depois de constituída a obrigação, esta extingue-se"

perveniente.¹⁰¹ A rigor, portanto, o caráter dispositivo constante do art. 1.058 do CC diz respeito à possibilidade de trazer para si a responsabilidade, mas não de impedir a extinção *ex lege* da obrigação. Faz-se, então, necessário analisar a problemática da impossibilidade e sua relação com normas de caráter imperativo, não afastáveis pela vontade das partes, quanto à caracterização da extinção da obrigação.

Por outro lado devemos destacar que, quanto à caracterização do evento de força maior, as partes contratantes são quase totalmente livres para determinar quais serão, o que decorre da possibilidade de dispor sobre a exoneração de responsabilidade devida a caso fortuito ou força maior.

8.2.2 Caracterização da força maior

Como já foi mencionado acima, o CC descreve no art. 1.058, parágrafo único, o evento de força maior, mencionando expressamente a necessidade e a inevitabilidade.

A doutrina nacional não é unânime quanto aos elementos que caracterizam a força maior.

Orlando Gomes¹⁰² trata da questão da exoneração de responsabilidade mencionando duas teorias, a objetiva e a sub-

(ressalva no art. 877 quanto à perda de coisa fungível). Wald, 1994, p. 110: "A obrigação se extingue pelos meios diretos e indiretos de pagamento, por decadência e por impossibilidade absoluta superveniente."

101. Antunes Varela, 1978, p. 64: "Com efeito, à teoria da relação obrigacional só interessa a questão da impossibilidade da prestação posterior à constituição da obrigação. Se a impossibilidade da prestação é contemporânea da formação (negocial) da obrigação, o problema interessa à validade do negócio jurídico (arts. 82 e 145, II) e não à temática do não cumprimento da obrigação."

102. 1961, pp. 158-161.

jetiva.¹⁰³ "Pela primeira, o caso fortuito caracteriza-se pela imprevisibilidade ou irresistibilidade do evento que determina a impossibilidade de cumprir a obrigação. Define-se, portanto, pela natureza do acontecimento. Pela segunda, é considerada a ausência de culpa, quaisquer que sejam os elementos intrínsecos ao evento." Dessa forma o elemento caracterizador do caso fortuito seguirá a teoria adotada.

A inevitabilidade do evento e a ausência de culpa são, conforme Wald,¹⁰⁴ elementos caracterizadores da força maior, cuja prova deve ser feita por quem o alega.

Bessone,¹⁰⁵ por sua vez, também incluía ausência de culpa como elemento, porém substitui a inevitabilidade pela impossibilidade absoluta de execução. Na sua definição a inevitabilidade e a imprevisibilidade são configuradores da ausência de culpa. Parece-nos, todavia, que a sua construção falha ao apontar um elemento externo ao sujeito como determinante da culpa: deve-se aferir a diligência com que este atuou, assim como a ausência de dolo, mas não se pode conferir ao sujeito algo que pertence, p. ex., ao conjunto das manifestações da natureza.

Silva Pereira¹⁰⁶ afirma que: "Desta noção (art. 1.058 do CC) decorrem os seus requisitos: 1) necessidade, pois não é qualquer acontecimento, por mais grave e ponderável, que libera o devedor, porém aquele que leva obrigatoriamente ao fato danoso; 2) inevitabilidade. Para que se exima o agente, é mister que o evento não possa ser impedido nos seus efeitos. Alguns autores acrescentam ainda a imprevisibilidade.

103. Silva Pereira, 1990, pp. 222-223 também as menciona.

104. 1994, p. 112.

105. 1987, p. 256.

106. 1990, p. 324.

Na mesma linha, Antunes Varela¹⁰⁷ aponta como requisitos essenciais: “a) que os seus efeitos não possam ter sido evitados, com a diligência exigível do obrigado; b) que eles tenham determinado a impossibilidade da prestação.”

São, portanto, três os requisitos apontados, embora nunca em conjunto, quais sejam a inevitabilidade, a necessidade¹⁰⁸ e a ausência de culpa. Dessa forma, entendemos que os redatores das cláusulas de *force majeure* e *hardship* devem estar atentos às diferentes possibilidades de caracterização da força maior, especialmente as teorias objetivista e subjetivista.

Outro ponto polêmico é se a imprevisibilidade, no direito brasileiro, é ou não elemento caracterizador da força maior. Com efeito o art. 1.058 não fala a seu respeito. Silva Pereira¹⁰⁹ afirma: “A meu ver, a imprevisibilidade não é requisito necessário, porque muitas vezes o evento, ainda que previsível, dispara como força indomável e irresistível. A imprevisibilidade é de se considerar quando determina a inevitabilidade.” Parece-nos a posição mais coerente com a determinação legal.

8.2.3 A impossibilidade

8.2.3.1 Conceito — Duas teorias lidam com a noção de impossibilidade. A primeira, da impossibilidade lógica, trata desta como absoluta, vale dizer, uma prestação só pode ser considerada impossível se não puder ser cumprida de maneira alguma. A outra, do conceito jurídico de impossibilidade, que admite como impossível também a prestação que exige do devedor um esforço extraordinário e injustificável. Considera-

se a exigibilidade em função do dever de prestar, tomando em conta o princípio da boa-fé.¹¹⁰

A distinção entre impossibilidade e mera dificuldade é utilizada normalmente, porém a fronteira entre essas duas figuras é de difícil delimitação. Com efeito a diferença de grau, em alguns casos até mesmo quantificável, tem de ser traduzida em termos qualitativos em face do caso concreto. Isso provoca insegurança, o que a doutrina tem tentado afastar por meio de descrições detalhadas da impossibilidade.

Por outro lado a impossibilidade lógica é extremamente restritiva, levando, às vezes, a situações injustas. Diz Gomes (1961, p. 154): “... Está certo. Mas a aceitação desse conceito lógico acarretaria graves inconvenientes na prática e representaria inadmissível exceção do próprio conceito de obrigação jurídica. O dever de prestar não pode ser exigido além de um limite razoável, como pondera Hedemann. Daí a preferência pelo conceito jurídico de impossibilidade.”

O conflito entre os valores segurança e equidade leva, destarte, a que os autores busquem posições conforme o princípio que julguem mais relevante.

8.2.3.2 Classificações — Apesar de ser comum a classificação entre impossibilidade física e impossibilidade jurídica, a mesma não traz vantagem prática, uma vez que ambas produzem o mesmo efeito.

A impossibilidade objetiva distingue-se da subjetiva, sendo que a primeira afeta a todos enquanto a segunda, que nem sempre é liberatória, apenas para o devedor.

A impossibilidade definitiva, por oposição à temporária, exonera o devedor da obrigação. A segunda, todavia, apenas retarda o adimplemento. Quando

107. 1978, p. 71.

108. No sentido de ligação entre o evento de força maior e a impossibilidade de cumprir a obrigação.

109. 1990, p. 324.

110. Gomes, 1961, pp. 154-155.

o obstáculo é transitório, o devedor pode cumprir mais tarde seu dever. Não obstante, quando o termo é essencial ou o atraso torna a prestação inútil para o credor, ter-se-á a extinção.

Distingue-se, ainda, a impossibilidade total da impossibilidade parcial. A primeira ocorre quando o devedor está impedido de satisfazer a prestação na sua totalidade, ao passo que na outra o obstáculo à prestação não a atinge integralmente.

8.2.3.3 Alcance da autonomia da vontade — Para o redator de contratos uma das questões mais relevantes é a que diz respeito ao que pode ou não ser alterado pelo acordo de vontades entre as partes. Relativamente ao tema da impossibilidade, vinculada às cláusulas de *force majeure* e *hardship*, deve-se ter em conta que nem sempre se pode afastar a extinção da obrigação *ex lege*.

De fato quando a impossibilidade é absoluta, não se pode determinar apenas a suspensão dos efeitos do contrato. Quando ela é relativa (p. ex. econômica ou psíquica) poderá ser afastada a extinção, respeitadas determinações legais específicas.

8.2.4 Finalidades

Como já tivemos oportunidade de destacar, a análise do tema se volta principalmente a prevenir o redator para os casos em que o direito brasileiro seja aplicável, e sobretudo em que o julgador raciocine com base nas categorias próprias da legislação e doutrina pátrias.¹¹¹

111. Neste sentido, Draetta, 1989, p. 48: "Molte sentenze arbitrali della CCI appaiono ispirarsi al rigore della legislazione francese nel richiedere che l'evento di "force majeure" risponda tassativamente ai requisiti della non imputabilità al debitore, della imprevedibilità e della irresistibilità."

Por outro lado notamos que a margem de liberdade para estipular contratualmente sobre os temas relativos à força maior, inclusive impossibilidade, é bastante ampla, não parecendo impor obstáculos à redação, sobretudo em função do permissivo do próprio art. 1.058 do CC, pois as partes podem responsabilizar-se por eventos de caso fortuito e força maior.

9. CONCLUSÃO FINAL

Como mostra a própria prática da redação dos contratos, especialmente os de longa duração, é recomendável redigir cuidadosa e detalhadamente a cláusula exoneratória da responsabilidade por inadimplemento devida à *force majeure* e *hardship*.

Deve-se atentar para as diferenças entre os diversos sistemas nacionais, o que pode influir na aplicação e interpretação das disposições do contrato. Neste sentido também a maneira com que a arbitragem internacional trata o tema é bastante significativa.

Por isso mesmo as cláusulas de *force majeure* e *hardship* têm se apresentado como um instrumento crescentemente utilizado para garantir a longevidade das relações contratuais.

BIBLIOGRAFIA

- ANTUNES VARELA, J. M. *Direito das Obrigações*, v. 2, Sec. II, Ed. Forense, Rio, 1978.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *A Vida dos Contratos Internacionais*, Tese, 1992.
- BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil*, 1/224-240, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1988.
- BARRY, Nicholas. "Force Majeure and Frustration", in *The American Journal of Comparative Law*, ns. 2 e 3, Nova Iorque, 1989.
- BESSONE, Darcy. *Do Contrato: Teoria Geral*, Caps. XV e XVII, Ed. Forense, Rio, 1987.

