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.

Ano XIX (Nova Série) n. 37 Janeiro/Março de 1980

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Conselho Editorial:

ANTONIO MERCADO JÚNIOR, DARCY ARRUDA MIRANDA JÚNIOR, EGBERTO LACERDA TEIXEIRA, FRAN MARTINS, GEORGE COELHO DE SOUZA, GERD WILLI ROTHMANN, HERNANI ESTRELLA, J. C. SAMPAIO DE LACERDA, JOÃO NASCIMENTO FRANCO, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, MAURO BRANDÃO LOPES, MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA, NELSON ABRÃO, OSCAR BARRETO FILHO, PAULO BARBOSA LESSA, PAULO ROBERTO CABRAL NOGUEIRA, RODOLFO ARAÚJO, RUBENS REQUIÃO, RUY BARBOSA NOGUEIRA, RUY JUNQUEIRA DE FREITAS CAMARGO, SYLVIO MARCONDES, THEÓPHILO AZEREDO SANTOS, WALDÍRIO BULGARELLI, PAULO SALVADOR FRONTINI, NEWTON DE LUCCA, VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Coordenador:

WALDIRIO BULGARELLI

Secretários Executivos:

NEWTON SILVEIRA
VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Registrada no Departamento de Polícia Federal sob n. 257.P.209/73.

Edição e distribuição da

EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Tels. (011) 37-8689 e 37-9772

01501 — São Paulo, SP.

SUMÁRIO

DOUTRINA

— **O desenvolvimento econômico como fim constitucional** — Fábio Nusdeo 9

— **A revocatória no direito cambiário** — Bomfim Viana 18

— **Da conferência de bens intangíveis ao capital das sociedades anônimas** — Denis Borges Barbosa 33

— **Os incentivos fiscais do imposto sobre a renda e as subscrições de capital do fundo de investimento no nordeste — FINOR** — Luiz Mélega 51

— **Contrato preliminar** — Sérgio de Godoy Bueno 68

— **Marcas e patentes no Exterior** — Wilson Silveira 82

— **Os valores mobiliários brasileiros como títulos de crédito** — Waldírio Bulgarelli 94

— **A cessão de controle acionário é negócio mercantil?** — Fábio Konder Comparato 113

JURISPRUDÊNCIA

— **Cambial** — Nota promissória — Vencimento a certo tempo da vista — Prazo prescricional não decorrido — Registro desnecessário na espécie — Apelação não provida — Comentário de Mauro Rodrigues Penteado 125

— **Prisão civil** — Decretação contra o devedor por não haver devolvido as duplicatas que lhe foram enviadas para aceite — Admissibilidade — Medida não inconstitucional ou ilegal — "Habeas corpus" denegado — Inteligência dos arts. 153, § 17, da CF e 885 do CPC — **Prisão civil** — Decretação contra sonegador de duplicatas que foram enviadas para aceite — Revogação pretendida por não proposta a ação principal nos 30 dias subseqüentes — Inadmissibilidade — Medida cautelar ainda não executada — "Habeas corpus" denegado — Inteligência dos arts. 806, 808, II e 885 do CPC — Comentário de Sebastião Silveira 129

— **Crime contra a propriedade industrial** — Violação de privilégio de invenção — Pretendida ausência de justa causa para a ação penal por ter sido reconhecida judicialmente a nulidade da patente — Decisão, entretanto, não transitada em julgado — "Habeas corpus" denegado — Inteligência dos arts. 169, I, II e III, do Dec.-lei 7.903/45 e 648, I do CPP — Comentário de Sebastião Silveira 136

— **Ação ordinária** — Sentença (Proc. 5.209, 6.ª Vara Federal-RJ — Juiz Carlos Augusto Thibau Guimarães) — Comentário de Newton Silveira 139

— **Sociedade comercial** — Responsabilidade limitada — Marido e esposa — Execução contra a sociedade — Penhora de bens dos sócios — Embargos de terceiro procedentes — Apelação provida — Voto vencido — Comentário de Waldírio Bulgarelli 151

— **Título extrajudicial** — Notas promissórias — Execução contra avalista que pretende chamamento ao processo do emitente dos títulos — Indeferimento — Aplicabilidade do princípio da solidariedade cambial — Agravo conhecido e não provido — Comentário de José Alexandre Tavares Guerreiro 155

ATUALIDADES

— **Supremo decide**: Consórcios podem usar alienação fiduciária — Paulo Salvador Frontini 163

— Alienação fiduciária em garantia — Alterações propostas na respectiva legislação pelo Projeto de Lei 1.960/1979, de autoria do Dep. Odacir Klein — Luiz Mélega . 166

— INPI vitorioso nos dois primeiros litígios judiciais relativos a contratos de exploração de patente e de transferência de tecnologia — Denis Allan Daniel 173

ÍNDICE REMISSIVO 183

LISTA DE COLABORADORES

BOMFIM VIANA

Professor na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Doutor em Direito pela USP — Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli.

DENIS ALLAN DANIEL

Agente da Propriedade Industrial

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

DENIS BORGES BARBOSA

Advogado no Rio de Janeiro; Assessor Jurídico do Presidente do Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

FÁBIO KONDER COMPARATO

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Doutor em Direito pela Universidade de Paris; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados de São Paulo; Membro da "Société de Legislation Comparée", de Paris.

FÁBIO NUSDEO

Professor Livre-Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

Advogado em São Paulo

LUIZ MÉLEGA

Bacharel em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Assessor Jurídico do Centro da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo.

MAURO RODRIGUES PENTEADO

Mestre em Direito; Professor-Assistente de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

NEWTON SILVEIRA

Diretor da Cruzeiro do Sul/Newmarc Patentes e Marcas Ltda.; Secretário Geral Adjunto do IIDA — Instituto Interamericano de Direito de Autor; Advogado e Procurador Junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

PAULO SALVADOR FRONTINI

Professor-Assistente Doutor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SEBASTIÃO SILVEIRA

Advogado em São Paulo

SÉRGIO DE GODOY BUENO

Advogado e Mestrando na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

WALDIRIO BULGARELLI

Bacharel, Doutor e Livre-Docente em Direito pela Universidade de São Paulo na disciplina de Direito Comercial; Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da Faculdade de Direito da USP; Professor Titular de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli; do Instituto Paulista de Direito Agrário; do Instituto dos Advogados de São Paulo e do Instituto dos Advogados Brasileiros.

WILSON SILVEIRA

Advogado em São Paulo

DOUTRINA

O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO COMO FIM CONSTITUCIONAL

FÁBIO NUSDEO

SUMÁRIO: 1. O tema — 2. Evolução recente — 3. Desenvolvimento econômico: meio ou fim? — 4. O desenvolvimento nas Constituições brasileiras — 5. Conclusão.

1. O tema

Como decorrência do processo de reorganização política do País, fala-se cada vez mais em alterações a serem introduzidas na Carta Magna brasileira, a fim de adaptá-la não apenas a essa reorganização, como também a novas realidades e novos conceitos que o mundo moderno, no seu incoercível dinamismo, vem apresentando em todos os domínios. As sugestões a esse respeito variam enormemente, indo desde de simples emendas a capítulos ou artigos específicos da carta vigente até a sua substituição integral por outra a ser elaborada por uma assembléia constituinte expressamente convocada.

Claramente, o presente trabalho não se destina a tomar qualquer partido nessa polêmica. No entanto, é forçoso convir que ela poderá levar, mais cedo ou mais tarde, a algum tipo de revisão constitucional. E, se não é missão do jurista optar, enquanto tal, por essa ou aquela solução, cabe-lhe, sem dúvida, dar a sua contribuição para que o corpo político faça, no devido momento, as opções corretas com relação aos vários temas constitucionais.

Dentro dessa perspectiva, o presente trabalho propõe-se discutir a posição do desenvolvimento dentro do capítulo referente à Ordem Econômica e Social, no qual se destaca, segundo a carta constitucional em vigor como um de seus principais objetivos.

O tema não é destituído de importância prática, pois os dispositivos constitucionais inseridos no referido capítulo, apesar de seu caráter meramente programático, condicionam e justificam toda uma gama de ações e atitudes concretas, quer por parte do Estado, quer também dos particulares, com vistas ao direcionamento da sociedade no campo não apenas econômico, mas também jurídico e social.

Como acentuam diversos autores, a preocupação muitas vezes obsessiva com o desenvolvimento tem sido a principal força a dar ao direito novas perspectivas e nova orientação. A chamada instrumentalização do direito, em virtude da qual a norma jurídica passa a ser usada como mera ferramenta, na imagem feliz de Manuel Gonçalves Ferreira Filho, visando à obtenção de metas específicas e, as mais das vezes, a curto prazo, é um produto típico do enfoque desenvolvimentista, dado à ação governamental no campo econômico.

Daí a conveniência de uma reavaliação e de um reexame, a fim de colocar o desenvolvimento numa perspectiva consentânea com a atual realidade e, sobretudo, com as aspirações do homem neste final do século XX.

2. Evolução recente

A constatação de que o processo de desenvolvimentos tem sido algo de excepcional na história da humanidade colocou a sociedade internacional diante de um quadro alarmante. O hiato entre nações ricas e pobres tenderia não apenas a se manter, mas a se alargar, caso ela não assumisse a responsabilidade de reduzi-lo, mediante a criação de mecanismos aptos a estimularem o desenvolvimento dos países menos adiantados. Além do mais, após a conflagração mundial, o número de nações independentes mais do que duplicou. Em alguns poucos anos os membros das Nações Unidas passaram de 50 a 150. E o acréscimo foi todo ele proveniente de regiões subdesenvolvidas, onde as taxas de crescimento demográfico se tornavam explosivas.

Não é de admirar pois que, já em 1943, na Conferência de Hot Springs, a organização mundial assumisse, como uma de suas responsabilidades, a promoção desse mundo até então privado dos benefícios do progresso. Porém, em que consistiria exatamente o desenvolvimento? Como medi-lo? Como encontrar um padrão que revelasse os avanços conseguidos ou, eventualmente os fracassos verificados?

Quanto a isso os economistas não tinham dúvidas. Detinham já há tempos um instrumental adequado à tarefa: o conceito macroeconômico de Produto Nacional Bruto (PNB), um agregado que precisamente se destina a quantificar em unidades monetárias o total do conjunto de bens e serviços colocados à disposição de uma comunidade, no período convencional de um ano. E assim, a aspiração mais ou menos vaga do progresso — finalidade praticamente comum a todos os povos do mundo — foi operacionalmente definida como correspondente a um processo de crescimento contínuo e auto-sustentado do PNB. A quantificação da taxa à qual deveria se dar esse crescimento constituiria a meta específica, contemplada pelos planos ou programas de desenvolvimento dos vários paises.

Claramente, um verdadeiro processo de desenvolvimento não pode se restringir a um mero crescimento quantitativo do Produto. Melhor falando, para que esse crescimento quantitativo se verifique de maneira constante e se auto-sustente, uma série de modificações estruturais — qualitativas — serão necessárias. O sistema econômico, no seu todo, deverá apresentar alterações de estrutura, tais como as referentes à taxa de formação de capital, à distribuição funcional e mesmo geográfica da população, ao nível tecnológico, à composição dos investimentos e tantas outras.

À ausência dessas modificações na configuração e no desempenho do sistema econômico, não se poderá falar num verdadeiro processo de desenvolvimento que, por definição, deve, a cada fase, criar as condições necessárias para que ele continue a se manifestar na fase seguinte. Quando muito poder-se-ia assistir a um falso desenvolvimento, ou a um crescimento induzido. Induzido porque provocado por algum fator exógeno, cuja influência, ao cessar, faria com que todo o sistema voltasse ao ponto de partida, i.é, se contraísse, da mesma forma pela qual antes se expandira.

Todavia, mesmo cônscios de que sem alterações qualitativas no sistema não se poderia falar em desenvolvimento, os economistas as focalizavam apenas sob o prisma de causas para a materialização dessa almejada meta. Não se discutia o problema qualitativo dos resultados. Em outras palavras, não se colocava qualquer tipo de ressalva que habilitasse a comunidade a escolhê-los ou a direcioná-los. Disseminou-se assim o consenso sobre a desejabilidade do processo em si, entendendo-se que ele traria consigo, como corolário, a elevação do nível de bem-estar e, portanto, de satisfação individual e coletiva.

Passado mais de um quarto de século de esforços ingentes voltados para tal fim, é indiscutível que o entusiasmo inicial feneceu e um ressaibo de indisfarçável desapontamento marca as discussões sobre o tema e mesmo a sua análise de cunho científico.

Percebe a humanidade que nem sempre a qualidade de vida é favorecida pelo desenvolvimento e mais: ela em muitos casos pode ser diretamente comprometida pelo mesmo. No fundo, passa a haver a consciência de que a ele estão associados custos talvez insuspeitos ou subestimados à época de sua formulação teórica e de sua consagração como objetivo prioritário de política econômica.

Em parte esses custos decorrem não apenas do processo em si, mas também da extraordinária expansão demográfica que o acompanhou em todas as regiões e países em desenvolvimento. Essa mesma expansão, aliada à concentração urbana, seqüela da industrialização, veio pôr a nu o descompasso existente entre o processo econômico e evolução cultural. Como acentua Marchal a sociedade é composta de diversas estruturas, tais como as mentais, as psicológicas, as culturais, as sociais, as econômicas, as institucionais, as quais num processo de desenvolvimento evoluem a ritmos díspares, em virtude de seus diversos graus de plasticidade. Criam-se, assim, assintonias ou hiatos nas transformações do todo social, causando as inadaptações e os conflitos entre essas estruturas, por sua vez geradores de custos associados ao processo de desenvolvimento. Daí, inclusive, a sua dificuldade e os magros resultados que muitas vezes apresenta em resposta à mobilização de recursos maciços destinados a promovê-lo.

No entanto, sem dúvida alguma, custos existem que decorrem do próprio excesso ou melhor falando, de uma particular maneira de o encarar, como adiante se verá.

Por seu turno, os povos plenamente maduros em termo de economia, começam a ser assaltados pelo problema de uma sociedade pós-industrial — assim entendida como aquela que realizou o seu esforço fundamental de industrialização — representados pela dissolução dos costumes, pelos conflitos entre grupos, pela criminalidade, pelo congestionamento e decadência das cidades, pela deterioração ambiental.

Um dos setores onde se torna nítida a distinção entre desenvolvimento econômico e qualidade de vida é exatamente este, onde se intersectam as áreas da economia e da ecologia, fazendo com que as condições do meio ambiente se degradem em virtude do saque sobre ele levado a efeito pela atividade do sistema econômico.

Assim, o ar, a água, a paisagem, os recursos naturais, as ondas sonoras, tudo enfim o que compõe o habitat natural do homem passa a apresentar uma queda

de padrão dos serviços que prestam ao mesmo homem. E essa decadência representa para ele custos adicionais que, embora nem sempre expressos em moeda, não deixam de ser perfeitamente quantificáveis ou pelo menos avaliáveis.

A idéia de que determinados recursos ou bens de uso comum, a prosseguir as tendências atuais, deverão ficar cada vez mais congestionados, de que os índices de poluição atingirão níveis insuportáveis e de que os recursos naturais e as fontes geradoras de energia tendem a se esgotar, tem levado os ecologistas acompanhados por alguns economistas a proporem pura e simplesmente a supressão do crescimento ou do desenvolvimento econômico das cogitações da humanidade. Na Europa, um dos mais destacados defensores dessa tese é o economista holandês Mansholt que ocupa a posição de secretário do Mercado Comum Europeu. E, não há dúvida de que ela vem ganhando adeptos não apenas entre os ecologistas, mas também entre outros profissionais que, por esse motivo, passaram a ser conhecidos como os *zeroguits* por advogarem uma taxa de crescimento do produto *per capita* igual a zero, pelo menos para o mundo industrializado.

Torna-se patente que a simples visão quantitativista do desenvolvimento, segundo a qual ele é associado única e exclusivamente ao crescimento das cifras do Produto Nacional Bruto, vem-se revelando insuficiente para bem caracterizá-lo, pois esse agregado macroeconômico encontra algumas limitações severas de caráter estatístico, que lhe inibem a absorção de uma série de elementos valiosos em termos de política econômica e social. À guisa exclusivamente de exemplo, valerá a pena citar alguns deles.

Antes de mais nada, o problema do emprego. Dependendo da tecnologia adotada pelo sistema produtivo de um país, um grande número de bens poderá ser produzido com a utilização mais intensa do fator trabalho ou do fator capital. Assim, poderá se dar o crescimento do PNB sem um crescimento concomitante e proporcional do nível de emprego, o que provavelmente significará que os bolsões de miséria ou de baixos níveis de vida próprios dos países subdesenvolvidos não estarão sendo eliminados.

Em segundo lugar, surge o problema da computação física de algumas quantidades de bens que em alguns casos escapam ao sistema estatístico e em outros não, distorcendo em parte o significado de um progresso acentuado nas cifras do PNB. É fácil compreender que quando a população vive dispersa pelos campos, verifica-se em grau muito maior, o chamado autoconsumo, ou seja, essa população colhe diretamente produtos da terra e deles se alimenta sem que os mesmos passem pelos canais de comercialização onde seriam registrados para efeitos estatísticos. Já quando a população se concentra nos centros urbanos, todos os gêneros alimentícios que a ela chegam passam pelos mencionados canais de comercialização e entram conseqüentemente nas estatísticas que irão compor o PNB. Essa distorção, obviamente não é preponderante em comparações de curto prazo — ano a ano, por exemplo — mas passa a adquirir relevância quanto maior for o período de tempo e quanto mais intenso o movimento migratório campo-cidade.

Em terceiro lugar, cabe mencionar, que o próprio processo de desenvolvimento pode gerar custos, dificilmente registráveis pelas chamadas contas nacionais. É o caso por exemplo de um país vivendo intenso processo de urbanização

e cujo sistema de transporte passe a ter como base veículos a motor, como o ônibus, o caminhão, o automóvel. A grande probabilidade será no sentido de um aumento do número de acidentes de trânsito, quer urbano, quer rodoviário, os quais, por seu turno gerarão uma série de serviços e de bens — esses computados pelos dados do PND — tais como os referentes à assistência médico-hospitalar, reparos em veículos, seguros e outros. Ora, tais serviços que engrossam as cifras do PNB em nada estão contribuindo para a melhora líquida das condições de vida, mas apenas restaurando (quando possível) bens e pessoas que a rigor, deles não necessitariam, pelo menos na mesma proporção, caso a concentração urbana não fosse tão intensa ou caso se adotasse outro sistema de transporte.

Lembre-se, ainda, na linha do que acima se mencionou que propriedades destruídas e condições ambientais inquinadas, seqüela constante do binômio urbanização-industrialização não tem os seus respectivos valores adicionados algebricamente (com sinal negativo) nas cifras do PNB. Este poderá, pois estar em ascensão ainda quando a qualidade de vida entre em deterioração, tendendo, pois, a ser superestimado em inúmeras ocasiões.

O mesmo acontece com uma série de serviços públicos, muitas vezes essenciais, como os da distribuição da justiça, os de polícia, educação e saneamento. Esses por não gerarem o "desenvolvimento" no sentido quantitativista são relegados aos últimos escalões de prioridade nos planos governamentais, deteriorando-se qualitativamente e impondo, pois, para a coletividade "custos invisíveis", como é o caso típico da lentidão da justiça, responsável por malefícios sobejamente conhecidos, inclusive e sobretudo, pelo descrédito do Direito.

3. Desenvolvimento econômico: meio ou fim?

De qualquer maneira, a colocação de todos esses problemas e a crítica apresentada ao PND como índice representativo da qualidade de vida, não implicam, necessariamente, uma negação do desenvolvimento em si, mas destinam-se a levar a um enriquecimento do seu conceito e do seu próprio escopo. Significam, antes de mais nada, que ele deverá ganhar em amplitude para se tornar mais abrangente e mais completo, justamente por tomar consciência das suas limitações e dos custos, que muitas vezes impõe à sociedade como um todo ou a alguns de seus setores.

Aliás, é de um autor francês, Savy o enfoque do direito econômico, como sendo aquele do interesse econômico geral. Ora, o capítulo constitucional da Ordem Econômica e Social, fulcro dos princípios e normas do direito econômico deve-se ater ao verdadeiro conceito de interesse econômico geral, que no fundo, repousa no interesse de todos e de cada um dos cidadãos no uso adequado dos recursos escassos da comunidade, quer quando esse uso está sob égide decisória do mercado, quer quando depende diretamente do Estado. E o uso adequado desses recursos envolve o atendimento mais amplo possível das necessidades dos cidadãos, inclusive — e esse é o ponto fundamental — daquelas não mensuráveis ou não quantificáveis pelas contas nacionais.

Talvez o mérito ou aspecto positivo das modernas críticas ao desenvolvimento em seu sentido restrito seja exatamente o de promover essa revisão, contribuindo assim para o aperfeiçoamento do *modus operandi* do sistema econômico em termos de preservação de uma série de valores. Para que tal se verifique, torna-se indispensável sejam eles explicitados como fins a serem conscientemente assumidos e perseguidos.

Essa maneira de encarar o problema parte da idéia de ser impossível separarem-se de níveis de satisfação, sejam individuais, sejam coletivos em compartimentos isolados, cada qual referente a uma particular espécie ou categoria. Nada parece ser mais contrário à psicologia humana na qual se encontram imbricados sensações, idéias ou sentimentos de caráter ético, axiológico, afetivo, utilitário e de tantas outras origens ou naturezas.

O homem, ser multidimensional em sua essência, não vive em cada uma de suas dimensões isoladamente, mas sim em todas ou na maioria delas simultaneamente.

O desenvolvimento econômico, visto como eficiência dinâmica da economia tem-se confinado a medir o produto nacional e a lucubrar sobre a sua distribuição. Não levou em conta, porém, uma série de outros elementos que embora vinculados à produção e ao consumo são insuscetíveis de serem avaliados, pelo menos pelos métodos usuais até agora utilizados por essas teorias. A elegância formal das mesmas jamais os revelará.

A discussão centra-se nas indagações sobre até que ponto pode o bem-estar econômico ser considerado como uma simples parcela do bem-estar geral da sociedade. Antes de mais nada, caberia distinguir a ambos precisamente. Pigou tenta fazê-lo e, após uma ampla digressão de caráter humanista, conclui não sem certa relutância, que o bem-estar econômico seria aquele passível de ser aferido pelo "padrão do dinheiro" — *rod measuring of money*. Admite também que, *ceteris paribus*, o acréscimo nessa parcela deverá levar a um incremento de todo.

Essa posição tem sido combatida, entre outros, por Hicks, o qual sustentou o irrealismo da hipótese *ceteris paribus*, não sendo cabível, portanto, qualquer afirmação *a priori* sobre variações concomitantes e de mesmo sentido nas duas grandezas. Hicks admite que uma possível relação tende a se transformar, seja em valor, seja em sentido, com a própria evolução do bem-estar econômico. Assim, seria mais realista admitir que qualquer incremento do mesmo levasse a uma melhora do nível geral quando a renda da comunidade é ainda muito baixa. Nas fases iniciais esta não teria condições materiais, físicas, sanitárias e psicológicas para fruir qualquer outro tipo de satisfação. No entanto, à medida que ela evoluísse em termos de renda *per capita*, a dependência do bem-estar geral com relação ao bem-estar econômico passaria a diminuir, podendo-se até imaginar a instalação de um processo do tipo de rendimentos decrescentes de um com relação ao outro, ou seja após um certo nível, nada garantiria que mais desenvolvimento implicasse necessariamente melhor qualidade de vida.

Todas essas considerações confluem para três conclusões fundamentais para o adequado tratamento do tema, objeto deste trabalho.

A primeira delas é a de que os objetivos proponíveis como fins básicos de uma comunidade no campo econômico são, pela própria natureza deste, múltiplos, diversificados e, mesmo, até uma certa extensão conflitantes. Parece pois irrealista erigir apenas um ou alguns deles como possíveis de uma consagração constitucional, o que poderá levar a uma certa distorção ótica no sentido de sacrificarem a esses todos os demais.

Em segundo lugar, é de se questionar mesmo a enumeração extensiva de diversos objetivos a nível constitucional, tarefa essa que cabe melhor na formulação de planos ou programas de ação econômica os quais, pelo seu caráter transitório, naturalmente contemplarão os objetivos que se afigurem como os mais relevantes para o período em que irão ser aplicados, nada impedindo sejam eles substituídos por outros ou que obtenham prioridade diversa em planos subseqüentes. A natureza essencialmente mutável da atividade econômica e a ênfase cambiante dos objetivos propostos para a mesma pelas diversas plataformas políticas, não se coaduna com o nível de permanência e mesmo de acatamento geral que um princípio constitucional deve ostentar.

Em terceiro lugar, talvez o objetivo com a generalidade e o grau de permanência desejáveis seja aquele que estabeleça como escopo da Ordem Econômica e Social o racional emprego dos recursos nacionais tendo em vista o aprimoramento constante da qualidade de vida.

Dentro da amplitude desse escopo, o desenvolvimento econômico pode acomodar-se perfeitamente, porém muito mais como um meio ou como simples objetivo intermediário do que como um fim último a ser conseguido *à outrance*, o que parece muito mais consentâneo com o estado atual dos estudos sobre a matéria.

4. O desenvolvimento nas Constituições brasileiras

Como é sabido foi com a Constituição de 1934 que figurou pela primeira vez em uma Lei Magna brasileira um capítulo específico sobre a "Ordem Econômica e Social". Todavia, não poderia ele contemplar àquela época uma alusão direta ao desenvolvimento econômico, limitando-se apenas a fixar os princípios informadores básicos daquela Ordem. Curiosamente o parágrafo único do art. 115 determinava aos poderes públicos verificarem periodicamente o padrão de vida nas várias regiões do País.

A Carta de 1937 também não inovou a respeito. No correspondente título da Constituição de 1946 também não é mencionado o desenvolvimento econômico, o qual faz sua entrada nos textos constitucionais pátrios com a Constituição de 24.1.1967, a qual o erigiu em um dos princípios basilares da Ordem Econômica brasileira, tendo como fim a realização da justiça social.

É de se notar que o desenvolvimento econômico vinha mencionado em quinto lugar entre os princípios da Ordem Econômica, sendo precedido pelos princípios da liberdade de iniciativa, da valorização do trabalho, da função social, da propriedade, da harmonia e solidariedade entre os fatores de produção e seguido pelo princípio da repressão ao abuso do poder econômico (art. 157).

Finalmente, a Emenda Constitucional 1, de 17.10.1969, também dentro do mesmo Tít. III coloca o desenvolvimento não mais como um princípio, mas como um fim constitucional — *verbis*: "Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I — liberdade de iniciativa;

II — valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III — função social da propriedade;

IV — harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;

V — repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros; e

VI — expansão das oportunidades de emprego produtivo".

É de se notar que o substantivo "desenvolvimento" vem desacompanhado do seu até então inseparável adjetivo "econômico", dando, assim, a idéia de que o que se pretende é um desenvolvimento amplo de todos os setores da vida nacional sem restrição ao aspecto econômico. No entanto, forçoso é convir que todo o contexto leva iniludivelmente a associar esse "desenvolvimento" a desenvolvimento econômico. Em primeiro lugar por estar inserido no capítulo da Ordem Econômica e Social; em segundo lugar por vir mencionado no artigo que trata de matéria tipicamente econômica e, finalmente, por não ter a palavra "desenvolvimento" sozinha, qualquer conteúdo mais definido ou elaborado suscetível de significar algo de concreto para o intérprete do texto constitucional. Pelo contrário, a expressão "desenvolvimento econômico", essa sim, como já visto, tem um sentido próprio, definido e específico que certamente acabará predominando sempre que estiver em jogo a interpretação do mesmo artigo. Nessas condições, parece indisfarçável a inspiração tecnocrática do dispositivo que mereceria uma reformulação quando de uma eventual reforma constitucional.

5. Conclusão

Do acima exposto, pode-se concluir que o desenvolvimento economico não deveria mais figurar na Constituição como um fim específico, mas ser apontado como um meio destinado a assegurar à comunidade brasileira o adequado aproveitamento de seus recursos com vistas a lhe assegurar constante progresso na sua qualidade de vida, com a permanente consideração dos valores ético-culturais que a informam.

É essa a sugestão que é lançada à apreciação e à crítica dos doutos.

Bibliografia:

Figueiredo, Nuno Fidelino de — "O problema contemporâneo do desenvolvimento: situação presente e antecedentes históricos", *Revista de História*, 79: 3-37, 1969.

Hagen, E. — *A economia do desenvolvimento*, São Paulo, Atlas, 1972.

Herve, Jean-Marie — *Croissance et progrès*, Paris, 1972.

Hicks, J. Sir — *Essays in world economics*, Oxford University Press, 1959.

Higgins, B. — *Economic development*, New York, Ronald Press, 1962 e 1967.

Lattès, Robert — *Pour Une Autre Croissance*, Paris, 1972.

Marchal, A. — *Systèmes et structures économiques*, Paris, PUF, 1959, pp. 140-142.

Meadows, L. et al. — *The limits to growth*, New York, Universe Books, 1972.

Mishan, E. L. — *Technology and growth; the price we pay*, New York, Oxford University Press, 1970.

Morgan, T. — *Economic development; concept and strategy*, New York, Harper & Row, 1975.

Pigou — *The economics of welfare*, London, MacMillan, 1920.

Vidigal, Geraldo de Camargo — *Objeto do direito econômico*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1976.

Wald, Arnoldo — "O direito econômico", RT 383/7.

A REVOCATÓRIA NO DIREITO CAMBIÁRIO *

BOMFIM VIANA

I — Aspectos preliminares

O estudo dos efeitos da falência no direito cambiário tem sido descurado na doutrina nacional. Os cambiaristas omitem-se. Os estudiosos e comentaristas do direito falimentar são casuísticos e superficiais.

A integração de ambas as disciplinas jurídicas suscita questões peculiares e fundamentais. O estudo das exceções cambiárias seria falho e incompleto se se não lhe dedicasse atenção mais detida.

No plano falimentar, acolhem-se três espécies de atos jurídicos *lato sensu* irregulares. O Decreto-lei 7.661, de 21.6.45, classifica-os de ineficazes (art. 52), revogáveis (art. 53) e nulos (§ 1.º, art. 40).

O legislador provê ações judiciais específicas. Variam em seus fundamentos, pressupostos e efeitos jurídicos. Analisemos em linhas gerais cada uma de per si. Noutra parte deste trabalho examinar-se-ão hipóteses concretas (vide Declaração de ineficácia e Decretação de ineficácia).

A ação de ineficácia relativa tem como fundamento os atos previstos no art. 52. Válidos entre as partes, são ineficazes perante a massa. A lei considera-os lesivos aos interesses dos credores. A sentença tem a única finalidade de *declarar* sua ineficácia.

A revocatória é constitutiva negativa. Visa a desconstituir eficacialmente os atos jurídicos capitulados no art. 53. Objetiva eliminar parcial ou integralmente seus efeitos prejudiciais, violadores da *par conditio creditorum*.

Os atos sujeitos à revocatória apresentam-se válidos e eficazes entre as partes. Tornam-se ineficazes contra a massa. Irrelevante sua nulidade, anulabilidade, licitude e ilicitude (vide Decretação de ineficácia).

A nulidade ou anulamento repousa no fato de o falido estar desapossado da administração dos seus bens. Os atos por ele praticados, após a decretação do seqüestro ou da abertura da falência, contaminam-se de nulidade de pleno direito. Violam a regra da indisponibilidade patrimonial.

A ação de nulidade ou anulamento não apresenta qualquer identidade ou semelhança com as outras duas.[1] Em comum apresenta tão-somente a cristalização do princípio legal protectivo dos interesses dos credores. A revocatória é o gênero do qual a ineficácia relativa e a revocatória são espécies distintas.

Na qualificação dos atos de autoria do falido tem relevância jurídica absoluta o elemento temporal. O sistema falimentar brasileiro, a exemplo do que ocorre no Direito Comparado, estabeleceu critérios explícitos à sua configuração.

§ 1.º — Períodos falimentares

* Excerto de monografia a ser brevemente publicada.

1. Essa razão de excluí-la do presente trabalho.

A complexidade do concurso universal e o vulto dos interesses em conflito compeliram o legislador a adotar regras exorbitantes no direito comum. O falido desempenha papel econômico específico e ocupa posição jurídica autônoma no tráfico dos negócios.

Sujeito econômico-jurídico, o falido torna-se centro de interesse preciso e determinado. Seu patrimônio é constituído de direitos e obrigações. O atendimento desses direitos e pretensões exigem regras especiais de política legislativa.

A técnica jurídica classifica três períodos distintos no procedimento concursal: o suspeito, o legal e o declarado ou judicial. Em torno do trinômio compõe o legislador o conjunto de regras aptas à realização dos créditos e à satisfação das obrigações.

O estado de falência é fenômeno econômico. A insolvência do comerciante impede a satisfação de seus compromissos financeiros. Compele-o à prática de atos que são considerados prejudiciais aos seus credores.

Esse o fundamento básico da gradação dos períodos indicados. A política legislativa reflete rigor desigual na disciplina dos atos praticados no período judicial (nulidade), no termo legal (ineficácia) e no período suspeito (revogabilidade).

Concebe-se no período suspeito aquele em que ocorre o virtual estado de falência do comerciante. [2] Substancializa o estado de *predecodizione* ou *decotione proximus*. Os atos do falido ficam eivados da presunção de lesividade aos credores.

O legal delimita o lapso de tempo máximo de sessenta dias, contados do primeiro protesto por falta de pagamento ou do despacho no requerimento inicial da falência. Os atos que incidirem nas hipóteses do art. 52 sujeitam-se ao regime da presunção *juris et de jure* de violação da *par conditio creditorum*.

O judicial ou declarado inicia-se com a abertura e finda com o encerramento da falência. Gera o desapossamento da administração dos bens e institui o regime da indisponibilidade patrimonial por parte do comerciante falido.

O suspeito assume natureza factual e econômica. A declaração de falência juridiciza-o parcial ou totalmente, disciplinando o patrimônio do devedor no tempo. Em regra o período suspeito não coincide temporal ou juridicamente com o termo legal da falência. [3]

A coincidência ou não-coincidência de ambos apresenta interesse teórico-prático. A incidência de regras legais diversas a cada período estaria a indicar a natureza e efeitos dessemelhantes sancionados pelo legislador.

§ 2.º — Legitimação

2. *Contra*: Rubens Requião, *Curso de direito falimentar*, Saraiva, SP, 1975, I, n. 89, p. 108.

3. Conf. Jayme Leonel, *Da ação revocatória no direito da falência*, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, SP, 1942, ns. 20 e ss., pp. 38 e ss.; Ponte, José Miramar, *Do instituto da revogação no direito falencial brasileiro*, Imprensa Universitária do Ceará, Fortaleza, 1957, pp. 29 e ss.

As peculiaridades jurídico-legais do regime falimentar refletem-se nos aspectos técnico-jurídicos da legitimação. O procedimento concursal, de natureza coletiva, enseja a aplicação de princípios divergentes do direito comum.

A revocatória (declaração e decretação) compete originariamente ao síndico na qualidade de administrador da massa. O direito à revogação nasce da obrigação do terceiro de ressarcir os prejuízos *ex delicto* ou *ex injusta locupletatione*.

O réu será o terceiro adquirente ou subadquirente. Jamais será o falido. A declaração de falência teve a eficácia de desapossá-lo da administração dos bens. Ao síndico caberá a representação da massa.

O ingresso judicial do síndico não torna impeditiva a intervenção dos credores. Fá-lo-ão na qualidade de assistentes. Na omissão do síndico, assiste a faculdade aos credores de fazê-lo em nome da massa.

De autoria do síndico ou do credor, os efeitos da revocatória reverterão em benefício da massa. Trata-se de meio de defesa coletiva peculiar ao direito falimentar.

Na hipótese da nulidade prevista no § 1.º, art. 40 da lei falimentar, será declarada de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da parte interessada. Aplica-se a regra do art. 146 do CC.

À legitimação do credor é irrelevante a habilitação tempestiva ou tardia, a posterioridade ou anterioridade do seu crédito ao ato ou contrato objeto da ação. A universalidade concursal equipara-os sem distinção, ressalvada a classificação do crédito.

§ 3.º — Princípios cambiários falimentares

A sistematização teórico-prática dos princípios cambiários falimentares afigura-se-nos urgente. A metodologia adotada neste trabalho impede de realizar a exegese analítico-conceitual na profundidade que o assunto merece. Pretende-se formular suas premissas básicas e explicitar seus fundamentos metodológicos.

Os atos cambiários subordinam-se a regras e princípios inderrogáveis em qualquer situação jurídico-falimentar. Fazem parte da estrutura e fundamentos do direito cambiário. A modificação ou supressão desfiguraria sua estrutura técnica e jurídica, de conteúdo científico-doutrinário (continente) e jurídico-legal (contingente).

Reputa-se fundamental a vocação jurídico-circulatória dos títulos de crédito. Instrumento de mobilização de riquezas, destinam-se à prática negocial e ao amplo e irrestrito tráfico jurídico. A circulabilidade encontra amparo nos princípios da literalidade, autonomia e abstração.

A técnica jurídica acolhe amplo repertório de situações propiciadoras da criação, assunção, extinção e vencimento de direitos e obrigações. A criação e a assunção de obrigações realizam-se de maneira direta (aceite simples, aceite por intervenção) e indireta (saque, endosso, aval). A extinção e o vencimento operam-se através de atos comissivos ou omissivos.

A problemática da propriedade, titularidade e legitimação desfigura-se no regime falimentar. A legitimação ativa ou passiva apresenta-se irrelevante. Dará oportunidade à exceção cambiária, à oposição de pagamento e à ação de anulamento ou de sustação do protesto cambial.

O elenco das questões jurídico-legais da propriedade e da titularidade é complexo e variado. Situações existem em que os atos cambiários escapam à sanção da ineficácia do art. 52 e sujeitam-se aos rigores do art. 53 (vide constituição de garantias reais).

As singularidades do direito cambiário autorizam-nos a sustentar a falta de relevância jurídica da distinção [4] entre o ato gerador do nascimento do crédito (saque, aceite, intervenção para aceite e pagamento, aval) e o que opera a transferência da propriedade e/ou posse (endosso pleno, endosso mandato e endosso pignoratício).

O documento não perderá sua vocação circulatória. O ato ineficaz contra a massa, em princípio não terá ocasionado prejuízos aos sucessivos portadores. Ocorrerá se a ineficácia for declarada em data posterior ao protesto por falta de recusa de aceite ou pagamento, assegurador do direito de regresso.

Os efeitos da ineficácia são analisáveis de acordo com a espécie dos atos jurídicos falimentares admissíveis no direito cambiário: os pagamentos de obrigação não-vencida e de forma não-convencionada, a constituição de garantias reais e atos a título gratuito (vide Pagamentos de dívidas não-vencidas, Pagamentos não-convencionais, Constituição de garantias reais e Atos a título gratuito).

A declaração de ineficácia do ato cambiário qualificável nessas quatro modalidades envolveriam problemas teórico-práticos interessantes. A declaração faz revivecer, em determinadas circunstâncias, os direitos do credor satisfeito no termo legal da falência. [5]

A tese tem sido ignorada na doutrina e jurisprudência nacionais, mas a restauração do estado anterior ao pagamento ou ao ato jurídico censurado está explícita na lei falimentar (§ 3.º, art. 54). O comando legal cederá diante de regras específicas do direito cambiário.

A perda do regresso resultante de ato comissivo ou omissivo do falido resgatante será irremediável. A declaração de ineficácia não propiciará o renascimento do direito do credor prejudicado. A regra é aplicável às mais variadas hipóteses.

Estariam incluídas nessa situação singular as prescrições ou perdas de direitos oriundos de renúncia expressa ou tácita, de omissões voluntárias e de falta de diligência cambiária. As regras disciplinadoras da prescrição e da decadência cambiárias continuariam intocáveis (vide Prescrição, apresentação irregular a aceite e apresentação irregular a Pagamento, omissão ou irregularidade do protesto).

4. Sem razão Gustavo Bonelli, *Comentário al Codice di Commercio*, Casa Editrice Francesco Vallardi, Milano, s/d, VIII — *Dell fallimento*, n. 394, p. 658.

5. Conf. na literatura estrangeira: Vittorio Angeloni, "L'obbligazione dell'avallante non reivivi per la revocazione dell'pagamento esequito dall'avallato", in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 289; Micheli Gian Antonio, "Revoca dell pagamento della cambiale e revivescencia dell'avallo", in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1953, II, n. 4, p. 504; Francesco Messineo, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, nona edizione riveduta e aggiornata, Giuffrè, 1972, V, § 165, n. 11, p. 372; Renzo Provinciali, *Trattato di Diritto Fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1974, II, n. 380, p. 1.007.

No direito cambiário falimentar a restituição em espécie torna-se problemática. Na maioria dos casos será inexeqüível. A circulação documental impossibilitará sua efetivação de acordo com a regra do § 3.º, art. 54.