- VAN CAMELBEKE, Micheline. "L'Adaptation du Contrat International aux Circonstances Nouvelles", in *Les Modifications du Contrats au Cours de son Exécution en Raison de Circonstances Nouvelles*, pp. 170-183, Organizador, René Rodiere, Ed. Pedone, Paris, 1984.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 1/261-265, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1987.
- DRAETTA, Ugo. "La Force Majeure", in *Il Diritto dei Contratti Internazionali, la Patologia dei Contratti*, pp. 37-55, Ed. Cedam, Pádua, 1988.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, pp. 179-195, Ed. Atlas, S. Paulo, 1988.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*, Caps. 12 e 13, Ed. Forense, Rio, S. Paulo, 1961.
- *Contratos*, Cap. 31, Ed. Forense, Rio, 1989.
- KHALILIAN, Seyed Kahlil. "Controversial Theory of Frustration Before Iran-USA Claims Tribunal", in *Journal of International Arbitration* v. 7, n. 3, 1990.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Caps. I e V, Ed. Armênio Amado, 1984.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. "Cláusulas de Adaptação e Arbitragem nos Contratos Comerciais Internacionais", in *Estudos em Homenagem ao Professor Sílvio Rodrigues*, pp. 239-245, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1989.
- MELIS, Werner. "Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in view of the Practice of the ICC Court of Arbitration", in *Journal of International Arbitration* v. 1, n. 3, 1984.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Instituições de Direito Romano*, II/11-32 e 40-60, Ed. Forense, Rio, 1986.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, 5/93-200, 1955.
- PUELINCKX, A. H. "Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances — A Comparative Study in English, French, German and Japanese Law", in *Journal of International Arbitration* v. 3, n. 2, 1986.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*, v. III, (Edição Universitária), Cap. LIII, Ed. Forense, Rio, 1990.
- *Responsabilidade Civil*, Cap. XX, Ed. Forense, Rio, 1990.
- SORNARAJAH, M. "Supremacy of Renegotiation Clauses in International Contracts", in *Journal of International Arbitration*, v. 5, n. 2, 1988.
- STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*, Ed. RT, S. Paulo, 1992.
- STROHBACH, Heinz. "Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts and Arbitration", in *Journal of International Arbitration*, v. 1, n. 1, 1984.
- ULLMANN, Harold. "Droit et Pratique des Clauses de Hardships dans le Système Juridique Américain", in *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 7, 1988.
- WALD, Arnaldo. *Obrigações e Contratos*, caps. 8 e 15, Ed. RT, S. Paulo, 1994.

NOTA SOBRE A EXECUÇÃO ESPECÍFICA DA OBRIGAÇÃO DE CONTRATAR

FÁBIO KONDER COMPARATO

1. Fonte dos arts. 639 e 640 do CPC — 2. Estado atual do direito italiano, no que concerne à exegese da norma do art. 2.932 do "Codice Civile" — 3. A interpretação jurisprudencial do art. 639 do nosso CPC.

Em artigo publicado nesta Revista (32/77), posteriormente reestampado em *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial* (Rio, Ed. Forense, 1981, p. 228), examinei a questão das condições de exequibilidade das promessas de contratar, especificamente no tocante à cessão de controle acionário.

Volto agora ao tema, sob novo ângulo, analisando o efetivo alcance da regra consubstanciada no art. 639 do CPC, a qual admite, sob as condições aí fixadas, que a sentença judicial se substitua à declaração de vontade negocial devida pelo réu. Parece-me que uma investigação da fonte dessa disposição normativa pode ajudar a dissipar alguns equívocos de interpretação que se vêm manifestando, vez por outra, na prática contratual.

1. Fonte dos arts. 639 e 640 do CPC

É curioso verificar que a generalidade dos comentadores de nosso Código de Processo Civil desconhece a origem imediata dos dispositivos constantes dos arts. 639 e 640. Todos os autores, seguindo nesse passo Pontes de Miranda, apontam para o § 894, 1.ª alínea, da Ordenação Processual Civil alemã de

1950,¹ a qual consagrou a teoria da manifestação de vontade ficta. Mas os comentários que o grande juriconsulto escreveu sobre o Código de 1973 nada mais foram do que uma adaptação ao novo direito do que havia antes escrito sobre o Código de 1939. Escapou-lhe, então, o fato óbvio de que os artigos mencionados do nosso estatuto processual em vigor constituem a tradução, pura e simples, das normas contidas no art. 2.932 do CC italiano de 1942.

Basta conferir:

Art. 2.932. Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto "(1) Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso. (2) Se si tratta di contratti che hanno per oggetto il

1. "§ 894. Fiktion der Abgabe einer Willenserklärung (1) Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Ist die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so tritt diese Wirkung ein, sobald nach den Vorschriften der §§ 726, 730 eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils erteilt ist."

trasferimento della proprietà de una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di um altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile.”

Art. 639. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produz o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

Art. 640. Tratando-se de contrato, que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação será acolhida se a parte, que a intentou, não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exível.

Essa identidade normativa aconselha, como medida de elementar *prudentia iuris*, que, antes de avançarmos qualquer interpretação das citadas normas do nosso Código de Processo Civil, examinemos o entendimento que a doutrina e a jurisprudência italiana deram ao disposto no art. 2.932 do CC/42.

2. Estado atual do direito italiano, no que concerne à exegese da norma do art. 2.932 do “Codice Civile”

O entendimento prevalecente, entre os autores italianos, a respeito da natureza do provimento jurisdicional regulado nesse dispositivo do Código Civil, vai no sentido de considerá-lo de efeito constitutivo e não condenatório.² Enten-

de-se, em consequência, que o autor da demanda judicial exerce nesse particular um autêntico direito potestativo, segundo a concepção de Chiovenda.

Daí por que é quase unânime a opinião de que a norma foi mal colocada no capítulo do Código Civil dedicado à execução forçada (se é que um Código Civil deve conter normas tão claramente processuais). Observa-se, a esse propósito, que os efeitos da sentença judicial produzem-se de imediato, com o seu trânsito em julgado, sem que haja necessidade de uma ulterior atividade executiva.³

Em consequência, como salientam os autores e confirma a jurisprudência italiana, a sentença proferida com base na norma do art. 2.932 do CC produz sempre efeitos *ex nunc*, não podendo, em hipótese alguma retroagir à data do descumprimento do contrato.⁴

L'esecuzione forzata, Trattato di Diritto Privato diretto da Pietro Rescigno, t. 20, Turim (Utet), 1985, p. 320.

3. Entre nós, Pontes de Miranda propende pela natureza condenatória da sentença prevista no art. 639 do CPC, com base em um argumento fraquíssimo de mera localização do dispositivo: “Temos de partir de um argumento capital: o art. 639 está no Cap. III (Da execução das obrigações de fazer e de não fazer), que é o Título II (Das diversas espécies de execução). Portanto, qualquer que haja sido a alteração no texto do Código anterior, a ação continua na classe das ações executivas” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. X, Rio, Forense, 1976, p. 120).

4. Como decidiu a Corte de Cassação, em acórdão de 12.4.79 (*apud* Mazzamuto, *op. cit.*, p. 321, nota 31), “l'assetto negoziale che, in conformità di quanto programmato con il contratto preliminare, derivi dalla stipulazione del contratto definitivo, ovvero dalla pronuncia della sentenza di cui all'art. 2932, integra una conseguenza del verificarsi di condizioni inerenti al preliminare medesimo, così che non può importare che gli effetti negoziali definitivi retroagiscano alla data di stipulazione di quest'ultimo, ovvero a quella di scadenza dei termini di adempimento in esso previsti.”

2. Gian Antonio Micheli, *Esecuzione Forzata, Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, libro sesto, Tutela dei Diritti*, arts. 2.910-2.969, Bolonha (Zanichelli) e Roma (Foro Italiano), 1972, pp. 192 e ss.; S. Mazzamuto,

Por outro lado, é indisputável na Itália a opinião de que esse provimento judicial, substitutivo da vontade de um contratante, só pode ser dado quando foram rigorosamente cumpridas as *condiciones legis*, exatamente porque o juiz somente está autorizado a interferir nas relações contratuais privadas, em suprimento à vontade das partes, nos casos e sob as condições que a lei estritamente estabelece. Os interesses em causa são sempre privados e não públicos. Se as próprias partes contratantes não cuidaram de estipular em seu próprio interesse, não compete obviamente ao Poder Público fazê-lo em lugar delas.

Assim, como bem salientou um autor,⁵ se as partes de alguma forma estipularam a obrigação de negociações e acertos ulteriores para concluir o contrato definitivo, ao juiz é obviamente defeso “forçar a mão” e impor a um dos contratantes uma declaração de acordo sobre aquilo que a outra parte pretende ou propõe.

Daí por que a unanimidade da doutrina e da jurisprudência italianas exige, logicamente, que o pacto preliminar, para poder ser convertido pelo juiz em contrato definitivo, contenha todos os elementos essenciais deste, conforme a sua natureza típica. É somente assim que o princípio da autonomia da vontade no negócio jurídico vem a ser respeitado.

A condição legal de possibilidade (*qualora sia possibile* no texto italiano; “sendo isso possível” no nosso Código de Processo) refere-se exatamente a essa exigência lógica, no quadro sistemático do ordenamento jurídico.⁶

No tocante à outra *condicio legis* — a não exclusão do contrato *ope iudicis* pelo título obrigacional — deve-se notar que a jurisprudência italiana a interpreta

num sentido rigorista: é indispensável que a obrigação de contratar esteja contida *expressis verbis* no pacto preliminar, não se podendo inferir essa obrigação da existência de uma cláusula penal, por exemplo.⁷

3. A interpretação jurisprudencial do art. 639 do nosso CPC

A exegese dessa norma processual, colocada pelo legislador de 1973 no capítulo do processo de execução, mais precisamente da execução das obrigações de fazer e não fazer, fixou-se a partir do acórdão do STF que julgou o RE 88.716 do Rio de Janeiro.⁸ Nele, a nosso tribunal maior proclamou que “o art. 639 do CPC pressupõe a existência de contrato preliminar que tenha o mesmo conteúdo (elementos essenciais e acidentais encarados objetivamente) que o contrato definitivo que as partes se comprometeram a celebrar”. Esse entendimento veio a ser confirmado, alguns anos após, quando do julgamento, pela mesma Suprema Corte, do RE 104.557.⁹

Não há dúvida que essa orientação jurisprudencial é rigorista, na medida em que exige, para o provimento judicial regulado no mencionado dispositivo do Código de Processo Civil, que todos os elementos do negócio jurídico definitivo — não só os essenciais, mas também os acidentais — estejam presentes no negócio preliminar. Como observou com razão Pontes de Miranda, é mister distinguir entre a obrigação de celebrar o contrato definitivo e a obrigação que constitui o objeto deste. Parece óbvio que se o contrato preliminar já contém todos os elementos e requisitos do negócio definitivo, a conclusão deste último se revela supérflua.¹⁰

7. *Idem*, *ibidem*, p. 355.

8. *RTJ* 92/250.

9. *RTJ* 114/844.

10. *Op. cit.*, t. X, p. 115.

5. G. A. Micheli, *op. cit.*, pp. 191-192.

6. Cf. Mazzamuto, *op. cit.*, pp. 354-355.

De qualquer modo, ao falar em “elementos essenciais e acidentais” do contrato definitivo, não resta dúvida que a jurisprudência de nosso mais alto tribunal fez alusão à conhecida distinção, de origem medieval, entre os *essentialia*, os *naturalia* e os *accidentalia* do negócio jurídico.¹¹ Os primei-

ros são os elementos cuja concorrência é indispensável à própria existência do negócio jurídico, como a determinação da coisa e do preço na compra e venda. Os *naturalia negotii* designam os elementos complementares de um negócio típico, modificando o regramento que resulta da lei, tal como a estipulação sobre assunção dos riscos que pesam sobre a coisa. Finalmente, são *accidentalia* todas as demais regras jurídicas que só existem quando estipuladas pelas partes: é o caso das condições e dos prazos.

11. A distinção é claramente exposta em Werner Flume, *Das Rechtsgeschäft*, 3.^a ed., Berlim-Heidelberg-Nova York (Springer-Verlag), 1979, § 6.^o, 2 e em Emilio Betti, *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, 2.^a ed., Turim (Utet), 1960, pp. 184 e ss.

ATUALIDADES

ALGUNS ASPECTOS HERÉTICOS DA LEI ANTITRUSTE (LEI 8.884/94)

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Tal é a componente cultural básica brasileira, essa maceração da latinidade ao calor dos trópicos, que as regras da conduta social, por exemplo, se pautam por alterações bruscas e radicais numa ciclotimia exacerbada que dificilmente encontra vias moderadoras.

Passamos anos sob a absoluta omissão da ordem jurídica no trato dos crimes econômicos, os chamados delitos das classes mais altas e, quando enfim veio editada a “lei do colarinho branco” (Lei 7.492) a sua severidade era tamanha que, a título de ilustração, o ilícito de possuir uma conta bancária não declarada no exterior (indistinto, irrisório, que seja o valor envolvido) (art. 22), passou a ter um tratamento processual penal mais rigoroso que aquele que, em certa época concedeu-se ao próprio homicídio, que ao assassinato de uma pessoa, pois aqui se primário fosse o réu, apelaria da sentença condenatória em liberdade (“Lei Fleury”, no que alterou o art. 594 do CPP) e lá no delito econômico já é recolhido à prisão o réu condenado em 1.ª instância mesmo que “primário e de bons antecedentes” (art. 31).

Pois vemos esse fenômeno agora espelhado nos termos da Lei 8.884 de 11.6.94, a lei antitruste. No seguimento de tantas reclamações sobre falta de provisões que enquadrassem certos comportamentos antieconômicos de alguns empresários, veio promulgada uma legislação que, pretendendo ser severa, extrapola, se excede, perde as proprie-

dades técnicas, falseia na indispensável valoração jurídica de seus conceitos, e acaba afrontando essenciais princípios da ordem constitucional.

As heresias já começam sob o Tít. II, que passa a tratar das infrações da ordem econômica.

De início já há certa ambigüidade no art. 16 sobre a abrangência, no pólo passivo da responsabilização, do conceito de infração à ordem econômica.

Art. 16. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores solidariamente.

Ora, o art. 18, adiante, afirma que: “a personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste (*sic*) abuso de direção, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social e...”

Bem, aqui sim, adotando os critérios assentados em direito (no Brasil na Lei 6.404, a única moderna no trato societário em espécie) fica expressado que, para aplicação, ao caso ocorrido, do *disregard of legal entity* há que ter ocorrido, por parte do agente, (e aí observe-se já a má redação do dispositivo) das pessoas físicas que “falam” pelo ente jurídico (os “presentantes” da pessoa jurídica, como queria Pontes de Miranda), algo de ofensivo à lei diretamente ou aos estatutos ou ao contrato social ou a um ato jurídico ou contrato,

ou ainda algo de excessivo a seus poderes, ou abusivo de direitos.

Pois enfim os efeitos gravosos da decisão ou comportamento empresarial ofensivo à economia somente se estenderiam para além dos contrafortes da própria pessoa jurídica se essa decisão ou atitude estivesse arrimada nos vícios ou defeitos acima nomeados da pessoa responsável.

E então o art. 16 decerto deveria, por clareza legislativa, deixar expresso que "as diversas formas de infração... implicam a responsabilidade... de seus dirigentes ou administradores, solidariamente, nestes últimos casos desde que na ocorrência comprovada das hipóteses referidas no art. 18".

Pondere-se então, que há aí uma falha na lei, que mais clara deveria ser no seu dispositivo do art. 16, mas nada que não se supra com a interpretação sistemática dos dois dispositivos.

Mas, nesse específico ponto, não é aí que reside a heresia da lei antitruste. Acontece que aquele art. 18 vai adiante do assim transcrito e afirma que a desconsideração da personalidade jurídica da empresa responsável "também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração."

Fica até difícil entender que o legislador tenha se assentado nessa estranha padronagem axiológica, onde a má gestão determine uma circunstância que qualifique extensões de responsabilidades para lá do círculo dos agentes nominais.

Enfim, os atos ilegais, antiestatutários, os abusos de direito são valorados em igual teor de novidade que a simples má administração, que inviabilize a empresa, pois que em qualquer dessas hipóteses os administradores ficam envolvidos nas seqüelas das infrações, pela empresa, à ordem econômica.

Se a empresa então, à total revelia daquele administrador (que não terá

agido contra a lei, nem contra os estatutos, nem com excesso de poderes, etc.) houve por ter algum procedimento capitulado como infração à ordem econômica, e se ela por incompetência ou infelicidade gerencial encerra suas atividades ou deixa de operar, fica o dito administrador inocente que seja, envolvido solidariamente nas seqüelas legais daquele ilícito comercial.

Parece haver aí, por meios um tanto vagos, a criação de uma outra hipótese legal da responsabilidade objetiva, pelo risco, pois que baseado, na ordem jurídica brasileira, o princípio geral da responsabilidade na ocorrência de culpa (art. 159 do CC), e inócua necessariamente aí, por suposto, a culpa do administrador, só podemos entender como havendo na hipótese a criação de uma responsabilidade pelo risco.

E sobra perguntar se há uma correta valoração jurídica, ou mesmo uma adequada inserção no subsistema da responsabilidade objetiva, existente, por exceção, na ordem brasileira, de uma hipótese que não se cuide de atividade de risco (como as de transportes, as de unidades nucleares, etc.) mas de uma comuníssima gestão empresarial.

Não é difícil concluir que há um engano ou um desvio de critérios por parte do legislador ao imputar tal tipo de responsabilização, desprezando a pesquisa de culpa, para os gestores de dezenas de milhares de empresas existentes no país.

Mais flagrante, porém, e aí autorizando perceber-se logo uma patente inconstitucionalidade é a absurda tipificação dos delitos contra ordem econômica expressa no *caput* do art. 20: "Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos, sob qualquer forma manifestadas, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados".

Esta-se aí definindo tipologicamente certas ações como ilícitos. Ilícitos civis, naturalmente. Ora, o ilícito civil no princípio básico da lei brasileira (art. 159 do CC) assenta-se na culpa, naquele dispositivo definida (v. Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, 7.^a ed., I/366 e Bevilacqua, *Código Civil*, Ed. Histórica, I/426).

Não tem cabimento jurídico, pois, que, em afronta aos termos da Lei Complementar (como é o Código Civil, que tal força óbvia teria) a Lei 8.884 defina como ilícitos civis (comerciais, na espécie) atos não culposos. Fala-se aqui de ilícito, de tipificação de uma conduta injurídica punível e não de criação de uma simples responsabilização patrimonial derivada do mero risco, como acontece nos casos de responsabilidade objetiva.

Parece contudo inesgotável a impropriedade do legislador nesse trato da ordem econômica e suas infrações. Pois na composição tipológica daqueles ilícitos resolveu compreender atos que tenham por objeto certos efeitos nocivos ao saudável fluxo econômico, então listados, mas ainda atos que não propriamente objetivem o alcance daquelas situações de incorreto desbalanceamento da economia mas que “possam produzir” tais efeitos “ainda que não sejam alcançados”.

Entende-se portanto no texto legal que qualquer ato da empresa — ainda que desprovido de culpa, como vimos — que na verdade não prejudique a livre concorrência, mas que poderia eventualmente tê-lo feito, qualifica um ilícito contra a ordem econômica.

E, certamente, invertendo toda a concepção do ato ilícito, e pervertendo a técnica mais comezinha da formação dos tipos legais, defere ao abstrato, vago, nebuloso e perigoso parâmetro da “possibilidade” de produção de algum daqueles efeitos tidos como deletérios, a verificação da ocorrência da infração legal.

Não temos ciência, no quadro legal brasileiro nem nos chamados crimes de perigo (arts. 250 e ss. do CP), de alguma norma tipológica tão em aberto, deixando à apreciação perigosamente ampla do seu aplicador, sobre o que enfim caracteriza na fastispécie a possível ocorrência dos eventos em causa. E, ainda, antes do curso judicial teremos aí um aplicador administrativo da lei com tal amplitude discricionária de caracterização do delito, em um procedimento legal criado, (arts. 39 e ss.) de teor sumário.

Ademais, uma das seqüelas que, acarretadas, (ou que as ações da empresa “possam” acarretar), traduzem a infração, é a do inc. III, “aumentar arbitrariamente os lucros”, o que de novo revela a simpatia desse legislador pelo repouso em conceitos vagos e subjetivos na qualificação dos delitos civis que ele cria. Afinal, o que é um aumento arbitrário? Ou ainda, até que proporção o aumento nos lucros se revela arbitrário?

No art. 21 a lei fixa uma lista, apenas exemplificativa, já que em gênero todas as condutas amoldadas no tipo do art. 21 se caracterizam como tal ilícito, de infrações à ordem econômica. E, certo é reconhecer, na sua quase totalidade, são hipóteses bem claras e definidas de delitos econômicos, como as conhecidas manobras desviosas de fixação de preço, “cartelização” (incs. I e II).