A restituição será exeqüível na hipótese de se efetuar o pagamento com títulos de comércio (obrigação direta ou indireta) sem posterior circulação documental. A raridade da imobilização do documento demonstra a escassa importância prática do paradigma.

Os atos a título gratuito geram situações insanáveis. A perda de prazo (prescrição, interrupção de prescrição) ou de direitos (omissão ou irregularidade de apresentação documental, protesto irregular ou intempestivo) impossibilitará a restituição preconizada.

Examinem-se os efeitos cambiários falimentares nos atos de repetição e reprodução novatória, levada em conta a eventualidade de recusa dos signatários em renovarem suas assinaturas. Antes da efetivação do direito de regresso inocorreria situação fático-jurídica suscetível de merecer indenização.

Nasceria o dever de ressarcimento na reprodução novatória das obrigações sujeitas ao regime de exigibilidade antecipada. Os signatários que não renovassem suas assinaturas ficariam exonerados, desfalcando o patrimônio do falido.

Prática negocial censurável surgiria na reprodução novatória fraudulenta. A intenção teria consistido em beneficiar determinado signatário ou grupo de signatários. Dar-lhes oportunidade de recusarem-se a renovar suas assinaturas e exonerarem-se de suas obrigações cambiárias primitivas (vide Decretação de ineficácia).

Isenta da regra indenizatória qualificar-se-á a reprodução novatória estipulada em cláusula cambiária. Irrelevante houvesse o título sido criado no termo legal da falência, se o devedor insolvente não figurasse na qualidade de sacador, tomador e aceitante.

A sanção de ineficácia e a indenização surgiria com a falta de diligência do devedor falido em evitar a duplicação da obrigação cambiária na repetição (vide Acordo de repetir) e na reprodução novatória. Excetua-se o ressarcimento na última hipótese (vide Acordo de novar).

As situações fático-jurídicas estudadas autorizam-nos a formular a regra predominante no direito cambiário falimentar. Na impossibilidade de restituição em espécie, caberá ao credor de boa fé do resgatante falido a ação de perdas e danos contra ele (§ 3.º, art. 54).

II — Declaração de ineficácia

O ato ineficaz capitulado no art. 52 do Decreto-lei 7.661 constitui modalidade estranha ao direito civil. O direito positivo nacional, via legislação falimentar, introduziu nova modalidade de defeito de construção dos atos jurídicos (vide Vicissitudes da causa).

A sanção jurídica tem sua causa em fato estranho ao próprio ato. Resulta da subsunção dele numa das hipóteses enumeradas na lei. A fraude é presumida e dispensada a prova de sua existência.

A juridicização parcial ou total do período suspeito produz efeitos cogentes. A sentença declaratória da falência apaga o ato perante a massa. A retrotração automática tem seu limite temporal estabelecido em juízo ou na própria lei (arts. 14 e 52).

Essa a razão de negar-se a procedência da tese da ineficácia *ab initio* do ato concluído no período suspeito.[6] Sua juridicização parcial ou total erige a fraude como presunção *juris et de jure*, que não pode ser elidida em contrário.

A declaração ineficacial nada desconstitui. A sentença falimentar e a caracterização do termo legal já o fizeram. O bem alienado ou a obrigação contraída nunca terá saído ou vinculado o patrimônio do devedor. Perante a massa apagam-se a propriedade ou a posse iniciais e os direitos do terceiro de boa ou má fé.

A ineficácia suscita problemas complexos no direito cambiário. Analisam-se a seguir os relativos aos pagamentos de dívidas não-vencidas (§ 1.º) e de forma não-convencionada (§ 2.º), à constituição de garantias cambiárias reais (§ 3.º) e aos atos cambiários a título gratuito (§ 4.º).

§ 1.º — Pagamentos de dívidas não-vencidas

A regra impeditiva no termo legal da falência suscita questões delicadas no direito cambiário. Entenda-se pagamento qualquer meio extintivo amigável ou coativo de obrigações civis e comerciais. A dicção legal abrange as duas hipóteses.

A sanção incidirá nos atos jurídicos que preencham simultaneamente três condições: dívida não-vencida, realização no termo legal da falência e materialização por qualquer meio ou forma.

Defina-se o conceito de dívida não-vencida. De acordo com o direito comum distingue-se a dívida da obrigação. Na obrigação inexiste a pretensão. A obrigação vencida transforma-se em dívida e dá nascimento à pretensão do credor.

O direito cambiário revela situações singulares. Haverá coexistência de obrigações exigíveis e não-exigíveis. O fenômeno consubstancia o atributo da autonomia das obrigações cambiárias (vide Falência do aceitante).

A exigibilidade antecipada, resultante do protesto fundado na falta ou recusa de aceite, é da obrigação cambiária. A dívida nasce com o vencimento ordinário ou extraordinário da obrigação (vide Falência do aceitante).

No regime da exigibilidade antecipada os pagamentos efetuados dentro do termo legal são eficazes. Ressalva-se a hipótese de irregularidade do protesto (vide Omissão ou irregularidade no protesto). Anulado este, extingue-se a exigibilidade e incidirá a regra falimentar da ineficácia do ato cambiário.

O legislador revelou-se injusto como credor cambiário do insolvente. A reclamada integração das normas cambiárias e falimentares põe em evidência sua falta de previsão.

Em duas situações a lei outorgou ao devedor a faculdade de impor sua liberação. A primeira provê o pagamento parcial (LUG, art. 39). O direito nasce com a falta ou recusa de pagamento e exaure-se com a superveniência do protesto ou o decurso de prazo para promovê-lo.

6. Sem razão Pontes de Miranda, *Tratado*, vol. 28, § 3.358, pp. 328 e ss.

A outra relaciona-se com a faculdade de o obrigado de regresso ou o terceiro intervir para aceitar ou pagar.[7] Regra cogente na intervenção por aceite com incumbência e na intervenção para pagamento, com ou sem incumbência (LUG, arts. 56 e 61).

Nas hipóteses de intervenção, a faculdade nasce com a falta ou recusa de aceite ou pagamento. Decairá com o vencimento cambial ou o ajuizamento da cobrança (aceite) ou o decurso do primeiro dia subseqüente ao permitido para tirar o protesto (pagamento).

A sanção legal é idêntica nas três situações estudadas. A recusa do portador fá-lo-á perder o direito de regresso contra os signatários exoneráveis com a efetivação do ato cambiário. Matéria de política legislativa destinada a propiciar a satisfação obrigacional cambiária.

E aí surge em toda sua plenitude a imprevidência legislativa. A oferta de intervenção colocará o portador numa posição delicada. As regras de ambos os diplomas legais são conflitantes e prejudiciais aos seus interesses.

O acolhimento da oferta importará na perda do direito de regresso, obrigando-se o credor a aguardar o vencimento da obrigação. No plano falimentar o credor ficará sujeito à sanção de ineficácia se o interveniente efetivou o ato cambiário dentro do termo legal.

A recusa desfalcará as garantias de solvabilidade do título. Os signatários posteriores ao honrado estariam automaticamente exonerados de qualquer obrigação. Restará o regresso contra os anteriores ou a ação direta contra o aceitante e seu avalista, no caso de protesto por falta ou recusa de pagamento.

O direito cambiário impõe regras drásticas com a finalidade de resguardar a intervenção. Se a oferta do devedor insolvente liberar maior número de obrigados, o ofertante concorrente deverá abster-se de efetuar sua intervenção.

A violação desse princípio sujeitá-lo-á a perda de regresso contra os obrigados exoneráveis com o pagamento. A sanção incidirá se ele tiver conhecimento da outra ou das outras ofertas simultâneas.

A oferta do devedor insolvente, com maior poder de liberação, será irresistível. Ilógico admitir que os demais intervenientes estejam dispostos a assumir os prejuízos prescritos na norma cambiária.

A situação permite novos desdobramentos, se judicialmente declarada a ineficácia do ato cambiário de intervenção. A indenização ou restituição faz revivescer o direito de regresso do credor primitivo e a obrigação dos signatários exonerados com o pagamento (vide Princípios cambiários falimentares).

A restauração do estado jurídico anterior (Decreto-lei 7.661, art. 54, § 2.º), só será exeqüível se o falido resgatante tiver tirado o protesto tempestivo. Em caso negativo, o terceiro perderá seu direito de regresso em definitivo, cabendo-lhe propor ação de perdas e danos contra o negligente (§ 3.º, art. 54).

7. Defesas a intervenção por aceite em honra do sacado, aceitante e seu avalista e a intervenção para pagamento em honra do sacado e do aceitante. O ato violador dessa regra considerar-se-á sem valor cambiário.

Paradigma de integração colhe-se no direito italiano. O estatuto falimentar exclui da sanção de revocatória o pagamento recebido do devedor insolvente, se havia perigo de perda do direito de regresso (R.d. 16.3.1962, n. 267).[8]

O desconto de títulos do devedor insolvente também se sujeita aos rigores da lei falimentar. Irrelevante seja efetuado em adimplemento de convenção ajustada em data anterior ao termo legal.[9] As características jurídicas da declaração cambiária leva-nos a esta conclusão.[10]

A declaração cambiária materializa-se no documento e se subordina ao princípio da literalidade (vide Declaração cambiária). As convenções extradocumentais valem nas relações diretas entre as partes e revestem-se de natureza meramente pessoal (vide Fundamentos jurídicos).

A convenção reguladora do desconto antecipado não poderá elidir o vencimento da letra de câmbio. O resgate seria a toda evidência prematuro e gerador de problemas jurídico-legais de gravidade.

O pagamento cambiário antecipado depende do consentimento do credor (LUG, art. 40) e se efetiva por conta e risco do devedor. Eventualmente poderá o resgatante ser compelido a repetir (vide Pagamento).

Admite-se que o desconto possa beneficiar o devedor falido. Essa circunstância impressionou grande parte dos autores e levaram-nos a considerá-lo a salvo das sanções legais. Pensamos de maneira contrária. As vantagens auferíveis seriam irrelevantes na hipótese estudada.

A *ratio legis* dos arts. 52 e 53 do Decreto-lei 7.661 consiste na proteção ampla e indiscriminada dos credores. O pagamento malsinado violaria a *par conditio creditorum*. O credor deverá ser satisfeito na moeda da falência, em igualdade de condições com os demais.

Descabe no direito cambiário o entendimento permissivo da quitação de dívidas garantidas através de penhor. Aludimos especificamente à hipótese de títulos cambiais negociados mediante endosso pignoratício.

A satisfação da obrigação cambiária não liberará qualquer garantia em favor do patrimônio do devedor. A técnica jurídica adotada na instituição e eficácia do penhor cambiário ensejaria sua extinção automática.

As razões anteriores, contrárias ao resgate prematuro, continuariam válidas e procedentes. O penhor cambial abre novas perspectivas analíticas, a serem discutidas noutra parte deste trabalho (vide Constituição de garantias reais).

8. Consulte-se o excelente estudo crítico de política legislativa de Mario Libertini, *Pagamento cambiário e revocatória fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1974, especialmente o capítulo 3. Condizione dell'immunità del pagamento cambiario, pp. 19 e ss.; conf. Jean Escarra, *Cours de Droit Commercial*, Sirey, Paris, 1952, p. 1.805.

9. Conf. Gustavo Bonelli, *op. cit.*, VIII, n. 394, p. 657; Renzo Provinciali, *Trattato*, II, 395, pp. 1.060-1.061.

10. *Contra*: Valverde, José Trajano de Miranda, *Comentários à Lei de Falências*, Forense, Rio, 3.ª ed., 1962, I, n. 374, pp. 361 e ss.; Spencer Vampré, *Tratado elementar de Direito Comercial*, F. Briguiet & Cia., Rio, s/d, III — da Falência (Primeira Parte), § 59, IV, p. 435; J. Percerou e M. Disserteau, *Des Faillites & Banqueroutes et des Liquidations judiciaires*, Rousseau et Cie. Editeurs, deuxième édition, 1935, I, n. 594, bis, p. 804.

§ 2.º — Pagamentos não-convencionados

O princípio da igualdade entre os credores inspirou a regra do n. II, art. 52, complemento natural do n. I. A existência da dívida vencida e exigível continua pressuposta. Impõe-se o adimplemento nos termos e condições em que foi convencionada.

A expressão "contrato" foi utilizada em acepção não-técnica. A imprecisão legislativa é flagrante, mas não torna inoperante o dispositivo legal. Ter-se-ia maior precisão conceitual se houvesse alusão a atos jurídicos.

O pagamento deverá ser em espécie, preservada a identidade da prestação. [11] O diploma legal alargou o campo de incidência da regra proibitiva que se continha no § 2.º, art. 55, do Decreto 5.746, de 9.12.29. [12]

Admite-se única hipótese de diversidade na forma de pagamento. A superveniência de caso fortuito ou força maior impeditiva da prestação possibilitará sua satisfação em dinheiro. Na vigência do regime falimentar inaplica-se o disposto no art. 871 do CC.

Nessa linha de raciocínio nega-se a exeqüibilidade da quitação de dívidas do falido com títulos de comércio. Embora usual no comércio e tradição arraigada nos sistemas falimentres, [13] julgamos que eles ficam sujeitos à sanção da ineficácia relativa.

Em termos concretos, veda-se o pagamento de dívidas mediante assunção de obrigações cambiárias. Incluem-se na proibição as diretas (aceite simples e aceite por intervenção), e as indiretas (saque, endosso, aval).

Inafastável sua incompatibilidade com o espírito e a letra do n. II do art. 52. Razões outras, de natureza técnica e jurídica, poderiam ser aduzidas em abono da tese condenatória. Façamo-lhes sucinto resumo.

O adimplemento de dívidas com títulos de comércio (letra de câmbio, nota promissória, cheque) tem efeitos *pro solvendo*, salvo convenção expressa em contrário. O patrimônio do devedor ficará onerado duplamente.

Convencionado o efeito *pro solvendo*, operar-se-ia a *datio in solutum*, mera substituição de obrigações. O novo obrigado cambiário responderia pelo aceite e pagamento do título.

A situação ficaria agravada se o devedor insolvente assumisse a posição de aceitante. Na qualidade de obrigado indireto sua responsabilidade seria subsidiária e eventualmente exigida.

11. Conf. Bento de Faria, *Direito Comercial*, A. Coelho Branco, Rio, 1947, IV — *Falências e Concordatas*, Parte Primeira, n. 87, p. 288.

12. *Contra*: Valverde, José Trajano de Miranda, *Comentários*, I, n. 369, p. 359.

13. Consultem-se, entre outros: Renzo Provinciale, *Trattato*, II, n. 402b), p. 1.096; Francesco Ferrara, *Il fallimento*, Giuffrè, Milano, seconda edizione, 1966, n. 206.2), pp. 305-306; Jacques Argenson e Georges Toujas, *Réglement judiciaire. Liquidation des biens. Faillite*, Librairie Téchniques, Paris, 4.ª ed., 1973, n. 445, p. 425; Fernand Derrida, "La rèforme du réglement judiciaire et de la faillite", *Repertoire du Notariat*, Paris, 1969, n. 87, p. 103; Louis Frederico, *Traité*, VII, n. 119, p. 231; Émile Ryan, *Droit Commercial*, Éditions Librairies Antoine, Beyrouth, 1970, II, n. 1.445, p. 667. Diverge da orientação predominante o direito espanhol: conf. Rodrigo Uría, *Derecho Mercantil*, octava edición, Madrid, n. 883, p. 826.

O portador estaria legitimado a habilitar-se na falência do aceitante. Tirado o protesto por falta ou recusa de aceite ou de pagamento, seria legitimado a habilitar-se na falência do endossado (vide Pagamento de dívidas não-vencidas).

A natureza e efeitos desses pagamentos seriam extremamente favoráveis ao credor cambiário. Ele poderia habilitar-se na falência do aceitante ou do endossante e, concomitantemente, agir em regresso contra os demais obrigados. [14]

A nova posição do credor, em conseqüência dessa espécie de pagamento, surgiria mais favorável do que antes. O regime paritário entre os credores estaria rompido sem qualquer benefício direto para o patrimônio do devedor insolvente.

Os aspectos técnicos e jurídicos analisados não mereceram a atenção dos estudiosos. O fato deveu-se ao seu expresso acolhimento na lei falimentar revogada. O novo diploma põe em evidência sua incompatibilidade e subsunção na regra proibitiva mais ampla.

Particularidades merecedoras de estudo suscita a utilização do cheque como meio de satisfação de dívidas pecuniárias do devedor falido. Instrumento e pagamento, ele não tem poder liberatório. Estaria incluído entre os modos censurados.

O cheque visado apresenta características e efeitos especiais. Segundo os usos assentados nas Juntas Comerciais de alguns Estados, seu visamento produz o bloqueio ou a retirada de provisão correspondente da conta de depósito do emitente. [15]

Nos casos em que se opera a retirada de provisão da conta do cliente, tornar-se-á indisponível seu valor e será ineficaz a contra-ordem porventura dada. Assegura-se seu efetivo pagamento. O cheque valerá pagamento em dinheiro.

Nas circunstâncias indicadas, admite-se que ficaria ao abrigo das censuras da lei. De maneira idêntica ao realizado mediante emissão de ordem de pagamento contra o banco e em favor do credor do falido.

Fora dessa hipótese única, qualquer pagamento com títulos de comércio ficará sujeito às sanções de ineficácia. A concordância do credor em recebê-lo não elidirá a regra cogente [16] e sujeitá-lo-á às sanções legais.

A *datio in solutum* mereceu a censura do legislador. Considera-se violadora da moeda legal da falência. Nessa categoria também se incluem a cessão, a delegação, a compensação e a remessa em conta-corrente. [17]

Noutra perspectiva, o pagamento cambiário está sujeito a regras semelhantes às do direito falimentar. A estipulação e o resgate de obrigação realizam-se obri-

14. Conf. Rubens Requião, "Cambial-Concomitante exigibilidade em diversos processos", in *Aspectos modernos no Direito Comercial*, Saraiva, SP, 1977, pp. 35 e ss.

15. Transcende os limites deste trabalho a apreciação crítica da natureza, fundamentos e efeitos jurídicos do cheque visado. Sobre o assunto conf. o artigo do autor "Os usos comerciais do cheque visado", RF 248/48.

16. Sem razão Waldemar Ferreira, *Tratado*, vol. 14, n. 3.763, p. 577.

17. A favor da remessa em conta corrente, entre outros: Spencer Vampré, *Direito comercial*, III, § 60. pp. 439-440; J. Percerou e M. Disserteaux, *op. cit.*, I, n. 595, pp. 804-805; Jean Escarra, *Principes de Droit Commercial*, Sirey, Paris, 1936, VI, *Banque et Commerce de banque*, n. 523, p. 343.

gatoriamente em dinheiro. A soma cambial será estipulada em moeda nacional ou estrangeira.

Dificuldades surgem na prática da conversão da moeda estrangeira. O Decreto-lei 857, de 11.9.69, declara nulos os títulos que contenham *cláusula de efetivo pagamento* em moeda estrangeira. Excluem-se os representativos ou vinculados aos negócios mencionados nos ns. I, II, IV e V do art. 2.º.

A cláusula disciplinadora da taxa de conversão em moeda nacional tem efeito *erga omnes* e obriga o próprio devedor. O pagamento em desacordo com ela incorrerá na sanção de ineficácia, se efetuado no termo legal da falência.

A estipulação em moeda estrangeira reclama maiores esclarecimentos. A Lei 4.131, de 3.9.72, e o Decreto 57.762, de 17.2.65, determinam que seus valores sejam convertidos em cruzeiros, mas a disciplina da conversão caberá à lei cambiária.

A conversão aplicável a cada caso está determinada no art. 41 da LUG. [18] Levar-se-á em conta a taxa vigente à época do vencimento ou do efetivo pagamento da obrigação cambiária.

Ao devedor é facultado o resgate à taxa em vigor no vencimento, se tempestivo o pagamento. Constituído em mora, caberá ao credor estabelecer a taxa mais favorável aos seus próprios interesses: a do vencimento ou do pagamento.

A compatibilidade das regras cambiárias com o princípio do n. II, art. 52, é indiscutível. A assunção de obrigação cambiária em moeda estrangeira faz incidir o complexo de regras legais, que passa a fazer parte integrante e complementar do negócio cambiário.

§ 3.º — Constituição de garantias reais.

A instituição de garantias reais oferece limitado interesse teórico e prático. A técnica de criação e circulação das obrigações restringe o repertório de situações enquadráveis nos rigores da lei falimentar.

O endosso pleno transfere a propriedade e a posse documentais e o crédito. O penhor e o mandato cambiários são espécies do gênero endosso limitado. No primeiro concretiza-se a transferência da posse e do crédito e a instituição do penhor em favor do endossatário imediato (vide Declaração cambiária).

O endossante conserva a propriedade documental onerada com o penhor instituído. O endossado pignoratício terá faculdade de exercer os direitos documentais e de pagar-se com o produto da soma cambial resgatada. [19]

A garantia aperfeiçoa-se com a transferência da posse documental. A regra da ineficácia superveniente recairá sobre o ato de endosso e de instituição do penhor. O ato cambiário de transferência, instrumento de realização do penhor, já estaria sujeito à ineficácia (vide Pagamento de dívida não-vencida).

A imunização da garantia operar-se-ia se ela se efetivasse em adimplemento de convenção extradocumental ajustada em data anterior ao termo legal. Dadas

18. Conf. o lúcido estudo de Mauro Brandão Lopes, *Cambial em moeda estrangeira*, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1978, especialmente os ns. 10, 11 e 12, pp. 69 e ss.

19. Conf. "Anotações sobre a problemática do endosso", in *Atualidades Forenses*, 1977, n. 2.

as peculiaridades do direito cambiário, trata-se de prova diabólica. As convenções extradocumentais normalmente se concluem mediante acordo verbal.

A caução de títulos apresenta características técnicas e jurídicas diversas. Usual no tráfico negocial bancário a concessão de empréstimos vinculados à caução de títulos de responsabilidade direta ou indireta do cliente. O endosso dos documentos cambiários constituirá execução da cláusula de garantia do contrato de crédito em conta corrente.

As operações dessa espécie nem sempre assumem forma escrita. A abertura de uma ficha individual e a contabilização do movimento de débitos e créditos de valores qualifica a figura do contrato de conta corrente garantido. Nas instituições financeiras públicas o contrato escrito é a regra.

A ausência de cláusulas escritas subordina o contrato às condições gerais acolhidas em normas e instruções das autoridades monetárias. Na maioria dos casos às normas e usos comerciais adotados pela própria instituição financeira, como condição contratual ou de contratação. [20]

As condições de contratação encerram norma de direito objetivo entre as partes contratantes. Sua eficácia independe do conhecimento e anuência expressa ou tácita do cliente. As contratuais dependem da anuência expressa ou tácita do policitante, excetuadas as cláusulas vexatórias para as quais se exige o conhecimento do inteiro teor. [21]

A caução de títulos, como meio de execução do contrato de conta-corrente garantido, ficaria imune aos efeitos da lei. Exigir-se-á que o contrato, expresso ou tácito, tenha sido concluído antes do termo legal da falência.

A situação estudada dessemelha do desconto antecipado e da remessa em conta corrente. Embora apresentem similitudes técnicas e se entrelacem no comércio bancário, possuem natureza e estrutura inconfundíveis.

O negócio cambiário fiduciário envolve questões interessantes, analisáveis de duas perspectivas distintas e interdependentes. Do ângulo do negócio típico (cambiário) e do negócio atípico (fiduciário) (vide Negócio cambiário fiduciário).

O negócio cambiário sujeita-se à incidência da sanção falimentar, se o atípico tiver sido concluído em adimplemento de obrigação contraída no termo legal. Em caso contrário, o cambiário ficará imunizado. Situação grave surgirá se ambos forem realizados no tempo legal da falência.

20. Conf. Joaquin Garrigues, *Contratos bancários*, 2.ª ed., revisada, corrigida e atualizada por Sebastião Moll, Madrid, MCLXXV, pp. 18 e ss.; conf. do autor "Condições gerais dos contratos. Natureza jurídica, Validade e eficácia. Formalidades legais", in *Banco do Nordeste do Brasil-Pareceres DEJUR* (coletânea), edição privada, Fortaleza, 1972.

21. Os objetivos do presente trabalho não permitem a análise dos diversos aspectos da questão. Consultem-se: Biase, Ernesto de, *Istituzioni do Diritto Bancario*, Athenaeum, Roma, MCMXXXIII, n. 23, pp. 49 e ss.; Carlo Folco, *Il sistema del Diritto della Banca*, Giuffrè, Milano, 1968, I, n. 211, p. 192; Giacomo Molle, *I contrati bancari*, Giuffrè, Milano, seconda edizione, 1973, n. 3, p. 40; Jean Escarra, *op. cit.*, VI, n. 242, p. 133; Esteban Cotely, *Derecho bancario*, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1956, § 16, n. 59 e ss., pp. 95 e ss.; Rodriguez Rodriguez, Joaquin, *Derecho bancario*, Editorial Porrua, México, 1968, p. 6; Luis Muñoz, *Derecho bancário mexicano*, Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1974, ns. 75 e ss.; pp. 140 e ss.

A licitude dos negócios típico e atípico não têm relevância falimentar. A presunção absoluta de lesividade aos interesses dos credores contaminará o ato cambiário. Abrir-se-á aos credores oportunidade de anular a convenção ou o negócio cambiário de acordo com as regras do direito comum (CC, art. 147).

§ 4.º — Atos a título gratuito.

As liberalidades do devedor falido receberam tratamento mais rigoroso. O legislador dilatou para dois anos o prazo de ineficácia, contado a partir da declaração da falência. A exigüidade do valor mínimo (Cr$ 1,00) abrangerá praticamente todos os atos gratuitos do falido.

A ineficácia tem sua causa no enriquecimento injustificado do credor. Na ausência de contraprestação em benefício do patrimônio do falido. A *par conditio creditorum* teria sido violada. Elimina-se a regra civilística que distingue o *negotium mitum cum donatione.*

A predominância ou não da onerosidade ou liberalidade do ato do falido não mereceu acolhida no direito falimentar. A natureza restritiva da norma leva-nos à conclusão de que seria impossível preservar a eficácia da parte onerosa do negócio ou ato jurídico.

Os atos gratuitos no direito cambiário revestem-se de aspectos e efeitos variados. A assinatura de favor seria uma delas. Formalizada no biênio sofreria a sanção imediata dos rigores da lei. Escaparia o negócio cambiário de favor (vide Negócio cambiário de favor).

Indiferente a prestação singular ou sucessiva no negócio cambiário de favor. Ter-se-ia mera execução contratual do negócio bilateral concluído antes do biênio. De características suspeitas a execução unilateral, em desfavor do insolvente.

A repetição e a reprodução (novatória e renovatória) da declaração cambiária escapariam aos rigores da falência em idênticas condições. O ato cambiário estaria previsto no negócio jurídico subjacente, no acordo de repetir, de novar e de renovar ou em cláusula cambiária.

Em nada afetaria a integridade da tese a exoneração dos obrigados que se recusassem a renovar suas assinaturas. O direito cambiário possui regras e princípios inderrogáveis pela lei falimentar (vide Princípios cambiários falimentares).

Os atos gratuitos censurados assumem as vestes de remissões de dívidas, renúncia tácita ou expressa e omissões voluntárias relativas ao exercício de direitos cambiários. Mencionem-se o protesto, o direito de cobrança, o direito de regresso, a faculdade de oposição de defesa cambiária (vide Fundamentos jurídicos).

No tocante à prescrição distingue-se a renúncia anterior ou posterior à sua consumação. A omissão voluntária no cumprimento de diligência cambiária relativa a apresentação a aceite e pagamento e ao protesto judicial interruptivo de prescrição. Os atos omissivos ou comissivos ficam sujeitos aos efeitos da ineficácia falimentar (vide Princípios cambiários falimentares).

III — Decretação de ineficácia

A revocatória objetiva a decretação da ineficácia do ato jurídico que incorrer na censura do art. 52. Retira-se-lhe a *vox*, decretando sua ineficácia parcial ou integral contra a massa.

À semelhança da declaratória, opera-se a ineficácia relativa. O ato censurado torna-se ineficaz perante a massa e permanece eficaz entre as partes. Encerrada a falência ou satisfeitos os credores em geral, o credor singular poderá acionar o falido na realização do seu crédito.

À qualificação da revocatória são indispensáveis dois elementos: o *consilium fraudis* e o *eventus damni*. Na dicção legal os dois elementos são inseparáveis. A ausência de um deles eliminará a exeqüibilidade da decretação judicial.

O *consilium fraudis* traduz a intenção do devedor ou do devedor/credor de prejudicar os demais credores. Afastado o *animus nocendi*, a vontade deliberada de prejudicar. A consciência ou ciência do prejuízo será o elemento qualificador.

O *eventus damni* caracteriza o efeito objetivo da diminuição patrimonial presente ou futura do devedor falido. Impõe-se a existência de nexo de causa e efeito entre a intenção e o prejuízo. Descabe a tese da prova virtual do dano com o estado de falência do devedor. [22]

A revocatória caberá nas mais variadas espécies de atos. Nos negócios jurídicos em geral, nos atos jurídicos *stricto sensu*, nos atos processuais e nos atos-fatos jurídicos.

Ela abrangerá os bilaterais e unilaterais, os onerosos e os gratuitos. Nos bilaterais provar-se-á a fraude do devedor e do credor satisfeito. A má fé do terceiro constituirá na ciência do prejuízo. Nos unilaterais provar-se-á a intenção de prejudicar do devedor falido.

A onerosidade e a gratuidade desdobram-se em perspectivas plúrimas. O negócio oneroso será adimplemento de causa gratuita ou onerosa e o negócio gratuito de causa onerosa ou gratuita. [23] A qualificação do ato revogável é crucial. A intenção ou a ciência do prejuízo há de ser pesquisada em cada caso.

A relevância da fraude apresenta-se abrangente. Apura-se a intenção ou a ciência do dano na conclusão do negócio jurídico ou no ato de adimplemento de cláusula negocial.

A análise de situações paradigmáticas da revogabilidade afigura-se-nos despicienda. Seriam aquelas estudadas nas seções anteriores e sujeitas à sanção do art. 52: pagamentos de dívidas não-vencidas, pagamentos não-convencionados, constituição de garantias reais e atos a título gratuito.

O elemento jurídico qualificador da nova situação consistiria no fato de se efetivarem fora do biênio ou do termo legal da falência. Ajuntar-se-lhe-ia os dois outros estudados: o *consilium fraudis* e o *eventus damni*.

22. Jayme Leonel, *op. cit.*, n. 91, p. 85; Carvalho Mendonça, J. X., *Tratado*, VI, n. 561, p. 542.

23. Conf. Maggiore, Giuseppe Regusa, *Diritto fallimentare*, Morano Editores, Napoli, 1974, I, n. 12, p. 377.

A técnica da revocatória impõe precisões jurídicas. A sanção incidirá sobre os atos não sujeitos a prescrição. Consumada a prescrição, escapariam às sanções do art. 53 (vide Princípios cambiários falimentares).

Nos atos constitutivos de garantia dever-se-á distinguir os créditos vencidos e não-vencidos. Na primeira hipótese inaplica-se a revogação. O credor se satisfaz com a garantia, em vez de exigir o adimplemento obrigacional. A situação do falido se tornaria mais favorável. [24]

Entre os atos a título gratuito censurados incluem-se os negócios cambiários simulados. Haverá cumulatividade de ações: a revocatória e a de anulação ou anulamento. Inaceitável a tese que admite o recurso único à revocatória. [25]

A diversidade substancial entre as duas ações não impede de reconhecer-lhes os traços comuns. A legitimidade do síndico ou do credor de ajuizá-las em nome e benefício da massa. Afasta-se a regra do direito cambiário que acolhe a ação em nome e benefício do credor (vide Negócio cambiário simulado).

24. Jayme Leonel, *op. cit.*, n. 107, p. 110.
25. Idem, n. 11, p. 30.

DA CONFERÊNCIA DE BENS INTANGÍVEIS AO CAPITAL DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

DENIS BORGES BARBOSA

Um problema tangível

Em 1892, a Columbia Straw Paper Company, empresa industrial sita em New Jersey, foi formada com o objetivo de adquirir todas as fábricas do país que produzissem papel de embrulho. O capital, tal como estabelecido pelos fundadores, era constituído de cinco milhões de dólares, resultado da conferência de 37 fábricas, no valor total de US$ 2,750,000.00. Os fundadores supunham que, graças à posição monopolista no mercado, que a soma das fábricas asseguravam à empresa, haveria na conferência um valor autônomo, maior do que a adição dos bens materiais individualmente considerados.

Em três anos, a sociedade entrava em concordata. Tinha havido uma crise financeira, é bem verdade, e a introdução de polpa de madeira em substituição à palha como matéria-prima viera a inviabilizar o empreendimento, ao que se soma a má administração. Mas o principal fator da insolvência fora o fato de que, quando a sociedade começara a exercer seu monopólio, aumentando os preços, fábricas antigas, já fora de uso, voltaram a funcionar, e novas fábricas entraram no mercado, atraídas pela alta do produto.

Os credores da insolvente entraram em ação contra os promotores, alegando que o capital não havia sido realmente integralizado. Em resposta, os sócios argumentaram que o valor estimado era realístico, baseado na capitalização dos lucros esperados com o monopólio, e que este procedimento era muito comum e já tradicional. Os juízes da concordata, no entanto, deram ganho de causa aos credores, não considerando que uma empresa pudesse obter fundo de comércio antes de funcionar, e que expectativa de lucros não constituía um bem conferível ao capital.

Dizia a decisão: "Não há nada na natureza e no caráter destas propriedades (a expectativa de lucros havia sido considerada pelos promotores como propriedade) a indicar que elas pudessem ser duplicadas fácil e rapidamente, como aconteceu de fato quando os preços subiram". [1]

É da transformação de um bem intangível em um capital social que ocorre o risco de ser também intangível, no sentido depreciativo, que trata o presente trabalho.

O capital

> "Some seven men form an Association
> (if possible all peers and baronets)
> they start off with a public declaration
> to what extent they mean to pay their debt
> that's called their capital" [2]

1. See V. Heppenheijer. 69 NJ 36.61 A 843 1905 citado em Cary, 1906 e ss.
2. Cary, *op. cit.*, p. 1.062.

A cançoneta da dupla Gilbert e Sullivan, ao descrever o espírito da Lei das Companhias Inglesas de 1862, apreende com perspicácia a função do capital de uma empresa, constituída sob a forma de sociedade com limitação de responsabilidade. A definição técnica de Modesto Carvalhosa,[3] referindo-se à Lei 6.404/76, não diz nem mais nem menos do que a opereta: é o valor das entradas de capital que os acionistas declaram vinculados aos negócios que constituem o objeto da sociedade.

O capital tem, para a sociedade, três principais funções: perante os credores representa o patrimônio formalmente afetado a sua garantia, e, até o ponto em que é corretamente representado nos livros, também uma garantia material da liquidez da sociedade; perante a empresa, representa a massa de recursos postos à disposição das suas necessidades de financiamento pelos sócios; perante estes, representa uma medida de participação de cada um nos resultados e, até certo ponto, no controle da empresa. Decorre, daí, que na formação do capital só possam entrar bens que sejam capazes de satisfazer os credores *in extremis*, ou seja, que sejam excutíveis e penhoráveis.[4]

Mas, como o sentido da empresa não é garantir créditos, mas produzir, é necessário que os bens possam se integrar no processo produtivo, adequando-se ao objeto social. Finalmente, para que possa dimensionar os direitos dos sócios, em relação à sociedade, os bens conferidos precisam ser mensuráveis economicamente, ou, como diz o art. 7.º da Lei 6.404/76, avaliáveis em dinheiro.

A importância de mensurar o capital num valor econômico universal — a moeda — também resulta da sua função de padrão de desempenho econômico da empresa. Tomando por base o capital (e suas reservas, no sistema da nova Lei das S/A), avaliam-se os prejuízos, os lucros, o *status* financeiro da empresa, e a sua dependência de capital de terceiros. Esta finalidade contábil do capital o transforma num padrão de vida da empresa, o marco de sua eficácia social.

Por fim, o capital, lançado no passivo dos balanços, representa o débito da sociedade para com os sócios, ou, abstraindo-se da condição de sujeito de direitos da pessoa jurídica, o débito recíproco dos contraentes, na proporção de sua participação no fundo comum, afetado aos objetos da sociedade. A existência e a correta valoração dos bens conferidos, significa, desta forma, o pressuposto obrigacional do contrato social.

O bem: corpóreo ou intangível

No dizer de Ulpiano *bem é aquilo capaz de satisfazer um desejo: bona ex es dicuntur quod beant, hoc est beatus faciunt* (fr 49.D. Verb. sig. L. 16). A definição dá um sentido demasiado amplo para descrever com precisão os bens, capazes de integrar o patrimônio da sociedade comercial: tais bens deverão atender a uma necessidade humana objetiva, serão escassos, e serão jurídica e materialmente disponíveis.[5] Numa palavra, serão bens econômicos. Caso o bem

3. *Comentários à Lei das S/A*, vol. 1.º, p. 31.
4. Modesto Carvalhosa, *op. cit.*, vol. 1.º, p. 38.
5. Carlos Galves, *Manual de Economia Política*, pp. 65-68.

atenda diretamente a uma necessidade, estamos perante o chamado bem de consumo; se, de outro lado, o bem é hábil a criar outros bens que, por sua vez, vão atender às necessidades, existe, aí, um bem de produção. Pela função da empresa, de produzir coisas e serviços, está claro que todos os bens conferidos serão bens de produção, muito embora alguns sejam juridicamente consumíveis no decorrer do processo de produção.

Ora, bens de produção podem ser coisas tangíveis, corpóreas (*corporales haec sunt quae sui natura tangi possunt* — Gaio, Inst. II §§ 12/14) ou bens incorpóreos (*quod in jure consistunt* — Gaio, no mesmo trecho, ou no dizer de Cícero, *quod est intelleguntur*). É tão necessário, para a atividade de um banco, o dinheiro de seu capital quanto a carta-patente que autoriza seu funcionamento, ambos elementos integrantes da produção de seus serviços; e a autorização governamental é um bem intangível que não se confunde com o papel assinado pelo Presidente do Banco Central.

Tais bens intangíveis compreenderiam a atividade humana, tal como objeto de direito de crédito; [6] os direitos em geral, quando objetos de outros direitos; [7] a energia; [8] as criações do espírito humano; [9] os objetos da personalidade, do estado civil e do estado político. Evidentemente, só os bens intangíveis de caráter econômico poderão ser conferidos ao ativo, mas nem todos. Em primeiro lugar, como visto, deverão ser *bens de produção.*

Usualmente se relaciona, entre os bens intangíveis necessários a uma empresa, os direitos de crédito, a energia, as marcas, patentes, os processos secretos, as licenças, a clientela, o aviamento, o fundo de comércio, o ponto, o controle de outras empresas, a capacidade de produção, os contratos, o mercado em potencial, a boa fama dos dirigentes, etc. Numa visão mais ampla, [10] todos os bens de que necessita a empresa seriam intangíveis, já que a sua própria relação, como pessoa jurídica, com as coisas materiais, seria através dos direitos exercidos sobre elas.

No entanto, destes bens, indispensáveis à empresa, nem todos podem ser capitalizados. Tal se dá pelo fato de que, garantia das obrigações sociais, os bens do capital têm de ser passíveis de penhora e execução. Deverão, além do valor de uso para a empresa, ter valor de mercado, para serem alienáveis em benefício dos credores.

Muito embora os bens do capital, perante os livros, sejam somente um bem de uso, [11] sua entrada na contabilidade se deve ao fato de poderem ser traduzidos em dinheiro, o que pressupõe um valor de troca.

Os chamados bens empresariais, para Fábio Konder Comparato, aqueles ligados à empresa enquanto organismo vivo (*going concern*, na doutrina norte-americana) [12] são bens intangíveis não contabilizáveis, porque não atribuíveis a

6. Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 17 e ss.
7. Santiago Dantas, *Programa do Direito Civil*, p. 229.
8. René Savatier, *Théorie des Obligations* n. 41.
9. Passarelli, *Teoria Geral de Direito Civil*, p. 34.
10. Savatier, op. cit., n. 16.
11. Nilton Latorraca, *Comentários à Lei das S/A*, vol. VI, p. 17.
12. Fábio Konder Comparato, *Estudos e Pareceres de Direito Empresarial*, p. 106.

crédito ou a débito de ninguém; e porque, autogerados, não terão valor de troca até serem postos no mercado. É quanto a estes bens (e não aos intangíveis em geral como erroneamente se refere) que Modesto Carvalhosa diz que a conferência não pode ser isoladamente admitida na sociedade, embora o possa se considerados como componentes de uma universalidade. [13]

Em geral, desta forma, os bens sem valor de troca, ou cujo valor de mercado seja dificilmente avaliado, não serão suscetíveis de capitalização.