Mas, há capitulações, como a do inc. XXIV, que tipifica como conduta delituosa “impor preços excessivos”, deferindo a alguém, norma em branco que é, a definição do que seriam preços excessivos, observando-se sempre que, na particularidade dos procedimentos severos ensejáveis com base nessa lei, antes do seu aplicador judicial, dotado do preparo completo e da temperança inerentes à ação jurisdicional, vai surgir o julgador administrativo, do Cade, com tal amplitude conceitual para, “vendo” ali um delito econômico, aplicar pesadas sanções.

Pois é muito severa mesmo a Lei 8.884 também ao prever as sanções contra essas infrações à ordem econômica.

No n. I do art. 23 estipula ela a multa "de 1 a 30% do faturamento bruto" do último exercício da empresa, "excluídos" os impostos, possibilitando-se aí, pelo evidente exagero de critérios do legislador, que empresas que operem com margens brutas reduzidas sofram verdadeira constrição, perda patrimonial efetiva, muito além dos limites dos ganhos que teria supostamente obtido em razão, mas não só, da eventual conduta indevida.

Mas, há mais exageros de apenamento. O inc. IV, *a* prevê ainda o gravame de "recomendação aos órgãos públicos competentes para que seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator", o que representa afronta óbvia aos direitos de propriedade industrial, realmente não se concebendo que delitos econômicos sejam apenados para além das multas e constrições administrativas, a um ponto tal que se invada o campo essencial dos direitos legítimos.

E ainda, e com maior teor de absurdo, o inc. V comporta também como penalidades: "a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica".

É custoso acreditar que o legislador tenha chegado a tal extremo de destemperança, deferindo à autoridade o poder de praticamente extinguir a sociedade acusada, ou de reduzi-la e criar outra, ou de aportar patrimônio a uma terceira (conforme a cisão seja com encerramento da empresa original ou não, ou com versão em sociedade preexistente), de mudar o controle societário dela, invadindo o patrimônio alheio, deferindo bens de uns para outros,

alienando bens da empresa por iniciativa direta, sem o requisito do processo executório, e atos desse teor, notando-se que ainda insatisfeito, permite-se conferir, ao término, um "cheque em branco" pois que autoriza também "qualquer outro ato ou providência" necessários (a critério de quem?) à eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

São tão extensas e tão básicas as afrontas constitucionais dessas penalidades administrativas que seria cansativo enumerá-las todas.

Já o n. XIX do art. 5.º da Carta fica ferido, no que assegura ele que quaisquer associações só podem ser dissolvidas por sentença definitiva e mesmo suspensas por decisão judicial, impossível assim que se delegue ao Cade tal força.

A incrível disseminação das patentes de invenção do faltoso encontra barreira no inc. XIX daquele artigo constitucional.

De outra parte, ninguém pode ser privado de seus bens sem o devido processo legal (entende-se processo judicial, é claro) como o assegura o inc. LIV, prejudicado pois que o Cade possa vender ativos, ou transferir controles societários como o quer a lei atual.

Ao fixar (art. 28) a prescrição quinquenal para as infrações da ordem econômica, a lei determina (§ 1.º) que o prazo prescricional se interrompe por "qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração de infração contra a ordem econômica."

Temos também por inconstitucional essa regra, pois conflitante com os princípios do Código Civil (art. 72) na matéria, e a lei civil é tida com força de lei complementar pela sua natureza.

Assim é que as causas de interrupção da perda do direito de agir são, na lei civil, todas elas centradas ou em atos judiciais (citação, protesto etc.) ou em ato do próprio devedor, no sentido de reconhecer o débito.

A estranha Lei 8.884 pretende que por ato do credor (“qualquer ato administrativo”), seja interrompida a prescrição, valendo entender que por quaisquer ações da administração ficarão pendentes as responsabilidades do eventual infrator, e isso indefinidamente, dispensadas providências judiciais para tal.

Normal é que se fixem, como o faz a lei, bases do necessário procedimento administrativo, iniciado junto à Secretaria de Defesa Econômica e depois julgado no Cade. O que é todavia muito estranho, e também de constitucionalidade duvidosa, é que a lei autorize ao Secretário de Defesa Econômica ou ao Conselheiro Relator do procedimento no Cade (art. 52) a prática de uma “medida preventiva” contra o autuado, “quando houver indício ou fundado receio” de que aquele “direta ou indiretamente cause ou possa causar” ao mercado, dano grave ou lesão irreparável, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

Já é questionável a pertinência constitucional dessa estranha medida cautelar administrativa, que comete ao administrador o poder de, sem sequer ir à Juízo, realizar restrições patrimoniais financeiras e operacionais ao autuado.

Nem a legislação fiscal, classicamente tão severa no cuidado com os créditos tributários e a exação no cumprimento dos deveres dos contribuintes, chegou, no Brasil, a tais extremos, inconcebível que, sem alguma prestação jurisdicional, prévia que seja, tenha o fisco acesso ou ingerência no patrimônio ou na gestão dos contribuintes.

Além disso, o critério tipológico do legislador é de todo inaceitável aos estudiosos do direito, assim como ao que se preocupa com a preservação dos direitos básicos e com a contenção dos poderes do príncipe na ordenação administrativa. Pois convenha-se, não é sequer razoável que se cometa a aquele poder cautelar enorme ao administrador quando haja indício ou “fundado receio”

de que o acusado mesmo indiretamente “possa causar” ao mercado aquelas lesões graves.

A ocorrência é claramente vaga, ambígua, imprecisa e, pois, permissiva de um viés interpretativo amplo pelo administrador, tudo, vimos, autorizando uma grave e contundente medida cautelar.

É fácil figurar a infinita possibilidade que se permite inferir, de uma qualquer atitude, como possível indiretamente de causar ao mercado dano de difícil reparação.

A norma legal em tela é, ainda aí, insustentável.

Diante dessa inédita severidade da Lei 8.884, e mesmo de sua abusividade face à ordem jurídica na qual se insere, não estranha que ao emoldurar a maneira de execução judicial das decisões do Cade o legislador tenha igualmente atropelado normas asseguradoras básicas.

Se é natural e conseqüente que a decisão final administrativa seja título executivo extrajudicial (art. 60) e que à decisão impositiva de obrigação de fazer se confira seja tornada de efeitos práticos compulsórios, se possível, pela ordem judicial (art. 62 e § 1.º), (ainda que neste último caso as regras próprias do CPC já assim disponham, desnecessária a repetição da Lei 8.884), outras das disposições neste capítulo não se coadunam com o bom direito.

A voracidade punitiva do legislador pretende que (art. 62, § 2.º) a indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa, o que decerto não será verdade jurídica no caso de multa compensatória, que com aquela se confunde pois que tem matriz indenizatória também, como é de jurisprudência assente.

De outro lado pretende-se, no confuso art. 65, que: “ações ou procedimentos judiciais contra o Cade não desconstituam o título executivo ou suspendam a execução se não garantido

o juízo no valor das multas aplicadas e se não caucionado o juízo de forma a garantir o cumprimento da decisão final nos autos, inclusive no que tange a multas diárias.

É razoável e normal que haja necessidade de garantia do juízo para que seja sobrestada a execução e seu título correspondente — documento de dívida líquida e certa que é — mas quer-se entender que a fúria do legislador não o tenha levado a pedir a penhora em cobertura do valor envolvido e mais uma caução — pelo absurdo que tal representaria — bem como não se concebe que multas diárias (as do art. 67?) — penas compensatórias não são, nos termos da lei — seriam necessariamente acobertadas, pois que se são suasórias, “astreintes” consoante nosso direito não são valores líquidos e certos integrantes do título sem sentença que as plascite e confirme.

De novo insustentável é o princípio do art. 66, onde mesmo garantido o juízo e a execução em termos reais, autoriza-se o juiz a antecipar as decisões condenatórias e interventivas, suprimindo-se o, *due course of process* aviltando-se o art. 5.º LV da CF.

A Lei 8.884 veio no contexto de uma fase que se pretende mais séria na concepção das relações econômicas no país, e que se emblematizou, nesse primeiro passo, na edição das normas do

“Plano Real” com tudo o que ali representa de criação mesmo de uma nova “cultura” de raízes cumulativamente monetárias, financeiras e econômicas na circulação de bens e serviços.

Daí com certeza verter-se para um trato bem grave aos comportamentos tão viciados, egoístas e essencialmente decorrentes com a coletividade, de certa e importante parcela dos agentes econômicos.

Contudo, se há quem não possa perder o equilíbrio e o senso jurídico é o legislador, aquele que se investe do mandato popular para estratificar nos comandos da lei — com sua universalidade, sua eficácia geral, sua coerção plascitada pela voz da sociedade — os ditames de direitos e deveres que se imbricam no convívio humano.

Aqui, no caso da Lei 8.884, parece, infelizmente, que o legislador perdeu às vezes o passo e o prumo, e sob o fito meritório de severamente tratar os assaques à ordem econômica, acaba por abrir o flanco a freqüentes injuridicidades, inconstitucionalidades, autênticas heresias à ordem jurídica.

Vai ser o caso de o Poder Judiciário ser convocado a estabelecer a necessária temperança na aplicação concreta desses comandos, de modo a que a luta contra os desvios egoístas dos agentes econômicos não se perversa em sérias ofensas a garantias e direitos fundamentais.

A CÉDULA DE PRODUTO RURAL

WALDIRIO BULGARELLI

1. Introdução — 2. A CPR e os bilhetes de mercadorias — 3. Requisitos essenciais e outros — 4. Qualificação jurídica — 5. Execução para entrega de coisa incerta — 6. Conclusões.

1. Introdução

Ao rol, já exaustivo, dos títulos de crédito e dos valores mobiliários¹ criados por natural exigência das operações econômicas às quais se deve acrescer àquelas decorrentes, nos últimos anos, do incremento das relações econômicas internacionais, vieram se juntar agora às Cédulas de Produtos Rurais, reguladas pela Lei 8.829, de 22.8.94, que, além de se incorporarem ao regime dos Títulos de Crédito Rural existentes (cf. Dec.-lei 167, de 14.2.67) se inseriram entre aqueles papéis de crédito reconhecidos como Valores Mobiliários (cf. Lei 6.385, de 7.12.76).²

Algumas características deste novo título/valor mobiliário dão-lhe configuração peculiar, como, p. ex.: a) a desnecessidade da menção de valor pecuniário; b) a sua qualificação como título líquido e certo exigível pela qualidade e quantidade do produto mencionado; c) estar sujeito à execução para entrega de coisa incerta, e por tudo isso, distanciando-o dos demais títulos, até mesmo os de crédito rural existentes.

1. Cf. o nosso *Títulos de Crédito*, 10.ª ed., S. Paulo, Atlas, 1994.

2. Ainda, em 27.6.90, pela Res. 1.723, do BCB, o CMN considerou como Valor Mobiliário a nota promissória emitida por sociedades por ações destinada à oferta pública.

A abrangência da CPR (chamemô-lo, assim, por brevidade, aliás, como o faz a própria Lei 8.929, de 22.8.94) é realmente significativa, pelo aspecto jurídico, na medida em que alcança a disciplina legal de vários institutos afins ou conexos, como: 1) o penhor rural e o penhor mercantil; 2) o direito cambial; 3) os valores mobiliários; 4) as obrigações em geral previstas, principalmente, no Código Civil; 5) as normas sobre execução específica reguladas pelo Código de Processo Civil. Este conjunto de normas aplicáveis decorrente da natureza e finalidade da CPR está confirmado pelas referências expressas da lei que a criou, e, certamente, obrigará o operador do direito a exercícios de interpretação para a aplicação harmônica das várias normas mencionadas.

Economicamente, não parece haver dúvidas que se pretendeu oferecer um papel capaz de servir de instrumento a certos negócios, de forma autônoma, portanto, desvinculado de outros, como a compra e venda, mútuos etc., valendo por si mesma, como promessa de entrega de determinados produtos. Para a segurança e certeza da sua circulação, previu-se o oferecimento de garantias (reais e fidejussórias, como o aval, o penhor e a hipoteca), estabelecendo-se a execução específica, tudo reforçado pela restrição à defesa do promitente,

impossibilitado de invocar em seu benefício o caso fortuito e a força maior, ficando ainda responsabilizado pela evicção (art. 11).

Tem-se, portanto, um papel de crédito complexo que participa tanto da natureza/qualificação jurídica dos títulos de crédito como dos valores mobiliários, restando saber se, na prática, o aparente excesso de restrições à defesa do emitente, assim como as dificuldades previsíveis para aquilatar o valor dos produtos prometidos, não tornará a CPR inutilizável.

2. A CPR e os bilhetes de mercadorias

A propósito da sua eficácia (entendida como o fator de viabilidade que se une à vigência e à eficácia dos institutos jurídicos, como é predicada, hoje, pela Teoria Geral do Direito), parece proceder a comparação da CPR, sob este aspecto, com o Bilhete de Mercadorias.

Vale lembrar que o Bilhete de Mercadorias foi criado pelo Ato 165-A, de 17.1.1890, e depois regulamentado pelo Dec. 370, de 2.5.1890;³ como bilhete a ordem, pagável em mercadoria, tendo como requisitos essenciais: a data; a qualidade das mercadorias consignadas; o nome e o prenome da pessoa a cuja ordem se devia fazer a consignação; a época em que esta se deveria fazer e o valor.

Em seu estudo sobre esse título, o Prof. Waldemar Ferreira anota que se tratava de título comercial, inspirado no similar italiano, *ordine in derrate*, e que entre nós, passou a ter mais amplo objeto — mercadorias em geral, podendo ser emitido ou aceito, indiferentemente, por comerciante ou não comerciante. E aponta a razão de não ter sido utilizado, permanecendo até hoje, no

esquecimento. Relata o Professor: “Sujeitando os signatários deste à falência, ao que parece, contribuiu sobremaneira para afugentá-lo das transações dos agricultores. Ninguém, que comerciante não fosse, se arriscaria a intervir em título, que o submetia ao processo falimentar. Logo depois, desfez o Dec. 917, de 24.10.1890, o mal-estar instituído por aquele texto do regulamento hipotecário, como submeter à falência somente quem fosse comerciante, e afastando a do não comerciante, ainda que interveniente em obrigação mercantil. Mas foi debalde. Nem se pode dizer que caiu em desuso porque não chegou a ser usado. Têm sido vãs as tentativas para restabelecê-lo. Não poucas vezes articulistas de jornais lhe apregoam as vantagens, no propósito de revivê-lo. Mas nem todas as ressurreições são possíveis.”

Surgem assim, aspectos que os distinguem: a promessa da entrega da mercadoria no Bilhete, enquanto na CPR a obrigação da entrega do produto sem valor mencionado; e no Bilhete de Mercadorias a sujeição à falência dos intervenientes, comerciantes enquanto na CPR verifica-se uma série de imposições ao promitente.

Ao que se deve acrescentar que, no Bilhete de Mercadorias, o valor devia ser mencionado, e que versava sobre o termo “mercadorias”, em geral, e não especificamente, como a CPR sobre produto exclusivamente rural.

Como os tempos são outros; como os produtos devem ser rurais; como adotou-se uma série de medidas em favor dos credores; como será suscetível de negociação em Bolsa ou Balcão, talvez o título venha a vingar.

3. Requisitos essenciais e outros

Configurou a Lei, a CPR como sendo uma promessa de entrega de

3. Cf. Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Comercial*, 10.^a ed., S. Paulo, 1963.

produtos rurais, e embora sem valor mencionado, como título líquido e certo, exigível pela quantidade e qualidade do produto nela previsto, suscetível de, em caso de inadimplemento, utilizar-se a execução de coisa incerta, como prevista no Código de Processo Civil (arts. 629 a 631).

E determinou que têm legitimação para emitir CPR o produtor rural e suas associações, inclusive cooperativas.

E mais ainda, consignou que deverá conter os seguintes requisitos lançados em seu contexto: I — denominação Cédula de Produto Rural; II — data da entrega; III — nome do credor e cláusula a ordem; IV — promessa pura e simples de entregar o produto, sua indicação e as especificações de qualidade e quantidade; V — local e condições da entrega; VI — descrição dos bens cedularmente vinculados em garantia; VII — data e lugar da emissão; VIII — assinatura do emitente.

Ressalva ainda, que sem caráter de requisito essencial, a CPR poderá conter outras cláusulas lançadas em seu contexto, as quais poderão constar de documento à parte, com a assinatura do emitente, fazendo-se, na cédula, menção a essa circunstância; e também, em documento à parte, poderá ser feita a descrição dos bens vinculados em garantia, fazendo-se na cédula menção a essas circunstâncias.

4. Qualificação jurídica

Desses elementos mencionados, pode-se concluir que se trata de título líquido e certo, é verdade, pois assim o considera o art. 4.º — embora a falta de um valor determinado possa dar motivo a pôr em dúvida essa qualificação — causal, por estar ligado aos produtos mencionados a eventuais garantias reais: dependente, pois que vinculado a aditivos e outros. Note-se que, e sempre

temos insistido nesse aspecto, não se deve confundir abstração com autonomia; certamente que o título é autônomo, no que se refere à sua circulação, suscetível de endosso, pois, obrigatoriamente emitido à ordem, e a propósito deve-se anotar que, à semelhança da nota promissória rural, os endossantes não respondem pela entrega do produto, mas tão-somente pela existência da obrigação, — portanto garantia *veritas* e não *bonitas*; e ainda que nesse sentido, é dispensado o protesto cambial para assegurar o direito de regresso contra avalistas.

É também considerado Valor Mobiliário, passível de negociação em Bolsa ou Balcão, incluindo-se, portanto, no rol dos papéis mencionados pela Lei 6.385/76.

5. Execução para entrega de coisa incerta

Conquanto, possa não haver, como de fato não há, diferenças tão substanciais entre a execução para entrega de coisa certa e da execução para entrega de coisa incerta, em nosso Código de Processo Civil, causa espécie a opção da lei — salvo se por engano — pela execução de coisa incerta, já que os produtos objetos da promessa de entrega do emitente devem ser devidamente descritos, assim, também, em relação aos bens oferecidos em garantia. Fácil é de ver que se trata de questão que poderá gerar problemas, na prática.

6. Conclusões

Certamente muito mais poderia ser dito a respeito, mas o que já foi mencionado parece ser suficiente para atrair a atenção e a meditação dos interessados e para tanto, publicamos também em anexo o texto da Lei examinada.

LEI 8.929 — DE 22 DE AGOSTO DE 1994

Institui a Cédula de Produto Rural, e dá outras providências

O Presidente da República.

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º. Fica instituída a Cédula de Produto Rural — CPR, representativa de promessa de entrega de produtos rurais, com ou sem garantia cedularmente constituída.

Art. 2.º. Têm legitimação para emitir CPR o produtor rural e suas associações, inclusive cooperativas.

Art. 3.º. A CPR conterá os seguintes requisitos, lançados em seu contexto:

- I — denominação Cédula de Produto Rural;
- II — data da entrega;
- III — nome do credor e cláusula à ordem;
- IV — promessa pura e simples de entregar o produto, sua indicação e as especificações de qualidade e quantidade;
- V — local e condições da entrega;
- VI — descrição dos bens cedularmente vinculados em garantia;
- VII — data e lugar da emissão;
- VIII — assinatura do emitente;

§ 1.º. Sem caráter de requisito essencial, a CPR poderá conter outras cláusulas lançadas em seu contexto, as quais poderão constar de documento à parte, com a assinatura do emitente, fazendo-se, na cédula, menção a essa circunstância.

§ 2.º. A descrição dos bens vinculados em garantia pode ser feita em documento à parte, assinado pelo emitente, fazendo-se, na cédula, menção a essa circunstância.

§ 3.º. A descrição do bem será feita de modo simplificado e, quando for o caso, este será identificado pela sua numeração própria, e pelos números de registro ou matrícula no registro oficial competente, dispensada, no caso de imóveis, a indicação das respectivas confrontações.

Art. 4.º. A CPR é título líquido e certo, exigível pela quantidade e qualidade de produto nela previsto.

Parágrafo único. O cumprimento parcial da obrigação de entrega será anotado, sucessivamente, no verso da cédula, tornando-se exigível apenas o saldo.

Art. 5.º. A garantia cedular da obrigação poderá consistir em:

- I — hipoteca;
- II — penhor;
- III — alienação fiduciária.

Art. 6.º. Podem ser objeto de hipoteca cedular imóveis rurais e urbanos.