A noção de propriedade de bens intangíveis

Via de regra, diz Henn, [14] a legislação dos Estados norte-americanos relaciona como bens possíveis de serem conferidos ao ativo o dinheiro, serviços prestados e *property* recebida pela sociedade. A definição do que seja *property*, para tais efeitos, é uma das maiores discussões entre os julgados norte-americanos. O *Blacks Law Dictionary*, tratando da palavra, consigna que é "o que pertence exclusivamente a alguém"; e, numa definição mais extensa, repara que "a palavra é comumente usada para denotar tudo que seja sujeito de propriedade, corpórea ou incorpórea, tangível ou intangível, visível ou invisível; tudo o que tenha valor de troca ou que constitua riqueza ou cabedal". "A expressão é entendida como aplicando-se a toda espécie de direito ou interesse suscetível de valor".

O conceito de propriedade da tradição continental, porém, tende a ser mais restrito, limitando-se às coisas tangíveis e a certos bens imateriais, objetos de direitos similares à propriedade. Admitindo-se a idéia de direito subjetivo como o poder de agir sobre a esfera jurídica, para atender aos interesses próprios do titular, a propriedade seria um direito subjetivo, do tipo modernamente denominado "direito absoluto". Todos os poderes jurídicos: presumem um sujeito ativo, que os detêm; um objeto, sobre o qual o poder se exerce; um sujeito passivo, que tem o dever de respeitar o exercício do poder; e um vínculo jurídico, que une os pólos subjetivos da relação. Diferentemente do direito subjetivo de crédito, onde o poder de agir do titular recai sobre uma ação de um sujeito passivo determinado [15] (para o qual o dever e o objeto de poder se confundem), nos direitos subjetivos absolutos, o sujeito passivo, que não é determinado, deve apenas abster-se de se opor ao poder do titular.

São direitos subjetivos absolutos a propriedade, os direitos humanos, os direitos políticos, o poder de usar a via pública, a liberdade de iniciativa. Mas, conforme se exerçam de forma a impossibilitar a incidência de outro direito idêntico sobre o mesmo objeto, serão tais poderes exclusivos ou não exclusivos; classificam-se entre os primeiros os reais, os de chamada propriedade intelectual, os da personalidade, etc. Evidentemente, não haverá exclusividade no acesso ao mercado, ou no trânsito pelas praças, e nem no acesso a um mercado determinado, ou a uma via pública determinada, sendo assim a livre iniciativa e o direito de ir e vir poderes do segundo tipo.

13. *Op. cit.*, vol. I, p. 39.
14. *Law of Corporations*, p. 305.
15. Passarelli, *op. cit.*, pp. 50 e ss.

Ainda quanto ao objeto dos poderes, os direitos absolutos serão de natureza econômica ou não-econômica. Se o bem sobre o qual se exerce um poder exclusivo for objetivamente necessário, escasso, além de legalmente e materialmente disponível, ou seja, se for um bem econômico patrimonial, estaremos perante um direito de apropriação, gênero que abrange os direitos reais sobre coisas tangíveis e as "propriedades" intelectuais, comerciais, etc.

A própria natureza corpórea de uma coisa, bem econômico, em seus atributos de individualidade e atualidade, condiciona a exclusividade dos direitos que se exercem em relação a ela (direito real). Tal não acontece com outros bens econômicos, incorpóreos, cuja possibilidade de duplicação autônoma [16] tende a retirar seja a economicidade (pela supressão da escassez), seja sua exclusividade de *fato*. Tal como as praças públicas ou o ar atmosférico, o espírito, a cultura, e a inventividade humana são juridicamente *res communes omnium*; e, nas economias que adotam a liberdade de iniciativa, também o é o mercado.

Desta forma, é por uma exclusividade juridicamente criada que o direito subjetivo absoluto sobre o invento, sobre uma obra literária, ou sobre uma posição no mercado pode se tornar direito de apropriação, propriedade industrial, propriedade literária ou monopólio. Ao dizer que não havia "propriedade" nos bens trazidos ao capital da Columbia Straw Paper Corporation, o juiz entendia que, salvo no caso de reserva jurídica de um poder exclusivo, não poderia haver a apropriação de uma parcela do mercado norte-americano.

Sem entrar em uma discussão cujos aspectos políticos, filosóficos e econômicos seriam sem dúvida relevantes, mas estão ao largo do objetivo deste trabalho, é preciso notar que, diferentemente do poder sobre uma coisa corpórea, cujos atributos de individualidade inclui a unicidade e a identificação, alguém que reinventa um produto, ou recria uma melodia, teria naturalmente "propriedade" sobre o invento ou o tema, segundo o princípio jurídico da ocupação. Tal "propriedade", no entanto, é retirada pela Lei, que, concedeu o poder exclusivo sobre a idéia, ou sobre a forma, a outrem. Na inexistência da exclusividade forçada pela Lei, cada um dos inventores ou compositores teria um poder absoluto sobre a sua criação, sem ser exclusivo; dependendo do tipo da criação, de sua complexidade ou reprodutibilidade, o poder absoluto, mesmo se não exclusivo, daria a vantagem econômica da escassez ao seu titular. Não é outra a razão de não ter sido concebido um direito de propriedade literária antes da imprensa, como também não é outra a causa de, num mercado tecnologicamente não competitivo, como o brasileiro, o nível de patenteamento das invenções ser tão baixo. [17]

Porém a exclusividade jurídica da utilização de um bem imaterial, idéia, forma, ou posição no mercado dão uma *certeza* da vantagem econômica da escassez. É em nome da certeza, e não da patrimonialidade, que se reserva às "propriedades" a possibilidade de entrar no capital social. Hamilton [18] nota que

16. Hegel, *Principles de Philosophie du Droit*, n. 69.

17. Sobre o assunto, o nosso "O Conceito Jurídico do Know How" recolhido na coletânea de textos distribuídos pela FINEP, Comércio de Tecnologia.

18. *Corporations*, p. 281.

"processos secretos, fórmulas, direitos de crédito eventual ou condicional, *good will*, e "propriedades intangíveis" do mesmo gênero não só são difíceis de avaliação: até sua própria existência pode ser tão efêmera que não se constitua em propriedade alguma, pelo menos para os efeitos da Lei". E é preciso lembrar que o jurista norte-americano trabalha sobre um conceito de propriedade mais lato do que o analista acima, que inclui mesmo direitos de crédito.

Não admitidos na conferência ao ativo, em atenção ao princípio da garantia dos credores e da coobrigação dos sócios, os bens intangíveis desprovidos de direitos exclusivos não emergem na contabilidade de um *going concern* pelo princípio de conservadorismo daquela arte. [19]

A conferência de bens intangíveis: serviços

Como já foi dito, o direito norte-americano aceita, como bens admissíveis à conferência, os serviços prestados. A lei do Estado de Nova Iorque usa uma expressão mais restrita: *labour done*. Os serviços prestados antes da constituição da empresa, em primeiro lugar, são em algumas decisões considerados como insuscetíveis de capitalização, pois, àquela época, a companhia não poderia contratar tais serviços. [20] Mas também se exclui a promessa de serviços futuros, pois tais serviços só seriam úteis à empresa enquanto um *going concern* e não seriam, assim, suscetíveis de liquidação pelos credores da sociedade; além disto, a dificuldade de avaliação, principalmente quando tais serviços são prestados pelos fundadores tornaria o bem incapaz de ser capitalizado. [21] No entanto, o *Model Business Act* da Ordem dos Advogados norte-americana admite que, com a concordância de todos os acionistas, poderão ser trocadas por promessa de serviços.

Como explica Herwitz, [22] a proibição é mais ou menos irrelevante, já que uma sociedade poderia fazer um adiantamento, a conta de serviços futuros, e o prestador, com a soma adiantada, adquirir ações. A soma paga ao prestador seria contabilizada como um ativo, e amortizada na proporção em que os serviços fossem prestados. De outro lado, referindo-se aos serviços pré-operacionais, Bombright [23] lembra que a proibição pode ser superada através da superavaliação de bens materiais conferidos, deixando uma certa margem para cobrir o custo dos serviços.

O conceito de "serviços prestados", assim, se restringe ao trabalho em favor da empresa, pelo qual se creditou o acionista. A aplicação do permissivo se limitaria, então aos aumentos de capital posteriores à constituição da empresa.

No direito brasileiro, parte da doutrina não admite conversão de trabalho em capital. Modesto Carvalhosa, apoiando-se em Trajano de Miranda Valverde, [24] entende que "qualquer prestação pessoal, como as de fundador ou de indústria,

19. Nilton Latorraca, *op. cit.*, p. 18, vol. VI.
20. Cary, *op. cit.*, p. 1.066.
21. Idem, p. 1.069.
22. *Apud* Cary, *op. cit.*, p. 1.068.
23. *Apud* Cary, *op. cit.*, p. 1.067.
24. *Op. cit.*, vol. I, p. 59.

é insuscetível de retribuição através de ações". Tal se daria pela natureza de "sociedade de capital" das companhias. Para contemplar a retribuição dos serviços pré-operacionais, ou o de terceiros, haveria o mecanismo das partes beneficiárias, o qual retira do titular os poderes de soberania societária, e reduz a participação nos lucros a 10% do apurado.

Sem precisar se referir aos artifícios de que falam os autores norte-americanos, é no entanto, preciso lembrar que a prestação de serviços nada tem de incompatível, pelo menos em princípio, com a formação de capital. Em primeiro lugar, o trabalho é reconhecido mesmo pelos autores clássicos da Economia como uma fonte de valor; a construção da sede da empresa, com os bens materiais conferidos por outros sócios, não deixaria de acrescer ao capital. Nada haveria, assim, de fraude ao princípio de garantia aos credores, no aporte de serviços ao ativo. E o "bem" serviço estaria, ainda falando em tese, abrangido no teor do art. 7.° da Lei 6.404/76, desde que avaliável em dinheiro. Ademais, a promessa unilateral de serviços estaria dentro dos limites previstos no art. 10 da mesma Lei, notando-se apenas quanto aos serviços do próprio subscrito, as mesmas objeções referidas a seguir quanto às notas promissórias.

No entanto, é preciso reconhecer que as objeções anteriormente levantadas, principalmente quanto a serviços prestados pelos fundadores, tornam uma medida de prudência a limitação da retribuição dos serviços às partes beneficiárias.

Idem: energia

Diz Savatier, citando M. Champier, que energia é uma grandeza física, suscetível de várias formas e finalmente capaz de produzir um trabalho mecânico ou calor.[25] "Tal trabalho" — prossegue Savatier — "como o de homem, se vende somente em seus resultados, dos quais não pode ser isolado na forma de um bem corpóreo". E, mais adiante: "Objeto de crédito, a energia jamais poderá ser um objeto de propriedade".

É, como o trabalho humano, um bem que se consome ao mesmo tempo que é produzido, produzindo valor, embora a diferença daquele possa ser armazenado e acumulado. Em baterias, ou, como energia hidráulica em represas, por exemplo,[26] pode ser alienado como calor atual, e não promessa de valor, ou valor despendido.

Desta forma, seja como crédito, seja como força estocada, a energia poderia ser conferida ao capital, no segundo caso não diferindo, quanto aos efeitos, de qualquer bem material consumível.

Idem: direitos de crédito

Entre as proibições mais reiteradas na lei norte-americana, de bens insuscetíveis de conferência, está a de "notas promissórias". Proíbem a prática o *Model Business Corporation Act* da ABA, as leis de Michigan, Montana, North Carolina,

25. *Op. cit.*, n. 41.
26. Savatier, *op. cit.*, n. 42.

Ohio, Oklahoma, Tennessee, etc. [27] Cary [28] comenta que há um notável dissenso sobre se uma nota promissória é *property* ou dinheiro, e se há diferença, para efeitos de conferência, entre notas avalizadas ou não, e notas emitidas pelo subscritor ou por terceiros. Segundo o autor, há um consenso razoável no sentido de que notas emitidas pelo subscritor e não avalizadas, não podem integrar o capital.

Sobre o mesmo ponto, diz Rubens Requião: [29] "Referimo-nos à integralização das ações através da entrega à sociedade de letras de câmbio ou notas promissórias do mesmo valor. Levando-se esses créditos à conta de capital, como se esta entrada fosse realizada em dinheiro, lançam o crédito no realizável, ficando o subscritor como devedor da sociedade. Aparece o subscritor com suas ações integralizadas, e também realizado o capital social, embora não se resgate o título de crédito".

Modesto Carvalhosa também parece não aceitar um título de crédito de responsabilidade do subscritor como valor capitalizável, pois só se refere à cessão. [30]

A lei brasileira, no seu art. 10, parágrafo único, menciona que, ao contrário do que acontece no regime do CC (arts. 1.073 e 1.074) o subscritor responde não só pela existência do crédito como também pelo seu pagamento. Não havendo título de crédito, ou não constando na cártula a assinatura do subscritor, este será responsável pelo crédito, mas subsidiariamente. Rubens Requião [31] considera tal garantia insuficiente, sugerindo que se adote a prática de só emitir a ação após o pagamento do título.

Nem todos os títulos de crédito terão o mesmo tratamento. As ações, debêntures, e valores em geral admitidos no mercado de balcão ou à bolsa ou emitidos por instituições, a não ser no caso de instituições financeiras subscritoras, não admitem responsabilidade subsidiária do conferente. De outro lado, os títulos de disponibilidade de mercadoria, conhecimentos de carga e de depósito, tratando-se de cártula de prestação de espécie, não comportam a responsabilidade do subscritor no caso, por exemplo, de perecimento da mercadoria após a tradução ou o endosso, por efeito de caso fortuito ou força maior.

Atenção especial merecem os títulos de participação, ações de companhias e de sociedades em comandita por ações. O crédito, aí, é de uma prestação eventual, o dividendo ou a parcela devida na liquidação, e de um poder de participar da vida da sociedade.

Está claro que o subscritor não responderá pelo pagamento em caso de não haver dividendo. Mas responderá, como se verá a seguir, no caso de, ao crédito individual de cada ação, a conferência se fazer intentando somar o valor do contrato e o propósito de se fraudar.

Mas não só títulos de crédito, cuja intangibilidade é atenuada ante a cartularidade do Direito e a materialidade do papel, podem ser conferidos. Créditos,

27. Henn, *op. cit.*, p. 305.
28. *Op. cit.*, p. 1.067.
29. *Curso de Direito Comercial*, vol. 2.º, p. 52.
30. *Op. cit.*, p. 51.
31. *Op. cit.*, p. 52.

em geral, podem ser cedidos, não se admitindo, porém, créditos resultantes de contratos bilaterais,[32] pois não haveria aumento de disponibilidade em favor da sociedade; excetua-se, evidentemente, da regra, as obrigações correspondentes a créditos já satisfeitos.

Crédito, não conferível é o da quota de sociedade de responsabilidade limitada onde não se permite aos sócios a livre disponibilidade de seu *status socii*. Não há, no caso, a penhorabilidade indispensável.

Idem: os direitos de clientela

Os bens da empresa, ou em noção mais estrita e menos correta, do estabelecimento, não são reuniões díspares e ilógicas de coisas e direitos. Como são bens de produção, individualmente, e serão no todo, um universo voltado para a produção, a organização com este fim específico acresce o valor de cada elemento individual. Tal organização é denominada "aviamento".

Por sua vez, este valor do todo dos bens tem um efeito no mercado, dando ao organizador uma posição determinada perante a concorrência. Como o exercício do comércio é legal, e a concorrência incentivada no sistema econômico capitalista, esta situação jurídica da sociedade empresária perante o mercado é um direito absoluto, denominado "clientela".

Como já vimos, tais direitos, são voltados indistintamente contra todos, que devem ao titular respeito ao exercício legal do poder. Serão exclusivos se o ordenamento jurídico atribuir ao titular o monopólio, a possibilidade de ser o único a exercer um direito de clientela.

A expressão "direitos de clientela" deve-se a Paul Roubier,[33] que concebeu como um *tertius genus*, ao lado dos reais e dos pessoais. Incluir-se-ia no conceito os de propriedade intelectual: os de propriedade industrial e os de científica, artística ou literária; as marcas de indústria e de comércio; as *appellations d'origine*; o fundo de comércio, na acepção francesa; os monopólios legais. Ao lado destes, constituindo a face não exclusiva dos direitos de clientela, poríamos as invenções não patenteadas e o segredo de empresa; o monopólio de fato; o ponto; o *good will*, ou seja, o próprio aviamento considerado como todo.

Poder-se-ia argumentar que, quanto a um inventor ou criador individual, cuja atividade não se caracterizasse como de empresa, e classificação seria mal aplicada. No entanto, com a exclusividade concebida ao criador, protege-se não só os direitos morais quanto os econômicos; e, em relação a estes, a noção é adequadamente aplicável. Está claro que, quanto à empresa, mesmo os direitos "morais" seriam incluídos na clientela, pois fama, talento, gênio, são condicionantes positivos do faturamento.

Note-se, por fim, que, contra boa parte da doutrina, consideramos a clientela como um bem da empresa, e não do estabelecimento. Vincular uma posição no mercado ao *local good will* é conservar uma visão estreita, de pequeno comércio, que ignora a complexidade da moderna empresa.

32. Modesto Carvalhosa, *op. cit.*, vol. I, p. 39.

33. Chavanne e Burst, *Droit de la Propriété Industrielle*, p. 2.

A propriedade intelectual

Paul Roubier inclui neste conceito tanto os privilégios (de invenção, de modelo de utilidade, de modelo industrial, de desenho industrial) quanto os direitos autorais. São as criações do espírito humano, a que a ordem jurídica concedeu ao titular o estatuto de direitos absolutos exclusivos. Como bens intangíveis cuja propriedade é assegurada, são contabilizados no ativo permanente, mais precisamente no ativo imobilizado.

A propriedade intelectual pode ser conferida à sociedade a título de cessão total, com passagem de todos os direitos; pode ser entregue a título de licença exclusiva; pode sê-lo a título de licença não exclusiva. Em se tratando de patentes, como há autonomia em cada um dos direitos concedidos pelos vários Estados, a exclusividade pode ser limitada ao mercado do país da sociedade. Se o contrato de licença não o vedar (o que é raro), a obra ou o invento pode ser sublicenciado à sociedade.

O principal problema da capitalização de tais bens intangíveis é a avaliação: "patentes de invenção, marcas, são difíceis de avaliar com exatidão".[34] Tais dificuldades acrescem quando o bem é transferido a título de licença (locação) não exclusiva: "o valor real da licença só seria apurável quando uma organização equipada e organizada usar ou vender o processo".[35] Em outras palavras, o valor do bem seria dependente do aviamento em que ele se insere.[36]

Não acreditamos que um contrato de licença não exclusivo possa ser conferido ao ativo, pois o seu valor de mercado e o seu potencial de lucratividade ficariam dependentes exclusivamente do licenciador, que via de regra, é também o subscritor. Mesmo quando existia uma exclusividade em termos nacionais, o subscritor-licenciador tem considerável controle sobre o valor conferido, pois pode impedir a importação dos produtos licenciados em países estrangeiros, onde vigore sua patente.

Outra questão é de se uma patente depositada, mas não concedida ou uma licença de patente nas mesmas condições, poderia ser conferida. Não há propriedade industrial sem o pronunciamento do Estado que, ao expedir a patente constitui a exclusividade.[37] Desde o depósito, porém, há tipicamente uma expectativa de direito. A legislação em vigor permite o licenciamento desde o requerimento, mas prescreve que do ato jurídico nenhum pagamento resultará (entenda-se: pagamento do licenciado). Parece claro que uma expectativa de direito não seja bem suscetível de conferência, por faltarem-lhe os requisitos de garantia patrimonial.

Outro é o caso com os direitos autorais, cuja existência independe de reconhecimento do Estado. No entanto, não deveriam ser admissíveis à conferência obras sem registro, pois, sem a inscrição *ad probandum tantum*, não se poderia eficazmente determinar o valor do bem.

34. Rubens Requião, *op. cit.*, vol. I, p. 274.

35. Cary, *op. cit.*, p. 1.100.

36. Para os critérios de avaliação, vide Antônio Luiz Figueira Barbosa, *Comércio de Tecnologia*, CNPQ.

37. Rubens Requião, *op. cit.*, vol. I, p. 209.

Tais propriedades são, em primeiro lugar, temporárias. O bem será assim capitalizado descontando-se o valor já amortizado. Além disso, a propriedade intangível é extremamente frágil; por exemplo, quanto a privilégios, há o dever de usar o invento, o modelo, etc., sob pena de licença compulsória ou caducidade; quanto à propriedade autoral, os direitos morais do escritor ou compositor, podem se exercer a qualquer tempo, impedindo a reprodução da obra.

Caso ainda a ser considerado é a conferência de privilégio de titular estrangeiro, concedido sem a prioridade legal. Pelo Código da Propriedade Industrial (art. 30, § 1.º) tais privilégios não geram *royalties*, como também não geram, quanto à licenciadora, a licença dada à subsidiária nacional de empresa estrangeira (Lei 4.131/62). Fora os aspectos do capital estrangeiro, que serão analisados em seção própria, pode-se lembrar que, embora não frugífera, a propriedade continua intacta quanto ao valor de uso e, até certo ponto, quanto ao de troca. Não haveria, do ponto de vista do Direito Societário, óbice a conferência desta patente defectiva.

Idem, idem: Marcas, Appellations d'Origine. Nome. Insígnia. Título do estabelecimento. Indicações de proveniência. Título de periódicos

Os direitos sobre os signos distintivos são direitos de clientela em sua forma mais flagrante. A situação perante o mercado conseguida pela empresa depende da produção de coisas e serviços capazes de satisfazer necessidades econômicas, como também depende de que o público seja capaz de identificar a coisa e o serviço como tendo as qualidades necessárias. Tal função é também, embora parcialmente, desempenhada pelos modelos e desenhos industriais.

Usando a distinção do direito norte-americano entre *local goodwill* e *personal goodwill* (clientela resultante da localização e clientela resultante de fatores pessoais) os signos distintivos teriam a finalidade de assegurar que a boa vontade do público, obtida em função das qualidades pessoais da empresa (qualidade, pontualidade, eficiência, etc.) seja mantida inalterada. Está claro que a mais moderna técnica comercial tenta ampliar o papel criador de clientela dos signos distintivos, sem os quais a publicidade seria inconcebível, mas, historicamente, é como meio de conservação da clientela obtida que se concebe tais signos.

As marcas são sinais distintivos apostos a produtos fabricados, a mercadorias comercializadas, ou a serviços prestados, para a identificação do objeto a ser lançado no mercado, vinculando-o a um determinado titular de um direito de clientela. Sujeitas a registro, são propriedade industrial a partir do mesmo, não se concebendo, no direito brasileiro vigente, direito natural de ocupação sobre a marca. No entanto,[38] a partir do depósito haveria uma expectativa de direito, suscetível, entendem alguns, inclusive de proteção possessória.

Ao contrário dos direitos de propriedade intelectual, as marcas não são temporárias, muito embora, após 10 anos, não produzam mais *royalties* e exijam renovação de registro. Também são infrutíferas as marcas licenciadas por pessoa estrangeira a subsidiária nacional. Claro está que as marcas podem ser conferíveis

38. Pontes de Miranda, *Dez Anos de Pareceres*, pp. 73 e ss.

ao capital. Integradas ao patrimônio social, serão contabilizadas no ativo imobilizado, embora, à diferença das patentes, não serão amortizáveis, salvo no caso de licença temporária. Nos demais aspectos, os comentários acima tecidos a respeito de patentes valem também quanto às marcas, *mutatis mutandis.*

Regime idêntico ao das marcas seguem as expressões ou sinais de propaganda referidos no art. 73 do CPI, sendo porém sinais distintivos não vinculados necessariamente ao produto ou serviço. O regime brasileiro não exige, além disto, que o titular esteja exercendo a atividade a que se vincula a expressão ou sinal de propaganda, a que torna possível, ao menos em tese, a existência de empresa cujo capital seja constituído inteiramente destes signos, para locação ou venda.

O *franchising*, contrato de direito de clientela a ser examinado a parte, consiste legalmente na licença de marca, com assistência técnica e administrativa relativa ao uso "verídico" da marca, e se torna, na verdade, um contrato de transplante de aviamento.

O nome comercial, ou de empresa, no regime legal vigente, só pode ser conferível ao capital em forma de denominação própria, às sociedades anônimas e às sociedades por quotas de responsabilidade limitada. A firma, representando o nome civil dos sócios, é inalienável. A denominação, note-se, pode ser conferível conjuntamente com a empresa, ou separadamente.

Por exceção ao anteriormente postulado, há direitos de clientela que, embora sejam elementos do exercício da empresa, exercem-se em relação ao estabelecimento. Tais são o título do estabelecimento e a insígnia. Aquele é o sinal designativo da unidade técnica de produção ou circulação de bens e serviços (= do estabelecimento), este é o sinal gráfico, ou emblema, que o representa. A doutrina diverge sobre a possibilidade de alienar o título e a insígnia independentemente do estabelecimento. Em sentido contrário, Coelho de Souza e parte dos autores italianos; no sentido positivo, Rubens Requião.[39] O Direito francês[40] se inclina por admitir a transferibilidade, a não ser que o fundo de comércio, tal como registrado, inclua cláusula de restrição à transferência. Se tido como inalienável, evidentemente não poderia ser conferido, salvo na universalidade do estabelecimento.

Diversas das marcas, mas exercendo o mesmo efeito, são as designações de origem e as indicações de proveniência. Ambas são sinais designativos da origem dos produtos, sendo que as primeiras representam uma garantia institucional de qualidade, em função do local da vindima ou da fabricação.[41] Pela sua própria natureza são bens intangíveis vinculados a um bem fundiário, ou a uma região geográfica e, assim, insuscetíveis de serem conferidos isoladamente ao capital da sociedade. O direito brasileiro regula a indicação de procedência no art. 70 do CPI.

Os títulos de periódicos são reconhecidamente elementos patrimoniais de grande valor. Suscetíveis de penhora e execução,[42] estão plenamente capacitados

39. *Op. cit.*, vol. I, p. 203.

40. Chavanne e Burst, *op. cit.*, p. 479.

41. Idem, p. 489.

42. O título "O Cruzeiro" foi, no espaço de poucos meses, penhorado e executado três vezes.

a se integrarem no capital de uma sociedade. No direito francês não há proteção específica [43] para tal propriedade, como não há no direito brasileiro, mas é suscetível de registro de marca e de direito autoral. Devido à impossibilidade de recriação autônoma do mesmo título, devido à própria publicidade do periódico, na esfera de repercussão econômica de sua distribuição, é suscetível de proteção pelos princípios de concorrência desleal, o que, mesmo sem registro de marca, etc., o torna capitalizável. O título pode não só ser cedido; mas também ser concedido em exploração, ou usufruto.

Idem, idem: monopólios legais

O monopólio legal é o direito de clientela na sua expressão mais absoluta. Pode tomar a forma de um monopólio propriamente dito, ou de restrições da concorrência. É exemplo da primeira a concessão de serviços públicos, e da segunda a limitação numérica dos corretores de navio ou das autonomias de táxis. Diz-se monopólio o poder absoluto exclusivo de ser o único a atuar num determinado mercado; e oligopólio o poder absoluto cujos titulares sejam em número limitado. Ambos são designados por privilégios.

No direito brasileiro, o monopólio é restrito pelo art. 163 da Constituição, que confere à União o poder de instituí-los, e pela Lei 4.137/62, que visa coibir os monopólios naturais ou de fato. São monopólios legais o dos serviços públicos de energia elétrica, de telecomunicações, de transportes, o das minas; a sua exploração se faz, porém, por concessão ou permissão (esta não monopolista) [44] a particulares. Como um valor econômico da mais alta relevância, poderia, em tese, ser conferido ao ativo, por exemplo, pela própria União Federal. Mas a penhorabilidade da delegação de um poder público é, pelo menos, um assunto controverso. [45]

Oligopólios, no entanto, são privilégios muitas vezes conferíveis ao capital. O valor de uma carta patente de instituição financeira, desde que haja concordância do Banco Central na transferência, constitui um elemento fundamental para uma empresa da área. A conferência de tais bens, no entanto, fica dependente da sua penhorabilidade ou não, entre os demais fatores.

Note-se, no entanto, que a conferência de um monopólio não será, necessariamente, garantia de lucratividade limitada; existe um ponto em que a situação monopolística dá prejuízo: o chamado ponto de Cournot. [46]

Num sentido mais lato, são monopólios legais todos os direitos absolutos exclusivos sobre bens materiais. É neste sentido que a primeira lei antimonopólio, editada por James I da Inglaterra, excetuava a proibição "os privilégios conferidos aos inventores".

43. Chavanne e Burst, *op. cit.*, p. 423.
44. Walter Álvares, *Direito da Energia*, p. 296.
45. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, pp. 315 e 355.
46. Hermano Duval, *Concorrência Desleal*, p. 36.

Idem, idem: "Fonds de Commerce"

O conjunto de todas as coisas e direitos reunidos para a atividade empresarial, somado com a organização destes mesmos elementos com o propósito de produzir coisas ou serviços, é o fundo de comércio.[47] Uma noção constante do Direito Comercial de todos os países, ganhou prevalência no sistema francês, no qual assumiu o *status* de "propriedade comercial".

No direito francês o *fonds de commerce* é a reunião de meios materiais e jurídicos para a exploração de uma clientela, considerada, nota Savatier,[48] como se fosse um bem fundiário, frugífero. De um lado, é um bem móvel, pois dele se exclui o dos imóveis onde se explora a atividade, embora compreenda o direito à locação; de outro, é um bem incorpóreo, pois se destaca das coisas tangíveis que o formam. Constituído em torno da figura de um pequeno negociante, pessoa física, não se confunde com a empresa: é uma seção do patrimônio afetado ao negócio, onde só se inclui o ativo.

Com todas estas limitações, o *fonds de commerce* francês é objeto de numerosos negócios jurídicos, dos quais a venda a crédito, a anticrese e a locação-gerência são as mais freqüentes. As transações são submetidas a registro, e adquirem uma solenidade comparável aos atos jurídicos correspondentes a bens imóveis. Todo o sistema é baseado no princípio da fixidez da locação, pelo qual o comerciante locatário é inamovível do imóvel.

É a tradição medieval do *jus intraturae*, que concedia ao artífice o direito de permanecer indefinidamente no imóvel locado ou haver uma indenização ao fim do prazo ajustado, a título de pagamento pela benfeitoria consistente no afluxo de clientela ao ponto comercial. Tal idéia chegou até o direito brasileiro, através do Decreto 24.150, que, nos *consideranda*, enumera o mesmo raciocínio que fundamentava a intratura corporativa.

Planiol nota que "o direito sobre o fundo de comércio, como todas as propriedades incorpóreas, é um direito à clientela".[49] Esta é a razão pela qual um contrato bilateral, como o da locação, pode ser conferível ao ativo sem abalo ao princípio da vedação de integralizar o capital com créditos aos quais correspondam débitos. Não se cede a locação, mas a clientela, resultante do local *good will*.

Pode-se, também, ceder o estabelecimento, com todos os bens, os direitos, além da organização e da posição no mercado. Curiosamente, a contabilidade, que se mostra tão arredia a registrar o *goodwill* (a clientela), quando gerada pela própria empresa, aceita fazê-lo no caso de conferência de estabelecimento. Henn é explícito ao dizer que aceita-se como propriedade o bem-clientela de uma empresa lucrativa em funcionamento (*profitable going concern*);[50] no mesmo sentido, Modesto Carvalhosa,[51] e Cary.[52]

47. Rubens Requião, *op. cit.*, vol. I, p. 224.
48. *Op. cit.*, ns. 79 e ss.
49. *Apud* Rubens Requião, *op. cit.*, vol. I, p. 187.
50. *Op. cit.*, p. 306.
51. *Op. cit.*, vol. I, p. 39.
52. *Op. cit.*, p. 1.508.

É claro que, ao integrar-se num estabelecimento (ou uma empresa) alienado, o bem clientela acresce seu valor, representado pela antecipação razoável da lucratividade futura, capitalizada ao momento do negócio. Quem vende um objeto lucrativo, acresce ao preço dos bens e direitos identificados e contabilizados a expectativa dos lucros futuros: é exatamente o *goodwill*. O bem clientela ganhou valor de troca, é traduzível em dinheiro, e torna-se conferível ao capital. A objeção feita no caso See V. Heppenheimer não fora à conferência de bens aos quais se adicionou a perspectiva de rentabilidade, mas o fato de que "não há *goodwill* de uma empresa que ainda não funcionou".

No entanto, não há, no caso, direito absoluto exclusivo ao bem-clientela. O titular, protegido pelo direito absoluto não exclusivo conseqüente da rejeição da concorrência desleal, mostrou-se um jogador hábil no mercado, e é isto que se paga. O fundo de comércio, na forma de propriedade comercial, ou seja, exclusividade do local *goodwill*, representa apenas parte da história. No estado atual do desenvolvimento das empresas, não é o ponto, ou exclusividade do ponto, que formam o *goodwill*, mas a organização da empresa que determina o estabelecimento, cria, mantém e desenvolve a clientela.

Idem: direitos não exclusivos de clientela. O segredo de empresa. Os inventos não patenteados. O "know-how". "Software".

"O segredo de empresa pode consistir em qualquer fórmula, padrão, mecanismo ou compilação de informação que é usado na atividade empresarial, e que dá ao utilizador uma vantagem sobre os competidores que não o conhecem ou não o usam. Tal pode ser uma fórmula para um composto químico, um processo de fabricação, de tratamento, ou de preservação de materiais, um modelo para uma máquina ou outro aparelho, ou então uma lista de fregueses". [53]

Como diz a definição legal acima, aceita pela Suprema Corte norte-americana em 1974, o segredo de empresa, gênero do qual são espécies o *know-how*, o segredo comercial, as fórmulas não patenteadas, etc., é um direito de clientela consistente na detenção de uma informação de disponibilidade escassa e útil no negócio. Não se trata de um direito exclusivo, pois não houve concessão pelo Estado de uma patente ou algo do mesmo efeito.

A definição proposta na lei uniforme sobre segredos de empresa, em elaboração no Congresso norte-americano, é a seguinte: "segredo de empresa significa uma idéia ou uma compilação de informação que (. . .) adquire valor comercial, atual ou potencial, seja pelo fato de se manter não revelado, ou só ser revelado em confiança e com restrições quanto a sua revelação ou uso ulterior".

A doutrina e a jurisprudência norte-americanas têm relutado em aceitar o *know-how* como bem capaz de ser conferível ao capital. Num caso julgado em 1955, o tribunal do Estado de Nova Iorque (Brown v. Watson) decidiu em primeira instância, tratando do caso de um engenheiro que teria integralizado suas ações com conhecimentos técnicos: "certamente, trata-se de um intangível; no

53. N. *Restatement of Torts*. § 757, *Comment* b (1939). Texto da Lei de Ohio sobre segredo de empresa.

entanto, sua decisão de passar a trabalhar na companhia teve a função muito semelhante à cessão ou doação de *goodwill* (...) e, conseqüentemente, pode ser considerado propriedade". A instância superior, porém, dissentiu: "pode-se dizer que os conhecimentos especializados, experiência pessoal e os contatos de uma pessoa têm valor considerável, mas não pode ser considerado propriedade".[54] Note-se que a base da decisão em primeira instância tinha sido a equiparação de *goodwill* à propriedade, tal como já admitido na época naquele estado.

A doutrina francesa entende o contrato de *know-how* como um contrato de serviço;[55] a possibilidade de conferir um serviço já foi estudada acima. É preciso lembrar que a decisão judiciária norte-americana recém-mencionada parte também dos mesmos pressupostos.

Em trabalho anterior[56] já mantivemos a opinião de que o *know-how* é um direito de clientela. O contrato respectivo teria o objeto de ceder a posição privilegiada no mercado, consistente em deter informações úteis para a atividade empresarial, e escassas. Este entendimento está, aliás, perfeitamente de acordo com a definição legal referida no começo desta seção. A natureza de uma conferência de *know-how* não seria, na verdade, prestação de serviços, mas cessão de um bem intangível (que não seria a "informação" ou a "idéia", mas a vantagem comercial perdida ou pelo menos diminuída pela entrega a um competidor de um bem de produção escasso).

Este bem, no entanto, é objeto de poder absoluto não exclusivo. Não na "propriedade" em relação a ele, mas mera detenção, ou *possessio naturalis*. A exclusividade, se obtida, seria meramente uma questão de fato, resultado de um mercado cuja competitividade informacional (tecnologia, em se tratando de *know-how*) seria relativamente baixa. A observação, acima transcrita, sobre licenças de patentes não exclusivas vale para este ponto: o seu valor para a empresa dependeria do *goodwill* a ser desenvolvido no *going concern*.

Temos assim que o segredo de empresa não é suscetível de ser conferido ao capital.

De outro lado, os programas de computador, aos quais certos países têm concedido proteção por via de direito autoral, não são no Brasil, objeto de poderes absolutos exclusivos. Não serão patenteáveis, por disposição expressa do CPI, mas, de outro lado, não deverão receber *status* de direito artístico, literário ou científico, por suas aplicações especificamente industriais.

Idem, idem: o ponto. Os contratos. A clientela, etc.

Como já expresso nas seções anteriores, só o bem intangível objeto de um direito absoluto exclusivo é suscetível de conferência. A exceção, como visto, é o conjunto de bens intangíveis, "bens empresariais", acessoriamente transferidos quando da concessão de um estabelecimento, ou uma empresa ao ativo. Pode-se,

54. Cary, *op. cit.*, p. 1.066.
55. Chavanne e Burst, *op. cit.*, p. 177.
56. *O conceito jurídico de "know-how"*.

desta forma, limitar aos casos de incorporação e fusão, a conferência de bens intangíveis não exclusivos ao ativo.

A conferência de bens intangíveis ao ativo como investimento de capital estrangeiro.

Diz a Lei 4.131/62 que será considerado capital estrangeiro os bens (...) introduzidos no país sem dispêndio inicial de divisas (...). Concebe-se, perante os termos da lei, que seja possível o investimento de uma patente estrangeira como parte do capital de uma empresa brasileira. Átila Andrade Júnior [57] argumenta que, numa interpretação sistemática, levando em conta o decreto regulamentar (art. 50) somente bens corpóreos seriam admissíveis. Não faltariam argumentos, diz o autor, pois a dificuldade de avaliação do bem incorpóreo o tornaria insuscetível de ser considerado "capital estrangeiro" no Brasil. Mas o próprio art. 7.º da Lei 6.404, continua, permite a integralização do capital com bens incorpóreos, e há o princípio de que não se fará discriminações contra o capital estrangeiro, outras que as estipuladas na própria Lei 4.131/62.

O mesmo autor examina a posição do Banco Central do Brasil perante marcas e patentes de invenção, de um lado, e dos direitos de crédito de outro. Quanto aos primeiros, lembra, é preciso registro no INPI e no Banco Central. Após registro da licença e a averbação dos *royalties*, o valor do capital estará determinado. Não se admitiria, no entanto, a avaliação por peritos, que chegassem à conclusão diversa do valor dos *royalties* atribuídos pelo INPI.

Quanto a direitos de crédito, desde que remissíveis para o exterior (empréstimos a serem pagos, principal, os juros, ou dividendos) são aplicáveis como capital estrangeiro. Não o seriam, porém, direitos de crédito constituídos no exterior, pela incerteza de sua efetivação, em contraste com a certeza atribuída pelo registro no Banco Central do Brasil.

José Eduardo Monteiro de Barros [58] aponta ainda, quanto à conferência de patentes e marcas, a dificuldade resultante da atitude do fisco, de considerar a capitalização do valor da patente como adiantamento de *royalties*, com conseqüente cobrança do imposto de renda sobre remessas. E, como advogado, chega a aconselhar jamais conferir uma patente, já pelo ônus tributário, já pela dificuldade de avaliação.

Temos, no entanto, que examinar alguns problemas quanto este ponto. Pode uma patente ou marca, insuscetível de gerar *royalties* no Brasil, ser utilizada para integrar investimento de capital perante a Lei 4.131/62? Acreditamos que tal não se possa dar. Em tese, a determinação do valor de uso, ou valor de cessão do bem poderia ser aceito como base para o registro do capital. No entanto, como já se disse, a dificuldade de avaliação impediria a aceitação do valor proposto no Banco Central.

E, segundo ponto, pode um contrato de *know-how* ou de serviços técnicos especializados ser convertido em capital? Sabemos que tal se tem dado, seja

57. In *O Capital Estrangeiro no Brasil*, p. 5.

58. In *Curso de Direito Empresarial*, vol. III, p. 170.

através da emissão de partes beneficiárias conversíveis em ação, seja pela conversão do valor de um crédito do supridor ou prestador estrangeiro, em ações. A legalidade formal destes procedimentos parece insofismável, embora, principalmente o último, não seja compatível com o espírito da Lei das S/A nem com a da Remessa de Lucros.

O poder de controle

Para que exista poder de controle é preciso, em primeiro lugar, que exista um patrimônio cujo titular se encontra na impossibilidade física de gerir os seus bens; em segundo lugar, é preciso que se tenha conferido a outrem a função, um poder-dever de gerir tais bens, a título pessoal, mas no interesse do proprietário: e o poder de controle é o direito de dispor de bens alheios como um proprietário. [59]

Na sociedade anônima, detém o poder de controle, ou a soberania sobre a empresa, quem seja o "detentor de direitos de voto que lhe assegurem maioria relativa nas deliberações sociais, a capacidade de nomear os administradores, e exerça tal direito e capacidade". O poder é uma matéria de fato, razão por que tem igualmente soberania sobre a empresa mesmo pessoas que não pertençam à sociedade, como o credor externo, ou o supridor de insumos indispensáveis, por exemplo, além do controlador tal como, aceito pela Lei 6.404/76. [60]

Bem intangível, o poder de controle não será, no entanto, um direito de clientela. Não se trata de um bem empresarial, mas de um direito sobre os bens empresariais. [61] Não é o valor nominal, nem o patrimonial, nem o contábil, e nem sequer o de bolsa, que tem a ação, parte do conjunto cuja alienação visa a transferência do controle. Avalia-se a empresa como um *going concern*, como um meio de produzir lucros futuros e de atender às necessidades do controlador, outras do que o lucro direto, e é este valor o do controle.

O valor do poder do controle conferido, como fica claro, só pode ser avaliado em função do interesse relativo que tal controle representa para a sociedade que o recebe em conferência. Assim, é a assembléia geral que aprovará o preço pelo qual se adquirirá as ações, ou quotas, para ser incorporadas ao ativo permanente. [62] Ou, numa perspectiva mais consentânea com a realidade societária, é o poder de controle da sociedade que recebe os bens em conferência que vai julgar e ponderar o valor do poder de controle conferido.

Tal bem intangível é conferível ao capital exatamente porque é contido nas ações, ou quotas com que é transferido, surgindo como um sobrevalor das mesmas. É interessante notar, porém, que este sobrevalor é subjetivo, dependendo não somente do potencial de lucratividade da empresa controlada, mas da função do controle desta para a controladora; enfim, do aviamento desta.

59. Claude Champaud, *apud* Alfredo Lamy Filho, "O Acionista Controlador e a Nova Lei das S/A", in *Revista da OAB/RJ*, ano IV, n. LV.

60. Vide Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle nas S/A*.

61. Fábio Konder Comparato, *Estudos e Pareceres...*, p. 103.

62. Modesto Carvalhosa, *op. cit.*, vol. I, p. 39.

OS INCENTIVOS FISCAIS DO IMPOSTO SOBRE A RENDA E AS SUBSCRIÇÕES DE CAPITAL DO FUNDO DE INVESTIMENTO DO NORDESTE — FINOR

LUIZ MÉLEGA

SUMÁRIO: 1 a 1.4 — O tema a ser desenvolvido. 2 a 2.1 — O Sistema do Decreto-lei 1.376/74. 2.2 — O significado da expressão "arts. 34/18 e 13/13". 2.3 — A Resolução BCB 381 de 24.6.1976. 2.4 — As hipóteses da aplicação dos incentivos em projetos próprios. 3 — A realização conjunta das assembléias gerais ordinárias e extraordinárias. 3.1 — A capitalização do resultado da correção monetária do capital social realizado. 4 a 4.2 — O balanço. Sua natureza jurídico-contábil. 5 — O balanço como mera proposta dos órgãos administrativos. 5.1 — As decisões das assembléias gerais. 6 — Sua natureza jurídica. 6.1 — Os efeitos *ex tunc* das decisões das assembléias gerais que aprovam balanços. 6.2 — O direito ao dividendo e o encerramento do exercício social. 6.3 — O mandato, a gestão de negócios e os atos de administração. 7 — A assembléia geral ordinária e a reserva de capital resultante da correção monetária do capital realizado. O capital, o lucro e o fator tempo. Os dividendos e os frutos civis. 8 a 8.1 — O direito do acionista à percepção do lucro. 9 — As aplicações nos projetos da empresa intitulada ao incentivo fiscal. 9.1 — As hipóteses do art. 11 da Portaria SUDENE 83/76: Repasse das ações aos acionistas da empresa titular de projeto beneficiário dos incentivos. 9.1.1 a 9.1.3 — A proibição das sociedades anônimas negociarem com as próprias ações. 9.2 — Conseqüências fiscais do repasse das ações (item 9.1). 9.3 — A situação dos acionistas da empresa beneficiária do projeto incentivado face à distribuição de bonificações ao FINOR. 10 — As aplicações da empresa titular de projeto beneficiário em favor desse projeto: uma anomalia do sistema do Decreto-lei 1.376/74. 10.1 a 10.3 — Sugestões *de lege ferenda* para correção da anomalia.

1 — O tema que se pretende desenvolver neste estudo diz respeito aos aumentos do capital social de empresas beneficiárias de projetos favorecidos com a captação de recursos oriundos dos descontos do imposto de renda das pessoas jurídicas. Têm sido freqüentes as hipóteses de ocorrência desses aumentos mediante incorporações de reservas, entre elas aquela decorrente da correção da expressão monetária do capital societário, ao mesmo tempo em que o capital social é acrescido como conseqüência de subscrições de ações novas pelo Fundo de Investimento do Nordeste. Quando ocorrem tais hipóteses, levanta-se o problema da correta distribuição das ações que as empresas devem emitir como corolário de tais incorporações de reservas.

1.1 — As dúvidas que têm surgido nos casos da espécie, diz respeito ao fato de que, geralmente, as reservas incorporadas ao capital social se referem a balanço encerrado na data prevista no estatuto social, mas somente formalizadas através da assembléia geral ordinária de acionistas realizada no último mês do período legal (quatro meses após o encerramento do exercício social), havendo acontecido, nesse interregno, um aumento de capital para chamada de novos recursos, efetivado mediante assembléia geral extraordinária, todo ele subscrito pelo Fundo de Investimento do Nordeste — FINOR.

1.2 — Sempre que esse evento ocorre surge a indagação sobre o procedimento correto a ser seguido: deve-se ou não distribuir ao FINOR ações bonifi-

cadas, em proporção às que subscreveu no aumento de capital realizado *após* o encerramento do exercício social e confecção do respectivo balanço, mas *antes* da assembléia geral ordinária de acionistas que, aprovando referido balanço, as contas e as demonstrações financeiras do citado exercício social, como decorrência aprovou as aludidas incorporações de reservas e o conseqüente aumento do capital social?

1.3 — A incerteza quanto ao procedimento a ser adotado estaria de certa forma justificada pela redação do § 2.º do art. 8.º do Decreto-lei 1.376, de 12.12.1974, pelo qual as ações subscritas com recursos provenientes de incentivos fiscais, através dos Fundos de Investimentos criados por esse Decreto-lei (FINAM, FINOR, FISET) sendo preferenciais, devem ter cláusula de participação integral nos resultados, não sendo admitida nenhuma forma complementar de qualificação dessas ações.

1.4 — Ter-se-ia debatido alhures que, pelo fato do FINOR ser um acionista *no momento* em que a assembléia geral ordinária de acionistas *aprovou* o balanço, determinando a incorporação das reservas e a distribuição de ações bonificadas, poderia ele julgar-se com direito de participar dessa distribuição, em proporção às ações de que era titular, *embora não fosse acionista* na data do encerramento do exercício social a que se referiam as reservas convertidas em capital.

Poderia o FINOR, indaga-se, objetar ter ocorrido qualificação indireta de suas ações preferenciais, pelo simples fato de não participar de resultados produzidos em período anterior à sua subscrição?

É essa indagação, a que tentaremos responder, que constitui o objeto deste trabalho.

2 — Como já é do domínio público, o Decreto-lei 1.376/74, que dispôs sobre a criação dos Fundos de Investimentos, promoveu alterações profundas na sistemática dos incentivos fiscais dedutíveis do imposto de renda das pessoas jurídicas.

Tais alterações podem ser assim explicadas: ressalvadas certas hipóteses especialíssimas, ao em vez de aplicação direta desses incentivos, oriundos da dedução no imposto de renda, em projetos de escolha do contribuinte, isso se fará indiretamente através dos Fundos de Investimentos. O contribuinte-investidor, assim, terá a faculdade de escolher a região ou a atividade beneficiada, trocando, nos respectivos "Fundos", o seu Certificado de Aplicação em Incentivos Fiscais, recebido da Secretaria da Receita Federal, pelas cotas do "Fundo" que houver escolhido para efetivar a sua aplicação. O Certificado de Aplicação em Incentivos Fiscais foi substituído pelas "Ordens de Emissão" em virtude da redação que ao art. 15 do Decreto-lei 1.376/74 deu o art. 1.º do Decreto-lei 1.752, de 31.12.1979.

A distribuição dos recursos provenientes dos incentivos fiscais, exceto casos específicos, caberá aos "Fundos", de acordo com critérios próprios, que levam em conta a importância dos projetos beneficiários, em termos de desenvolvimento regional ou de atividades tidas como essenciais ou necessárias ao desenvolvimento econômico do País.

Os "Fundos" criados, como se sabe, são os seguintes: FINOR (Fundo de Investimento do Nordeste); FINAM (Fundo de Investimento da Amazônia); FISET (Fundo de Investimentos Setoriais), este abrangendo os setores de turismo, pesca e reflorestamento.

O FINOR é administrado pelo Banco do Nordeste do Brasil S/A (BNB) sob a supervisão da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE); o FINAM opera através do Banco da Amazônia S/A (BASA), sob a supervisão da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM); o FISET tem as suas contas operadas pelo Banco do Brasil S/A, sob a supervisão, respectivamente, da Empresa Brasileira de Turismo (EMBRATUR), Superintendência do Desenvolvimento da Pesca (SUDEPE) e Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF).

Os recursos desses Fundos de Investimentos, serão, como regra, aplicados sob a forma de subscrição de ações e de participação societária, em empresas que tenham sido consideradas aptas para receber incentivos fiscais pelas agências de desenvolvimento regional ou setorial, às quais caberá definir prioridades, analisar e aprovar projetos, acompanhar e fiscalizar sua execução, bem como autorizar a liberação, pelos bancos operadores, dos recursos atribuídos aos projetos.

2.2 — Na área de atuação da SUDENE pode-se dizer, assim, que o Decreto-lei 1.376/74 se destinou a substituir os sistemas conhecidos como "Arts. 34/18" e "13/13", procurando corrigir-lhes as distorções.

A referência aos arts. "34/18" significava a possibilidade de aplicação, em projetos aprovados pela SUDENE, dos recursos deduzidos do imposto de renda para tal fim, porém tal aplicação se entendia através de ações preferenciais, isto é, em forma de investimento na subscrição desse tipo de ações, que eram intransferíveis pelo espaço de cinco anos.

A citação "13/13" revelava que os mesmos recursos deduzidos do imposto de renda a pagar podiam ser aplicados em projetos aprovados pela SUDENE, porém em forma de empréstimos bloqueados durante cinco anos, empréstimos esses posteriormente liquidados em parcelas não inferiores a 20% anualmente.

O art. 34 é o da Lei 3.995, de 14.12.1961, que previu a aplicação de 50% do imposto de renda a pagar na área de atuação da SUDENE. Esta lei foi superada pela legislação posterior, sendo o art. 34 mencionado na legislação que se lhe seguiu apenas por razões de ordem histórica. O art. 18 é o da Lei 4.239, de 27.6.1963, que igualmente previu a aplicação de 50% do imposto de renda devido nos projetos aprovados pela SUDENE. Esta lei foi regulamentada pelo Decreto 64.214, de 18.3.1969, há muito considerado uma espécie de consolidação de toda a legislação da SUDENE, naquilo que não colide com o sistema introduzido pelo Decreto-lei 1.376/74.

O art. 13 é o do Decreto 55.334, de 31.12.1964, que regulamentou a aplicação de incentivos fiscais administrados pela SUDENE. Esse art. 13 aludia ao desconto de 50% do imposto de renda devido, para aplicação nos projetos de interesse do Nordeste, quando aprovados pela SUDENE. O § 13 desse mesmo art. 13 consignou, pela primeira vez, a possibilidade da aplicação dos incentivos, em forma de créditos em nome da pessoa jurídica depositante, registrados em

conta especial, somente exigíveis depois de expirado o prazo de cinco anos, contados da conclusão do projeto. A liquidação do crédito far-se-ia em prestações anuais não inferiores a 20% cada uma. A expressão "13/13" referia-se, assim, ao art. 13 e ao seu § 13 do Decreto 55.334/64.

2.3 — Como é igualmente conhecido, a aplicação dos incentivos decorrentes do imposto de renda devido pela pessoa jurídica, foi mais tarde reduzida efetivamente para 25% do montante devido, em virtude da destinação de 30% e 20%, respectivamente, para o Programa de Integração Nacional (PIN) e para o Programa de Redistribuição de Terras e de Estímulo à Agro-Indústria do Norte e do Nordeste (PROTERRA), criados pelos Decretos-leis 1.106, de 16.6.1970 e 1.179, de 6.7.71, cuja vigência foi prorrogada até o exercício financeiro de 1985 pelo Decreto-lei 1.701, de 18.10.1979.

2.4 — No que se refere aos mecanismos e às condições para a conversão dos Certificados de Aplicação em cotas dos "Fundos", o art. 17 do Decreto-lei 1.376/74 atribuiu competência ao Conselho Monetário Nacional, que em sessão de 23.6.1976, aprovou o Regulamento que disciplina essa conversão. Os Certificados de Aplicação, repetimos, hoje se denominam "Ordens de Emissão".

Esse Regulamento foi divulgado pelo Banco Central do Brasil através de sua Resolução 381, de 24.6.1976, publicada no DOU, Seção I, Parte II, de 1 de julho do mesmo ano.

2.5 — O art. 18 do citado diploma legal de n. 1.376/74 prescreve que as agências de desenvolvimento regional e setorial, bem assim as entidades operadoras dos "Fundos", assegurarão às pessoas jurídicas, ou grupo de empresas coligadas que, isolada ou conjuntamente, detenham pelo menos 51% (cinqüenta e um por cento) do capital votante de sociedade titular de projeto beneficiário do incentivo, a aplicação nesse projeto, de recursos equivalentes aos valores dos Certificados de Aplicação (hoje "Ordens de Emissão") de propriedade de tais pessoas, obedecido o limite dos incentivos fiscais aprovado para o projeto respectivo.

Os parágrafos desse artigo consignam detalhes que objetivam caracterizar os casos de participação conjunta, explicitados, aliás, no Parecer Normativo CST 54, de 30.4.1975, da Coordenação do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal.

Destaque-se, pelo interesse que oferece a este estudo, o art. 33 da Resolução BCB 381/76, segundo o qual enquanto os títulos subscritos estiverem em nome dos "Fundos", a estes competirá o recebimento dos dividendos e das bonificações, rendimentos que, no entanto, serão posteriormente entregues aos investidores juntamente com os títulos a eles destinados; isso porque os Certificados de Investimentos, hoje substituídos pelas ordens de emissão, de que forem titulares os contribuintes favorecidos pelo art. 18 do Decreto-lei 1.376/74, não ficam sujeitos à troca pelas cotas dos "Fundos"; tais documentos, representativos dos depósitos para aplicação, serão permutados, em negociação direta, pelos títulos (ações) do capital da sociedade titular do projeto beneficiário do incentivo fiscal (art. 29 da Resolução acima referida).

3 — Após a ligeira incursão acima feita nos domínios da legislação específica dos incentivos da espécie aqui discutida, necessária para o bom entendi-

mento do assunto, conviria esclarecer, no que respeita à nova lei das sociedades por ações (Lei 6.404, de 15.12.1976), que o item IV do seu art. 132 atribui à assembléia geral ordinária de acionistas, que obrigatoriamente deve realizar-se nos quatro primeiros meses seguintes ao término do exercício social, a aprovação da correção da expressão monetária do capital social. Seria ainda útil esclarecer que por força do disposto no art. 131 da mesma lei, a assembléia geral ordinária e a assembléia geral extraordinária podem ser cumulativamente convocadas e realizadas no mesmo local, data e hora, instrumentadas em ata única.

Nada impediria, por isso, que no mesmo local, dia e hora sejam realizadas a assembléia geral ordinária para discussão e aprovação do balanço e a assembléia geral extraordinária destinada a discutir e votar o aumento de capital, circunstância que possivelmente espancaria as dúvidas levantadas, originadas, ao que se sabe, pela realização, em datas diferentes, daquelas duas assembléias (a extraordinária primeiro e a ordinária depois).

3.1 — A correção monetária do capital social realizado, obviamente, só pode referir-se ao capital realizado até a data do encerramento do balanço do último exercício social.

O resultado dessa correção monetária, uma vez aprovado pela assembléia geral ordinária (art. 132, IV, da Lei 6.404/76), será imediatamente capitalizado. A capitalização poderá ser feita, no caso de companhia fechada, com emissão de ações ou simplesmente mediante aumento do valor nominal das ações existentes (art. 167, § 1.º, da Lei 6.404/76).

Na companhia aberta essa capitalização será feita sem modificação do número de ações emitidas e com aumento do valor nominal das ações, quando não se tratar de ações sem valor nominal.

Pelo que está disposto nos artigos atrás citados pode inferir-se que o resultado da correção monetária do capital social realizado, capitalizado, só pode beneficiar os acionistas titulares desse capital, isto é, do capital que ensejou a correção monetária, já que esta é simples acréscimo desse capital, destinado a neutralizar os efeitos da inflação. As ações que forem emitidas, como decorrência da capitalização dessa correção monetária, devem ser distribuídas, assim, aos acionistas titulares do capital social existente na data do encerramento do balanço, isto é, àqueles que já eram acionistas nessa data, na proporção das ações que, à época, fossem detentores. E, se ao invés de se emitirem novas ações, preferir-se simplesmente aumentar o valor das já existentes, proporcionalmente ao montante acrescido ao capital social, então a situação não seria diferente, pois parece óbvio que somente as ações existentes à época do encerramento do balanço é que devem ter o seu valor nominal aumentado. Nesta hipótese seria esse valor nominal aumentado que serviria de base para a subscrição de capital pelo FINOR com a utilização de recursos derivados de incentivos fiscais. Nessa eventualidade, o FINOR subscreveria a mesma parcela de capital, recebendo, todavia, um menor número de ações; porém com seu *valor nominal aumentado.*

4 — Mário Lorenzo Fernandez, com apoio em Leon Batardon, Frederico Herrmann Júnior, A. Quesnot, W. A. Paton, F. Caetano Dias e Trajano de Miranda Valverde, define o balanço, em sentido estrito, como um processo de determinação do estado de um patrimônio, tendo por fim fixar, *em certo instante*, o valor

monetariamente apreciável da massa dos bens e das obrigações pertencentes ou vinculadas a uma pessoa jurídica.

Sob o ponto de vista formal, o balanço é uma peça gráfica de contabilidade, que descreve, sinteticamente, o valor do ativo, do passivo e do capital ou patrimônio líquido, de uma pessoa ou de uma entidade de direito, *em dado momento.* Em linguagem contábil, o balanço é a expressão escritural *atual* do patrimônio. Seu conteúdo abrange todos os elementos constitutivos do patrimônio, ou seja, os bens do ativo e as dívidas passivas; por complemento incorpora, ainda, o capital, as reservas e os lucros não distribuídos, e bem assim os prejuízos verificados. Sob o ponto de vista jurídico, os bens ativos são somente os que representam meios de pagamento ou possuam valor de realização em dinheiro, ainda que potencial, inclusive bens intangíveis. Sob o ponto de vista contábil, porém, o ativo é mais extenso, abrangendo, também, as despesas realizadas e os prejuízos sofridos. De outro lado, sob o aspecto jurídico, o passivo é representado somente pelas dívidas exigíveis, enquanto que, na linguagem contábil, o passivo soma também o capital, as reservas, as receitas e os lucros não distribuídos; *resumidamente*: o patrimônio líquido.

O balanço de exercício anual, no direito brasileiro, obedece, fundamentalmente, a dois princípios: o da invariabilidade do capital e o da especialização dos exercícios. Daí não serem adicionados ao capital os lucros auferidos ou dele subtraídos os prejuízos em virtude do simples levantamento do balanço. O princípio da especialização dos exercícios consiste na discriminação da parte pertencente a cada período de tempo, que constitui o exercício, ou seja na determinação das receitas e despesas que competem ao exercício, definindo o respectivo resultado. Cada exercício é uma entidade contábil perfeitamente definida, que absorve: a) a parte que lhe for atribuída de despesas pagas e que devam ser distribuídas por vários exercícios; b) as despesas pagas e pertencentes ao exercício; c) as despesas de competência do exercício, vencidas mas não pagas; d) as receitas ou rendas efetivamente recebidas e pertencentes ao exercício; e) as receitas ou rendas de competência do exercício e a receber futuramente; f) as despesas e receitas realizadas no exercício, ainda que pertencentes a exercícios computados no exercício de competência. Sob o ponto de vista econômico, o balanço é considerado como a expressão *atual* do estado do capital de uma empresa. Partindo do estado inicial do patrimônio ou capital da empresa, os balanços sucessivos são como que instantâneos fotográficos de momentos dados do desenvolvimento da empresa (*Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro* por J. M. de Carvalho Santos, vol. 5, pp. 279 e s.).

4.1 — No seu magnífico *Dicionário Econômico, Comercial e Financeiro,* p. 35, Luiz Souza Gomes diz que o balanço é um demonstrativo, exposição ou relatório da situação econômico-financeira de uma administração. É ainda o agrupamento racional dos saldos devedores e dos saldos credores das contas de uma escrituração, a fim de demonstrar, em síntese, *num momento dado,* as relações jurídicas e econômicas recíprocas entre o proprietário e a propriedade administrada.

4.2 — Robert Newton Anthony, da Universidade de Harvard, citado por Antônio de S. Limongi França, in *Enciclopédia Saraiva do Direito,* vol. 10, p. 53,

diz que o balanço mostra as fontes das quais provieram os fundos correntemente usados para operar a empresa, bem como os tipos de propriedade e direitos nos quais esses fundos se acham *atualmente* aplicados. Na obra citada encontra-se também a definição de John Nicolas Myer, para quem o balanço é um relatório em que os efeitos da gestão de um negócio se refletem como acréscimos e decréscimos no ativo e no passivo do patrimônio dos proprietários ou do capital, e bem assim o conceito do professor da Universidade de São Paulo, Sérgio de Iudícibus, que considera o balanço um demonstrativo contábil que tem por finalidade apresentar a situação patrimonial da empresa *em dado momento*, demonstrativo esse que encerra a seqüência dos procedimentos contábeis apresentando, de forma ordenada, os três elementos componentes do patrimônio: ativo, passivo e situação líquida. Já para Antônio de S. Limongi França, obra citada, o balanço de uma empresa é o relatório que, resultando o encerramento dos procedimentos contábeis de determinado exercício, demonstra a sua posição financeira global, uma vez que nele aparecem as origens dos fundos utilizados (passivo e patrimônio líquido) e a sua aplicação (ativo), permitindo uma avaliação de sua evolução no exercício, mediante uma comparação com o balanço do período anterior.

5 — Enymá Carneiro em *Balanço nas Sociedades Anônimas*, p. 465, pretende que antes da aprovação pela assembléia geral, o balanço reflete apenas uma proposta dos órgãos da administração e, assim, insuscetível de gerar direitos ou obrigações porque carente de feição jurídica. Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, parece filiar-se a essa proposição, como se vê de *Sociedades por Ações*, vol. 3, p. 104.

Essa opinião é perfilhada, no direito comparado, por Messineo, Candian, Romano-Pavoni, Salandra, Graziani, Ferri, Pettiti, De Gregório e Ascarelli, todos citados por Luiz Gastão Paes de Barros Leães, em seu magnífico *Do Direito do Acionista ao Dividendo*, pp. 68 e ss.

5.1 — Não se discute que antes de aprovado pela assembléia geral de acionistas, o balanço configura uma proposta dos órgãos da administração da empresa. É a deliberação da assembléia geral, aceitando essa "proposta", que dá eficácia jurídica ao balanço. Resta questionada, contudo, a natureza jurídica dessa aprovação, quando dela não resultar modificação em qualquer dos elementos componentes do balanço.

6 — Luiz Gastão Paes de Barros Leães, na obra citada, lembra que há duas correntes de opinião sobre a natureza jurídica da decisão da assembléia geral de acionistas ratificadora do balanço: a) a que vê nessa aprovação uma declaração de verdade ou de ciência; b) a que reconhece na aludida aprovação uma declaração de vontade. Para Ascarelli, a deliberação da assembléia, que aprova o balanço, constitui um negócio declaratório, com caráter dispositivo de acertamento, e não apenas uma declaração de vontade. Essa natureza "dispositiva", da deliberação que aprova o balanço, resultaria do fato de que a assembléia tem o poder de aprovar ou modificar a proposta do balanço. A par da declaratoriedade de sua função, revela-se, assim, a natureza constitutiva da aprovação do balanço do fato de que ela visa simultaneamente a determinados eventos, como a certas conseqüências que deles decorrem, à vista das regras jurídicas

aplicáveis, na disciplina das relações sociais que respeitam ao exercício a que se refere.

6.1 — Se o balanço de encerramento de exercício estiver correto, refletindo a real situação financeira global da empresa, temos para nós que a decisão da assembléia geral de acionistas, que o aprova, nada lhe acrescenta, produzindo o simples efeito do reconhecimento dessa situação, que de resto é conseqüência da escrituração contábil que registrou todos os negócios da empresa no período, bem assim os débitos e créditos deles decorrentes e o resultado alcançado, seja ele positivo ou negativo.

Se o balanço, como se viu, registra a situação econômico-financeira da empresa, *em dado momento*, a sua aprovação pela assembléia geral não significa outra coisa senão o reconhecimento dessa situação naquele determinado momento. A assembléia geral não pode referir-se a *outro momento*, porque isso significaria projetar no tempo uma situação que deve ser definida e estável porque é a partir dela, ou melhor, *da situação existente naquele instante*, que surgem direitos e obrigações a serem atendidos, com os titulares desses direitos e os sujeitos dessas obrigações perfeitamente definidos. Disso resulta, em nossa opinião, que a decisão da assembléia geral que aprovar a partilha do lucro apresentado no balanço, regularmente elaborado pela administração da empresa, opera *ex tunc*, isto é, produz os seus efeitos desde o instante em que o balanço foi encerrado. E tanto isso parece exato que, se ocorrer a hipótese de encerramento do exercício, acusando lucro, e essa situação se modificar *antes da aprovação do balanço*, de sorte a transformar os lucros em prejuízos, continua intato o direito dos acionistas de receberem os lucros mostrados no balanço, conforme demonstra Miranda Valverde, apoiado em Navarrini (*Sociedades por Ações*, vol. II, p. 101). O mesmo ponto de vista é esposado pelo ilustre Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, embora este autor considere possível que a assembléia geral estabeleça fundo de provisão para amparar a situação indecisa, distribuindo as sobras pelos acionistas (*Sociedades por Ações*, vol. 4, p. 203).

6.2 — Ainda sobre a natureza jurídica da aprovação do balanço pela assembléia geral das sociedades por ações, distinguem os autores da decisão sobre a destinação dos lucros da que visa a aprovação das contas e outras propostas.

Neste particular é importante que se registre a lição do mestre Miranda Valverde, para quem a aprovação do balanço, no que respeita à divisão dos lucros, é mero requisito para a exigibilidade do crédito, em todas as hipóteses em que essa distribuição não ficou na dependência de resolução da assembléia geral. Em tais casos a partilha dos lucros é um direito certo, cuja exigibilidade nasce com a aprovação do balanço (obra citada, vol. II, § 687).

Diga-se de passagem, que ainda que se reconheça à assembléia geral a possibilidade de diferir, total ou parcialmente a distribuição do lucro, não pode ela modificar a titularidade do crédito do dividendo (art. 109, I da Lei 6.404/76).

O direito ao dividendo nasce com o encerramento do exercício social. A sua exigibilidade é que depende da aprovação do balanço desse exercício (Miranda Valverde, obra citada, § 680).

6.3 — Leve-se em conta, ademais, que o ato de ratificação ou aprovação, nas operações decorrentes de mandato ou da gestão de negócios, retroage sempre à data do ato ratificado ou ao dia do começo da gestão, conforme se verifica do parágrafo único do art. 1.296 e do art. 1.343, ambos do CC. A ratificação, como regra geral, convalesce o ato ou o negócio desde o dia em que praticado ou realizado.

Não seria despiciendo trazer para este trabalho as observações do inexcedível Clóvis Beviláqua ao art. 1.343 atrás referido. Diz o mestre que o dono do negócio, ratificando a gestão, pura e simplesmente, converte-a em mandato, e as relações entre ele e o gestor oficioso passam a se regular como se, desde o início, foram de mandante e mandatário. Quer isto dizer que o mandante aceita, como se ordenados por ele, todos os atos praticados pelo gestor, com os proveitos e os encargos decorrentes; cessam as responsabilidades especiais estabelecidas para a gestão oficiosa; não há mais que indagar se esta foi utilmente conduzida. Não há mais gestão, há mandato. Conferido embora posteriormente retroage ao começo da gestão. A ratificação pode ser expressa ou tácita, e pode intervir em qualquer tempo, durante o curso do ato ou depois da realização deste (*Código Civil Comentado*, vol. V, 4.ª ed., p. 96).

No mesmo sentido é a limpa lição de Pontes de Miranda no *Tratado de Direito Privado*, vol. 43, pp. 71 e ss.

6.3.1 — É certo, como ensinam os mestres do direito societário, que os administradores não são apenas mandatários, por força da convenção ou da lei; não exercem simples mandato, já que agem na qualidade de órgãos da manifestação externa da sociedade, que personificam.

Muito se discutiu sobre as relações jurídicas entre os diretores com a sociedade, parecendo a uns tratar-se de simples mandato, enquanto para outros seriam mera locação de serviços. A boa doutrina, no entretanto, parece estar com os seguidores de Von Gierke, lembrado por Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, para quem os administradores são um órgão permanente e essencial da sociedade, órgão que se apresenta revestido dos poderes necessários para agir por ela, tanto interna como externamente (*Sociedades por Ações*, vol. 4, p. 3). Não obstante isso, parece fora de dúvidas que as regras relativas ao mandato se aplicam aos administradores das companhias, pela grande analogia que existe entre o mandato e a administração. É esse o pensamento de eminentes comercialistas como J. X. Carvalho de Mendonça (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. IV, p. 40), Ruy Carneiro Guimarães (*Sociedades por Ações*, vol. III, p. 13) e Aloísio Lopes Pontes (*Sociedades Anônimas*, II, 389, p. 506).

7 — No que se refere à reserva de capital constituída por ocasião do balanço de encerramento do exercício social e resultante da correção monetária do capital realizado, há que se considerar que à assembléia geral ordinária não cabe discutir se deve ou não proceder a essa capitalização, porque esta é uma imposição da lei societária, conforme se vê do art. 167 da Lei 6.404/76. Aqui a função da assembléia geral não vai além do reconhecimento de uma situação revelada no encerramento do balanço, cuja aprovação e conseqüente capitalização são corolários de mandamento legal. As ações decorrentes dessa capitalização não podem ser distribuídas senão aos acionistas existentes na data do encerramento

do balanço, cujo capital ensejou o resultado encontrado nessa peça contábil. Está escrito no art. 109 da já mencionada lei das sociedades por ações que nem o estatuto social, nem a assembléia geral poderão privar o acionista de participar dos lucros sociais. Essa participação há que se reconhecer em proporção ao capital investido e ao tempo em que esse capital operou na empresa para a produção do resultado alcançado. Como óbvia conseqüência desse princípio, não pode participar dos resultados sociais, descartadas as exceções consignadas na própria lei, quem não era acionista à data do encerramento do exercício social a que se refere o resultado disponível, ou seu substituto em decorrência da transferência de ações por ato *inter vivos* ou por sucessão *mortis causa*.

Nem é outra coisa que afirma Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, quando observa, à p. 170 do seu conhecido *Sociedades por Ações*, vol. 4, que a idéia de lucro, no regime econômico em que vivemos, está relacionada com o fator tempo. O capital empregado no negócio deve ser restituído ao capitalista acrescido dos benefícios produzidos. Mas enquanto a devolução daquele deve coincidir com a dissolução da sociedade ou a retirada do negócio, o pagamento dos rendimentos é, normalmente, periódico. Particular importância, por isso mesmo, adquire a formação do balanço na sociedade anônima, pois é através dele que se apontam os lucros a serem distribuídos aos acionistas. Ao fim de cada exercício social, a diretoria ou administração da empresa fará obrigatoriamente elaborar, com base na escrituração mercantil da companhia, as demonstrações financeiras, que deverão exprimir com clareza a situação do patrimônio da companhia, e as mutações ocorridas no exercício (art. 176 da Lei 6.404/76). Essas demonstrações financeiras são: a) balanço patrimonial; b) demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados; c) demonstração do resultado do exercício; e d) demonstração das origens e aplicações de recursos. Tais demonstrações devem ser complementadas por notas explicativas e outros quadros analíticos, ou relatórios contábeis necessários para esclarecimento da situação patrimonial e dos resultados do exercício.

Das aludidas demonstrações devem constar, entre outros elementos, o número, espécies e classes das ações do capital social, exigência que se destina a precisar a propriedade do capital aplicado na produção do resultado, cujo titular deve, por óbvia conseqüência, ser o beneficiário desse resultado. Por expressa imposição do art. 169 da Lei 6.404/76, o aumento mediante capitalização de lucros ou de reservas importará alteração do valor nominal das ações ou distribuição das ações novas, correspondentes ao aumento, entre acionistas, na proporção do número de ações que possuírem; esses acionistas só podem ser aqueles existentes na data do encerramento do balanço que registrou os lucros e as reservas incorporadas ao capital social, porque esses lucros e essas reservas são produtos do capital então utilizado para a produção desses resultados. Para que não seja assim é preciso que o estatuto social disponha de forma diferente ou autorize a assembléia geral a assim proceder, sempre resguardados os direitos essenciais do acionista. Atente-se ainda para o fato de que essas bonificações participam da natureza jurídica dos dividendos, no que diz respeito à sua distribuição. Podem, assim, ser consideradas, à semelhança do que ocorre com aqueles, como frutos civis (Miranda Valverde, *Sociedades por Ações*, vol. II, p. 94, § 678). O que vale dizer que se não pode falar de dividendo ou de boni-

ficação sem a prévia existência do capital destinado à produção de um ou de outra.

8 — Por tudo quanto foi acima exposto é nosso entendimento que as ações decorrentes do aumento de capital, com a utilização das reservas constantes do último balanço encerrado, devem ser atribuídas aos acionistas da empresa existentes nessa data, pela razão já exposta de que o capital posteriormente investido na companhia em nada concorreu para a situação da empresa, demonstrada no balanço do último exercício social. Nem o estatuto social, nem a assembléia geral, poderão privar os acionistas existentes àquela época de participarem dos lucros apurados naquela data, na proporção do capital então por eles investidos, o que certamente não ocorreria se investimentos posteriores viessem a participar desses lucros, distribuídos em forma de ações (art. 109, I, da Lei 6.404/76), exceção aberta para a possível subscrição com ágio.

8.1 — O critério de distribuição aludido no item anterior não pode ser tido como uma forma de "qualificação" vedada pelo § 2.º do art. 8.º do Decreto-lei 1.376/74, pelo motivo do capital investido pelo FINOR, após o encerramento do último exercício social, não ter sido utilizado para a produção do resultado acusado no balanço questionado, simplesmente porque esse capital *não existiu* na empresa antes do encerramento do correspondente exercício social. E nem teria ocorrido o pagamento de qualquer ágio nessa subscrição, já que o sistema inaugurado pelo Decreto-lei atrás referido não admite a subscrição com o pagamento de ágio.

9 — A circunstância de tratar-se de aplicação de incentivos fiscais em projeto próprio, nos termos do art. 18 do Decreto-lei 1.376/74, não altera a situação, ainda que se saiba que, consoante o art. 29 da Resolução BCB 381/76, nesse caso, os então Certificados de Aplicação em Incentivos Fiscais (CAIF) não serão passíveis de troca por quotas do FINOR, mas permutáveis pela empresa em negociação direta, por ações subscritas por aquele Fundo, que lhe transferirá, inclusive, os dividendos e bonificações que vierem a ser atribuídos a tais ações, enquanto na posse do referido FINOR.

9.1 — Não muda também a situação o fato da SUDENE, através do art. 11 de sua Portaria 83/76, pretender que as ações recebidas pela empresa investidora, na hipótese do art. 18 do Decreto-lei 1.376/74, devem ser repassadas aos seus acionistas. Essa exigência não tem fundamento legal, e ao que sabemos nem o FINOR nem o Banco do Nordeste S/A endossam essa pretensão daquela Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste.

Há que se considerar, ainda, as implicações fiscais que essa transferência de ações, da investidora para seus acionistas, fatalmente produziria. E nem seria de olvidar-se que as ações subscritas na forma do art. 18 do já indicado Decreto-lei 1.376/74 serão intransferíveis pelo prazo de quatro anos, conforme estabelece o art. 19 desse mesmo diploma legal.

9.1.1 — É sabido que ao tempo em que editada a Portaria referida, estava em vigor o Decreto-lei 2.627, de 26.9.1940, que em seu art. 15 proibia a sociedade anônima negociar com as próprias ações, isto é, com as ações de sua emissão. Não estavam compreendidas na proibição somente as operações de resgate, reem-

bolso, amortização ou compra, esta exclusivamente na hipótese do art. 19 do referido Decreto-lei, que admitia a aquisição de ações pela sociedade quando, resolvida a redução do capital social, mediante restituição em dinheiro, de parte do valor das ações, o preço destas em bolsa fosse inferior ou igual à importância que devia ser restituída; as ações assim adquiridas eram retiradas, definitivamente, de circulação. Ainda nos casos dos arts. 76 e 77 do diploma legal citado, a Companhia podia transacionar com as próprias ações, porém apenas quando os acionistas subscritores de capital deixassem de integralizar as ações subscritas.

9.1.2 — No que se referia às sociedades anônimas de capital autorizado, introduzidas no direito pátrio pelo art. 45 e seguintes da Lei 4.728, de 14.7.1965, podiam elas adquirir as próprias ações, desde que o fizessem mediante a aplicação de lucros acumulados ou capital excedente, e sem redução do capital subscrito; podiam também adquiri-las por doação.

O capital em circulação correspondia ao subscrito menos as ações adquiridas e em Tesouraria. As ações em Tesouraria não tinham direito de voto enquanto não fossem novamente colocadas no mercado.

9.1.3 — Com o advento da nova lei das sociedades por ações (Lei 6.404, de 15.12.1976), as disposições da legislação anterior foram reproduzidas no art. 30 e seus cinco parágrafos. O art. 30 estabelece a regra da proibição da companhia negociar com as próprias ações. O § 1.º excepciona as operações de resgate, reembolso ou amortização de ações; a aquisição, para permanência em Tesouraria ou cancelamento, desde que até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social; aquisição por doação; alienação das ações adquiridas para permanência em Tesouraria; compra quando, resolvida a redução do capital mediante restituição, em dinheiro, de parte do valor das ações, o preço destas em bolsa for inferior ou igual à importância que deve ser restituída. As ações adquiridas para permanência em Tesouraria ou mesmo para cancelamento (enquanto mantidas em Tesouraria) não terão direito a dividendo nem voto.

No que toca às companhias abertas, a aquisição das próprias ações obedecerá às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários (ver Instrução CVM 10, de 14.2.80 — DOU, Seção I, Parte II, de 21.2.1980).

Levando-se em consideração que as ações recebidas do FINOR, como conseqüência da utilização dos benefícios previstos no art. 18 do Decreto-lei 1.376/74, são produtos da aplicação de incentivos fiscais (dedução do imposto de renda), não seria possível, em princípio, em face da legislação anterior e da atual lei das sociedades anônimas, qualquer negociação com as mesmas, pois a sua aquisição não se emoldura em qualquer das exceções elencadas no § 1.º do art. 30 da Lei 6.404/76. Permanecendo essas ações em Tesouraria, como parece ser o caso, não teriam direito a dividendos e nem a voto. Os títulos assim recebidos, no rigor da lei societária, revelar-se-iam de muito pouca utilidade, já que não seriam passíveis de negociações, não propiciariam o direito de voto e nem ensejariam a percepção de dividendos. Residiria nesses fatos negativos para a empresa titular do projeto beneficiário dos incentivos fiscais, a razão de ter a SUDENE determinado que as ações recebidas do FINOR sejam carreadas para o patrimônio dos acionistas da empresa beneficiária. Mesmo porque não se deve perder de vista,

como já se disse, o disposto no art. 19 do Decreto-lei 1.376/74, segundo o qual os títulos adquiridos em conseqüência da aplicação dos incentivos fiscais da espécie devem ser nominativos e *intransferíveis* pelo prazo de quatro anos. O art. 11 da Portaria 83, de 30.4.1976, da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE) estaria a significar, nessa ordem de idéias, *que não se considera transferência* o repasse das ações pela empresa beneficiária a seus acionistas, que ficariam sub-rogados na obrigação de mantê-las intransferíveis durante aquele prazo de quatro anos. O procedimento da SUDENE valeria, assim, com u'a forma conciliadora dos interesses das empresas beneficiárias e seus acionistas, abrandando o rigor da lei na hipótese específica assinalada.