Parágrafo único. Aplicam-se à hipoteca cedular os preceitos da legislação sobre hipoteca, no que não colidirem com esta Lei.

Art. 7.º. Podem ser objeto de penhor cedular, nas condições desta Lei, os bens suscetíveis de penhor rural e de penhor mercantil, bem como os bens suscetíveis de penhor cedular.

§ 1.º. Salvo se se tratar de títulos de crédito, os bens apenhados continuam na posse imediata do emitente ou do terceiro prestador da garantia, que responde por sua guarda e conservação como fiel depositário.

§ 2.º. Cuidando-se de penhor constituído por terceiro, o emitente da cédula responderá solidariamente com o empenhador pela guarda e conservação dos bens.

§ 3.º. Aplicam-se ao penhor constituído por CPR, conforme o caso, os preceitos da legislação sobre penhor, inclusive o mercantil, o rural e o constituído por meio de cédulas, no que não colidirem com os desta Lei.

Art. 8.º. A não identificação dos bens objeto de alienação fiduciária não retira a eficácia da garantia, que poderá incidir sobre outros do mesmo gênero, qualidade e quantidade, de propriedade do garante.

Art. 9.º. A CPR poderá ser aditada, ratificada e retificada por aditivos, que a integram, datados e assinados pelo emitente e pelo credor, fazendo-se, na cédula, menção a essa circunstância.

Art. 10. Aplicam-se à CPR, no que forem cabíveis, as normas de direito cambial, com as seguintes modificações:

- I — os endossos devem ser completos;
- II — os endossantes não respondem pela entrega do produto, mas, tão-somente, pela existência da obrigação;
- III — é dispensado o protesto cambial para assegurar o direito de regresso contra avalistas.

Art. 11. Além de responder pela evicção, não pode o emitente da CPR invocar em seu benefício o caso fortuito ou de força maior.

Art. 12. A CPR, para ter eficácia contra terceiros, inscreve-se no Cartório de Registro de Imóveis do domicílio do emitente.

§ 1.º. Em caso de hipoteca e penhor, a CPR deverá também ser averbada na matrícula do imóvel hipotecado e no Cartório de localização dos bens apenhados.

§ 2.º. A inscrição ou averbação da CPR ou dos respectivos aditivos serão efetuadas no prazo de três dias úteis, a contar da apresentação do título, sob pena de responsabilidade funcional do oficial encarregado de promover os atos necessários.

Art. 13. A entrega do produto antes da data prevista na cédula depende da anuência do credor.

Art. 14. A CPR poderá ser considerada vencida na hipótese de inadimplemento de qualquer das obrigações do emitente.

Art. 15. Para cobrança da CPR, cabe a ação de execução para entrega de coisa incerta.

Art. 16. A busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, promovida pelo credor, não elide posterior execução, inclusive da hipoteca e do penhor constituído na mesma cédula, para satisfação do crédito remanescente.

Parágrafo único. No caso a que se refere o presente artigo, o credor tem direito ao desentranhamento do título, após efetuada a busca e apreensão, para instruir a cobrança do saldo devedor em ação própria.

Art. 17. Pratica crime de estelionato aquele que fizer declarações falsas ou inexatas acerca de bens oferecidos em garantia da CPR, inclusive omitir declaração de já estarem eles sujeitos a outros ônus ou responsabilidade de qualquer espécie, até mesmo de natureza fiscal.

Art. 18. Os bens vinculados à CPR não serão penhorados ou seqüestrados por outras dívidas do emitente ou do terceiro prestador da garantia real, cumprindo a qualquer deles denunciar a existência da cédula às autoridades incumbidas da diligência, ou a quem a determinou, sob pena de responderem pelos prejuízos resultantes de sua omissão.

Art. 19. A CPR poderá ser negociada nos mercados de bolsas e de balcão.

§ 1.º. O registro da CPR em sistema de registro e de liquidação financeira, administrado por entidade autorizada pelo Banco Central do Brasil, é condição indispensável para a negociação referida neste artigo.

§ 2.º. Nas ocorrências da negociação referida neste artigo, a CPR será considerada ativo financeiro e não haverá incidência do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários.

Art. 20. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Itamar Franco — Presidente da República.

Rubens Ricupero.

Synval Guazzelli.

JURISPRUDÊNCIA

SIGILO BANCÁRIO — INFORMAÇÕES BANCÁRIAS REQUISITADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

SIGILO BANCÁRIO — Informações bancárias requisitadas pelo Ministério Público

O art. 192 da CF estabelece que o Sistema Financeiro Nacional será regulado em lei complementar. Ante a ausência de norma disciplinadora, a Lei 4.595/64, que instituiu referido sistema, restou recepcionada pela vigente Constituição da República, passando a vigorar com força de lei complementar, só podendo, destarte, ser alterada por preceito de igual natureza. Assegurado no art. 38 da Lei 4.595/64, o sigilo bancário, as requisições feitas pelo Ministério Público que impliquem violação ao referido sigilo devem submeter-se, primeiramente, à apreciação do Judiciário, que poderá, de acordo com a conveniência, deferir ou não, sob pena de se incorrer em abuso de autoridade. Ordem concedida.

STJ — HC 2.019-7 — RS — 5.ª T. — Rel. Min. Flaquer Scartizzini — j. 13.4.94 — v.u.

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 5.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem. Votaram com o Relator os Srs. Mins. Assis Toledo, Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

Brasília, 13 de abril de 1994 — JESUS COSTA LIMA, pres. — FLAQUER SCARTEZZINI, relator.

RELATÓRIO — *O Exmo. Sr. Min. Flaquer Scartezzini: Trata-se de ordem originária de Habeas Corpus, substitutiva do Recurso Ordinário próprio, requerida em benefício de CEOP contra v. acórdão da 3.ª Câmara Criminal do TJRJ que denegou medida de igual natureza, objetivando concessão de "salvo-*

conduto" para que seja desobrigado de atender requisição de informações bancárias solicitadas pelo Ministério Público Estadual.

Argumentam os impetrantes que o ora paciente, CEOP gerente do Banco..., se encontra sob ameaça de prisão e de responder por crime de desobediência, por não atender pedido de informações requisitadas pelo Promotor de Justiça local, com o objetivo de apurar atividades ilícitas de Policiais da Delegacia de Roubos e Furtos de Veículos com Cias. de Seguro.

Alegam atipicidade na conduta do ora paciente e ausência de justa causa, eis que, diante do sigilo bancário criado por lei, o Ministério Público não tem competência para vasculhar a vida bancária de correntistas.

Pedem a concessão de liminar, que restou indeferida por despacho de fls.

Interposto Agravo Regimental (fls.), o em. Min. Assis Toledo, face minha ausência eventual, deferiu a liminar para conceder salvo-conduto em favor do paciente, até o julgamento do presente *writ* (fls.).

Atendendo pedido de informações, o eg. TJRJ remeteu cópia do acórdão que denegou idêntica pretensão impetrada, naquela col. Corte, em favor do ora paciente (fls.).

A Subprocuradoria-Geral da República, às fls., opina pelo indeferimento do *writ*, em parecer, assim, ementado, *verbis*:

"Inquérito policial — Requisição de informações e documentos pelo Ministério Público à instituição bancária privada — Pretensão de salvo-conduto para deixar de atender à requisição ministerial — Impossibilidade de concessão. Os ns. II e IV do art. 26 da Lei 8.625/93 autorizam o Ministério Público, titular exclusivo da Ação Penal Pública, requisitar, diretamente, informações às entidades privadas, destinadas a instruir a acusação pública

em Juízo, ficando o membro do *parquet* responsável pelo uso indevido das informações requisitadas, nas hipóteses legais de sigilo (Lei 8.625, art. 26, § 2.º). Parecer pelo indeferimento do *writ*.

É o relatório.

VOTO — O Exmo. Sr. Min. Flaquer Scartezzini: Sr. Presidente, extrai-se dos autos que o Promotor da 17.ª Promotoria de Investigação Penal do Rio de Janeiro, com suporte no art. 26, II e § 2.º, da Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), requisitou extrato completo e detalhado de determinada conta corrente ao Banco... Investigava-se, na oportunidade, crime de corrupção passiva de policiais da Delegacia de Roubos e Furtos de Veículos com Cias. de Seguro (fls.).

Escudado em parecer da Assessoria Jurídica do Banco, o pedido não foi atendido sob o pretexto de preservação do sigilo bancário (art. 38 da Lei 4.595/64) e da inaplicabilidade, na hipótese, do disposto no art. 26, II e § 2.º da Lei 8.625/93 (fls.).

O pedido foi reiterado, fixando-se o prazo de 24 hs. para seu cumprimento, sob as penas da lei (fls.).

Daf, o presente pedido de *Habeas Corpus* substitutivo do Recurso Ordinário, objetivando concessão de “salvo-conduto” em favor do ora paciente.

Confrontando ambos os dispositivos, temos que a Lei 8.625/93, em seu art. 26, dispõe:

“Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

.....
II — requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que ofício;
.....

§ 2.º. O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.”

Já a Lei 4.595/64 expressa:

“Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1.º. As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas insti-

tuições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.”

Resta, então, indagar se a Lei 8.625/93 derogou o princípio contido no art. 38 da Lei 4.595/64.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 192 estabelece: “O Sistema Financeiro Nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar...”

Conclui-se, daí, que a Lei 4.595/64, que disciplina o Sistema Financeiro Nacional, restou mantida pela Carta Magna, passando a vigorar com força de lei complementar, a teor do supratranscrito artigo constitucional, só podendo ser alterada por nova lei complementar.

A respeito, não posso me furtar à transcrição de comentários produzidos por José Afonso da Silva, neste sentido: “O Sistema Financeiro Nacional será regulado em lei complementar. Fica valendo, como tal, pelo princípio de recepção, a Lei 4.595/64, que precisamente instituiu o Sistema Financeiro Nacional. Não é, portanto, a Constituição que o está instituindo. Ela está constitucionalizando alguns princípios do sistema. Aquela lei vale, por conseguinte, como se lei complementar fosse. Sua alteração, contudo, depende de lei complementar, ou seja, de lei formada nos termos do art. 69. Não precisava a Constituição cuidar desse assunto num capítulo pomposamente denominado Sistema Financeiro Nacional.

Mas é importante o sentido e os objetivos que a Constituição imputou ao Sistema Financeiro Nacional, ao estabelecer que ele será estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, de sorte que as instituições financeiras privadas ficam assim também e de modo muito preciso vinculadas ao cumprimento de função social bem caracterizada” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 7.ª ed., RT, p. 692).

Da mesma forma, observou Celso Ribeiro Bastos: “O presente artigo estipula que o Sistema Financeiro Nacional será regulado em lei complementar. Na verdade, já existe o referido sistema disciplinado pela Lei 4.595/

64, que passa a vigorar com força de lei complementar. Não é que a referida lei se converta em norma dessa categoria. O que acontece é que, não podendo a matéria atinente ao Sistema Financeiro ser disciplinada senão por lei complementar, a normatividade anterior, nada obstante não constar de norma dessa natureza, só pode ser modificada por preceito dessa categoria legislativa. Daí a sua eficácia ser de lei complementar e poder falar-se, em consequência, que a Lei 4.595/64 tem força de lei complementar. São duas as matérias que lhe cabem: estruturar o Sistema Financeiro com vistas aos objetivos descritos no artigo sob comento e tratar de forma específica dos incisos constantes do artigo, assim como dos seus parágrafos, sobretudo o terceiro, que exige uma legislação integrada" (*Comentários à Constituição do Brasil*, 7.º v., p. 358).

Como se pode verificar, a Lei 4.595/64, com força de lei complementar, só pode ser alterada por norma de igual categoria, nos termos do art. 192 da CF/88.

Daí, não se poder falar em derrogação de referido preceito pela Lei Ordinária 8.625/93 (LONMP).

Sem dúvida, pela supracitada lei, o Ministério Público adquiriu amplos poderes para requisitar informações e documentos a entidades privadas, necessárias à sua atuação básica, responsabilizando-se, todavia, pela quebra do sigilo.

Da mesma forma, o preceito inscrito no art. 38 da Lei 4.595/64, que continua em vigor, estatui da necessidade de ordem judicial, a fim de que as partes legítimas na causa tenham acesso às informações sobre operações bancárias mantidas sob sigilo.

Por outro lado, a vigente Carta Magna, no capítulo atinente aos direitos e deveres individuais e coletivos, criou diversas prerrogativas em proteção à privacidade (CF, art. 5.º, incs. X, XI, XII, XIV), em particular, o sigilo bancário.

Este, a propósito, é o entendimento da Turma, da qual peço vênia ao ilustre Min. José Dantas para transcrever trecho de seu voto proferido no HC 1.458-2-RS: "Ademais, cuidando-se de matéria vinculada ao direito à privacidade, ultimamente erigido em festejada prerrogativa constitucional, convenha-se no rigor que deve revestir a interpretação tanto quanto restritiva da lei de exceção. Onde

acrescer que a compreensão extensiva que se lhe pudesse emprestar a título da ampliação constitucional das funções institucionais do Ministério Público, inclusive para requisitar diligências investigatórias (CF, art. 129, VIII), como aduzido no acórdão, decerto que esbarraria na própria prerrogativa individual, na insuscetibilidade da mesma a escusas alheias à forma que a lei estabeleceu para fins de investigação criminal ou instrução processual penal."

Disposto como direito fundamental, por extensão da proteção à vida privada, o sigilo bancário pode ceder diante do interesse público relevante, mediante ordem judicial, assegurados o devido processo legal e a garantia de preservação. Caso contrário, não fosse estas condições, a simples invocação do interesse público, nem sempre presente, poderia ensejar uma indevida interferência dos órgãos estatais nas esferas privadas e na intimidade do cidadão.

Por isso, o sigilo bancário foi expressamente protegido pela Lei 4.595/64, art. 38, a qual, inclusive sancionou com pena de 1 a 4 anos de reclusão a conduta de violar referido sigilo (art. 38, § 7.º).

À luz deste balizamento, entendo imprescindível a prévia autorização da autoridade judicial competente para que sejam franqueadas as informações bancárias atinentes ao correntista.

Esta Turma, em outra oportunidade, decidiu no sentido de que requisitos de informações bancárias formuladas pelo *parquet* submetem-se ao sigilo, impondo-se, destarte, a prévia provocação do Poder Judiciário para que a instituição financeira exima-se do dever do segredo imposto por lei. *Mutatis mutandi*, a decisão, a seguir transcrita, aplica-se ao presente caso:

"Processual penal — Ação penal — Requisição pelo Ministério Público — Trancamento — Falta de justa causa. O Promotor de Justiça pode requisitar informações e documentos às instituições financeiras destinadas a instruir inquérito policial, ressalvadas as hipóteses de sigilo (LC 40/81, art. 15, I e IV).

O Sistema Financeiro Nacional é estruturado em lei complementar (CF, art. 192, *caput*). Assim, a Lei 4.595/64, foi recepcionada como tal, somente pode ser alterada por lei complementar.

Assegurado, no art. 38, o sigilo bancário, as requisições feitas por promotor de justiça, *si et in quantum*, submetem-se a essa limitação, também inserta na LC 40/81, nada impedindo que o faça através do Poder Judiciário.

Tratando-se, no entanto, de crime contra o Sistema Financeiro Nacional, o Ministério Público Federal poderá requisitar a qualquer autoridade informação, documento ou diligência relativa à prova dos crimes previstos na Lei 7.492/86.

A hipótese dos autos af não se enquadra, motivo pelo qual se concede a ordem para trancar a Ação Penal (RHC 1.290-MG, Rel. Min. Jesus Costa Lima, *DJ* 21.10.91)."

Portanto, a intervenção do Ministério Público na quebra do sigilo bancário é limitada, devendo ser efetuada mediante ordem judicial fundamentada, sob pena de colidir com os direitos e garantias constitucionalmente asseguradas.

Isto posto, concedo a ordem requerida para desobrigar o ora paciente de prestar informações referentes à conta bancária em questão, solicitadas diretamente pelo órgão do Ministério Público.

Confirmo a liminar anteriormente deferida.
É como voto.

VOTO — O Exmo. Sr. Min. Assis Toledo:
O voto que profiro neste processo é essencialmente idêntico ao que trago escrito para o HC 2.352-8, de que sou Relator.

Esta Turma, em dois precedentes (o primeiro de 1991, Rel. Min. Costa Lima (RHC 1.290), o segundo de 1992, Rel. Min. José Dantas), com minha adesão, firmou o seguinte entendimento a respeito da preservação do sigilo bancário:

"Processual penal — Ação penal — Requisição pelo Ministério Público — Trancamento — Falta de justa causa. O Promotor de Justiça pode requisitar informações e documentos às instituições financeiras destinadas a instruir inquérito policial, ressalvadas as hipóteses de sigilo (LC 40/81, art. 15, I e IV).

O Sistema Financeiro Nacional, estruturado em lei complementar (CF, art. 192, *caput*). Assim, a Lei 4.595/64, foi recepcionada como tal, somente pode ser alterada por lei complementar.

Assegurado, no art. 38, o sigilo bancário, as requisições feitas por promotor de justiça,

si et in quantum submetem-se a essa limitação também inserta na LC 40/81, nada impedindo que o faça através do Poder Judiciário.

Tratando-se, no entanto, de crime contra o Sistema Financeiro Nacional, o Ministério Público Federal poderá requisitar a qualquer autoridade informação, documento ou diligência relativa à prova dos crimes previstos na Lei 7.492/86.

A hipótese dos autos af não se enquadra, motivo pelo qual se concede a ordem para trancar a Ação Penal" (RHC 1.290, *DJ* 21.10.91).

"Penal — Sistema Financeiro Nacional — Instituições privadas — Requisição do Ministério Público Federal — Sigilo bancário. Crime de desobediência. Como tal não se tipificam as escusas da instituição privada solicitada, a qual não se conceitua como "autoridade" para efeito do art. 29 da Lei 7.492/86, c/c os arts. 2.º, 8.º, 22 e 38, §§ 1.º e 2.º, da Lei 4.595/64" (HC 1.458, *DJ* 7.12.92).

Após esses dois acórdãos, surgiu, como fato novo, a edição da Lei 8.625, de 12.2.93 (lei ordinária, instituindo a Lei Orgânica do Ministério Público), e da LC 75, de 20.5.93 (lei complementar, dispoendo sobre a organização, atribuições e o estatuto do Ministério Público da União).

Como nestes autos está em foco apenas a quebra do sigilo bancário por ato exclusivo do promotor estadual, limito-me ao exame desse aspecto, diante da nova Lei 8.625/93, em cujo art. 26, II, e § 2.º, se apóia o órgão requisitante.

A primeira questão que surge consiste em saber se esse novo diploma legal, na hipótese de dispor em contrário, poderia revogar o sigilo bancário tal como instituído na Lei 4.595/64, relativa ao Sistema Financeiro Nacional.

O acórdão impugnado afirma que sim, de modo categórico, sem dar as razões desse inusitado entendimento.

Penso que não tem razão.

Os comentaristas da Constituição de 1988, citados no voto do Min. Costa Lima, esclarecem que a matéria atinente ao Sistema Financeiro, por força de dispositivo constitucional, expresso no art. 192 da Carta de 1988, só pode ser regulada por lei complementar, não por lei ordinária.

Assim, na ausência de lei complementar que modifique ou crie novas hipóteses de

quebra do sigilo bancário, a lei ordinária não está dotada de eficácia para fazê-lo, isto é, para modificar preceitos da Lei 4.595/64, pois a matéria desta é hoje reservada, com exclusividade, à lei complementar de maior hierarquia.

É a lição de Celso Ribeiro Bastos: "O presente artigo estipula que o Sistema Financeiro Nacional será regulado em lei complementar. Na verdade, já existe o referido sistema disciplinado pela Lei 4.595/64, que passa a vigorar com força de lei complementar. Não é que a referida lei se converta em norma dessa categoria. O que acontece é que, não podendo a matéria atinente ao Sistema Financeiro ser disciplinada senão por lei complementar, a normatividade anterior, nada obstante não constar de norma dessa natureza, só pode ser modificada por preceito dessa categoria legislativa. Daí a sua eficácia ser de lei complementar e poder falar-se, em consequência, que a Lei 4.595/64 tem força de lei complementar. São duas as matérias que lhe cabem: estruturar o Sistema Financeiro com vistas aos objetivos descritos no artigo sob comento e tratar de forma específica dos incisos constantes do artigo, assim como dos seus parágrafos, sobretudo o terceiro, que exige uma legislação integradora" (*Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, 7.º/358).