9.2 — Esse procedimento, contudo, como já assinalamos, em nossa opinião geraria implicações fiscais, porque a distribuição das ações aos acionistas da empresa beneficiária significaria para os mesmos um acréscimo patrimonial, sem contraprestação. Recebem eles pura e simplesmente as ações sem nada dar em troca. Essas implicações fiscais, que dizem respeito ao imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza podem ser assim resumidas:

a) Se o acionista beneficiado for pessoa física, há de ser considerado o que dispõe o art. 335, I do atual Regulamento do Imposto de Renda (Decreto 76.186 de 2.9.1975). Esse dispositivo prescreve que, ressalvado o valor das ações a que se referem os ns. I e III do art. 37, estão sujeitos à tributação na fonte, como antecipação do imposto devido na declaração, os interesses atribuídos a pessoas físicas, exceto dividendos e bonificações em dinheiro, às seguintes alíquotas:

I — 10% (dez por cento), para os titulares de *ações nominativas* ou nominativas endossáveis, quando superiores a Cr$ 1.000,00, valor esse reajustável periodicamente segundo os índices inflacionários. Para o exercício de 1980 esse limite está fixado em Cr$ 4.600,00 (Portaria MF 071, de 21.11.1979);

II — 15% (quinze por cento) para os *titulares de ações ao portador identificado.*

Quando esses rendimentos forem distribuídos por companhias de capital aberto não haverá incidência.

Não havendo identificação do beneficiário, os rendimentos serão tributados à alíquota de 25% ou 40%, conforme sejam pagos por companhia de capital aberto ou não.

Os ns. I e III do art. 37 do mesmo RIR cuidam de valores recebidos pelo acionista em virtude de aumentos de capital com reservas livres ou resultantes de fusão, incorporação ou outras formas de combinação ou associação de sociedades ali referidas.

b) Os rendimentos de que estamos cuidando (ações do capital social da empresa) não se enquadram entre as exceções dos incisos acima mencionados, como também, não se definem como dividendos e bonificações em dinheiro. São, portanto, legítimos *interesses* sujeitos ao imposto de que trata o dispositivo regulamentar examinado, já que a sua entrega aos acionistas é feita justamente por motivo das ações por eles possuídas.

c) Nesta altura surgem as naturais indagações sobre a forma de cálculo e retenção do imposto, já que a empresa estaria entregando aos acionistas *títulos* e não *dinheiro.*

O RIR não indica o procedimento a ser adotado, deixando às partes interessadas (empresa e acionista) a solução do assunto, com a ressalva de que compete à fonte pagadora reter e recolher o tributo (arts. 363 e 364 do Decreto 76.186/75). No nosso entendimento a empresa deve atribuir às ações o valor do patrimônio líquido, caso não estejam elas cotadas em Bolsa. Sobre esse valor deverá calcular o imposto, cujo montante deverá ser exigido do acionista beneficiário. Se a fonte pagadora resolver assumir o ônus do imposto devido pelo beneficiário, deverá observar o que dispõe o art. 365 do RIR e a Instrução Normativa SRF 004 de 14.1.1980.

d) Em se tratando de beneficiário pessoa jurídica haverá aumento do seu ativo, pois estará sendo acrescido, sem contraprestação, o investimento, a participação societária do acionista beneficiado.

e) O Decreto-lei 1.598, de 26.12.1977, cuidando, no seu Capítulo II, Seção III, dos resultados não operacionais, arrola no art. 38 quais os que não devem ser computados na determinação do lucro real. Entre eles não se enquadram as ações recebidas da empresa de que o contribuinte seja acionista, a não ser nas hipóteses de aumento do capital social através de lucros e reservas tributados ou das reservas excluídas expressamente da tributação (art. 223, *m*, do Decreto 76.186, de 2.9.1975). Não se trata, no caso em exame, repita-se, de ações bonificadas distribuídas aos acionistas de empresa que incorporou lucros ou reservas ao capital social, mas sim de distribuição de parte do ativo da empresa aos seus acionistas, parcela do ativo essa adquirida mediante aplicação de recursos abatidos do imposto de renda devido em razão do lucro apurado no exercício da atividade social. Melhor explicando: essa parcela do ativo teria sido adquirida mediante aumento do capital social da empresa beneficiária, que através desse procedimento teria absorvido o incentivo fiscal correspondente ao seu "Certificado de Aplicação" ou "Ordem de Emissão".

f) Na forma do disposto no § 2.º do art. 38 já citado, as subvenções para investimentos, inclusive mediante isenção ou redução de impostos concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos, bem como as doações não serão computadas na determinação do lucro real, desde que:

I — registradas como reserva de capital, que somente poderá ser utilizada para absorver prejuízos ou ser incorporada ao capital social;

II — feitas em cumprimento de obrigação de garantir a exatidão do balanço do contribuinte e utilizadas para absorver superveniências passivas ou insuficiências ativas.

g) A distribuição de ações determinada pelo art. 11 da Portaria SUDENE 83/76 não se ajusta a qualquer das hipóteses do § 2.º acima comentado. Não é uma *doação* da empresa beneficiada aos seus acionistas, porque lhe falta os requisitos que definem a natureza desse instituto do direito civil.

h) A doação, conforme conceituada pelo art. 1.165 do CC, é o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita. Aí se acentuam a natureza contratual do instituto, o que pressupõe capacidade do doador e objeto lícito; o ânimo liberal; a translação do direito do patrimônio do doador para o do donatário e a aceitação deste.

Esses requisitos, principalmente a natureza contratual da doação, são ausentes na obrigação de que cuida o art. 11 da Portaria 83/76. Além disso, como está escrito no art. 154, § 2.º, *a* da Lei 6.404/76, é vedado ao administrador praticar ato de liberalidade à custa da companhia, fato aliás que repugna à natureza e finalidade desta.

Leve-se em conta, ainda, a alteração introduzida no referido § 2.º do art. 38 do Decreto-lei 1.598/77 pelo Decreto-lei 1.730, de 17.12.79. As doações, agora, somente serão excluídas na determinação do lucro real quando o doador for o Poder Público.

i) Se o beneficiário do rendimento for pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, haverá para a fonte pagadora (empresa beneficiária do projeto favorecido com o incentivo) a obrigação de descontar e recolher o imposto à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor bruto distribuído, ressalvada a existência de Tratados ou Convenções Internacionais prevendo fixação de alíquota diversa (arts. 344 e 355 do Decreto 76.186, de 2.9.1975 — atual Regulamento do Imposto sobre a Renda).

9.3 — Todas essas vicissitudes a que se sujeitam as subscrições de capital decorrentes de incentivos fiscais, estão a demonstrar que não haveria adequada compensação para os acionistas da empresa beneficiária das subscrições feitas pelo FINOR, caso a distribuição das ações decorrentes da incorporação das reservas mostradas no último balanço social encerrado, contemplasse também as ações do FINOR originadas do aumento de capital por ele efetivado em data posterior ao encerramento do referido exercício social.

A singela alegação de que tais ações subscritas pelo FINOR voltarão, em razão do sistema inaugurado pelo art. 18 do Decreto-lei 1.376/74, à propriedade da empresa titular do projeto beneficiado, ou dos seus acionistas, não pode justificar uma distribuição de lucros em desacordo com o critério lógico e legal, máxime quando se sabe que as ações oriundas de incentivos fiscais padecem de restrições que não enfermam os títulos bonificados nascidos da incorporação de reservas.

9.4 — Não se ignora que o FINOR, em virtude de interpretação de textos da regulamentação interna de suas atividades, tem pretendido ver o problema aqui referido sob ótica diferente, como se as suas subscrições se submetessem ao regime daquelas que levam em conta o pagamento do ágio para resguardo do direito de acionistas anteriores. Mas é sabido que as subscrições desses Fundos de Investimentos, vinculadas aos preceitos que as regulamentaram, não consideram sequer a possibilidade de pagamento desse ágio. E é certo, por igual, que nem na legislação societária, nem na legislação que instituiu e regulamentou a atividade dos Fundos de Investimentos (FINAM, FINOR e FISET), encontra-se qualquer disposição que ampare legalmente tal raciocínio.

Nem teria o FINOR, bem pesadas as coisas, na hipótese objeto deste estudo, maior interesse em discutir o assunto, porque as ações que receber na subscrição do capital social das empresas beneficiárias de projetos incentivados, deverão, conforme o caso, ser entregues a estas ou aos seus acionistas, acrescidas dos rendimentos a elas assegurados enquanto na posse daquele Fundo de Investimento (art. 33, § 1.º, Resolução BCB 381/76).

10 — Essa hipótese, aliás, da própria empresa titular do projeto aplicar o produto do seu certificado de aplicação no seu próprio projeto, é uma anomalia, porque o art. 18 do Decreto-lei 1.376/74 não lhe garante esse direito, de vez que tal faculdade é assegurada às pessoas jurídicas, ou grupos de pessoas jurídicas que, isolada ou conjuntamente, *detenham pelo menos 51%* (cinqüenta e um por cento) *do capital votante da sociedade titular do projeto beneficiário do incentivo.* Não é, assim, à empresa titular do projeto beneficiário que se propiciou a aplicação do incentivo fiscal nesse projeto, *e sim aos seus acionistas* qualificados na forma do mencionado art. 18 do Decreto-lei 1.376/74.

10.1 — O legislador desse Decreto-lei parece ter partido do princípio de que as empresas titulares de projeto beneficiário de incentivo fiscal, não teriam imposto de renda a pagar, e isso em virtude da legislação específica, mantida pelo art. 299 da nova lei das sociedades por ações (Lei 6.404/76), que outorga a tais empresas a isenção do tributo por um determinado número de anos. Ocorre, no entanto, que essa isenção somente abrange os lucros decorrentes da atividade incentivada, o que sempre possibilita a produção de lucro originário de outras atividades exercidas paralelamente às atividades favorecidas com a dispensa do imposto. Isso ficou mais fácil de ser entendido depois do advento do Decreto-lei 1.598, de 26.12.1977, que no seu art. 19 definiu o *lucro da exploração*, que serve de base ao cálculo dos incentivos fiscais da espécie. O lucro da exploração, como é notório, exclui, entre outros resultados, aqueles definidos como não operacionais.

10.2 — A existência de lucro sujeito ao imposto de renda, nas empresas titulares de projeto beneficiário de incentivo fiscal é, portanto, uma óbvia possibilidade, senão uma regra, o que está reclamando a atenção das autoridades encarregadas da administração dos incentivos da espécie, no sentido de definir a forma por que devem eles ser aplicados, bem como das autoridades fazendárias, que devem cuidar de esclarecer, de forma a não permanecer qualquer dúvida, a forma de incidência do imposto nas eventuais alienações gratuitas ou onerosas, dos títulos recebidos em virtude da aplicação dos incentivos em causa.

10.3 — O ideal seria que as empresas titulares de projeto beneficiário de incentivo fiscal fizessem as suas aplicações em quotas do "Fundo" por elas selecionado.

Ao que parece as empresas em tal situação receiam que as ações emitidas e por elas entregues ao FINOR possam ser por este leiloadas na forma do art. 13 da Resolução BCB 381/76 e, por isso, transferidas a terceiros, circunstância que eventualmente poderia comprometer o equilíbrio da composição acionária, naquelas hipóteses em que o capital social se acha dividido entre dois grupos principais que distribuem entre si os cargos da administração e que se compõem sempre que deliberações importantes devem ser tomadas.

Essa preocupação não estaria devidamente justificada, a partir da consideração de que essas empresas, nas subscrições feitas pelo FINOR, com recursos originários de incentivos fiscais, podem emitir exclusivamente ações preferenciais sem o direito de voto, inconversíveis em ações ordinárias e liberadas das limitações constantes do art. 15, § 2.º, da Lei 6.404/76. Além disso, a essa classe de ações preferenciais não são assegurados certos direitos que a lei das sociedades

por ações atribui às demais ações dessa espécie, como é o caso do § 1.º do art. 136, e bem assim dos arts. 137, 109, IV e 111, § 1.º, da mesma Lei 6.404/76 (vejam-se os arts. 299 da Lei 6.404/76; 44, 90 e seu parágrafo único da Lei 5.508, de 11.10.1968; 2.º do Decreto 1.419, de 11.9.1975; 19, 35 e seu § 2.º do Decreto-lei 756, de 11.8.1969).

10.4 — A prevalecer, no entretanto, a faculdade reconhecida pela SUDENE às empresas titulares de projetos beneficiários dos incentivos em causa, de aplicarem nesses mesmos projetos as importâncias consignadas nos seus "Certificados de Aplicação" ou "Ordens de Emissão", então é preciso que esse procedimento seja adequadamente disciplinado por lei, prevendo a possibilidade dessas empresas negociarem as ações recebidas dos Fundos de Investimentos e as conseqüências fiscais dessa negociação. Seria necessário, também, que se editasse *lei* autorizando o repasse dos títulos aos acionistas da empresa titular do projeto beneficiário, como uma faculdade, e que se definissem os efeitos fiscais, sob o ponto de vista do imposto de renda, na hipótese dessa faculdade ser efetivamente exercitada. Os acionistas que recebessem os títulos, por motivo de repasse, deveriam mantê-los inegociáveis pelo prazo legal de quatro anos (art. 19 do Decreto-lei 1.376/74).

CONTRATO PRELIMINAR

SÉRGIO DE GODOY BUENO

I — Considerações gerais

1. Neste final do século XX, a par do grande desenvolvimento da tecnologia que nos fez atingir a "era espacial", é dever do jurista apreender, compreender e colocar-se num constante reposicionamento de conceitos para atingir o ideal de justiça, através da construção do Direito.

A "experiência jurídica" só pode ser compreendida em consideração aos acontecimentos históricos, nos quais estão inseridos os problemas jurídicos. Estes só são explicáveis de acordo com os valores inerentes às relações que o constituem. [1]

O atual momento histórico apresenta um panorama de grandes mudanças nos fundamentos de conceitos tradicionais que regem as relações das pessoas entre si e entre estas e o Estado.

O Estado contemporâneo, mesmo nos países de tradição liberal-democrática, cada vez mais intervém nas relações dos indivíduos. Esta situação não pode deixar de ser objeto de atenção do jurista.

2. Fala-se na publicização e na socialização do direito. [2] Os princípios individualistas difundidos no século passado, sob a influência dos ideais liberais da Revolução Francesa, cedem campo ao interesse coletivo, à função social da propriedade, à defesa dos economicamente mais fracos.

Face a esse panorama, o Estado contemporâneo intervém na atividade privada dos homens sob as mais variadas formas, a saber:

a) criando a ordem pública, delimitando a autonomia privada no interesse da coletividade.

b) criando o sistema de autorização para o exercício de atividades;

c) criando a obrigação legal de contratar, tanto sob o aspecto de tornar obrigatórias cláusulas contratuais nas relações entre particulares, quanto pelo fato de o Estado, na pessoa do juiz, surgir como apto a substituir a declaração de vontade que deveria ser manifestada pelas partes, em caso de inadimplemento de obrigações;

d) criando as concessões de serviços públicos;

e) criando a nacionalização de empreendimentos, pelo que o Estado diretamente ou através de empresas públicas ou sociedades de economia mista assume o exercício de atividades econômicas.

Assim, o Estado no mundo de hoje controla preços, a moeda, o câmbio, as importações e exportações, os seguros, os Bancos, o transporte, os serviços pú-

1. Miguel Reale, *O Direito como Experiência*, p. 8.

2. Georges Ripert, *Le Déclin du Droit*, p. 38; Oscar Barreto Filho, na apresentação do livro *Aspectos de Integração dos Contratos no Direito Comercial* de Vera Helena de Mello Franco, p. X.

blicos, não havendo atividade em que, de uma forma ou outra, não esteja presente. Até sob o ponto de vista tributário, o Estado exerce a função "reguladora" procurando incentivar ou desestimular determinadas atividades, aumentando ou diminuindo a carga tributária.

3. O novo papel do Estado contemporâneo de caráter intervencionista é sentido de forma decisiva no estudo do contrato. Qualquer indivíduo — sem distinção de classe, de padrão econômico, de grau de instrução — contrata. O mundo moderno é o mundo do contrato. Por outro lado, os que contratam assumem toda a força jurígena social. Sentem o impulso gerador da norma de comportamento social e efetivam este impulso. [3]

4. A economia de massa e o interesse coletivo repercutiram de forma profunda na autonomia privada para contratar. Surgiram os contratos tipo, os contratos por adesão, os contratos normativos e outras formas de contratar, nas quais torna-se cada vez mais ausente a liberdade contratual. Na verdade, deve-se lembrar que a vontade individual, que tanto se procurou respeitar, não passa de pura ficção, visto que em última instância é a "vontade da lei que obriga as partes, e não estas que se obrigam a si mesmas". [4]

5. Mas, se por um lado, as exigências de uma sociedade de consumo em massa vieram originar os contratos de massa, por outro lado, os negócios jurídicos tornaram-se mais complexos, como resposta da imaginação dos homens na dinâmica do processo de ordenação econômica desse tipo de sociedade.

Assim, como reverso da medalha da existência cada vez mais difundida dos contratos tipo, dos contratos por adesão, em que muitas vezes só há a obrigação de contratar ou a liberdade de não contratar, as negociações em torno dos grandes interesses econômicos são cada vez menos instantâneas, dependem de tratativas preliminares demoradas, com marchas e contramarchas.

Nesse quadro, surge o contrato preliminar, que será objeto de nosso estudo, como uma das figuras mais úteis na contratação moderna e que, passo a passo, mais se difunde.

II — A obrigação de contratar — O contrato preliminar

6. Em contraposição ao princípio geral da liberdade de contratar surge a obrigação de concluir contrato. Essa obrigação ou dever de contratar pode ser legal ou convencional. Pontes de Miranda acrescenta que o dever de contratar também pode ser decorrente de decisão judicial. [5]

A decisão judicial, segundo nos parece, não cria uma obrigação de contratar. Com efeito, a sentença ou produz o mesmo efeito do contrato a ser firmado (art. 639 do CPC) ou produz os efeitos da declaração de vontade não emitida (art. 641 do CPC).

3. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, pp. 14 e 15.
4. Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, *Direito Processual Civil*, Saraiva, 1965, p. 166.
5. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. XXXVIII, p. 377.

Apesar de opiniões em sentido contrário, não vemos dúvida de que a sentença proferida nos termos dos arts. 639 e 641 do CPC tem caráter executivo. [6]

Ora, se a sentença é executiva, tem como pressuposto uma obrigação anterior e subjacente, que decorre de convenção ou da lei.

Portanto, entendemos que a obrigação de contratar só pode ser legal ou contratual, sendo a sentença proferida, em caso de inadimplemento da obrigação de contratar, de execução forçada. A sentença não cria obrigação de contratar mas assume caráter substitutivo à declaração de vontade do renitente (art. 641) ou gera os efeitos do contrato a que a parte renitente estava obrigada (art. 639 do CPC).

Messineo entende que a obrigação de contratar é apenas legal ou convencional. O mestre italiano faz uma diferença entre a obrigação de contratar e o "trasferimento coattivo". As principais diferenças apontadas são as seguintes: [7]

a) a transferência coativa cria diretamente o título jurídico para a privação do direito e a obrigação de contratar opera em via indireta;

b) a transferência coativa se concretiza em um ato administrativo que é unilateral e não negocial; a obrigação de contratar descende de um direito próprio, do qual pode seguir um contrato, no qual sobretudo, reside o título da aquisição do direito; a transferência coativa é mais enérgica do que a obrigação de contratar; nesta há uma possibilidade de inobservância enquanto naquela não há;

c) na transferência coativa a vontade do titular é ausente; na obrigação legal de contratar o titular do direito coopera com sua vontade;

d) a transferência coativa concerne exclusivamente a bens; a obrigação de contratar se estende também à matéria de serviço;

e) a transferência coativa abrange um direito real, ou o processo, ou a gestão de um bem; a obrigação de contratar cria um direito de crédito e, respectivamente, uma obrigação.

7. Um caso de transferência coativa é a desapropriação por utilidade ou interesse público. A idéia de que na desapropriação ocorre um contrato coativo já está superada. [8] Não há na desapropriação qualquer ato negocial, a vontade do titular é ausente e concerne exclusivamente a bens.

8. O nosso Código Civil não trata especificamente da obrigação legal ou convencional de contratar. Como já vimos, só a nossa lei adjetiva contém preceitos relativos a essas obrigações (arts. 639 e 641).

O Código Civil italiano refere-se à obrigação de contratar em vários artigos, ou seja: a) 2.597 — obrigação de contratar às empresas em situação de monopólio legal; b) 1.679 e 1.680 — relativamente ao contrato de transporte; c) 2.932 —

6. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil* (1973), Forense, 1976, t. X, pp. 119 e 120; Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, obra citada, p. 169 e seguintes, discordando do ponto de vista de Chiovenda que entende ser sentença constitutiva; Francesco Messineo, obra citada, pp. 571 e ss., diz que a sentença é constitutiva.

7. Francesco Messineo, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, XXI, t. I, *Il Contratto in Genere*, Dott. A. Giuffrè, Editore, 1973, p. 522 e nota da p. 525.

8. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. XIV, p. 161.

obrigação do mandatário sem representação de transferir ao mandante os imóveis ou móveis registrados, adquiridos por conta do próprio mandante; d) 1.515 e 1.516 — venda ou compra em dano ou por autorização do credor.

Entre nós a obrigação legal de contratar aparece em legislação especial, principalmente na que diz respeito a serviços públicos concedidos ou em monopólio estatal. A Lei 1.521 de 26.12.51 define como crime contra a economia popular a sonegação de mercadoria ou a recusa de venda.

9. A obrigação convencional de contratar tem origem em um contrato, pelo qual é estabelecida a constrição das partes ou de uma das partes a estipular um futuro contrato, dito definitivo. Este contrato que tem por finalidade a celebração de um futuro contrato definitivo chama-se contrato preliminar, pré-contrato, antecontrato, *contratti preliminare* (Itália), *Avant contrat* (França), *Vorvertrag* (Alemanha).

III — Conceito e natureza jurídica

10. Contrato preliminar é a convenção pela qual as partes ou uma delas se comprometem a celebrar mais tarde um contrato definitivo que não pode ser celebrado no momento ou que não convenha ser celebrado.

O objeto do contrato preliminar é a celebração do contrato definitivo, que fica diferido. Portanto, o contrato preliminar cria uma obrigação de fazer e não produz efeitos substanciais, ou seja, não constitui nem transfere direito, que é objeto do contrato definitivo.

Na trajetória da realização de um negócio definitivo, o contrato preliminar pode surgir entre este e as tratativas, pelo que sob certo aspecto, pode ser entendido como uma fase particular da formação dos contratos. [9]

11. O nosso direito positivo não disciplina especificamente o contrato preliminar, embora seja reconhecido unanimemente na doutrina. Costuma-se dizer que o germe legislativo desse contrato encontra-se no art. 1.088, pelo qual é lícito a qualquer das partes arrepender-se antes de o assinar, quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, ressarcindo à outra perdas e danos resultantes do arrependimento.

12. A natureza jurídica do contrato preliminar é explicada por duas teorias principais. A primeira considera o negócio que tem por fim obrigar as partes a celebrar novo contrato. A segunda, contrato dependente de execução, a qual se subordina a vontade de um ou dos dois contratantes. [10]

A primeira teoria é da preferência da maioria dos autores. [11]

Com efeito, na celebração do contrato preliminar as partes manifestam uma declaração de vontade consistente em celebrar um futuro contrato definitivo. Com esse contrato cria-se uma obrigação de fazer. No contrato definitivo há outra

9. Caio Mário da Silva Pereira, obra citada, p. 71.

10. Orlando Gomes, *Contratos*, 2.ª ed., p. 128.

11. Francesco Messineo, obra citada, p. 543; Jaime Santos Briz, *La Contratación Privada*, Editorial Montecorvo, Madri, 1966, p. 106; Orlando Gomes, obra citada, p. 128.

declaração de vontade, que agora produz efeitos substanciais, ou seja, adquire, resguarda, conserva ou extingue direitos.

13. Messineo faz uma distinção entre o contrato preliminar e o contrato obrigatório, dizendo que sob o ponto de vista de função e dos efeitos é um *quid medium* entre o preliminar e o definitivo.

Apesar da predisposição de o autor acima citado mostrar a diferença entre o preliminar e o obrigatório, verifica-se que essas diferenças são apenas de intensidade, visto que ambos os contratos não criam efeitos substanciais, mas apenas a obrigação da contratação futura.

IV — Finalidade e utilidade

14. Como já foi dito, a negociação moderna, principalmente no que diz respeito àquela que envolve grandes interesses econômicos, não se realiza instantaneamente. As partes apresentam propostas e contrapropostas, desenvolvem-se as tratativas sobre cada detalhe do contrato a ser realizado. Muitas vezes surgem dificuldades na apuração do preço, a transferência do direito depende de autorização governamental (negócios de instituições financeiras, companhias de seguro, importações) ou requer aprovação de projeto de investimento perante instituições oficiais (Conselho do Desenvolvimento Industrial, Conselho do Desenvolvimento Comercial, Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, etc.). Por outro lado, a circunstância de o Estado, exercer a função reguladora através da cobrança de impostos, não raro acarreta às partes uma impossibilidade ou a inconveniência de celebrar definitivamente o contrato. Aí as partes preferem deferir a celebração do contrato definitivo, para possibilitar a construção de uma forma econômica, sob o ponto de vista fiscal.

Em todas as freqüentes hipóteses acima apontadas, em que há uma fase intermediária entre as tratativas e a realização do contrato definitivo, as partes necessitam de um elemento de segurança para a conclusão do negócio pretendido. Nesta ordem de idéias, o contrato preliminar apresenta grande utilidade. Por outro lado, tendo o contrato preliminar por finalidade a celebração do contrato futuro e com o desenvolvimento da teoria da execução direta das obrigações de fazer, a segurança almejada pelas partes é sempre alcançada por intermédio desse contrato.

Nestas condições, tendo em vista a finalidade precípua do contrato preliminar de criar a obrigação de celebração do contrato futuro, é fácil imaginar e constatar a sua grande utilidade prática na contratação moderna.

15. O campo de aplicação do contrato preliminar é vasto. Em que pese a sua grande difusão na compra e venda de imóveis, na incorporação de prédios em condomínio, na venda de lotes e execução de loteamentos, esse tipo de contrato torna-se cada vez mais freqüente em negócios relativos à venda de participações acionárias, na constituição e dissolução de sociedades, na cessão de fundo de comércio, nos negócios relativos à propriedade industrial e nos acordos de acionistas, dentre outros.

V — Requisitos

16. Os contratos preliminares estão sujeitos aos requisitos a que se submetem todos os atos negociais, ou seja capacidade das partes, consentimento, objeto e forma.

Como o contrato preliminar tem por objeto a realização de um contrato futuro, as partes devem esclarecer com precisão qual será o contrato que será realizado. O conteúdo do contrato definitivo deve ser determinado com clareza ou devem ficar previstos os elementos essenciais que possam, pelo menos, tornar o seu objeto determinável.

É recomendável que no contrato preliminar se determine o prazo para a celebração do contrato futuro, a fim de que se evite que isto se faça judicialmente, em caso de inadimplência de uma das partes.

17. O Prof. Caio Mário da Silva Pereira, divide, com muita propriedade, os requisitos de validade dos contratos em subjetivos, objetivos e formais. [12]

Os requisitos subjetivos referem-se à capacidade das partes e ao consentimento, que é o pressuposto material do contrato. Com relação ao consentimento, deve o mesmo abranger três aspectos: a) acordo sobre a existência e natureza do contrato; b) acordo sobre o objeto do contrato; c) acordo sobre as cláusulas que o compõem.

18. É evidente que o contrato preliminar não precisa e nem se torna nulo se não prever alguns detalhes ou elementos acidentais do contrato definitivo. Tais lacunas podem ser supridas pelo judiciário. O importante é que o contrato preliminar detalhe com clareza os pontos essenciais do contrato a ser realizado de forma determinada ou determinável.

19. Quanto aos elementos objetivos, dizem eles respeito à possibilidade, à liceidade, à determinação e a economicidade.

O objeto é impossível quando é insuscetível de realização. A impossibilidade pode ser material ou jurídica. A impossibilidade material pode ser absoluta ou relativa. A absoluta é a que por ninguém pode ser prestada, tornando nulo o contrato. A relativa é a que não pode ser prestada pelo devedor em determinado momento, mas, uma outra pessoa ou a mesma, em momento diverso, poderia satisfazê-la. Essa impossibilidade não torna nulo o contrato, sujeitando o devedor a perdas e danos.

Por último, é interessante lembrar que a impossibilidade parcial invalida inteiramente o contrato, quando do seu contexto ou das circunstâncias não se possa concluir que ele teria sido celebrado somente quanto à parte possível. [13]

A impossibilidade jurídica é aquela que seria suscetível de execução, mas o seu cumprimento importaria em descumprimento da lei. A impossibilidade jurídica e a ilicitude de seu objeto tem campos de aplicação quase idênticos, visto que

12. Caio Mário da Silva Pereira, obra citada, pp. 27 a 33.

13. Caio Mário da Silva Pereira, obra citada, p. 30 — Citação de Enneccerus. Kipp y Wolff, *Tratado, Derecho de Obligaciones*, vol. I, § 29.

em ambas há afronta ao ordenamento jurídico, à ordem pública ou aos bons costumes.

Já nos referimos à determinação do objeto. Quanto à sua economicidade deve-se ter presente que a prestação atenda ao requisito da patrimonialidade.

É muito freqüente, em contratos preliminares, a falta de determinação exata do preço. No entanto, se o preço puder ser determinado pela aplicação do que dispuserem as cláusulas contratuais, nenhum óbice haverá para a sua execução. As partes podem estabelecer que o preço será o da cotação do dia em bolsa, ou que o mesmo será avaliado por expertos, ou que será levantado mediante levantamento de balanço. O importante é que no contrato preliminar sejam fixadas as diretrizes pelas quais o preço possa ser determinado.

O último requisito a ser analisado é o da forma. Em princípio, o elemento formal não tem qualquer importância para a validade do contrato. Desde que as partes concluam o seu acordo de vontades por qualquer forma, surge o vínculo obrigacional. A lei, no entanto, determina que alguns contratos devem obedecer forma específica. A doação, salvo se de pequeno valor deve revestir a forma escrita (art. 1.168 do CC). A transferência da propriedade imobiliária ou a constituição de direitos reais sobre imóveis devem ser contratados por instrumento público (art. 134 do CC).

19. Na doutrina e jurisprudência brasileiras muito se discutiu se os contratos preliminares relativos à compra e venda de bens imóveis, usualmente chamados promessas ou compromissos de compra e venda, deveriam ou não revestir a forma pública. Atualmente a divergência está superada pela própria lei, que admite até o registro dos compromissos e promessas por instrumentos particulares (art. 11 do Decreto-lei 58/37 e art. 221 Decreto-lei 6.015/73).

Nestas condições, no nosso ordenamento jurídico não é necessário que os contratos preliminares sejam celebrados pela mesma forma que o devem ser os contratos definitivos. Devem no entanto revestir a forma escrita, para evitar as dificuldades ou a impossibilidade de prova, quando os valores superam o estabelecido em lei (art. 141 do CC).

VI — O contrato preliminar e figuras afins

20. Em primeiro lugar, deve-se ter presente que o contrato preliminar pode ser unilateral ou bilateral, sob o ponto de vista do cumprimento da obrigação. Diz-se que é unilateral quando a obrigação é *ex uno latere*, ou seja quando a prestação ou obrigação é de uma só parte. O preliminar unilateral não é muito freqüente. O exemplo clássico seria o da promessa de doação. Discute-se sua validade visto que, se não cumprido, não poderá ser executado por desaparecer o caráter da liberalidade. Costuma-se exemplificar ainda, como preliminares unilaterais a subscrição a empréstimos públicos, a venda a contento, o pacto de retrovenda ou de recompra. [14]

21. O preliminar bilateral é aquele em que as posições das partes são equilibradas, visto que as prestações ou obrigações são recíprocas.

14. Francesco Messineo, obra citada, pp. 578 e 579.

22. *Tratativas* e *minutas* — A principal diferença entre as tratativas e minutas, de um lado e o contrato preliminar, de outro, é que nas primeiras não há responsabilidade contratual. Carvalho de Mendonça afirmava que as tratativas e minutas não geravam qualquer responsabilidade para a parte que causasse a ruptura nas negociações. [15] Hoje fala-se numa responsabilidade pré-contratual que está subordinada à regra geral de composição de prejuízos por perdas e danos. A ruptura injustificada de uma negociação pode acarretar prejuízo à outra parte, incidindo uma responsabilidade pré-contratual.

A minuta mesmo que detalhada sob todos os aspectos do negócio, não contém, ainda, o consentimento das partes. É classificada como pertencente à fase pré-contratual.

No contrato preliminar, o consentimento para a celebração do contrato futuro já é manifestado, operando a responsabilidade contratual e a possibilidade da execução forçada da obrigação.

23. *Opção de compra e pacto de preferência* — Pontes de Miranda declara que aqueles que entendem que o pacto de preferência é promessa unilateral de venda, condicional, devem concluir que é contrato preliminar. [16] No entanto, afirma que nesse negócio jurídico irradia-se o "direito formativo gerador", pelo que o segundo contrato é resultante dele e não de adimplemento do contrato anterior. Da mesma forma deve-se raciocinar quando se trata de direito de opção. Em ambos os casos, na realização do segundo contrato, não ocorre uma nova declaração de vontade por parte do proponente. A estipulação é unilateralmente vinculante, pelo que Pontes de Miranda conclui que o segundo contrato é celebrado em decorrência do direito formativo gerador e não em função do adimplemento do contrato anterior.

Messineo reviu sua posição primitiva de que a opção de compra seria contrato preliminar. [17] Embora reformulado seu entendimento anterior, afirma ser discutível a matéria, cujo entendimento no sentido afirmativo, ainda é sustentado por vários autores.

24. *A oferta ao público e a proposta irrevogável* são atos unilaterais que contêm uma proposta de contrato. Não é vinculante, visto poderem ser recusadas, sem responsabilidade para as partes contratantes.

25. *Abertura de crédito* — Não são preliminares os contratos de abertura de crédito em relação ao da utilização do crédito. Um e outro são contratos diversos. O contrato de abertura de crédito não preanuncia o tipo dos afirmados contratos definitivos de utilização do crédito.

26. *Contrato de fornecimento* — No contrato de fornecimento há determinação de prestação sucessiva, não um novo contrato em cada fornecimento. A execução é de um único contrato, pelo que não é preliminar esse contrato.

27. *Contrato normativo* — Este tipo de contrato pode ter em comum com o contrato preliminar a circunstância de ser também preparatório de um contrato

15. J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 4.ª ed., pp. 458 e nota.

16. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. XXXVIII, p. 385.

17. Francesco Messineo, obra citada, p. 584.

definitivo. No contrato preliminar as partes se obrigam à celebração do contrato definitivo enquanto que no contrato normativo as partes regulam determinadas relações jurídicas futuras e eventuais entre elas.

Pelo contrato normativo as partes se obrigam a observar determinada conduta no futuro, não havendo a obrigação da realização do negócio substancial.

VII — Efeitos do contrato preliminar

28. Tradicionalmente, tendo por inspiração a regra *nemo praecise cogi potest ad factum* entendia-se que o devedor de obrigação de fazer não podia executá-la compulsoriamente. A recusa no cumprimento da obrigação resolvia-se em perdas e danos. Sob esse aspecto, o contrato preliminar perdia todo seu interesse prático, visto que, se não cumprido por uma das partes, nunca se chegava ao resultado almejado.

29. Com o desenvolvimento da teoria da execução direta das obrigações de fazer, a regra acima referida perdeu a sua eficácia.

30. A doutrina e a jurisprudência atuais, inclusive a nossa lei adjetiva (arts. 639 e 641 do CPC) aceitam a substituição da declaração de vontade do devedor renitente pela sentença. Aceita-se, também, a sentença como fonte geradora dos defeitos do contrato a que as partes se obrigaram. Essa faculdade do Poder Judiciário, como forma de intervenção do Estado na autonomia de vontade das partes, foi muito bem estudada pelo Prof. Luiz Eulálio de Bueno Vidigal. [18] A esse respeito, deve-se ter presente a distinção entre a infungibilidade natural e a jurídica da prestação. É evidente que, nos casos de infungibilidade natural, não há outro recurso senão pedir indenização por perdas e danos. Se se analisar a hipótese sob o prisma da infungibilidade jurídica chega-se à conclusão de que o Estado pode criá-la e alterá-la livremente, podendo inclusive atenuar os seus efeitos. Essa distinção foi muito bem estudada por Chiovenda e Calamandrei. [19] O Estado não presta pelo devedor a declaração de vontade mas a sentença é que produz os mesmos efeitos que a declaração de vontade, se prestada pelo devedor, produziria.

Para finalizar, com relação aos efeitos que os contratos preliminares produzem sob o ponto de vista de sua execução forçada, permitimo-nos a nos reportar às conclusões do Prof. Luiz Eulálio de Bueno Vidigal que são as seguintes:

a) A livre manifestação de vontade das partes é essencial à validade dos atos jurídicos.

b) O processo tem por escopo a atuação do direito objetivo, "mediante a proteção do direito subjetivo".

c) Para perfeitamente atingir o seu escopo, o processo deve proporcionar, ao titular do direito, "exatamente aquilo que teria obtido se a obrigação fosse voluntariamente cumprida pelo devedor".

d) A execução forçada extingue a relação jurídica material. Quando, porém, a execução se efetua mediante uma transformação objetiva da prestação, a extinção

18. Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, obra citada, pp. 117 a 191.

19. Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual*, Saraiva, 1942, pp. 295 e 296.

se opera em virtude do concurso de outras causas estranhas à própria prestação devida.

e) Toda e qualquer obrigação de fazer não cumprida transforma-se em obrigação alternativa, cabendo a escolha ao credor.

f) Pode o juiz, a pedido do credor, emitir provimento que valha por uma declaração de vontade: 1. quando a lei o permita expressamente; 2. quando reconhecer, em sentença ou despacho, a obrigação de ser prestada essa declaração.

g) Não pode o juiz, ainda quando reconheça a obrigação de ser prestada a declaração de vontade, substituir-se à pessoa obrigada: 1. quando a lei expressamente o proíba; 2. quando a lei exija, para a substância do ato, forma especial incompatível com a sentença de substituição; 3. quando seja essencial à validade do ato a declaração de vontade, sem qualquer coação, ainda que oriunda do Poder Judiciário; 4. quando a pessoa obrigada for entidade de direito público; 5. quando a declaração de vontade devida tiver natureza cambial.

VIII — Objeções e vantagens

31. As objeções mais freqüentes que se faz aos contratos preliminares são as seguintes:

A) Que se trata de contrato supérfluo, que gera um dispensável círculo vicioso nas duas declarações de vontade; a primeira criando a obrigação de fazer o contrato definitivo e a segunda criando a obrigação substancial, que implica na transferência ou constituição do direito. Tal crítica se torna mais veemente nos contratos reais que dependem da tradição para o seu aperfeiçoamento, com o que haveria a superposição de obrigações de fazer.

B) Que o contrato preliminar tem o efeito apenas de procrastinar os efeitos constitutivos ou traslativos do direito.

32. Tais críticas no nosso entender e no da maioria dos autores não resistem à menor análise.

Na contratação moderna, complexa como já se disse, é freqüente a impossibilidade ou a inconveniência da contratação definitiva de pronto. O diferimento da obrigação substancial é da essência do contrato preliminar, e é aí que reside a sua maior vantagem. Por outro lado, traz o contrato preliminar a segurança da contratação futura que não pode ou que não se apresenta conveniente realizar-se na fase formativa do contrato.

O contrato preliminar, se por um lado, constitui exemplo de atuação do Estado como interventor na vontade das partes, por outro lado, é fruto da liberdade de contratar. Os casos decididos por nossos tribunais, abaixo comentados, são exemplo da importância e da utilidade prática do contrato preliminar na época atual.

IX — Alguns casos judiciários sobre contrato preliminar

RT 454/171 — "*Contrato preliminar* — Existência no direito positivo brasileiro — Distinção do compromisso de compra e venda.

É irrecusável a existência, mesmo no direito positivo brasileiro, dos chamados contratos preliminares, inconfundíveis com as promessas de compra e venda, inclusive com as disciplinadas por leis especiais, que seriam contratos preliminares apenas impróprios.