E de José Afonso da Silva: "O Sistema Financeiro Nacional será regulado em lei complementar. Fica valendo, como tal, pelo princípio de recepção, a Lei 4.595/64, que precisamente instituiu o Sistema Financeiro Nacional. Não é, portanto, a Constituição que o está instituindo. Ela está constitucionalizando alguns princípios do sistema. Aquela lei vale, por conseguinte, como se lei complementar fosse. Sua alteração, contudo, depende de lei complementar, ou seja, de lei formada nos termos do art. 69. Não precisava a Constituição cuidar desse assunto num capítulo pomposamente denominado Sistema Financeiro Nacional.

Mas é importante o sentido e os objetivos que a Constituição imputou ao Sistema Financeiro Nacional, ao estabelecer que ele será estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, de sorte que as instituições financeiras privadas ficam assim também e de modo muito preciso vinculadas

ao cumprimento de função social bem caracterizada" (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, RT, 7.ª ed., p. 692).

Assim, como se trata, no caso, de Lei Ordinária (8.625/93) não tem ela o alcance para revogar ou derrogar a Lei 4.595/64.

A segunda questão consiste em saber se, de fato, a Lei 8.625/93, em seu art. 26, II, e § 2.º, autoriza a pretendida quebra de sigilo.

Penso que não.

O art. 129, VI, da CF autoriza o Ministério Público a "expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva".

No caso, não se trata de "procedimento administrativo" de competência do promotor, mas de inquérito policial e a lei em que se apóia o promotor, como se viu, não é "lei complementar".

A Lei 8.625/93 dispõe:

"Art. 26. No exercício de suas funções o Ministério Público poderá:

.....
 II — requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processos em que officie;

.....
 § 2.º. O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo."

Não vejo, nesses preceitos, uma autorização para a quebra do sigilo bancário, o que, conforme assinalado, não poderia ser feito por lei ordinária. O inciso II contém uma autorização genérica que não alcança a exceção da quebra de sigilo, regulada por outra Lei (4.595/64). O § 2.º institui a responsabilidade do ocupante do cargo pelo uso indevido de informações e documentos, inclusive dos que estejam ao abrigo do sigilo. Não autoriza, nem seria esse o lugar adequado à quebra do sigilo bancário, sem a intervenção do juiz.

Ante o exposto, não vejo razão para alterar o critério adotado pelos precedentes da Turma, no tocante ao dever de obediência ao sigilo bancário por parte do Ministério Público Estadual.

Nenhum prejuízo, aliás, poderá daí resultar para o bom andamento das investigações criminais, já que o representante do Ministério

Público poderá requerer e obter os elementos pretendidos através de requerimento formulado ao juiz competente, demonstrada a sua necessidade e tomadas as cautelas devidas.

Defiro a ordem, confirmando, portanto, a liminar.

É o voto.

VOTO VOGAL — O Exmo. Sr. Min.

Edson Vidigal: Sr. Presidente, os dois brilhantes votos que acabamos de ouvir sintetizam muito bem, a meu ver, as questões sob julgamento, porquanto tratam do mesmo caso. A mim, nada me resta senão acompanhar o em. Min. Cid Flaquer Scartezzini, com as considerações sobsequentes do Sr. Min. Assis Toledo.

É o voto.

VOTO — O Exmo. Sr. Min. Jesus Costa

Lima: Srs. Mins. Cid Flaquer Scartezzini e Assis Toledo, certamente, não alteram o entendimento desta Turma, expressos nos precedentes de que o Sr. Min. José Dantas e eu fomos Relatores.

O advento da Lei 8.625/93 não alterou, de forma nenhuma, os fundamentos então expostos. O que a constituição assegurou aos Membros do Ministério Público foi “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações de documentos para instruí-los que, na forma da lei complementar respectiva” (CF, art. 129, VI). A Lei 8.625/93, que dispõe sobre o Ministério Público Estadual, é lei ordinária.

O momento que vive o País exige muito equilíbrio, muita ponderação. Procura-se, de todo modo, destruir as instituições denegrindo o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. A ira, agora, concentra-se sobre o Judiciário. Há como que uma orquestra contratada para assacar contra a honra de Magistrados, desde o STF. Colocar na mão de um só, como ressaltou o em. Min. Assis Toledo, o poder de investigar, de denunciar e de julgar, levará a quê? A uma ditadura. Ao arbítrio. A honra das pessoas não pode ficar ao sabor de qualquer um que, aos olhos do povo, aparece como o salvador, o desbravador, o corajoso.

A balança traduz, exatamente, o equilíbrio de um que requer, de outro que contesta e do juiz que distribui a justiça.

A Lei 8.625/93 não conferiu aos membros do Ministério Público Estadual poder para,

diretamente, requisitar informações que impliquem violação de uma garantia constitucional, que é a do sigilo bancário. De modo que, fazendo referência ao voto que proferi no HC 1.290, que farei juntar na oportunidade das notas taquigráficas, acompanho o voto do em. Relator.

COMENTÁRIO

Há de se concordar inteiramente com a decisão do E. STJ, na pessoa dos ilustres Ministros componentes de sua 5.^a Turma, quanto ao entendimento segundo o qual, no campo do sigilo bancário, o art. 38 da Lei 4.595, de 31.12.64, está em pleno vigor. Assim sendo, foi rechaçada a pretensão do Ministério Público que objetivava a requisição de informações em inquérito policial, diretamente à instituição bancária, com pretensão respaldo no art. 26, II e IV da Lei 8.625/93.

O STJ entende ter sido a lei de reforma bancária recepcionada pela Constituição de 1988 na qualidade de lei complementar e, portanto, passível de revogação apenas por diploma legal de mesmo nível ou superior. Dessa maneira, continua o Ministério Público, segundo o acórdão, sujeito a obter os elementos dos quais necessite jamais de forma direta, mas unicamente através de requerimento formulado ao juiz competente, demonstrada a sua necessidade e tomadas as cautelas legais.

Portanto, a direção adotada pelo STJ está com o melhor direito e não pode ser objeto de qualquer crítica.

No entanto, abre-se a oportunidade para cogitar-se se, na reforma constitucional futura, regulamentadora do art. 192 da CF, não seria o caso de aproveitar-se a oportunidade para repensar-se o problema do sigilo bancário, sobre o qual passo a apresentar brevemente algumas idéias.

Entendo que o instituto deve ser mantido e, até, vir a ser agasalhado no

art. 5.º, da Magna Carta, na qualidade de direito individual básico, sede na qual será mais difícil praticar-se atentados contra tal direito.

Tal orientação decorre da verificação da existência de inúmeros ataques que o sigilo bancário já tem sofrido e dos inúmeros perigos entrevistados com o desenvolvimento dos sistemas de informática, que facilitarão no futuro, uma enorme possibilidade de invasão da privacidade, em grave dano para as pessoas.

Não pode ser esquecido que o sistema bancário tem sido largamente usado, entre outros fins ilícitos, para a chamada “lavagem de dinheiro” proveniente do crime organizado, nos campos das drogas, do contrabando de armas e das fraudes internacionais ao comércio. Mas a preocupação nacional e internacional com a luta contra esses tipos de problemas não pode levar ao desaparecimento do sigilo bancário ou ao seu rebaixamento a um nível tal que não produza os desejados efeitos de preservação da intimidade.

Uma maneira eficiente para o controle das atividades ilícitas acima designadas estará na adoção de maiores exigências legais e administrativas para a abertura e movimentação de contas bancárias, sob responsabilidade dos bancos, na esteira daquelas já adotadas entre nós pelo Banco Central do Brasil, as quais redundaram, entre outros efeitos, no recente recadastramento necessário de todos os titulares de contas.

Há de se encontrar um ponto de equilíbrio entre os interesses públicos e os do indivíduo, sem que sobre este recaia uma indesejável e freqüentemente desnecessária livre intromissão das autoridades em suas contas correntes bancárias.

Um dos abusos que mais comumente têm ocorrido, inclusive com largo uso ao tempo da Comissão Parlamentar de Inquérito do “Caso PC Farias” foi o

acesso indevido a contas bancárias por funcionários das próprias instituições financeiras, das quais se tiraram extratos, que foram remetidos anonimamente para membros da CPI, ali dados a público. Essa injustificável quebra do sigilo bancário somente pode ser extinta caso a lei a criminalize de forma direta e proíba o uso de informações e documentos que não sejam encaminhados dentro das formalidades legais, sob controle judicial.

Nunca será demais enfatizar a necessidade da permanência do controle judicial sobre os atos de quebra do sigilo bancário, dentro de um esquema que pode vir a ser mais aberto e mais amplo, mas jamais uma desculpa para o puro arbítrio.

Não se pode alegar, como se sabe tão claramente, que os fins justificam os meios quando se trata de atividade criminosa, especialmente no campo da sonegação fiscal pois, dessa forma, ficar-se-á ao arbítrio do livre julgamento alheio sobre a oportunidade de uma devassa particular em contas bancárias, e do uso político dos resultados “positivos” eventualmente encontrados pelo inquisidor de plantão.

Na data em que escrevo este comentário, noticiou-se uma ampla quebra de sigilo bancário, determinada na Argentina pela DGI (“Dirección General Impositiva” — in *O Estado de São Paulo*, de 15.2.95, p. 12), por meio da qual as instituições financeiras locais tornaram-se obrigadas a fornecer informações sobre as contas correntes, poupanças e aplicações a prazo fixo em território argentino. Para esse efeito existe naquele país uma lei autorizadora de tal exigência.

Uma medida tão abrangente como esta somente se justificaria em casos altamente excepcionais, quando o Estado necessitasse tomar providências urgentes e em larga escala na defesa dos

interesses maiores da sociedade, mesmo porque, assim indiscriminada, apenas afogaria o órgão fiscal em um infindável universo de documentos e de informações, a maioria deles certamente absolutamente desnecessária, a não ser que toda a sociedade local tivesse adotado a marginalidade legal como regra e não como exceção.

Não é este o lugar para se oferecer uma solução adequada e completa ao problema do sigilo bancário, tendo,

apenas se aproveitado a oportunidade para fazer-se um alerta sobre tema tão candente, que não pode ter sua elevada importância esquecida na reforma constitucional que se avizinha, principalmente diante das pressões fortes que, certamente, o Fisco fará para um grande alargamento dos casos de quebra do sigilo bancário.

Até lá, seja cumprida à risca a lei em vigor, tal como tão brilhantemente fez o STJ no caso sob exame.