N. 3.141 — São Bernardo do Campo — Apelante: Sociedade Imobiliária Demarchi Ltda. — Apelados: Paulo de Lima e outros".

33. Esse acórdão, relatado pelo eminente Des. Salles Abreu, então integrante da 6.ª Câmara do 2.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, dá aplicação de conceitos sobre contratos preliminares, em hipótese concreta levada a Tribunal. O único reparo que nos permitimos fazer é que mesmo as promessas de compra e venda, reguladas por lei especial (Decreto-lei 58) são também contratos preliminares. O acórdão diz que a promessa de venda é negócio jurídico definitivo, enquanto que no contrato final (compra e venda) apenas se reproduz o que foi antes estipulado, peculiaridade estranha ao pré-contrato. Entendemos não ser correta tal colocação. A promessa de venda e compra, embora pela nossa lei especial possa ser registrada, não transfere o domínio, que é o efeito substancial do contrato definitivo. Na recusa da celebração do contrato definitivo (compra e venda), o credor da obrigação tem que recorrer ao Poder Judiciário para que, através da adjudicação compulsória, a sentença produza os efeitos do contrato não celebrado. Portanto, de contrato preliminar se trata, aplicáveis que são às promessas de compra e venda todos os elementos que compõem os contratos preliminares.

RT 386/107 — "*Contrato preliminar* — Pré-contrato — Inadimplemento — Sujeição a perdas e danos restritos aos danos emergentes. — *Contrato preliminar* — Obrigações recíprocas — Cumprimento exigido por um dos contratantes — Necessidade também de que ele cumpra a sua — Inteligência do art. 1.092 do CC — *Solidariedade* — Quando existe.

Nos termos do art. 1.092 do CC, tratando-se de pré-contrato em que se estipularam obrigações recíprocas, não pode um dos contratantes exigir o cumprimento das obrigações do outro, sem cumprir a sua parte.

Não se admite a responsabilidade solidária fora da lei ou do contrato.

N. 141.490 — Capital — Apelantes: Cia. de Cimento Portland Perus, Banco Interestadual do Brasil S/A e José João Abdalla — Apelado: Hugo Borghi".

34. Nesse acórdão, relatado pelo Des. Toledo Piza, há referência de que pelo não cumprimento de contrato preliminar, responde o inadimplente por perdas e danos. O que se deve salientar nesse acórdão é que, no inadimplemento de contrato preliminar, só deve haver a condenação em perdas e danos se ocorrer impossibilidade da substituição dos efeitos da declaração de vontade não emitida pela sentença. Tal afirmação não constitui uma crítica ao julgamento. Talvez o caso não comportasse um estudo mais aprofundado da matéria, mas serve para chamar a atenção de que se deve abandonar o conceito tradicional de que a inexecução da obrigação de fazer sempre se converte em perdas e danos.

RDM 21-22/97 — "*Sociedade comercial* — Anônima — Diretor — Poderes de administração — Limitação nos estatutos e nas resoluções das assembléias gerais — Voto vencido — Inteligência e aplicação do art. 119 do Decreto-lei 2.627, de

1940. — *Sociedade comercial* — Anônima — Diretores — Concentração da maioria das ações do capital social — Cláusulas estatutárias relativas a poderes do administrador — Interpretação extensiva — Voto vencido. — *Promessa de contratar* — Execução coativa — Quando se admite — Voto vencido — Inteligência e aplicação do art. 639 do CPC de 1973. — Cláusula "*rebus sic stantibus*" — Fato superveniente com efeito de desobrigar o devedor — Conceito — Inocorrência na espécie — Voto vencido.

Os poderes do diretor da sociedade anônima, ao qual é cometida a administração, medem-se pelos estatutos ou pelas resoluções das assembléias gerais, presumindo-se que os de alienar e dar em garantia real os bens sociais devem ser exercidos em conformidade com os fins da sociedade.

Nas sociedades em que os diretores concentram as ações do capital em sua maioria, as cláusulas dos estatutos relativas a poderes dos administrados devem ser interpretadas extensivamente.

A promessa de contratar admite execução coativa se contém acordo a respeito de todos os elementos formativos do contrato principal e não importa em constrangimento à liberdade pessoal do promitente.

O fato superveniente, com o efeito de desobrigar o devedor, é o fato imprevisível e imprevisto, que as circunstâncias do momento do contrato não permitiam adivinhar.

35. Nesse acórdão relatado pelo Des. Olavo Tostes, com voto vencido do ilustre comercialista Sampaio de Lacerda, com comentário crítico de Paulo Afonso de Sampaio Amaral, em aspectos estranhos à matéria do contrato preliminar, temos exemplo da aceitação da execução coativa da promessa de contratar. Na decisão verifica-se a aplicação do contrato preliminar em complexa contratação moderna, relativa à separação de acervo de sociedade comercial.

X — Direito comparado

36. *Itália* — O Código Civil italiano, Régio decreto de 16.3.1942, n. 262, um dos códigos mais modernos e atualizados do mundo, trata do contrato preliminar nos seguintes artigos: a) 1.351 — estabelecendo que o contrato preliminar é nulo se não for feito na mesma forma que a lei prescreve para o contrato definitivo; b) 2.652 — refere-se à transcrição da ação direta para obter a execução em forma específica da obrigação de contratar; c) 2.932 — dispõe sobre a execução específica da obrigação de concluir um contrato.

Francesco Messineo, ao comentar o contrato preliminar, declara que a disciplina jurídica do contrato preliminar não pode constituir-se apenas em torno do material legislativo, visto serem escassas as normas que lhe dedicou o Código Civil italiano. No entanto, a jurisprudência e a doutrina tratam largamente da matéria, o que permitiu formular o conceito e a disciplina do preliminar.

É interessante notar que o Código Civil italiano subordina a forma do preliminar à estabelecida em lei para o definitivo, sob pena de nulidade.

37 — *Suíça* — O Código Federal Suíço das Obrigações de 1888, conforme alteração realizada em 1911, estabelece, em seu art. 22, que a obrigação de cele-

brar uma convenção futura pode ser assumida contratualmente. Dispõe, ainda, que a forma da promessa de contratar deve observar à prevista para a validade do contrato definitivo.

O art. 2.° do mencionado Código dispõe que se as partes colocarem-se de acordo sobre todos os pontos essenciais, o contrato é considerado concluído. Quanto aos pontos secundários, o juiz poderá regrá-los.

Essas disposições do Código suíço, no sentido de que o juiz poderá suprir as deficiências do contrato quanto aos elementos acidentais ou secundários, somente vem sendo conquistada em nosso direito mais recentemente.

38. *Áustria* — O Código Civil da Áustria (ABGB) regula promessas de contrato de depósito, de comodato e de mútuo nos §§ 957, 971 e 983. O pré-contrato de compra e venda nos §§ 1.072 a 1.079. É interessante notar que o T.S. da Áustria declarou que a opção não é um contrato preliminar, mas uma oferta vinculante. [20]

39. *Alemanha* — O Código Civil alemão não regula o contrato preliminar, mas a doutrina o considera como um dos meios que podem criar a obrigação de contratar

40. *Espanha* — O Código Civil espanhol não o regula. No entanto, Jaime Santos Briz, em seu livro *La Contratación Privada*, à p. 105, faz referência a uma sentença do T.S. de 2.3.1969, onde ficou sintetizada toda a doutrina científica do contrato preliminar, o que exemplifica a sua aceitação doutrinária e jurisprudencial na Espanha.

41. *Portugal* — O Código Civil português, Decreto-lei 47.344/67, regula o contrato-promessa nos arts. 410 a 413. Este último artigo trata da promessa de alienação ou oneração de imóveis, ou de móveis sujeitos a registro, quando consta de escritura pública, podendo as partes atribuir a este tipo de contrato eficácia real. [21]

42. *América Latina* — O Código Civil do México regula os pré-contratos nos arts. 2.243 a 2.247, sob o título de contratos preparatórios e a promessa. O Código Civil da Guatemala de 1963 também regula o contrato preliminar nos arts. 1.674 a 1.684. É interessante notar que, dos Códigos consultados, este foi o mais detalhado a respeito do assunto. Foram incorporadas ao Código as principais características desse contrato, a saber: a) promessa de celebração de contrato futuro e forma (art. 1.674); b) unilateralmente ou bilateralidade (art. 1.675); c) equiparação de opção ao preliminar (art. 1.676); d) a obrigação de ambas as partes no contrato bilateral e a possibilidade de o juiz prolatar sentença com os efeitos do contrato definitivo (arts. 1.679 e 1.683).

Finalmente, o Código Civil da Argentina não contém estruturação especial com relação ao contrato preliminar, mas foi objeto de análise por parte dos dou-

20. Citação de V. Hans Kapfer, *Das Allgemeine bügerliche Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, 8.ª ed., Viena, 1964. p. 256 in Jaime de Santos Briz, obra citada, p. 107.

21. Sobre o contrato-promessa em Portugal vide Abel Pereira Delgado, *Do Contrato-Promessa*, Ed. Jornal do Fundão, 1971.

trinadores, sendo de se destacar a obra de Jorge W. Williams, *Los Contratos Preparatórios*, Depalma, 1978.

Por tudo o que acima foi dito e pelo interesse que tem despertado a matéria, verifica-se a importância e a grande utilidade prática desse tipo de contrato, no mundo dos negócios nos dias de hoje.

Bibliografia:

Abel Pereira Delgado — *Do Contrato Promessa*, Jornal do Fundão Editora, Lisboa, 1971.

Alcides de Mendonça Lima — *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, vol. VI, T. II, pp. 754 e ss.

Bernard Teyssie — *Les Groupes de Contrats*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, pp. 11 e ss.

Caio Mário da Silva Pereira — *Instituições de Direito Civil*, vol. III, pp. 14 e 15, 27 a 33 e 71.

Coviello — "Contrato Preliminare", in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. III, parte III, p. 168.

Francesco Messineo — *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XVI, t. I, *Il contrato in genere*, pp. 526 e ss.

Georges Ripert — *Le Déclin du Droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949, pp. 52 e ss.

Giuseppe Chiovenda — *Instituições de Direito Processual Civil*, Saraiva, 1942, pp. 295 e 296.

Jaime dos Santos Briz — *La Contratación Privada*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1966, pp. 105 e ss.

Jorge W. Williams — *Los Contratos Preparatorios*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1978.

J. X. Carvalho de Mendonça — *Tratado de Direito Comercial*, vol. VI, 1.ª parte, pp. 455 a 464.

Karl Larenz — *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, nota 76 das pp. 80 e 108; *Derecho de Obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pp. 85 e ss.

Luiz Eulálio de Bueno Vidigal — *Direito Processual Civil*, Saraiva, 1965, pp. 177 e ss.

Miguel Reale — *O Direito como Experiência*, p. 8.

Orlando Gomes — *Contratos*, 2.ª ed., Forense, pp. 127 e ss.

Pontes de Miranda — *Comentários ao Código de Processo Civil*, T. X, Forense, pp. 112 e ss.; *Tratado de Direito Privado*, T. 38, pp. 377 e ss.

Sílvio Rodrigues — *Direito Civil — Dos Contratos*, vol. 3, p. 46.

MARCAS E PATENTES NO EXTERIOR *

WILSON SILVEIRA

A proteção à propriedade industrial possui especial importância em nível internacional, devido ao fato de que os bens imateriais não se prendem a fronteiras e que o comércio internacional é uma realidade no mundo moderno.

Salvo raras exceções, entretanto, a proteção às marcas e criações no campo da indústria possui caráter territorial, o que pode trazer uma série de problemas para o exportador, como o de ter de substituir a marca de seu produto para comercializá-lo em determinado país, onde a marca original já é de propriedade de um cidadão local, ou, até, ver-se impedido de produzir ou vender seu produto em país ou países em que alguém seja detentor de uma patente sobre o mesmo.

É por este motivo, que, ao contrário de o direito internacional surgir após a fase de estabilização dos direitos nacionais, os direitos de autor e de propriedade industrial se consolidaram primeiramente nas convenções internacionais, cujos princípios foram adotados pelas leis internas. As duas principais convenções, que deram origem à fase moderna de proteção aos bens imateriais, foram a Convenção da União de Paris para a proteção da propriedade industrial de 1883 e a Convenção de Berna de 1886 para a proteção das obras artísticas.

Na Convenção de Paris se firmou o conceito de propriedade industrial, compreendendo: "os privilégios de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos e modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, o nome comercial e as indicações de procedência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal". (A revisão de Estocolmo veio a acrescentar as marcas de serviço).

No Brasil, o órgão encarregado do registro de marcas e da concessão de patentes é o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, sendo que cada país possui um escritório central com as mesmas finalidades.

Cumpre, inicialmente, considerar o que seja marca e as diversas espécies de patentes.

MARCAS

Segundo conceito divulgado pelo INPI, marca é o sinal visual, verbal ou figurativo, que identifica um produto, a fonte de comercialização de uma ou mais mercadorias ou uma organização de prestação de serviços, distinguindo-os de concorrentes na mesma linha de fabricação, de vendas ou de serviços.

Na identificação de produtos, mercadorias ou serviços, a marca pode empregar nomes, palavras, monogramas, emblemas, símbolos, figuras ou quaisquer outros sinais, desde que não registrados anteriormente e que não contrariem outras proibições legais. A marca se aplica ao produto, mercadoria, invólucros, recipientes, etiquetas, rótulos, impressos, formulários e documentos de uso do titular.

* Palestra proferida no dia 17.4.80 na Fundação Centro de Estudos do Comércio Exterior.

As marcas são concedidas para classes específicas de produtos, mercadorias ou serviços, segundo as atividades do titular. A classificação de artigos, produtos e serviços em vigor no Brasil foi instituída pela Portaria 243, de 31.12.71, do INPI. Dita classificação segue, em linhas gerais, a classificação internacional, o mesmo acontecendo com a maioria dos países, que vêm procurando aproximar suas classificações internas. De qualquer forma, a diversidade de classificações cria dificuldades toda a vez que se tem a necessidade de registrar determinada marca em diferentes países.

Desde que não estejam compreendidas nas demais proibições legais, as marcas, que podem ser nominativas, figurativas ou mistas, poderão ser registradas se não houver registro ou pedido de registro anterior de marca idêntica ou semelhante para distinguir produto, mercadoria ou serviço idêntico, semelhante, relativo ou afim ao ramo de atividade, que possibilite erro, dúvida ou confusão. Esse princípio se aplica igualmente em nível internacional, não sendo aceito o registro de marca estrangeira que fira direitos preexistentes dos nacionais.

De um modo geral, não pode ser registrado como marca o que não obedeça ao critério de identificação de um produto, mercadoria ou serviço. Nessas condições, o nome do próprio produto, outros nomes ou sinais comumente empregados em relação ao produto ou serviços, não podem ser registrados como marca, pois sua utilização não é suficiente para a necessária distinção e identificação em relação a outros produtos ou serviços da mesma espécie e gênero. Nos termos da Convenção de Paris (art. 6 *quinquies*), poderá ser recusado o registro de marca que for desprovido de qualquer caráter distintivo ou exclusivamente composta por sinais ou indicações que possam servir no comércio para designar espécie, qualidade, quantidade, destino, valor, lugar de origem, época de produção ou que se tenham tornado usuais na linguagem corrente ou hábitos do comércio.

No Brasil, as demais proibições para registros de marcas estão contidas no art. 65 do Código da Propriedade Industrial, Lei 5.772, de 1971.

Além das marcas, o Brasil e muitos outros países admitem o registro de expressões ou sinais de propaganda, que são toda expressão, desenho, gravura, legenda ou sinal utilizados com o fim de divulgar a qualidade de produtos, mercadorias ou serviços, com função de chamar a atenção do consumidor, recomendando ou realçando determinados aspectos e qualidades de produtos e serviços.

Finalmente, não só os brasileiros podem registrar marcas no Brasil, mas também os estrangeiros, nacionais ou estabelecidos em países com os quais o Brasil mantenha tratado ou convenção, admitindo-se, mesmo, as marcas oriundas de qualquer país na condição de reciprocidade, desde que, em qualquer caso, o depositante comprove que a marca se relaciona com atividade industrial, comercial ou profissional efetiva e licitamente exercida no país de origem (art. 69).

Da mesma forma, podem os brasileiros obter registros de suas marcas nos demais países, nas mesmas condições.

Patentes

A patente é um título de exclusividade temporário sobre criações no campo da indústria, ou seja, sobre um novo processo de fabricação ou um novo produto.

Conforme relatório do INPI de 1972, "... a patente deve ser entendida não só como proteção legal à propriedade, mas, também, como incentivo à capacidade criadora e ao espírito inovador no campo da técnica. Sua função econômica vai muito além, pois, na realidade, é o instrumento através do qual o conhecimento tecnológico deixa de ser segredo para se transformar em bem econômico".

Além da patente de invenção, que protege soluções técnicas aplicadas à indústria, devem ser consideradas, ainda, as de modelo de utilidade, de modelo industrial ou de desenho industrial.

Diferentemente da invenção, que consiste em uma idéia abstrata, na descoberta de uma nova relação de causalidade não encontrável na natureza, as demais categorias consistem em criações de forma dos produtos industriais. Assim, considera-se modelo de utilidade toda disposição ou forma nova aplicada a ferramentas, instrumentos de trabalho ou utensílios conhecidos, que tragam melhor utilização ou conforto no seu emprego.

Já os modelos e desenhos industriais são também criações de forma (tridimensionais ou planas), sem, no entanto, se considerar qualquer vantagem prática, mas apenas a aparência dos produtos.

Todas essas categorias de patentes estão sujeitas aos requisitos de novidade e de caráter industrial. Entende-se por novo tudo aquilo que não tiver sido divulgado anteriormente ao depósito do pedido de patente, por meio de fabricação ou publicações, inclusive patentes ou pedidos de patentes. Além disso, a lei exclui de sua proteção certas categorias de invenções, como os produtos químicos, farmacêuticos e alimentícios e outros relacionados no art. 9.º do Código da Propriedade Industrial.

As pessoas, residentes ou estabelecidas no exterior, em país com o qual o Brasil mantenha tratado ou convenção, podem obter patentes no Brasil e vice-versa em condições de reciprocidade.

Exportação

A mesma garantia dada às marcas e patentes no Brasil, pode ser obtida pelo exportador brasileiro no exterior.

Não ocorre a nenhuma indústria brasileira utilizar em nosso país marcas que não estejam devidamente protegidas, da mesma forma que ninguém expõe ao público produto novo antes de requerer patente para o mesmo.

A marca não protegida pode ser utilizada por quem quer que seja, assim como o invento, não privilegiado, será de domínio público e de possível exploração por terceiros. É por isso que todas as indústrias, no curso do processo de lançamento de um novo produto e antes que o mesmo seja posto no mercado, procuram obter registro para sua marca, assim como patente para o próprio produto, se for o caso.

Esse cuidado, tão grande em nosso país, é, todavia, relegado a segundo plano com relação ao mercado externo, trazendo problemas, e prejuízos, às empresas nacionais desavisadas.

As indústrias nacionais por conta própria, ou através de *tradings*, têm se lançado no exterior, procurando, pela exportação, colocar seus produtos em outros países. Ao mesmo tempo, o desenvolvimento industrial do país já oferece condições para que, ao menos em certas áreas, possamos importar menos e exportar mais tecnologia.

Estranhamente, todas as precauções com relação a marcas e patentes, tomadas pelo industrial em seu próprio país, são esquecidas quando seus produtos são exportados, quando a sua tecnologia é colocada em outros países.

A marca, assim como a patente, encontra proteção nos locais em que for requerida, e registrada. Em outras palavras, a marca de industrial brasileiro não registrada em outro país, estará desprotegida, podendo ser adotada e utilizada por terceiros, em detrimento da empresa nacional. Com relação a patentes, o caso é mais grave, tendo em vista que o produto, ou aperfeiçoamento, não protegido estará em domínio público, podendo ser livremente fabricados, em qualquer parte do mundo, por quem quer que seja.

A pirataria no campo das marcas e patentes existe, e acontece, e não é de nós, brasileiros, desconhecida. Aqui mesmo, em nosso território, podem-se ver marcas estrangeiras serem utilizadas e registradas por nacionais, em detrimento dos negócios e interesses das empresas estrangeiras, titulares das marcas em seus respectivos países.

Hoje, quando o Brasil se desenvolve, e as empresas brasileiras passam a exportar produtos brasileiros para todo o mundo, a pirataria passa a acontecer contra nossa indústria. Qualquer indústria brasileira, de algum porte, que inicie suas exportações provocará, de imediato, a tentação de usurpação por parte de terceiros de outros países, em especial os dos países limítrofes, os da América Latina, que são por certo os primeiros a serem visados pelas exportações brasileiras. E qualquer nacional, de qualquer país poderá, antes da empresa brasileira, requerer, em seu país, registro para as marcas da indústria brasileira. Dessa forma, quando lá chegam os produtos brasileiros, com sua marca de fábrica, encontrarão, registrada, a mesma marca, a favor de nacional daquele país. A existência de marca igual ou semelhante registrada impedirá o desembarque nesse país da mercadoria brasileira, que permanecerá no porto, ou retornará ao país de origem, frustrando a exportação, e assim o negócio entabulado, com enormes prejuízos para o exportador.

Muito comum, também, é a exportação ser precedida de contatos diversos, bem como do estabelecimento, em outros países, de representantes, cabeças de ponte que deverão abrir o mercado ao exportador e ao produto brasileiro. Fácil notar que nenhuma garantia melhor existe para tal representante, para manter a representação, do que obter registro, em seu país, em seu próprio nome, das marcas dos produtos por ele representados. O registro obtido pelo representante amarrará o exportador a ele, impedindo a empresa exportadora de substituir a representação, ou até mesmo de dispensá-la.

O registro da marca a favor do representante no exterior, sem o conhecimento da empresa brasileira, é fato hoje conhecido por todas as indústrias que exportam e que já tiveram desagradáveis surpresas e muitos prejuízos quando tentaram substituir o representante por outro, ou até mesmo dispensá-lo para

assumir, a própria indústria, o negócio. Muitas empresas brasileiras mantêm, nos dias de hoje, custosos e demorados processos judiciais em diversos países, visando anular registros de marcas suas a favor de terceiros, quase sempre o representante no país para onde se dirige a exportação.

Mais grave, como se disse, é o caso das patentes. É o Brasil signatário da Convenção da União de Paris, que congrega a maioria dos países desenvolvidos e em desenvolvimento, estabelecendo a reciprocidade de direitos, no campo das marcas e patentes, entre brasileiros e nacionais dos países signatários. Isso significa que qualquer patente requerida no Brasil poderá, dentro de certos prazos, que vão de 6 meses a um ano, ser requerida em outros países signatários da Convenção, valendo a prioridade do pedido original. Ultrapassado esse prazo, qualquer invenção, ou aperfeiçoamento, não requerida e nem patenteada estará em domínio público, podendo ser sua utilização explorada por quem quer que seja. Não é por outro motivo que qualquer empresa estrangeira, originária de países mais desenvolvidos, requer suas patentes em todo o mundo, garantindo a si mesmas a exploração, ou o licenciamento a favor de terceiros, e a conseqüente cobrança de *royalties*. Enquanto o Brasil conta com 200.000 patentes concedidas, os EUA, por exemplo, contam com aproximadamente 4.000.000 de patentes, requeridas também em quase todo o mundo, carreando àquele país um volume de divisas que supera o orçamento nacional de muitos países.

O Brasil hoje exporta, abrindo novos horizontes e novos mercados, principalmente com vistas aos países árabes e continente africano. Os produtos e a tecnologia brasileira extravazam nosso território, e é preciso que a indústria nacional esteja preparada para usufruir o máximo de seus direitos. É preciso que seus direitos, suas marcas e patentes, sua tecnologia, estejam protegidas para que possam servir aos seus titulares, garantindo que os negócios transcorram de maneira pacífica e sem obstáculos, e retornando as divisas que interessam à indústria e ao país.

No momento em que a empresa nacional estabelecer seus objetivos, seus alvos no exterior, próximos ou futuros, nesse momento deverá verificar a situação de seus direitos nos países de interesse. Com a antecedência necessária será possível obter proteção para as marcas e patentes dos produtos que estão ou serão exportados, assim como estabelecer as melhores condições de negócio.

A União de Paris

A Convenção de Paris teve sua origem em 1873, na Exposição de Viena, tendo sido seu projeto desenvolvido em 1878, por ocasião da Exposição Internacional de Paris, resultando na sua assinatura em 20.3.1883, e vem sendo periodicamente revista, em Bruxelas (1900), Washington (1911), Haia (1925), Londres (1934), Lisboa (1958) e, finalmente, em Estocolmo (1967).

Esta última revisão foi promulgada no Brasil pelo Decreto 75.572, de 1975, com ressalva, porém, dos arts. 1 a 12, que continuam em vigor entre nós pelo texto da Revisão de Haia de 1925.

Dita Convenção constitui os países signatários em estado de União para a proteção da propriedade industrial.

O princípio básico da Convenção é o da assimilação dos cidadãos dos países pertencentes à União, de modo que o cidadão de um país poderá obter em qualquer outro direitos de propriedade industrial, e exercitá-los em igualdade de condições com os nacionais.

Aplica-se, em conseqüência, aos estrangeiros unionistas a lei interna de cada país, e a proteção das marcas e patentes deve ser obtida por país.

A Convenção prevê, entretanto, além do princípio do tratamento nacional, direitos especiais para os estrangeiros, como o direito de reivindicar a prioridade de depósito no país de origem de uma patente de invenção, de modelo de utilidade, de modelo ou desenho industrial, ou de marca, respectivamente nos prazos de 12 meses para as invenções e modelos de utilidade, e de 6 meses para os desenhos e modelos industriais e marcas. Depositado o pedido em qualquer país da União, dentro de tais prazos, e reivindicando-se expressamente a prioridade, tais pedidos posteriores passam a ser considerados da mesma data do pedido original, de modo que os fatos verificados no intervalo, como pedidos de terceiros, publicação etc., não invalidarão o pedido feito com reivindicação de prioridade.

Outro direito especial previsto na convenção é o de registrar a marca nos demais países tal como registrada no país de origem, desde que não fira direitos preexistentes de terceiros, ou que não seja considerada desprovida de caráter distintivo ou contrarie a moral, a ordem pública, ou seja hábil a enganar o consumidor.

Além da proteção conferida às marcas e patentes, a Convenção prevê a proteção ao nome comercial, independentemente de registro, às falsas indicações de proveniência e à concorrência desleal em geral.

Assim sendo, os países contratantes comprometem-se a recusar ou a invalidar, seja *ex officio*, se a legislação do país o permitir, seja a pedido do interessado, o registro de uma marca de fábrica ou de comércio que for uma reprodução, ou uma imitação suscetível de produzir confusão, de uma marca que a autoridade competente do país do registro considerar que é notoriamente conhecida como já sendo a marca de um cidadão de outro país contratante e utilizada para produtos do mesmo gênero ou de gênero semelhante. Um prazo mínimo de três anos deverá ser concedido, prevê a Convenção, para se reclamar a anulação dessas marcas, não sendo, por outro lado, fixado prazo para se reclamar a anulação das marcas registradas de má fé.

Além disso, o nome comercial, na forma do art. 8.º da Convenção, será protegido em todos os países da União, sem obrigação de depósito nem de registro, quer faça ou não parte de uma marca de fábrica ou de comércio.

Os países, ainda mais, se comprometem a apreender todo produto importado que trouxer ilicitamente uma marca de fábrica ou de comércio ou de um nome comercial protegido. Essa apreensão será efetuada a requerimento do Ministério Público, ou de qualquer outra autoridade competente, ou da parte interessada. Essas disposições serão aplicáveis a todo produto que trouxer de modo falso, como indicação de procedência, o nome de uma localidade ou de um país determinado, ou quando essa indicação estiver junta a um nome comercial fictício ou imitado com intenção fraudulenta.

Na conformidade do art. 10 bis da Convenção, os países contratantes serão obrigados a assegurar a todos os cidadãos dos países da União uma proteção efetiva contra a concorrência desleal, constituindo-se tais atos de todos os atos de concorrência contrários às práticas honestas em matéria industrial ou comercial, devendo ser especificamente proibidos: a) todos e quaisquer fatos sucetíveis de criar confusão, qualquer que seja o meio empregado, com os produtos de um concorrente; e, b) as alegações falsas, no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar os produtos de um concorrente.

A revisão de Estocolmo, cujos artigos iniciais ainda não se acham em vigor no Brasil, prevê, no art. 6 *Septies*, a hipótese de o agente, ou representante, do titular da marca, em um dos países da União pedir, sem autorização do titular, o registro dessa marca em seu próprio nome, em um ou vários desses países, caso em que o titular terá o direito de se opor ao pedido de registro, requerer o seu cancelamento ou a transferência, a seu favor, do registro, podendo se opor ao uso da marca pelo agente ou representante, se tal uso não tiver sido autorizado.

Outros tratados e convenções

Novas convenções e tratados internacionais têm sido firmados recentemente, como o *European Patent Convention*, o *European Community Patent Convention* e o Tratado de Cooperação de Patentes.

O tratado da Patente Européia é de 1973 e entrou em vigor em 7.10.1977, tornando-se operacional a partir de junho de 1978. Esse tratado entrará em vigor gradativamente. Prevê um procedimento centralizado de busca, exame e oposição. Depois, o pedido centralizado é transformado em patentes nacionais, sujeitas a ação de nulidade. O *European Patent Office* (Munique) cuidará dos estágios de depósito e exame, devendo o depositante indicar quais os países em que pretende obter proteção.

O Tratado da Patente da Comunidade Européia foi firmado em 1975. Prevê uma só patente para todo o Mercado Comum Europeu. Um dispositivo interessante desse tratado é o art. 69, que estabelece que o foro competente para ações baseadas na infração do privilégio é o do domicílio ou residência do réu, mas, se este não tiver um domicílio ou estabelecimento na Comunidade Européia, será competente um tribunal da República Federal da Alemanha. O autor pode, neste caso, propor a ação no Estado onde a infração foi cometida, hipótese em que o Tribunal local só poderá apreciar infrações cometidas nos limites do seu território. A patente da comunidade européia será considerada uma patente "nacional" que pode ser obtida perante o *European Patent Office*.

O Tratado de Cooperação de Patentes (PCT) foi firmado em Washington em junho de 1970 e ratificado pelo Brasil em 9.1.78, entrando em vigor em junho de 1978. O Tratado estabelece uma União e prevê um depósito internacional, uma busca internacional e um exame internacional. No depósito se indicarão os países em que se pretende a proteção. Após a busca, o requerente pode confirmar os países indicados. Feita a busca e o exame, cada país indicado poderá acatar ou não suas conclusões e, em sendo o caso, concederão uma patente nacional.

O Tratado da Conferência Diplomática de Viena (1973) prevê o registro internacional de marcas. A posição adotada pelo Brasil em relação a este tratado é, em resumo, a seguinte:

— A marca é um poderoso instrumento de comercialização nos mercados interno e externo, permitindo assegurar posições dominantes, determinar preços e controlar o comércio;

— O depósito internacional de marcas, em condições eqüitativas para os países desenvolvidos e em desenvolvimento, criaria condições de vulnerabilidade para estes;

— O Tratado busca um registro internacional com efeitos nacionais. Teme-se que decorra um controle sobre o comércio internacional.

Surgiu assim uma emenda proposta pelo Brasil e países africanos, criando uma isenção provisória para os países em desenvolvimento. Tal isenção estabelece um princípio de não reciprocidade, previsto no art. 40 como *tratamento preferencial*. Essa isenção teria a duração de 15 a 20 anos, podendo estender-se por mais 10 anos. O país beneficiário não se obriga a aderir ao Tratado ao fim da moratória, declarando apenas sua intenção de fazê-lo no prazo de dois anos do término do benefício. Perderá, porém, o privilégio se a) deixar de ser considerado pela ONU como em desenvolvimento, b) denuncie a Convenção de Paris ou c) atinja a média anual de registros internacionais superior a 200 marcas nos três anos anteriores à prorrogação.

A América Latina

De especial interesse para o exportador brasileiro é o mercado representado pelos países em desenvolvimento. Quanto aos países desenvolvidos, praticamente todos os países europeus, os EUA e o Canadá, fazem eles parte da Convenção de Paris, cujos princípios já foram analisados. No que se refere à América Latina, firmaram a Convenção de Paris, além do Brasil, apenas a Argentina (1967), a República Dominicana (1890), o Haiti (1958), o México (1903), Trinidad & Tobago (1964) e o Uruguai (1967).

Quanto aos demais países americanos, com exceção de Cuba, podem os brasileiros depositar suas marcas e patentes sem, entretanto, poder ser reivindicada a prioridade.

No que se refere à Bolívia, Peru, Equador e Colômbia, aplica-se o Acordo de Cartagena, de 1969, pelo qual as partes signatárias adotam normas comuns sobre investimentos estrangeiros, marcas, patentes, licenças e *royalties*. Os direitos de patentes são garantidos por 5 anos, com direito a renovação por novo período de 5 anos. Quanto às marcas, prevê a Decisão 85 desse Acordo, que não poderão ser registradas aquelas que possam se confundir com marcas bastante conhecidas ou registradas no país ou no exterior para produtos ou serviços idênticos ou similares. Terão, também, a duração de 5 anos com direito a renovação sucessiva pelos mesmos prazos, devendo, entretanto, a renovação ser instruída com a prova de uso da marca em qualquer dos países membros. Um dispositivo interessante, a respeito de marcas, é o art. 75, que dispõe que o proprietário de determinada

marca não pode impedir a importação de produtos originários de outro país membro possuindo a mesma marca, desde que se indique claramente o país em que foram produzidas.

No Chile os estrangeiros gozam dos mesmos direitos que os nacionais para obter patentes e marcas, o mesmo acontecendo com relação ao Paraguai e Venezuela.

Quanto aos países da América Central, em geral exige-se a prova do registro no país de origem, no tocante às marcas.

De qualquer forma, podem os brasileiros obter proteção para suas marcas e patentes em todos os países da América Latina, exceto Cuba.

Na maioria dos países latino-americanos é possível ao estrangeiro obter a anulação de registros de marcas feitos de má fé por cidadãos nacionais daqueles países, em especial quando se trata de representantes ou agentes locais, principalmente quando é possível comprovar que a marca se acha registrada e em uso em outros países latino-americanos.

Os países da América Central firmaram, em San José da Costa Rica, em 1968, uma Convenção Centro-Americana a qual, todavia, só beneficia os cidadãos dos países signatários.

Além disso, a OEA está promovendo estudos, com base em relatório da Reunião do Rio de Janeiro de 1971, para o fim de preparar uma conferência interamericana de propriedade industrial, com vistas a adotar uma nova Convenção, para a criação de uma União Interamericana para a Proteção à Propriedade Industrial.

Oriente Médio

Nessa área do mundo, apenas a Turquia é país membro da Convenção da União de Paris.

Os demais não são membros da União, a saber: Arábia Saudita, Iêmen, Iraque, Jordânia, Israel, Líbano, Síria e Irã.

No entanto, em todos eles, membros ou não da Convenção, é possível o requerimento de marcas ou patentes, sendo digno de notar que no Iêmen o registro, que cobre Aden e os territórios só será concedido como revalidação de registro anterior obtido na Grã-Bretanha, e valerá pelo tempo do registro inglês.

Finalmente, a Arábia Saudita e a Síria exigem a prova do registro no país de origem.

Como curiosidade a respeito dessa área do mundo, vale a pena citar que à vista dos problemas políticos que existem entre Israel e alguns outros países, alguns deles, o Iraque, por exemplo, exige que, nas procurações outorgadas, conste, além dos poderes habituais, mais a seguinte declaração:

Declaração

DECLARAMOS, SOB JURAMENTO, PELA PRESENTE, que:

1. Não temos uma filial de nossa fábrica em Israel.

2. Não temos uma linha de montagem em Israel, dirigida por nós ou em nosso nome.

3. Não temos agências gerais ou escritórios centrais para o Oriente Médio em Israel.

4. Não concedemos o Direito de Uso de nosso nome em Israel.

5. Não participamos de fábricas ou companhias israelenses.

6. Não damos recomendações ou assessoria a companhias israelenses.

7. Nós, ou nossa firma, não participamos de boicote econômico, nem temos qualquer relação com Israel.

África

Quanto à África, são membros da Convenção da União de Paris: Argélia, Egito, Quênia, Malawi, Nigéria, Uganda, Marrocos, Rodésia, África do Sul, Tanzânia (Tanganica), Tânger, Tunísia e Zaire.

Não são signatários da Convenção: Botswana, Lesotho, Swazilândia, Burundi, Rwanda, Gâmbia, Sierra Leone, Ghana, Guiné (francesa), Zâmbia, Libéria, Líbia, Mali, Mauritius, Sta. Helena, Seychelles, Somália, Sudão e Tanzânia (Zanzibar).

No caso de Botswana, é necessário, com relação a marcas, o registro prévio na África do Sul ou na Grã-Bretanha, o mesmo acontecendo com relação ao Lesotho e Swazilândia.

Para o registro em Gâmbia e Sta. Helena, é necessário a existência prévia de registro na Grã-Bretanha.

Em alguns países os registros de marcas são concedidos por tempo indeterminado. Assim se dá, por exemplo, com Burundi, Rwanda, Seychelles e Zaire.

Com relação aos países africanos, vale a pena, finalmente, fazer referência à Oampi — Organização Africana-Malgaxe de Propriedade Intelectual. Essa Organização congrega diversos países, todos membros da Convenção da União de Paris, sendo que, perante a Oampi, um único pedido de registro é depositado para ter validade em todos os países membros dessa Organização, que são os seguintes: Camarões, República da África Central, Tchade, Congo (Brazaville), Benin (Dahomey), Gabão, Costa do Marfim, Mauritânia, Níger, Senegal, Togo e Alto Volta.

Resta, apenas, lembrar o caso da Etiópia onde não há legislação de propriedade industrial, sendo que, com relação a marcas, para garantia de direitos, são publicadas *Cautionary Notices*, em jornais de Addis Abeba, em dois idiomas, inglês e árabe, indicando a existência de registros no país de origem do interessado.

Europa Oriental

Tendo em vista as características da propriedade privada nos países do Leste Europeu, é interessante a indagação de como, afinal de contas, se porta a legislação daqueles países a respeito da propriedade industrial, que cuida de direitos imateriais.

Existe, em plena vigência e uso nos países da Europa Oriental uma completa legislação a respeito de direitos imateriais, ainda que algo diferente do tipo clássico de proteção que o Ocidente conhece.

Até 1917 a legislação desses países esteve bastante dependente das legislações ocidentais, notadamente as da França, Alemanha e Inglaterra.

Ocorre que não foi difícil perceber, pelas estatísticas até 1917, que os Acordos Internacionais, em especial a Convenção da União de Paris, apesar de conceder, no tocante ao direito de propriedade, o mesmo tratamento recíproco, tinham o efeito prático de assegurar mais vantagens aos países ocidentais, em detrimento dos países orientais. E isso porque o número de prioridades reclamadas na Europa Ocidental por requerentes da Europa Oriental era, e sempre foi, muito inferior às prioridades requeridas nos países do Leste Europeu por requerentes da Europa Ocidental.

O motivo do balanço desfavorável para a Europa Oriental era o fato de ser o espírito inventivo menos desenvolvido do que com relação à Europa Ocidental. É por isso que, com o intuito de encorajar e aumentar tal espírito inventivo entre suas populações, a União Soviética, após a Revolução de 1917, iniciou a revisão da concepção da propriedade industrial, dirigindo-se para um novo caminho, mais de acordo com suas próprias realidades. Após a 2.ª Guerra Mundial, todos os países do Leste Europeu alteraram suas legislações com relação à proteção à propriedade industrial, aproximando cada qual da estabelecida na União Soviética.

A principal inovação das legislações dos países do Leste Europeu caracteriza-se pela introdução de um novo tipo de proteção conhecido como *Certificado de Autoria.*

O Certificado de Autoria, conforme entendido pela Lei Soviética de 5.3.1941, sobre patentes de invenção, e também de acordo com a Lei Soviética de Invenções (de 1.5.1959), representa o reconhecimento oficial de autoria de uma invenção. Tal reconhecimento tem pelo menos duas conseqüências da maior importância para o inventor: primeiro porque uma vez concedido o Certificado de Autoria, somente o Estado Soviético estará autorizado a explorar a invenção; por outro lado, ao conceder o Certificado de Autoria, o Estado se compromete a experimentar a invenção e, caso se decida a explorá-la através de suas empresas, o proprietário do Certificado terá direito a uma remuneração, tendo em vista os resultados econômicos da invenção.

Por outro lado, o inventor pode, ao invés de um Certificado de Autoria, requerer uma Patente de Invenção, cujos direitos corresponderão, em todos os sentidos, aos relativos a uma Carta-Patente no sentido clássico da legislação ocidental, não podendo nenhuma pessoa, nem mesmo o Estado, usar uma invenção protegida por patente, a não ser que autorizado pelo proprietário da mesma, o qual poderá conceder licenças ou vender sua patente.

À vista da nova estrutura econômica desses países, que levou todas as indústrias importantes às mãos do Estado, os Certificados de Autoria são a opção preferida pelos nacionais daqueles países, ficando a Patente de Invenção reservada aos inventores estrangeiros. Isso porque a empresa estrangeira terá certamente

meios de explorar nesses países suas invenções, protegidas por Patentes de Invenção, enquanto que os inventores nacionais dos países do Leste Europeu têm um interesse direto em obter um Certificado de Autoria que os habilite a transferir a exploração de suas invenções para o Estado. O Estado, por sua vez, representado pelas indústrias que supervisiona, estará certamente menos inclinado a contratar licenças de um proprietário de patentes, seja nacional ou estrangeiro, do que explorar uma invenção protegida por um Certificado de Autoria, principalmente porque tal exploração se constitui, na verdade, em obrigação legal do Estado.

No tocante às invenções, resta lembrar que a legislação dos países do Leste Europeu promoveram uma substancial extensão do campo de proteção a novas categorias não cobertas no Ocidente, principalmente incluindo a proteção às *descobertas*, considerando-se descoberta como um fenômeno que já existia e sempre existiu, mas que permanece desconhecido enquanto não descoberto, basicamente diferente do conceito de invenção, que consiste em uma criação de algo inteiramente novo e que nunca antes existiu.

Finalmente, com relação às marcas, vale informar que são as mesmas registráveis nos países do Leste Europeu, assim como no Ocidente. Todavia, considerando-se que as empresas pertencem ao Estado, e que questões entre empresas estatais são decididas no campo administrativo, pouquíssimas são as decisões *judiciais* concernentes à matéria.

Recentemente, entretanto, uma questão judicial ocorreu na União Soviética, envolvendo a companhia norte-americana Philip Morris e uma empresa estatal russa, com relação às marcas *Logos* (de Philip Morris), e *Lotus*, ambas para a classe 34, ambas para cigarros.

A decisão proferida pelo Comitê Estadual de Invenções e Descobertas do Conselho de Ministros da União Soviética foi no sentido da não possibilidade de confusão.

Tendo Philip Morris recorrido, nova decisão foi proferida, mantendo a anterior, tendo considerado, que, como base para apreciação de similaridade, há que se levar em conta o significado, e as semelhanças fonéticas e gráficas. Assim sendo, foi considerado que a possibilidade de confusão gráfica (visual) era muito remota, visto que as marcas se apresentam em caracteres ocidentais sendo certo que o comprador, habituado aos caracteres cirílicos, não poderá soletrar as palavras, sendo obrigado a notar a aparência da palavra completa (o desenho da palavra, por assim dizer).

Decidiu-se, portanto, que no caso *Logos/Lotus* a diferença de sentido, aliada às diferenças fonéticas e gráficas, seriam suficientes para afastar a possibilidade de confusão.

Esperamos que esses poucos esclarecimentos, sobre a tão complexa matéria relativa à propriedade industrial no mundo, possam ter trazido alguma luz sobre o assunto, e feito ver a necessidade de proteção das marcas e patentes de brasileiros onde quer que as exportações brasileiras alcancem.

O sistema de propriedade industrial é, no momento em que o Brasil se lança no mundo com seus produtos e sua tecnologia, uma poderosa arma que deve ser manejada com precisão e rapidez pelo exportador brasileiro.

OS VALORES MOBILIÁRIOS BRASILEIROS COMO TÍTULOS DE CRÉDITO

WALDÍRIO BULGARELLI

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. A menção aos valores mobiliários pelas leis brasileiras — 3. A mobilização dos créditos — 4. A teoria geral dos títulos de crédito — 5. A terminologia brasileira dos papéis de crédito — 6. Noção de valores mobiliários — 7. Os efeitos de comércio e os valores mobiliários — 8. Os valores mobiliários na Itália — 9. Os valores mobiliários nos EUA — 10. Os valores mobiliários na Inglaterra — 11. Os valores mobiliários na Alemanha — 12. Os valores mobiliários na Holanda — 13. Os valores mobiliários na Bélgica — 14. Os valores mobiliários na Suíça — 15. Títulos e valores mobiliários — 16. Os valores mobiliários como títulos de crédito — 17. Conclusões.

1. Introdução

A inserção do termo *valores mobiliários* na legislação brasileira, como base de operações na Bolsa e no Balcão e como critério para distinguir as sociedades anônimas abertas, e a sua divulgação pela doutrina, está a ensejar maiores estudos sobre o seu verdadeiro significado e sobretudo a sua posição, no nosso direito e mais precisamente perante a teoria dos títulos de crédito.

A falta de uma conceituação legal e o emprego simultâneo da expressão valores mobiliários, ao lado de outras, como *efeitos de comércio, títulos, títulos cambiais*, etc., nas disposições legais, já encaminha naturalmente o método do estudo para uma abordagem não necessariamente dogmática, para ajustá-la ao sistema jurídico, mas, ao contrário, implica partir de uma visão geral da teoria dos documentos, procurando através da comparação e da qualificação jurídica encontrar a sua exata caracterização e identificação no sistema. Com efeito, há de se questionar, o que se entende por valores mobiliários; se estão incluídos na categoria dos títulos de crédito, dos efeitos do comércio, ou de meros quirógrafos. Despiciendo não será também se procurar a *ratio legis* da eleição de apenas alguns papéis, considerados pelo legislador como valores mobiliários.

2. A menção aos valores mobiliários pelas leis brasileiras

As menções mais importantes da expressão *valores mobiliários*, encontram-se atualmente (além daquelas feitas pela Lei 4.728/65), na Lei 6.385, de 7.12.1976, que enumera os valores mobiliários sujeitos ao regime da lei (art. 1.º) considerando como tais: I — as ações, partes beneficiárias e debêntures, os cupões desses títulos e os bônus de subscrição; II — os certificados de depósito de valores mobiliários; III — outros títulos criados ou emitidos pelas sociedades anônimas, a critério do Conselho Monetário Nacional. Verifica-se, assim, desde logo, que o rol incluiu *papéis* (designação que empregaremos até final conclusão) considerados como títulos de crédito; outros cuja natureza de título é discutível, e por fim, ao mesmo tempo em que abre a possibilidade de o Conselho Monetário Nacional vir acrescentar novos à lista, limita entretanto essa possibilidade apenas a

títulos emitidos por sociedades anônimas, o que já enseja também a questão de se saber que outros títulos além dos tradicionais (ações, debêntures, etc.) poderiam vir a ser emitidos pelas sociedades anônimas.

Também é de se ressaltar nestas premissas, a exclusão estabelecida pelo parágrafo único do referido art. 2.º da Lei 6.385/76, da consagração legal como valores mobiliários dos títulos que arrola, e que são: "I — os títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal; II — os títulos cambiais de responsabilidade de instituição financeira, exceto as debêntures".

Do que decorre a conclusão inicial de que o critério legal não restringiu a relação apenas aos títulos ditos de Bolsa, mas, também não alargou o suficiente para abranger todos os papéis negociáveis no mercado.

A outra menção importante, encontra-se no art. 4.º, da Lei 6.404, de 15.12.1976, como critério diferenciador entre as companhias abertas e fechadas. Com efeito, dispõe o referido dispositivo, que serão consideradas companhias abertas aquelas cujos valores mobiliários de sua emissão estejam admitidos à negociação em bolsa ou no mercado de Balcão.

Também o n. I, do art. 183, da citada lei, na parte referente aos critérios de avaliação do ativo, faz menção a valores mobiliários, distinguindo-os dos títulos de crédito, o que mereceu a crítica de Philomeno Joaquim da Costa. [1]

3. A mobilização dos créditos

Por sua vez, a referência à mobilização dos créditos através desses papéis, demonstra a orientação do legislador em selecionar alguns que seriam aptos, a seu ver e a seu critério, de serem negociados, naquilo que denominou de mercado de capitais, embora não esgote essa designação a amplitude do mercado, que compreende (e a própria Lei 4.728/65 fez tal referência) também o mercado financeiro.

Nesse sentido, já apontava Ascarelli (*Corso di Diritto Commerciale*, 3.ª ed., 1962), como ao lado das cambiais que emitidas pelos comerciantes passaram a ser descontadas nos Bancos, as ações e obrigações das sociedades anônimas passaram a ser negociadas em Bolsas (ligação aliás, entre as duas instituições que fez com que ambas prosperassem, sociedades anônimas e Bolsas), ensejando a disseminação da propriedade mas também propiciando o seu controle por um grupo (banqueiros e controladores).

O aparecimento e a surpreendente difusão dos títulos de massa, inicialmente, através das ações de emissão das sociedades anônimas logo encontrando respaldo nas negociações nas Bolsas, seguidas de outras obrigações por elas emitidas, além dos chamados títulos públicos, de emissão governamental, e ainda a difusão

1. "Constitui um equívoco conceitual a distinção entre título de crédito e valor mobiliário existente no disposto pelo n. I do art. 183, como já se viu. Ali se dispõe, a propósito de critérios de estimação para balanço, que o custo ou cotação no mercado, se este for menor, fixarão registro dos direitos e títulos de crédito "e quaisquer valores mobiliários não classificados como investimentos". Se os últimos representam espécie dos outros, a referência a este traduz também qualquer valor mobiliário" — Philomeno Joaquim da Costa, *Anotações às Companhias*, vol. I, Ed. R.T. 1980, nota 12, p. 203.

no mercado dos títulos cambiais, pelo desconto nos Bancos, trouxeram à baila uma nova realidade no mundo até então restrito às negociações com os títulos cambiários, limitados aos particulares nas feiras e mercados e aos poucos se expandindo.

É conhecido que tal fenômeno se deve ao aparecimento, após a Revolução Industrial, de novas empresas e pelo seu desenvolvimento, a exigir grandes recursos, que os deviam recolher de quem deles dispusesse (chamado no seu conjunto de Mercado de Capitais), e tal arrecadação se fez através da emissão de ações e obrigações. A sociedade anônima tem aí o seu desempenho, surgindo como a grande máquina de arrecadação de capitais, no dizer de Ripert, inserindo-se entre os chamados "mecanismos jurídicos", por Tullio Ascarelli.

Evidentemente que a negociação de tais papéis exigia uma organização e uma técnica, [2] desenvolvendo-se então as Bolsas e aperfeiçoando-se os mecanismos destinados às operações destinadas a operações bursáteis (como os contratos a termos, com suas variantes, o reporte, deporte, e hoje, o *hedging*, etc.) [3] e por outro lado, aperfeiçoando-se as técnicas bancárias, com o crescimento do mercado financeiro. A verdadeira substituição da moeda como forma de pagamento pelos papéis negociáveis e a estruturação da técnica e organização dos Bancos e das Bolsas marcam profundamente o mercado moderno.

Os papéis negociáveis, por seu turno, de um lado aperfeiçoam-se, não só no sentido da sua circulabilidade e da sua exigibilidade, em razão da segurança e certeza que devem oferecer, mas, também aumenta o seu número para atender às necessidades da mobilização creditícia, saindo do estreito limite histórico das cambiais (Letras de Câmbio e Notas Promissórias) para atingir uma variada gama de operações creditícias com base em bens e serviços, o que obrigou a uma revisão profunda na teoria geral dos títulos de crédito.

4. A teoria geral dos títulos de crédito

A teoria geral dos títulos de crédito, como sabido, não foi concebida para o estudo, explicação, compreensão, qualificação e classificação de documentos constitutivos de direitos criados racionalmente em gabinetes, fora da realidade, [4] como hoje, muitas vezes, sói ocorrer com freqüência reprovável, mas destinava-se antes de mais nada, a explicar a existência e efeitos de papéis, surgidos historicamente ao sabor das necessidades do comércio, dotados de uma verdadeira força magnética de exigibilidade dos créditos neles mencionados, que os usos e as práticas comerciais, haviam consagrado, numa lenta evolução.

2. Cf. Marco Onado, *Le Operazioni di Mercato Aperto nel sistema bancario statunitense*, Milão, 1975.

3. Oscar Barreto Filho, "As Operações a Termo sobre Mercadorias (*hedging*)", in RDM nova fase, n. 29, pp. 11 e ss.; Noêmio Spinola, *Commodities — O preço do futuro*, Ed. IBMEC, 1974.

4. Quase diríamos num laboratório. Vê-se, na evolução dos títulos de crédito, o exemplo da grande carga de historicidade de que o direito está impregnado, nem sempre passível de ser substituída pela racionalidade pura.

De documento meramente probatório de uma transferência cambial (*o cambio trajecticio*) na Idade Média, a cambial vai atingir no período dito moderno (a partir, sobretudo, da Lei alemã de 1848) uma configuração toda própria e característica, bem diversa senão contrária, aos documentos meramente probatórios.

Firmam-se, nesta última fase, os contornos que vieram se desenhando nos períodos ditos italiano e francês, passando a ser considerada, a cártula, como um valor em si mesma, dotada de uma grande dose de abstração, em relação à causa da sua emissão (que na conhecida concepção de Ascarelli, é a função de que deve desempenhar, ditada pela convenção executiva, entre as partes) e suscetível de circular ágil e solertemente, em comparação com as formas tradicionais da cessão de direitos ou de contratos. Põe-se em causa, destacadamente, o objetivo essencial das cambiais que é o de conferir segurança e certeza à sua circulação. [5]

Despiciendo assinalar o papel da doutrina na elaboração da teoria geral dos títulos de crédito, sobretudo a alemã, mas, por justiça, deve-se ressaltar o papel de Cesare Vivante que a bem dizer, pondo ordem nas desencontradas opiniões e assertivas e sobretudo descartando os exageros das construções doutrinárias como a alemã, por exemplo, tão afeita às elucubrações metafísicas, configurou os elementos básicos norteadores da que poderíamos chamar a moderna teoria geral dos títulos de crédito. E é com base na construção vivanteana que a doutrina segue aperfeiçoando-a, levando em conta não só as cambiais (agora, compreendendo além da letra de câmbio também a nota promissória rediviva da antiga *cautio* do contrato de câmbio medieval) mas também outros documentos [6] dotados de certo rigor formais e suscetíveis de circular, com ampla aceitação prática, que conferem direitos vários, como o de participação, de direito real ou à prestação de serviços. Isto está bem claro na classificação de Vivante que os divide em: 1) títulos de crédito propriamente ditos, que dão direito à prestação de coisa fungível em mercadoria ou em dinheiro (como a letra de câmbio); 2) os que conferem um direito real (cédula pignoratícia); 3) os que atribuem a qualidade de sócio (como a ação); 4) os que dão direito a serviços (bilhete de passagem). Vê-se, portanto, que nunca esqueceu Vivante as cambiais e foi, naturalmente, mirando-as que as considerou como títulos propriamente ditos. Essa classificação que no dizer de Eunápio Borges teria sido seguida, com *pequenas diferenças* por J. X. Carvalho de Mendonça (afirmação criticada por Newton De Lucca [7] que a acha equivocada, pois Eunápio Borges não teria atentado para outros aspectos e portanto a classificação oferecida por Carvalho de Mendonça se distanciaria e muito da de Vivante) de qualquer forma reflete, a nosso ver, a influência das cambiais na análise dos vários títulos de crédito, ensejando expressões como *títulos de crédito propriamente ditos*, ao lado de outros que não se ajustam estritamente ao modelo característico das cambiais. Note-se, a propósito, que J. X. Carvalho de Mendonça considera títulos de crédito propriamente ditos os que

5. A respeito da revisão crítica da teoria geral clássica, e sua nova concepção do título de crédito como fenômeno de mobilização da riqueza em função do mercado, cf. Filipo Chiomenti, *Il Titolo di Credito, fattispecie e disciplina*, Milão, 1977.

6. Cf. Ascarelli, em seus vários escritos, mas, principalmente na sua *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, 2.ª ed., SP, 1969.

7. *Aspectos da Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, Ed. Pioneira, 1979.

decorrem de uma operação de crédito (títulos de dívida pública, letras de câmbio, os warrants, as debêntures, etc.) — o que é típico das cambiais — e *impropriamente ditos*, os que, embora não decorrentes de operações de crédito, são revestidos dos requisitos da literalidade e da autonomia (entre os quais incluiu as ações), mas, sentindo as dificuldades pedia que não criticassem a sua classificação.

O conceito de título de crédito oferecido por Vivante, como o "documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado", fez fortuna, como é notório. Assim, aceito basicamente pela doutrina em geral, acabou até recolhido pelo Projeto de Código Civil (Projeto 634, de 1975, Mensagem 160/1975) ora em trâmite no Congresso Nacional, embora com duas alterações de monta. A *primeira*, substituindo a expressão "nele mencionado", pela de "nele contido", o que parece significar que o projetista entendeu que o direito inserido na cártula (preferimos esta expressão à de *incorporação*, que como é sabido, peca por falta de maior concisão e que vem sendo considerada pela doutrina, como *mera imagem*) desapareceria, com o desaparecimento da cártula, o que não é correto, pois que ele, o direito inserido no título, pode perfeitamente sobreviver sem o seu suporte físico, como ocorre, por exemplo, por força do art. 36, do Decreto 2.044/1908, ao disciplinar a ação de anulação da cambial perdida, extraviada, furtada ou roubada ou destruída, ensejando ao beneficiário se vencedor na ação, a cobrança do crédito, não pela cártula inexistente, mas, por via da execução da sentença anulatória. A outra alteração diz respeito à *tipicidade*, parecendo ter o projetista desprezado a regra do *numeros clausus* e adotado o sistema da ampla liberdade de criação de títulos de crédito, o que mereceu de Antônio Mercado Júnior,[8] os conhecidos reparos que fez a essa passagem do Projeto, manifestando seus temores por tal liberdade num meio despreparado como o nosso e apresentando substitutivo à redação do art. 923 do Projeto.

Na variada série de documentos hoje existentes expressando direitos e obrigações, torna-se cada vez mais difícil, classificá-los e identificá-los, sobretudo, em relação àqueles que podem ser considerados títulos de crédito.

Desde os *syngraphae*, que eram documentos atestando uma obrigação de estrangeiros, assinado por ambas as partes e os *chirographa* assinado apenas pelo devedor, considerado como *cautio*, entendido como promessa de pagamento de soma determinada — os primeiros já abandonados no período justinianeu que acolheu apenas os *chirographa* [9] — inúmeros documentos se utilizam com valor e efeitos jurídicos, multiplicados hoje, na economia de massa, tornando tarefa inglória a sua classificação. De lembrar que só o número dos títulos de crédito, entre nós, atinge hoje, a cerca de quarenta. Daí as dificuldades da doutrina em classificá-los, o que é atestado pela construção dos títulos *impróprios*, na doutrina italiana, subdivididos em *títulos de legitimação* e *documentos de legitimação*, agravados ainda pela diversidade nos vários países, como por exemplo, os do *common law* não assimiláveis exatamente os *negotiables instruments* aos títulos de crédito do direito europeu continental, também pela peculiaridade do conceito de *consideration*. Agravam-se ainda as dificuldades pela tendência moderna cada

8. Cf. RDM, nova fase, n. 9, p. 113.

9. M. Ortolan, *Explication Historique des Institutes de L'Empereur Justinien*, 7.ª ed., Paris, vol. 3, n. 1.429, pp. 254 e ss.

vez mais intensa, de, em certas áreas, procurar-se eliminar ou o uso dos documentos ou a sua circulação (como as ações escriturais e as *factures protestables* francesas).

Ora tal quadro está a demonstrar o verdadeiro desafio que representa tentar classificar todos esses documentos, o que lembra as dificuldades dos pandectistas em tentar arrolar todos os atos e fatos jurídicos, dificuldades que remanescem ainda nos chamados negócios jurídicos *stricto sensu*, a ponto de se negar a possibilidade da construção de um conceito unitário de negócio jurídico, da mesma forma que se chega a negar hoje também o caráter unitário dos títulos de crédito.

Mas, como ciência tipológica que é, por excelência, o Direito, além de uma ciência de justificação — como se tem posto em relevo, entre nós, ultimamente — deve a doutrina enfrentar o desafio e mesmo à custa de revendo criticamente toda a teoria geral dos títulos de crédito, lograr, explicar, demonstrar, justificar e finalmente qualificar e classificar os documentos constitutivos e declaratórios de direitos. É parte desse desafio tentar demonstrar a posição dos valores mobiliários perante a Teoria Geral dos Títulos de Crédito.

5. A terminologia brasileira

A expressão *valores mobiliários* se bem que utilizada na doutrina de há muito, é relativamente nova entre nós, tendo-se consagrado, praticamente, após a edição da lei do mercado de capitais, a Lei 4.728/1965.

O nosso vetusto, porém rico incompreendido e pouco conhecido Código Comercial de 1850, sempre empregou uma terminologia variada, ora referindo-se a *papéis de crédito* (art. 10, 4), *papéis de crédito comerciais* (art. 191, 2), *papéis de crédito negociáveis em comércio* (art. 273), *letras e papéis de crédito endossáveis* (arts. 54 e 55), *escritos ao portador* (art. 426), além da menção de documentos com força de títulos de crédito, como a escritura ou letra de risco referida no art. 635. Para J. X. Carvalho de Mendonça (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. V, 2.ª parte, n. 461, p. 53) a expressão papéis de crédito era perfeito sinônimo de Títulos de Crédito.

Com a Lei 4.728/65 (art. 23, § 5.º) e a Lei 5.474/68 (art. 2.º) adotou-se também a expressão *efeitos de comércio*, de origem desenganadamente francesa.

Finalmente, a Lei 4.728/65 consagrou também, usando abundantemente da expressão valores mobiliários, adicionando-a à expressão efeitos de comércio e a de títulos cambiários. A idéia que se recolheu da expressão valores mobiliários era a de que fora empregada para significar títulos e documentos negociados em massa, especialmente na Bolsa e no Balcão, o que se verifica pelo seu uso posterior pela regulamentação dada às Bolsas de Valores, através da Resolução 39, de 20.4.1966, do BC.

Atualmente, a emprega e enuncia os documentos entendidos como Valores Mobiliários, a Lei 6.385, de 7.12.1976 (arts. 1.º e 2.º, principalmente).

Como entender tal expressão em relação aos títulos de crédito, aos títulos cambiários e aos efeitos de comércio?

6. Noção de valores mobiliários

Valores é expressão genérica, tanto mais vazia quanto ampla; em relação aos títulos de crédito ditos abstratos, poder-se-ia entender que a expressão lhes é destinada? Isto será visto mais adiante. *Mobiliários*, também não significa *sic et simpliciter* muito, ou quase nada. De *móvel*, poder-se-ia entender o que está mobilizado, o que é mobilizável; como os títulos de crédito são considerados coisas *móveis* (arts. 47-48, do CC brasileiro), sujeitos às regras de circulação desse tipo de bens, e até prevalecendo segundo a doutrina dominante, em relação a eles, a regra "en fait de meubles, possession vaut titre", tem-se aí um ponto de contato.

Já os dicionários (como o Aurélio) assinalam que valor mobiliário é designação comum aos créditos por dinheiro ou coisa móvel, ações, obrigações, títulos negociáveis, etc.

Contudo, a noção jurídica exige mais. É tarefa do jurista pesquisar e tentar obter o exato significado das expressões legais, dentro dos parâmetros da chamada construção dogmática. Daí ser importante um estudo, ainda que sucinto, no direito comparado, não sem antes observar, com Ascarelli,[10] que "a tarefa mais difícil da investigação dogmática consiste justamente, em separar, dentre os vários característicos de um instituto, os que lhe são essenciais, em colocá-los como fundamento da construção dogmática e, por isso, como premissa da aplicação analógica. O fim e a justificação da investigação dogmática consistem justamente no fato de que ela constitui um instrumento para resolver os novos problemas que a vida vem sempre propondo, mantida a continuidade entre as soluções já aceitas e as que são propostas quanto aos novos problemas. Justamente por isso, a maior dificuldade na construção dogmática está na escolha dos vários dados jurídicos para individuar os que, no seu desenvolvimento, melhor podem permitir alcançar a solução dos novos problemas, observada a continuidade e a necessária harmonia com as soluções aceitas nos casos resolvidos anteriormente. Ao preencher essa função, o estudo do direito comparado revela-se de utilidade singular, sob um duplo aspecto. Em primeiro lugar, na construção de um instituto dentro de um determinado sistema, isoladamente considerado. O conhecimento do direito comparado permite-nos, realmente, como já lembrei, apreender melhor os diversos direitos, isoladamente considerados; perceber o alcance e as razões das suas soluções; descobrir as "premissas implícitas", que lhe são peculiares".

7. Os efeitos de comércio e os valores mobiliários

A doutrina mais moderna, na França, conceitua os efeitos de comércio como títulos negociáveis que constatam a existência em favor do portador de um crédito a curto prazo e serve para o seu pagamento. Esses títulos porque originariamente eram utilizados apenas no comércio, tomaram esse nome. São hoje, basicamente, as letras de câmbio, as notas promissórias, os warrants, os cheques, as faturas e borderôs protestáveis. Já os valores mobiliários são conceituados como títulos negociáveis representando direitos de sócios ou de empréstimos a longo prazo, e

10 *Problema das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 2.ª ed., 1969, p. 11.

não obstante se empregue igualmente a expressão *títulos de Bolsa*, esta expressão é mais restrita que a de valores mobiliários, posto que nem todos os valores mobiliários são negociáveis em Bolsa (*Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 7.ª ed., 1973, Ripert-Roblot).

Vê-se, pois, como a doutrina francesa tem presente, na caracterização dos *efeitos de comércio*, a sua assimilação à moeda (valor determinado; prazos curtos e fácil circulabilidade) e por conseqüência ainda que reconhecendo em alguns papéis ou títulos certas similitudes com os efeitos de comércio, descarta-as por não se enquadrarem em todos os seus termos nas características (como, por exemplo, os *billets de banque*) dos efeitos de comércio. E segundo essa linha de assimilação à moeda (como instrumento de pagamento) que é feita também a distinção entre efeitos de comércio e valores mobiliários.

Partindo da noção de efeitos de comércio como títulos negociáveis, com a indicação do seu valor, comprovando crédito em dinheiro, constata-se que embora apresentem certa analogia com os valores mobiliários, essa analogia se revela mais aparente do que real e em conseqüência as suas diferenças são bastante profundas, podendo ser assim enumeradas: [11]

a) A emissão de valores mobiliários equivale a um empréstimo a longo prazo contratado pelo emissor (companhia pública ou privada; o Estado, etc.) quer se trate da emissão de ações ou de obrigações. É claro que do ponto de vista estritamente jurídico, como ressalva Roblot, a situação do acionista não pode ser assimilada a do obrigacionista, somente este podendo ser considerado como um verdadeiro credor. Mas, no fundo, ambos ao subscrever, têm o mesmo objetivo; emprestar dinheiro a outro para obter um resultado, realizando assim uma colocação de capitais. Ora, se é certo que aquele que subscreve ou negocia um efeito de comércio contrata igualmente um empréstimo, só pode ser um empréstimo a curto prazo, da mesma forma que o empréstimo pelo desconto, é sempre uma aplicação temporária e de duração limitada. Justamente por isso, os valores mobiliários não se prestam às operações de desconto, e desse fato, provém em grande parte, sua inaptidão para substituir a moeda nos pagamentos. Os efeitos de comércio, pelo contrário, são suscetíveis de serem descontados e é um dos motivos pelo qual eles se constituem, nas relações comerciais, um útil instrumento de troca.

b) A responsabilidade como garante assumida por aquele que negocia uma ação ou uma obrigação não tem um alcance legal semelhante àquela que é imposta pela lei ao emitente de uma letra de câmbio ou de uma nota promissória. O primeiro se obriga unicamente a entregar ao cessionário um título de crédito contra o emitente; ele não se torna garante da solvabilidade da companhia emissora, já que o empréstimo contratado não é reembolsável senão a longo prazo e até o vencimento, a situação do devedor pode se modificar. Isto não ocorre quanto aos efeitos de comércio, pois que ao transferi-los a um terceiro, geralmente ele efetua um pagamento, sendo necessário certificar o valor do documento através do qual ele quitou o seu débito. Engaja assim a sua responsabilidade plena.

c) Os valores mobiliários, como os *billets de banque* são emitidos em série e por frações iguais, distinguindo-se os da mesma série entre eles, se for o caso,

11. Seguimos aqui a resenha feita por Roblot, *Les Effects de Commerce*, Paris, 1975.

pelo número. O que não ocorre com os efeitos de comércio, emitidos cada um por vez, em função de uma determinada operação, e cada um com seu próprio valor.

d) Por fim, os valores mobiliários, pelo menos as obrigações são reembolsáveis por sorteio, individualmente ou por lotes, o que não ocorre jamais com os efeitos de comércio.

Michel Vasseur, em relatório apresentado ao Instituto de Estudos Europeus, da Universidade Livre de Bruxelas, por ocasião dos Trabalhos do Grupo de Estudos sobre "Aspectos Jurídicos das Relações Econômicas entre a Europa e a América, Comissão de Valores Mobiliários", [12] baseando-se basicamente na obra de Ripert-Roblot (*Traité Élémentaire*, ob. cit.) esclarece que a expressão valores mobiliários designa títulos negociáveis que representam direitos de sócios ou de empréstimos a longo prazo. E conquanto a expressão títulos de bolsas seja mais estreita do que a de valores mobiliários, ambos exprimem a mobilização do título; e é por causa dessa mobilidade que esses títulos estão ligados ao direito comercial, mesmo que não sejam utilizados no comércio e negociados por não comerciantes. O valor mobiliário é por excelência um título de investimento (*placement*), e seu característico distintivo é que o direito que ele representa é um direito de sócio ou de empréstimo, ou seja, um direito suscetível de obter uma renda. Não constituem, pois valores mobiliários, nem os *billets de banque* que têm uma função monetária, nem os efeitos de comércio, nem o cheque, que não rendem juros, nem os cupões que dão direito ao pagamento de um dividendo ou de juro, ou a um direito de subscrição. As três categorias clássicas de valores mobiliários, na França, são constituídas pelas ações, as obrigações e as partes do fundador.

8. Os valores mobiliários na Itália

A doutrina italiana sempre apontou como "estrangeira" a terminologia jurídica italiana, a noção de valores mobiliários. [13] E nesse sentido, asseveram Renzo Moreira e Francesco Argan, [14] que essa denominação — ademais de pouco utilizada pela doutrina e nas decisões jurisprudenciais — não corresponde a uma categoria jurídica precisa, na Itália, que seja utilizada como o é, por exemplo, a noção de títulos de crédito. E notam esses autores, que se encontra na Lei de 20.3.1913, n. 279, sobre a organização da Bolsa, uma referência legislativa à noção de "valor" compreendendo os títulos tanto públicos como privados admitidos à cotação à Bolsa. No capítulo II, dessa lei, que se refere "à admissão dos valores à cotação" são enumeradas certas categorias de títulos admitidos à cotação de pleno direito (títulos de crédito público e outros valores públicos ou que podem vir a ser admitidos por decisão da Câmara de Comércio, títulos de pessoas jurídicas, títulos de sociedades comerciais por ações, títulos públicos estrangeiros, títulos de pessoas jurídicas estrangeiras e títulos de sociedades por

12. *Le Régime Juridique des Titres des Sociétés en Europe et aux États Unis*, Bruxellas, 1970.

13. G. Ferri, *Il Titolo di Credito*, 2.ª ed., Turim, 1965; Renzo Moreira e Francesco Argan, "Les Valeurs Mobilières en droit italien"; in *Régime Juridique des Titres de Sociétés en Europe et aux États Unis*, ob. cit., p. 304; Felipo Chiomenti.

14. Ob. cit., pp. 304 e ss.

ações estrangeiras). Esta enumeração corresponde, substancialmente à noção de valor mobiliário da forma como é concebida pela doutrina francesa.

Por seu turno, observa G. Ferri (ob. cit., pp. 32 e ss. ao considerar o título de crédito como um meio técnico de circulação, e ao defender a tese de que essa função a ser preenchida pelo título é dependente da vontade do emitente — portanto, a função não é revelada simplesmente pela imagem plástica da "incorporação", mas, ao contrário, é pela função do documento que se esclarece a incorporação e dá-se-lhe um significado jurídico. Para o autor, a função de circulação se revela pela legitimação e titularidade. Diz a certa altura: "Quando a legitimação seja conexa a um documento, pode haver um titular não-legitimado e um legitimado; e é em relação a essa dualidade de conceitos que se acentua a disciplina dos títulos de crédito; a segurança da circulação e a mobilização dos créditos ocorrem em virtude da função de legitimação do título, o qual permite, por meio da aquisição do documento, o exercício do direito, mesmo por parte de quem não é titular". E ao analisar a expressão francesa "valores mobiliários" a considera como referente a títulos de massa, em contraposição aos títulos individuais (chamados na doutrina francesa, como vimos, de efeito de comércio). A distinção que para ele, se baseia essencialmente numa divisão de função econômica — instrumentos de mobilização do crédito — os títulos individuais; e instrumentos de dissociação da propriedade — no sentido econômico e controle da riqueza — os títulos de massa, assumem relevo na determinação do conceito jurídico dos títulos de crédito. Nos títulos de massa, de um lado, o princípio da incorporação é atenuado com mais intensidade, e de outro, o destaque entre o *rapporto sottostante* e o *rapporto cartolare* parece totalmente claro, não admitindo nenhuma influência, mesmo indireta, do primeiro sobre o segundo, e fazendo qualificar como venda de uma *res*, mesmo em operações de diversas naturezas (empréstimo, sociedade) a emissão do título. Após mostrar algumas diferenças entre os títulos de massa e os individuais — ao menos em termos de circulação, sobretudo, em relação aos títulos ao portador — Ferri assinala que se do ponto de vista da prática, pode haver uma situação diversa entre os diversos possuidores do título que assume especial relevo para os títulos individuais e possa restar praticamente inoperante perante um título anônimo e de larga circulação, sob o aspecto jurídico, entretanto, não existe diversidade substancial e justifica-se perfeitamente a subordinação a uma única disciplina do aspecto circulatório — que é o aspecto essencial dos títulos de crédito — e sob o qual todos os diversos títulos se apresentam com caráter comum.

E prossegue Ferri, dando a chave da questão do relacionamento entre valores mobiliários (ou títulos de massa como prefere) e os títulos de crédito — afirmando que na fase da circulação do título — que é o aspecto que a lei considera — não existe diversidade entre títulos individuais e títulos de massa. E se a emissão do título possa ter nas duas hipóteses, uma justificação econômica essencialmente diversa, permanece, contudo, idêntica a justificativa da atribuição ao título de caráter de título circulante, idênticas também são as exigências às quais se submete, idêntica a situação que será determinada por efeito da circulação do título. É indubitável que o direito que cada título exprime é diverso e, mesmo sendo todos títulos de crédito, uma cambial ou um cheque bancário não podem ser confundidos com uma obrigação de sociedade ou com uma ação, assim como não

podem ser confundidos com uma apólice ou com um certificado de depósito. Mas, isto não elimina o fato que todos esses documentos são títulos de legitimação circulantes gerando identidade de problemas e identidades de situação quando circulam e pelo fato de que circulam. E afinal conclui que essa consideração unitária que não é uma construção arbitrária do legislador italiano, mas, corresponde a uma efetiva realidade, resulta evidente do fato de que, mesmo nos ordenamentos jurídicos em que falta uma disciplina geral, sente-se a necessidade de construir uma categoria unitária dos títulos de crédito; isto ocorre no ordenamento alemão, no espanhol, no inglês, e também no francês, no qual a contraposição entre efeitos de comércio e valores mobiliários, não exclui que ambas as categorias sejam reunidas naquela mais ampla e compreensiva de *títulos negociáveis.*

9. EUA

Neste país, como se sabe, a expressão utilizada para títulos negociáveis no mercado é a de *securities*, havendo duas categorias principais [15] daquelas emitidas pelas companhias e que são: as *stocks* (divididas em *common stock* e *sotck wich grants a preferrer*) e as *debt securities*, em geral, as de *entures* ou *bonds.*

10. Na Inglaterra isso também ocorre, sendo as principais *securities* as *shares* e as debêntures. [16]

11. Na Alemanha, esclarece Norbert Horn [17] que ali se conhecem as categorias habituais de valores mobiliários negociáveis que são as ações, as partes

15. Cf. Paul L. Nasch, James M. Denny e Andrew J. Connelly, in *Le Régime Juridique des Titres des Sociétés en Europe et aux États Unis*, Bruxelas, 1970, pp. 1 e ss.

16. "Fortunately the British have not devoted so much effort do diversifying the legal forms of securities as they have to diversifying the forms of companies — there are in fact two, or four if stock is counted as a different form. They are shares and debentures wich may be converted into stock and debenture stock. Briefly, since they form the subject of chapters 2 and 3, they can be defined thus "A share is the interest of a shareholder in the company measured by a sum of money, for the purpose of liability in the first place, and of interest in the second, but also consisting of a series of mutual covenants entered into by all the shareholders inter so in accordance with (the Companies Act 1948, S.20). The contract contained in the articles of association is one of the original incidents of the share. The share is a legal interest measured in a terms of money, and regulated by the terms of the memorandum and articles of the company, and the Companies Act. Shares can be converted into stock, the legal nature of which will be discussed below. Debenture — when a company borrows money, the lenders are given a document known as a debenture, which is evidence that the company is indebted to them. This is usually coupled with a charge against the company's property. If the company creates one loan fund this will be known as debenture stock, and certificates distributed to cach of the class of lenders. Not every type of company debt will be a debenture: in practice only in the case of a loan likely to exist for a considerable period of time will a debenture be issued. In legal theory, shares are an interest in the company, where as debentures are evidence of a claim against it. In fact and in commercial privace, it would be more realistic to view them both as investments in the company, the one participating in the company and takin a chance on its success of failure, the other participating only in a fixed rate of income." Margaret Brusaco, "Legal Status of Securities in English Law"; in *Le Régime Juridique des Titres des Sociétés en Europe et aux États Unis*, Bruxelas, 1970, pp. 163-4.

17. "Les Valeurs Mobilières en Droit Allemand", in *Le Régime Juridique* ... cit., pp. 255 e ss.

beneficiárias (ações de fruição), as obrigações e os títulos de fundos comuns de investimento (*investmentzertifikate*) e ainda os *Kuxe* das sociedades mineiras ligadas a uma antiga legislação. Entre estas categorias, encontram-se outros tipos especiais regulamentados por uma legislação específica como as obrigações de crédito fundiário (*Hypothekenpfandbrief*). Na terminologia jurídica alemã, a noção de "valor mobiliário", no sentido de títulos negociáveis, corresponde à noção de *Effeckten* (efeitos) ou *börsenfähige wertpapiere* (títulos admitidos à cotação). A noção de *Wertpapiere* que é traduzida também por "valor mobiliário" é mais ampla, compreendendo os títulos mencionados e também as letras de câmbio, os cheques, as letras hipotecárias, os conhecimentos e outros mais. Todos estes títulos são definidos como *Wertpapiere*, ou seja, documentos que representam um direito privado subjetivo de maneira que o exercício do direito depende da posse do documento. A maior parte desses títulos são negociáveis; pode-se, pois, classificá-los de acordo com o conteúdo do direito que representam ou conforme a técnica jurídica da sua transferibilidade. Os principais valores mobiliários são: ações e partes beneficiárias (reguladas pela *Aktiengesetz*, de 6.9.1965); as obrigações, reguladas pelos §§ 793-807 do BGB e pela *Gesetz über die staalich Genehmigung von Inhaberund Orderschuldverschreiburgen*, lei regulando a autorização da emissão de obrigações de 26.6.1954; e os títulos comuns de investimentos (Leis de 16.4.1957 e de 9.8.1960).

12. Na Holanda,[18] são assinaladas as três categorias clássicas dos valores mobiliários, ou seja, as ações, as partes beneficiárias e as obrigações, devendo-se ainda acrescer os certificados de *Administratiekantoren* e os títulos emitidos pelos fundos de investimentos.

13. Na Bélgica o rol dos títulos considerados valores mobiliários é mais extenso, compreendendo: ações, direito de subscrição; partes beneficiárias; obrigações; certificados dos fundos de investimento; certificados de títulos nominativos estrangeiros.[19]

14. Já na Suíça, dada a ampla liberdade de emissão de títulos,[20] o rol dos valores mobiliários é também extenso, incluindo inclusive, as cadernetas de depósito e as de poupança, que não são considerados títulos. Assim, ali se encontram: ações (divididas em acionarato público — Publi-kumsaktionar) e (acionarato em-

18. Cf. Bernard Glansdorff, "Les Valeurs Mobilières en Droit Néerlandais", in *Le Régime Juridique* ... cit., pp. 359 e ss.

19. Cf. Jean-Jacques Stryckmans, "Les Valeurs Mobilières en Droit Belge", in *Le Régime Juridique* ... cit., pp. 415 e ss., que observa inclusive que a doutrina recente demonstrou que os valores mobiliários são títulos negociáveis, mas, que supõem a criação de uma instituição a qual estão ligados, ou seja, a sociedade anônima ou a em comandita por ações. Como todos os títulos negociáveis os valores mobiliários conferem um direito de caráter literal e independente das transmissões anteriores. Esta autonomia é conseqüência da cláusula à ordem, ao portador ou à forma nominativa que lhes são dados. Contudo, em razão da dependência dos valores mobiliários em relação à instituição emitente, a autonomia dos direitos que neles estão incorporados é muitas vezes limitada pelas relações jurídicas estranhas ao título. E também os valores mobiliários não têm um caráter literal como os outros títulos à ordem ou ao portador.

20. Robert Patry e Maurice Aubert, "Les Valeurs Mobilières en Droit Suisse", in *Le Régime Juridique* ... cit., pp. 513 e ss.

presarial — *Unternehmeraktionar*) os bônus de *juissance*; os bônus de participação; as partes dos fundos de investimento; as obrigações (simples e conversíveis em ações); as cédulas hipotecárias; as letras de renda; as letras de garantia e os certificados de depósito ou bônus de caixa bancários.

15. Títulos e valores mobiliários

Verifica-se, pois, que no direito comparado, embora se encontre a denominação valores mobiliários apenas na França, nos demais países se detecta a existência de títulos ou papéis, que refugindo ao estrito âmbito da circulação entre particulares, num sentido individual, atuam num âmbito maior (Bolsa e Balcão), emitidos em massa, com valores idênticos e em geral a longo prazo, sujeitando-se por isso, não só a um mecanismo especial de mobilização, mas, a uma fiscalização, às vezes, rigorosa, não só em relação à sua emissão como a sua própria circulação,[21] vinculados ao emissor, normalmente, uma sociedade anônima.

Sem dúvida que é difícil discordar de Ferri, ou ao menos não simpatizar, com a sua construção do, por assim dizer, "miolo" comum dos títulos de crédito, em relação à sua circulabilidade, o que lhes dá a unidade caracterizadora, mas, pelo menos em relação ao direito brasileiro, surge uma nova questão que não prejudicando obviamente a primeira (ou seja, a da unidade dos títulos de crédito) enseja uma pesquisa da maior importância, ou seja, se todos os papéis relacionados pela lei como Valores Mobiliários podem ser considerados títulos de crédito.

Previamente, pode-se afirmar desde logo que são inescrutáveis os motivos que levaram o legislador a relacionar apenas os que relacionou, deixando de fora, por exemplo, os títulos estatais (federais, estaduais e municipais), que sempre foram como são, no direito comparado ao menos, títulos de Bolsa, entendida esta expressão como títulos perfeitamente adaptados às negociações bursáteis. Não foi por certo por levar em consideração as exigências da técnica operacional bolsística que ficaram de fora, pois, além de a elas se ajustarem (como títulos de massa, etc.), já a Resolução 39/66 do BC, admitia que se fizessem negociações (em caráter excepcional é verdade — e somente por meio de leilões — de outros papéis que tradicionalmente refogem às operações bolsísticas, como por exemplo, dos títulos patrimoniais de clubes esportivos, recreativos, etc., art. 62).

Também a Resolução 39 estabelecia que seriam negociáveis nas Bolsas de Valores, os títulos e valores mobiliários de emissão ou co-responsabilidade: I — De pessoas jurídicas de direito público; II — De pessoas jurídicas de direito privado, registrados no Branco Central (art. 57) e ainda, *direito à subscrição*, e *opções referentes a ações e debêntures*, desde que oriundos de títulos que fossem capitulados no art. 57 (art. 58).

Vê-se assim que textualmente a Resolução 39, neste art. 57 distinguia títulos de valores mobiliários.

21. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *Mercado de Capitais & Insider Trading*, Ed. SP., 1978; Hélio O. Portacarrero de Castro e Nelson Laks Eizirik, *Regulação e Controle do Mercado de Capitais*, Ed. IBMEC, 1974; Nelson Laks Eizirik, *O Papel do Estado na Regulação do Mercado de Capitais*, Ed. IBMEC, 1977.

16. Os valores mobiliários como títulos de crédito

Preliminarmente, convém observar que não tem havido na doutrina a preocupação de distinguir, tanto entre os efeitos de comércio [22] como em relação aos valores mobiliários ou outros papéis que ficaram fora dessas duas classes (como os conhecimentos de transporte e de depósito, por exemplo), quais os que podem ser efetivamente considerados títulos de crédito, o que ocorre igualmente entre nós, omissão de que nós mesmos nos penitenciamos. [23]

Nesse sentido, Gilda Larga Lassance de Oliveira [24] em estudo introdutório sobre o mercado de capitais, considera simplesmente, sem maior análise (dada naturalmente as limitações do tipo da obra) como títulos os valores mobiliários, afirmando:

"A Comissão de Valores Mobiliários tem por finalidade precípua a fiscalização e a regulação do mercado de títulos de renda variável, mas, segundo o art. 4.º, da Lei que a criou tem elas outras atribuições, tais como... Os títulos conceituados como valores mobiliários, sujeitos ao controle da CVM são ações, partes beneficiárias e debêntures, os cupões desses títulos e os bônus de subscrição; os certificados de depósitos de valores mobiliários; e outros títulos criados ou emitidos pelas sociedades anônimas a critério do Conselho Monetário Nacional".

Exceção sobre tal aspecto é a obra de Newton de Lucca (ob. cit., p. 38 e ss.), em que, pioneiramente ao que saibamos ao menos, o autor procurou estudar os valores mobiliários perante a teoria dos títulos de crédito, embora, esclareça-se, sem ter dado maior importância ao tema, ou como afirma: "Acresce dizer que a identificação de um documento como valor mobiliário não traduz interesse prático maior", e que se não esgotou o assunto, como não era o caso, evidentemente, ao menos abriu perspectivas para a sua análise, desse ponto de vista. Dentro da óptica a que se propôs, tece considerações o autor sobre o tema, que se impõe sejam transcritas: "É necessário", diz o autor, "registrar, por outro lado, que o advento da recente Lei 6.385, de 7.12.1976, criou necessariamente um sistema dicotômico de papéis, distinguindo com uma disciplina especial, os chamados "valores mobiliários". Cumpriria indagar, ante a disposição do art. 2.º da referida lei, qual é a relação existente entre os ditos "valores mobiliários" e os títulos de crédito. Seriam os primeiros uma espécie do gênero dos segundos? Ou simplesmente haveria uma analogia relacional entre as duas categorias distintas uma da outra? De atentar-se que, no art. 2.º da Lei 6.385, foi dito que "as ações, as partes beneficiárias e debêntures, os certificados de depósito de valores mobiliários" e outros títulos estariam sujeitos à nova disciplina legal. Como classificar-se em conseqüência, com o novo texto legal, a ação da sociedade anônima? Seria ela um título de crédito ou um "valor mobiliário"? Ou, antes ainda, os valores mobiliários são ou não títulos de crédito? Parece-nos importante assinalar, desde

22. Como, por exemplo, Roblot que ora refere-se a título, ora a escrito (quanto ao cheque) tanto em referência aos efeitos de comércio como aos valores mobiliários.

23. O que se explica pela natureza da obra e suas limitações, mas, que será corrigida em próxima edição. Cf. *Títulos de Crédito*, Ed. Atlas, 1979.

24. "Estrutura do Sistema Financeiro Nacional", in *Introdução ao Mercado de Capitais*, Ed. IBMEC, 1979, p. 64.

logo, que os valores mobiliários não possuem um elemento peculiar que os distinga dos títulos de crédito. O único traço distintivo — se é que se possa falar assim — é o de que os valores mobiliários assumem, em princípio, a característica de serem negociados em mercado. Exatamente por serem negócios realizados em massa, cuidou a lei de proteger, por diversas formas, os titulares desses papéis. Mas, como é óbvio, não parece de nenhum rigor metodológico dizer-se que a negociação em mercado seja característico absoluto dos valores mobiliários. Não só no plano semântico, como no da própria Lei 6.385, inexiste justificativa dogmática para tal conclusão. Sob o primeiro aspecto, fácil é de perceber-se que "valor mobiliário" significa um bem móvel, em oposição ao bem imóvel, não tendo que ver necessariamente com negociação em mercado. Sob o prisma legal, verifica-se que há expressões capazes de conduzir o intérprete no mesmo sentido. Veja-se, por exemplo, a redação do art. 1.º: "Serão disciplinados e fiscalizados de acordo com esta Lei as seguintes atividades: I — a emissão e distribuição de valores mobiliários no mercado". Infere-se assim, da sistemática da lei, que podem existir valores mobiliários que não sejam distribuídos no mercado, e, por isso não sujeitos ao regime da lei. Idêntico raciocínio poderia ser aplicado no art. 2.º que diz: "São valores mobiliários sujeitos ao regime desta lei", do que se conclui, igualmente, que há outros valores mobiliários não sujeitos ao império da lei. Pela intenção do diploma legal, entretanto, percebe-se que a conotação dada aos valores mobiliários é a de que se trata de papéis que, por serem negociados em massa, necessitam de proteção legal específica pelo legislador. Fixadas tais premissas, diríamos que o conceito de "valores mobiliários" não possui qualquer liame lógico com o de "títulos de crédito". Podem os títulos de crédito, em alguns casos, assumir as feições de valores mobiliários e, vice-versa, estes poderão, concomitantemente, ser considerados como aqueles. Mas são dois sistemas distintos, sem uma correspondência lógica entre ambos. Em outras palavras, o que torna um papel um título de crédito é algo completamente diverso daquilo que o faz considerá-lo, eventualmente, um valor mobiliário".

De notar, que não obstante o acerto das ponderações do autor, há que se fazer dois reparos: primeiro, há um certo liame lógico entre as duas denominações, como foi mostrado por Ferri, como já vimos; segundo é que se os títulos de crédito poderão vir a ser considerados como valores mobiliários (o que duvidamos, no caso, por exemplo, dos certificados de transportes ou de depósito, etc.) a contrapartida não é verdadeira, pois não será qualquer valor mobiliário que poderá ser considerado título de crédito.

Recentemente, o Prof. Philomeno Joaquim da Costa (ob. cit., pp. 111 e ss.) examinando a questão das companhias abertas, acentua a tendência moderna para encaminhar as poupanças populares para o *mercado de capitais* que define como sendo "o conjunto de meios e instrumentos geradores das negociações recíprocas entre investidores e grandes empresas". Ao examinar os valores mobiliários parece entendê-los como uma espécie de títulos de crédito, não obstante não atribua nenhum valor científico a essa designação.

Com efeito, acentua o mestre paulista, ao continuar a análise do mercado de capitais: "Esta convivência (aproximação) é em primeiro lugar possível, porque as vendas e compras, que a traduzem, são de "papéis fabricados" pelas sociedades (anônimas) interessadas; estes papéis são, com outros, os valores mobiliários.

Valor mobiliário é o título de crédito negociável, representativo de direito de sócio ou de mútuo a termo longo, chamado também de título de bolsa. É expressão francesa tipicamente pragmática; não possui característica científica; talvez se possa ressaltar nessa categoria a particularidade de que instrumentaliza a busca de uma renda pelo seu titular; é essencialmente negociável. A classe, para se ter uma sua visão geral opõe-se aos outros títulos de crédito categorizados como efeitos de comércio, outro galicismo jurídico, a traduzir os papéis criados pelo comércio para ensejar a realização das suas operações; são normalmente negociáveis, traduzindo um crédito a termo curto.

São valores mobiliários, referidos expressamente pela Lei 6.404, os seguintes: A) as ações representativas das frações em que é dividido o capital da anônima (art. 11); B) os certificados de depósito de ações (art. 43); C) as partes beneficiárias (art. 46); D) debêntures (art. 52); E) cédula pignoratícia de debêntures (art. 72) e F) bônus de subscrição (art. 107). Há outros, estranhos à superfície privativa das companhias. Veja-se a nota 1, citada letra F, ao art. 11 infra.

A convivência (aproximação) entre investidores e empresários é em segundo lugar possível, porque as vendas e compras dos valores mobiliários são realizadas substancialmente por leilão público em recinto fechado com pessoal especializado; esta organização é a bolsa de valores".

Ressalva, contudo, que podem ser vendidos *títulos mobiliários* (a expressão é do autor) fora da Bolsa, ou seja, no mercado de Balcão que conceitua como "o conjunto de negócios, fora de Bolsa, realizados por intermédio de entidade financeira credenciada para atuar no mercado de capitais ou por seus agentes autônomos autorizados, quando os possa ter".

Mas, não obstante ter considerado os valores mobiliários (nota 1, G, p. 197, ob. cit.) como espécie dos títulos de crédito, nega contudo a qualificação de título de crédito, às *ações nominativas* — por causa de sua circulação restringida — e às *ações escriturais* que são *registros.* [25]

25. Após considerar a *ação*, em geral, como título de crédito, ressalva o autor: "Contudo, se a transferência depende de registro nos livros sociais, transferindo-se mesmo os seus direitos sem a exibição do papel (ação), este já não é mais o documento necessário para o exercício de um direito literal e autônomo, que neles se contém. Também, quando o estatuto social impõe limitações à circulação das ações nominativas (art. 36), estas, por mais esta razão, não são títulos de crédito. A ação nominativa e com mais forte razão aquela que tem estatutariamente a sua circulação restringida, não são documentos de legitimação, a categoria menos evoluída dos papéis encarados como títulos de crédito em potencial mais afastados; quando se cria uma categoria de papel com o objetivo de facilitar a fixação do credor de uma prestação de serviços como um exemplo, ele contém pelo menos uma literalidade da obrigação; isto não ocorre com a ação nominativa e com a que tem sobrecarga na sua circulação. São na verdade meros comprovantes, porque a verdade se revela sem elas; prova-se o direito, a que se referem, pelos registros sociais.

Ainda há as ações escriturais (art. 24), que existem sem a emissão dos seus certificados. Elas escapam à teórica geral dos títulos de crédito, porque lhes falta exatamente o pedaço de papel negociável; não são nem documentos. Como se vê da análise do art. 34, elas constituem registros, feitos de certa maneira, a fim de que o direito, a que se refere, fique impregnado de velocidade extrema de circulação bolsista ou do mercado de balcão do mercado de capitais.

Em síntese: as ações têm em geral a natureza jurídica de título de crédito; excetuam-se aquelas nominativas e sobretudo estas com a sua circulação restringida, que são comprovantes, mais as ações escriturais, que são registros".

Na verdade, tudo está a indicar que a noção de valores mobiliários vem sendo encaminhada no sentido de se enquadrar o papel à técnica de negociação em massa (Bolsa e Balcão) indiferente à questão de que o papel constitua ou não título de crédito (embora, e esta é uma questão da maior importância, as regras de circulação dos títulos de crédito — incorporação, titularidade e legitimação — sejam praticamente inseparáveis dos papéis a serem considerados valores mobiliários), razão por que a doutrina francesa concluiu que a noção de valores mobiliários é pelo menos na França, mais ampla que a dos títulos de Bolsa, por exemplo.

Se tivermos assente que os títulos de Bolsa ao menos tradicionalmente, são basicamente as ações e obrigações (estas, preferentemente as debêntures) aos quais se pode acrescer, não sem algumas dúvidas — os cupões de ações e as partes beneficiárias — tem-se que, de fato, a relação da Lei 6.385/76 [26] ultrapassa de muito os títulos bursáteis, indo alcançar outros papéis cuja natureza de títulos de crédito ou é negada ou ao menos controvertida, como por exemplo, as ações nominativas. [27]

As ações, em geral, entendidas e classificadas tradicionalmente hoje, como títulos de participação, [28] após terem sua natureza de título de crédito posta em dúvida, [29] atualmente, entre nós, perante a configuração que lhes deu nossa lei sobre sociedades por ações (6.404/76) encontram ainda resistências em serem qualificadas como títulos de crédito, sobretudo as *sem valor nominal* (a que faltaria o valor expresso através da literalidade) e as *escriturais* (despojadas da cártula). [30]

Na verdade, a configuração de valores mobiliários se deve à sua negociabilidade e enquanto títulos de massa. Talvez, a tal propósito, deva-se ressaltar, o que aliás, a doutrina estrangeira já assinalou, ou seja, o caráter infungível dos títulos individuais perante a fungibilidade atribuída aos títulos de massa. [31]

17. Conclusões

Sem querer adentrar num estudo aprofundado e individuado de todos os papéis que a Lei 6.385 relacionou sob a rubrica de valores mobiliários (o que é incompatível com a estreiteza dos limites deste simples estudo), pode-se aceitar,

26. Newton de Lucca mostra que a Lei 6.385/76 que é de 7.12.76, anterior portanto à Lei 6.404, que é de 15.12.76, relaciona entre os valores mobiliários o *bônus de subscrição* que só foi criado pela Lei 6.404/76 (ob. cit., nota 41, p. 38), portanto dias após.

27. Negam-lhe tal qualificação, por exemplo, Ferri e entre nós, Newton de Lucca, Philomeno Joaquim da Costa, e outros.

28. Cf. Carnelutti, Messineo, Gasperini, Asquini, Gualtieri, Brunetti e Ferri.

29. Como Modesto Carvalhosa que nega possa a ação escritural constituir-se um valor mobiliário (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 1.º, 1977).

30. Como assinala Ferri; também Garrigues.

31. Também Wilson de Souza Campos Batalha, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 1, 1977, pp. 297 e 406, e Fran Martins, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. I, 1977, pp. 249 e 462.

como títulos de crédito (ao menos como hipótese de trabalho), as ações, as partes beneficiárias e debêntures e os cupões desses títulos. Já os chamados novos títulos societários, como os bônus de subscrição, e os certificados de depósito de valores mobiliários, pode-se também aceitar com base em Mauro Brandão Lopes (*S/A Títulos e Contratos Novos*, Ed. RT, 1978) que são títulos de crédito (pp. 15 e 78).

E se não o fossem — ou não o sejam efetivamente — contudo, pode-se observar que a tais papéis manda a lei aplicar as regras básicas dos títulos de crédito, sobretudo, no que toca à circulabilidade, às regras do endosso. E chegou a considerar a Lei 6.404 no caso da custódia, as ações como fungíveis (art. 41).

Por outro lado, é bom lembrar que ao dispor a Lei 6.385 (art. 2.º), sobre a possibilidade de virem a ser considerados como Valores Mobiliários, a critério do CMN, outros títulos, não falou em papéis ou documentos, mas, referiu-se expressamente a *títulos*, comprovando de certa forma a assertiva da subordinação da noção de Valor Mobiliário à condição de título de crédito.

Tem-se à guisa de conclusão, que os valores mobiliários não se confundem com os chamados efeitos de comércio, nem com os títulos meramente cambiais, nem com todos os títulos de crédito (por exemplo, os conhecimentos de transporte, de depósito, de depósito bancário a prazo fixo, etc.). Mas, são títulos de massa, títulos negociáveis e títulos societários. Participam e devem se integrar à teoria dos títulos de crédito, não só para se manter a unidade conceitual e sistemática, mas, porque estão impregnados senão de todo ao menos de vários requisitos característicos dos títulos de crédito.

Entre nós, tem-se mais um elemento para a qualificação dos papéis relacionados como valores mobiliários, pela Lei 6.385, que é a sua estreita ligação com títulos emitidos pelas companhias. Com efeito, com exceção dos certificados de depósito de valores mobiliários — que também se referem a títulos emitidos pelas companhias, e emitidos por instituições credenciadas para auxiliar as companhias — todos os demais são de emissão exclusiva das companhias. O que se casa com o já citado disposto no n. III, do art. 2.º, da Lei 6.385, que limitou a adoção de novos Valores Mobiliários apenas a títulos emitidos por companhias.

Ora, nesta projeção do tema que está, sem dúvida a merecer um estudo em maior profundidade, tem-se evidente que, de um lado, para ser considerado valor mobiliário, o papel necessita de alguns requisitos próprios que lhe confiram (mesmo independentemente de disposição legal) a possibilidade de mobilização em termos de negociabilidade de títulos de massa e sua vinculação a uma empresa emitente; e por outro lado, para que atuem eficazmente como valores mobiliários necessitam tais papéis de serem dotados de alguns requisitos básicos dos títulos de crédito, sobretudo, e principalmente, no tocante à circulabilidade (pode-se falar principalmente, em legitimação e titularidade e ainda em regras de circulabilidade).

Estas pois as conclusões que oferecemos como hipótese de trabalho futuro mais amplo e pormenorizado para tema tão atraente quanto atual e desconhecido em nosso meio.

Obras citadas

Argan, Francesco e Renzo Morera, "Les Valeurs Mobilières en Droit Italien", in *Régime Juridique des Titres des Sociétés en Europe et aux États Unis*, Bruxellas, 1970.

Ascarelli, Tullio, *Corso di Diritto Commerciale*, 3.ª ed., 1962; *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, 2.ª ed., SP, 1969; *Problema das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 2.ª ed., 1969.

Aubert, Maurice e Robert Patry, "Les Valeurs Mobilières en Droit Suisse", in *Régime Juridique des Titres des Sociétés en Europe et aux États Unis*, Bruxellas, 1970.

Barreto Filho, Oscar, "As Operações a Termo sobre Mercadorias (*hedging*)", RDM, nova fase, n. 29.

Batalha, Wilson de Souza Campos, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 1.º, 1977.

Brusaco, Margaret, "Legal Status of Securities in English Law", in *Régime Juridique des Titres des Sociétés en Europe et aux États Unis*, Bruxellas, 1970.

Bulgarelli, Waldírio, *Títulos de Crédito*, Ed. Atlas, 1979.

Carvalhosa, Modesto, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 1.º, 1977.

Castro, Hélio O. Portacarrero de, e Nelson Laks Eizirik, *Regulação e Controle do Mercado de Capitais*, Ed. IBMEC, 1974.

Chiomenti, Filipo, *Il Titolo di Credito*, fattispecie e disciplina, Milão, 1977.

Connelly, Andrew J., *Régime Juridique des Titres des Sociétés en Europe et aux États Unis*, Bruxellas, 1970.

Costa, Philomeno Joaquim da, *Anotações às Companhias*, vol. I, Ed. RT, 1980.

Denny, James M., *Régime Juridique des Titres des Sociétés en Europe et aux États Unis*, Bruxellas, 1970.

Eizirik, Nelson Laks e Hélio O. Portacarrero de Castro, *Regulação e Controle do Mercado de Capitais*, Ed. IBMEC, 1974.

Eizirik, Nelson Laks, *O Papel do Estado na Regulação do Mercado de Capitais*, IBMEC, 1977.

Ferri, G., *Il Titolo di Credito*, 2.ª ed., Turim, 1965.

Glandsdorff, Bernard, "Les Valeurs Mobilières en Droit Néerlandais", in *Régime Juridique des Titres des Sociétés en Europe et aux États Unis*, Bruxellas, 1970.

Horn, Norbert, "Les Valeurs Mobilières en Droit Allemand", in *Régime Juridique des Titres des Sociétés en Europe et aux États Unis*, Bruxellas, 1970.

Leães, Luiz Gastão Paes de Barros, *Mercado de Capitais & Insider Trading*, Ed. SP., 1978.

Lucca, Newton de, *Aspectos da Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, Ed. Pioneira, 1979.

Martins, Fran, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. I, 1977.

Mercado Júnior, Antônio, RDM, nova fase, n. 9.

Morera, Renzo e Francesco Argan, "Les Valeurs Mobilières en Droit Italien", in *Régime Juridique des Titres des Sociétés en Europe et aux États Unis*, Bruxellas, 1970.

Nash, Paul L., in *Régime Juridique des Titres des Sociétés en Europe et aux États Unis*, Bruxellas, 1970.

Oliveira, Gilda Larga Lassance, "Estrutura do Sistema Financeiro Nacional", in *Introdução ao Mercado de Capitais*, IBMEC, 1979.

Onado, Marco, *Le Operazioni di Mercato Aperto nel Sistema Bancario Statunitense*, Milão, 1975.

Ortolan, M., *Explication Historique des Institutes de L'Empereur Justinien*, 7.ª ed., Paris, vol. 3.

Patry, Robert e Maurice Aubert, "Les Valeurs Mobilières en Droit Suisse", in *Régime Juridique des Titres des Sociétés en Europe et aux États Unis*, Bruxellas, 1970.

Roblot, *Les Effects de Commerce*, Paris, 1975.

Spinola, Noemio, *Commodities — O Preço do Futuro*, IBMEC, 1974.

Stryckmans, Jean-Jacques, "Les Valeurs Mobilières en Droit Belge", in *Régime Juridique des Titres des Sociétés en Europe et aux États Unis*, Bruxellas, 1970.

Vasseur, Michel, *Régime Juridique des Titres des Sociétés en Europe et aux États Unis*, Bruxellas, 1970.

A CESSÃO DE CONTROLE ACIONÁRIO É NEGÓCIO MERCANTIL?

FÁBIO KONDER COMPARATO

A resposta primeira e quase de instinto à indagação assim formulada parece ser afirmativa. Não é, afinal, a sociedade anônima mercantil pela forma, regendo-se pelas leis e usos do comércio, qualquer que seja o seu objeto social (Lei 6.404, de 1976, art. 2.º, § 1.º)? Não vem o negócio de cessão de controle acionário contemplado e expressamente na lei de sociedades por ações?

Essa reação imediata e instintiva à questão proposta revela-se, porém, inaceitável à razão jurídica, após exame mais detido. Pelo menos aqui, não tem aplicação o conselho paradoxal de Talleyrand: "Méfiez-vous de la première idée, parce qu'elle est la bonne".

Afaste-se, desde logo, qualquer tentação de se enveredar, para a solução do problema proposto, pelos ínvios caminhos que envolvem a impropriamente chamada unificação do direito privado. Não se há de cuidar, aqui, de questões meramente doutrinárias ou de suputações de *iure condendo*. Tem-se que raciocinar e decidir em face do sistema jurídico em vigor, independentemente de um juízo de valor acerca de sua perfectibilidade lógica ou conveniência histórica.

Pode-se, até mesmo, fazer abstração do sistema normativo que se convencionou denominar direito comercial. Com efeito, este compreende, segundo o mais largo consenso doutoral, várias matérias que se não compendiam num só corpo normativo — como sociedades por ações, letras de câmbio e notas promissórias, duplicatas, cheque, mercado de capitais, Bancos, Bolsas, propriedade industrial *et alia*. Reduzido à sua essência, o problema cinge-se à questão de saber se determinada hipótese de fato — aquisição onerosa de controle acionário — está ou não submetida a um conjunto de normas inscritas no Código Comercial, tal como ainda em vigor, e, especialmente, às disposições contidas nos citados artigos desse Código.

Escusa sublinhar, no entanto, que se o problema se põe é porque vigora no Brasil uma duplicidade de normas legais, no referente a algumas obrigações privadas. Em matéria de compra e venda, mandato, depósito, mútuo, por exemplo, o intérprete deve aplicar, conforme as circunstâncias, ora as normas do Código Civil, ora as disposições do Código Comercial. A circunstância que decidirá da aplicação de um ou de outro desses corpos normativos é a existência ou não, no caso concreto, de uma obrigação civil ou de uma obrigação mercantil. Põe-se, pois, preliminarmente, nessa matéria, um problema de *qualificação*, que é a definição de uma situação de fato perante o Direito, ou melhor, a sua identificação com o *tipo* ou modelo previsto como hipótese de incidência da norma. O problema das qualificações, é, com efeito, preliminar à tarefa de aplicação de normas jurídicas em geral; não se trata, apenas, de uma técnica específica do chamado direito internacional privado, onde, aliás, foi pela primeira vez analisado. [1]

1. Cf. Emilio Betti, *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici*, 2.ª ed., Milão, Giuffrè, 1971, pp. 100 e ss.; Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, vol. 1.º, t. 11, São Paulo, Max Limonad, 1952, n. 351, p. 543.

Na teoria tradicional do direito mercantil, esse problema de qualificação é apresentado — de resto, sem muita clareza sob o título de "definição da matéria de comércio", como questão ligada ao debate sobre a autonomia da disciplina, no quadro geral do direito privado. Aceitando-se essa denominação por razões de facilidade expositiva, pois compendia numa só expressão uma multiplicidade de idéias e conceitos, parece avisado discorrer, numa primeira parte, sobre a definição da matéria de comércio no direito privado brasileiro, para, na segunda parte, enfrentar, como natural conseqüência, a questão da qualificação da compra e venda de controle acionário.

I — A definição da matéria de comércio no Direito Privado brasileiro

O discurso sobre o assunto, na literatura jurídica brasileira, não prima pela clareza e escorreição de raciocínio. Os autores nacionais, ao que tudo indica, sucumbiram vítimas de nossa balda intelectual de tudo copiar, sem a necessária análise crítica. Dessa impressão penosa de um debate mal proposto, somente se pode sair recolocando a questão em sua perspectiva histórica — em primeiro lugar — e, afastando, metodicamente, todos os comentários e repetições ociosas, como segunda exigência preliminar.

Na perspectiva histórica, deve-se principiar pela reprodução do sistema original do Código Comercial, sem excrescências inúteis, isto é, reduzido aos seus elementos fundamentais.

A) *O sistema original do Código Comercial sobre a definição da matéria de comércio*

Aplicando-se ao Código a análise funcional, no sentido de determinar qual a razão última, tanto dos seus institutos quanto do sistema global por ele adotado, devemos indagar, de início, sobre o interesse prático da delimitação da chamada matéria de comércio. Na origem, a resposta é dupla: em primeiro lugar, a regulação de um problema de competência judiciária; ademais, o esclarecimento de uma questão de qualificação jurídica, como acima aludido.

A questão da competência judiciária prendia-se, em 1850, à criação de uma jurisdição mercantil, enucleada em Tribunais do Comércio, como órgãos judicantes de primeira instância, analogamente ao que ocorria em vários países da Europa Ocidental, cuja legislação nos servira de modelo, à época.

No Título Único do Código ("Da Administração de Justiça nos Negócios e Causas Comerciais"), complementar às três partes em que se dividia aquele corpo normativo ("Do Comércio em Geral", "Do Comércio Marítimo", "Das Quebras"), ordenou-se a criação de "Tribunais do Comércio na Capital do Império, nas Capitais das Províncias da Bahia e Pernambuco, e nas Províncias onde para o futuro se criarem, tendo cada um por distrito o da respectiva Província" (art. 1.º). Esses Tribunais eram competentes para julgar as "causas comerciais", reputando-se tais "todas as causas que derivarem de direitos e obrigações sujeitas às disposições do Código Comercial, contanto que uma das partes

seja comerciante" (art. 18). Além disso, seriam também julgadas na conformidade das disposições do Código Comercial, e pela mesma forma de processo, "ainda que não intervenha pessoa comerciante: 1) as questões entre particulares sobre títulos da dívida pública, e outros quaisquer papéis de crédito do Governo; 2) as questões de companhias ou sociedades, qualquer que seja a sua natureza ou objeto; 3) as questões que derivarem de contratos de locação compreendidos nas disposições do Título X do Código Comercial, com exceção somente das que forem relativas à locação de prédios rústicos o urbanos" (art. 19).

Cinco meses, exatamente, após a promulgação do Código Comercial, ou seja, em 25.11.1850, baixava-se o Decreto 737, que determinava "a ordem do juízo no processo comercial". Ao explicitar e desenvolver as disposições contidas no citado Título Único do Código, não se pode dizer que esse Decreto tenha sido puramente regulamentar, como devera. Na verdade, houve clara ampliação dos textos legais, dados como regulamentados. Assim, por exemplo, no rol das causas a serem julgadas pelos juízes do comércio, mesmo entre partes não-comerciantes, acrescentaram-se "as questões relativas a letras de câmbio e de terra, seguros, riscos e fretamentos" (art. 20, § 4.º).

Seja como for, no sistema do Direito brasileiro, em meados do século transcurso, a matéria de comércio, para o efeito da determinação da competência dos Tribunais mercantis, definia-se quer "em razão das pessoas e dos atos", quer "em razão somente dos atos", como se disse, explicitamente, no Regulamento 737.

Por outro lado, a delimitação dessa matéria de comércio, no sistema de Direito Privado de 1850 tinha, também, por objetivo determinar, preliminarmente, qual a lei aplicável a certos contratos e obrigações, dada a duplicidade legislativa acima apontada, e independentemente da instauração de qualquer instância, judicial ou arbitral. Sobre essa questão de qualificação jurídica, voltarei dentro em pouco.

B) *O sistema atual de definição da matéria de comércio*

Sucede que, em 1875, unificou-se no país a Justiça Cível, revogando-se o Título Único do Código Comercial e suprimindo-se, *ipso facto*, os Tribunais de Comércio. Com isto, como é perfeitamente óbvio, deixou de existir, por inteiramente superada, a questão da delimitação da matéria de comércio em razão da competência judiciária, não obstante continuasse em vigor o Regulamento 737, como estatuto processual. No entanto, toda a doutrina brasileira, sem exceção, continuou imperturbável na discussão do assunto, como se nenhuma alteração em nosso direito positivo houvesse ocorrido. Continuou-se a discorrer, profusa e confusamente, sobre os chamados "atos de comércio" (expressão, aliás, que o Código somente menciona uma vez, de forma incidente, em seu art. 30, curiosamente ao se referir a estrangeiros, como se a expressão brotasse da pena do legislador por reflexo condicionado), na esteira do pensamento jurídico alienígena. Sobre esse "problema insolúvel para a doutrina, martírio para o legislador, enigma para a jurisprudência", na frase sempre citada de Brasílio Machado, afadigaram-se inutilmente os autores nacionais, após 1875, porfiando-se — haja vista a

famosa classificação de atos de comércio de Carvalho de Mendonça — na menção a "atos de comércio por força ou autoridade de lei", que somente teriam existido enquanto em vigor o art. 19 do Título Único do Código.

Em suma, superada a questão da delimitação da competência judiciária, em matéria comercial, o que restou, como problema de fronteiras entre o Direito Comercial e o Direito Civil, reduziu-se a duas questões: 1.ª) a definição de *mercancia*, como atividade profissional dos comerciantes, para efeito da aquisição dessa qualidade, independentemente de matrícula nos Tribunais de Comércio (CCom, art. 4.º), estendendo-se o conceito assim definido à matéria societária, para a distinção — pela natureza do objeto social — entre sociedades mercantis e civis; 2.ª) a distinção entre contratos e obrigações mercantis, de um lado, e contratos e obrigações civis, de outro. As normas de direito cambial, pela ausência de duplicidade legislativa, não suscitavam problema algum de qualificação. Ou seja, a velha e tormentosa discussão a respeito dos chamados "atos de comércio", como categoria genérica, perdera sentido, completamente.

Em relação à questão da qualificação dos contratos e obrigações mercantis, os critérios definidores devem ser encontrados no próprio direito positivo. Vejamos.

Deve-se admitir, *ab initio*, que as obrigações de um contrato mercantil são, obviamente, dessa mesma natureza. A esse respeito, a observação, tantas vezes citada de Carvalho de Mendonça, quanto à redação do art. 121 do Código,[2] frisa a evidência.

Não há, no Código Comercial, uma definição geral do que deva ser considerado como contrato mercantil. No entanto, a respeito de vários contratos em particular, há normas definidoras de um critério distintivo específico. É o que ocorre quanto ao mandato (art. 140), à comissão (art. 165), à compra e venda (art. 191, segunda parte, considerando-se o escambo ou troca como uma dupla venda — art. 221), à fiança (art. 256) e ao depósito (art. 280). Onde não existe a indicação desse critério distintivo — como na locação e no mútuo — deve-se admitir que a comercialidade do contrato resulta de sua inserção no fluxo da atividade empresarial ou mercancia.

Delimitados, assim, os campos respectivos do direito comercial e do civil, em matéria obrigacional, importa assinalar que, no próprio regime do Código Comercial, o princípio é a aplicação das normas civis, figurando os dispositivos do Código de comércio *como autênticas normas de exceção* — não no sentido de restrição de direito, mas de aplicação especial a casos determinados. O art. 121 declara que "as regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código". E o art. 428, paralelamente, dispõe que "as obrigações comerciais dissolvem-se por todos os meios que o direito civil admite para a extinção e dissolução das obrigações em geral, com as modificações deste Código". Temos, pois, que não há, propriamente, contraposição de dois sistemas jurídicos distintos, em matéria de obrigações: o do Código Civil e o do Código Comercial.

2. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 6.ª ed., vol. VI, 1.ª parte, Rio, Freitas Bastos, 1960, n. 254.

O que há é *um só sistema*, no qual os dispositivos do Código de comércio aparecem como modificações específicas das regras gerais da legislação civil, relativamente às obrigações e contratos mercantis. A duplicidade legislativa aparece, tão-só, no que tange a essas regras de exceção, dentro do sistema global.

II — A inaplicação dos dispositivos do Código Comercial brasileiro à cessão de controle acionário

Importa distinguir, desde logo, a cessão de controle acionário da compra e venda, pura e simples, de ações. A distinção era pouco desenvolvida, entre nós, até o advento da nova lei de sociedades por ações. Como tive ocasião de escrever,[3] "a cessão de 51% das ações votantes de uma companhia difere da cessão de 49% dessas ações, não apenas por razões de ordem quantitativa, mas sobretudo pela diversidade qualitativa do objeto. Essa diferença de 2% não é apenas numérica, pois importa a alienação de outro bem econômico, diverso dos títulos acionários. No primeiro caso, aliena-se, com a maioria das ações votantes, o poder de decidir e comandar na sociedade, em última instância". Objeto do negócio de cessão de controle acionário, portanto, é, apenas imediatamente, ações; o que se visa, na verdade, por intermédio da titularidade das ações, é a própria empresa. A causa jurídica do contrato não é a especulação acionária, ou o simples investimento proveniente da participação no capital da companhia; é a denominação sobre a empresa.

No sistema da Lei 6.404, de 1976, essa distinção é bem marcada, em vários dispositivos, seja pela caracterização do acionista controlador como diverso dos demais acionistas (art. 116), por um regime específico de deveres e responsabilidades (art. 117); seja pela distinção entre sociedade controlada e sociedade coligada, no grupo societário (art. 243, §§ 1.º e 2.º); seja pela regulação especial do negócio de alienação de controle de companhia aberta (art. 254), ou da compra, por companhia aberta, do controle de qualquer sociedade mercantil (art. 256).

Isto posto, reafirme-se que o único problema jurídico a ser resolvido é o da qualificação jurídica do negócio, para o efeito de eventual aplicação à espécie das normas constantes do Código Comercial brasileiro, ao invés dos dispositivos concorrentes do Código Civil. Por conseguinte, são de todo impertinentes as indagações ou discussões a respeito da identificação do negócio em causa como uma "questão de companhia" ou como uma "operação de banco", tal como vinha inscrito, respectivamente, nos revogados Título Único do Código Comercial (art. 19, II) e Regulamento 737 (art. 19, § 2.º). Tais critérios, como frisado acima, não diziam respeito à qualificação de contratos ou obrigações, mas à determinação da competência dos Tribunais de Comércio, quando ainda existentes, isto é, até 1875. Para a qualificação de contratos ou obrigações, o intérprete só pode recorrer, hoje, aos dispositivos ainda em vigor do próprio Código Comercial.

Ademais, ainda que pertinentes fossem aqueles dois critérios, no tocante à aplicação dos dispositivos do Código Comercial, nem por isso eles serviriam para a solução do caso em exame.

3. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 2.ª ed., São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1977, n. 82.

Quanto à "questão de companhia", em primeiro lugar, porque todos os dispositivos do Código referentes às "companhias de comércio ou sociedades anônimas" (arts. 295 a 299, inclusive) acham-se, de há muito, revogados. O direito aplicável seria, pois, a atual Lei 6.404, de 15.12.76.

Por outro lado, ainda que se trate de aquisição, por Banco, do controle acionário de outra instituição financeira, não ocorrerá uma "operação de banco", segundo a expressão do art. 19, § 2.º do Regulamento 737, ainda que tal critério fosse pertinente para a qualificação de contratos e obrigações mercantis.

Com efeito, o dispositivo do art. 19, § 2.º do Regulamento 737, ao falar em "operação de banco" — sempre na perspectiva da determinação da competência judiciária, repita-se — não leva em consideração um contrato isolado e, sim, a *mercancia*, isto é, o conjunto de atos, a atividade profissional consistente, na hipótese, na realização de operações bancárias. Em segundo lugar, ainda que o mencionado Regulamento estivesse em vigor para o efeito de definir quais os contratos ou obrigações aos quais aplicar-se-ia o Código Comercial — e já se viu que não era o caso, mesmo quando da vigência do Decreto de 1850 — mesmo assim é impossível identificar na cessão de controle acionário uma "operação de banco", unicamente pelos fatos de que cessionário do controle é um Banco e de que Banco é, também, a sociedade anônima cujo controle é cedido. Em parte alguma do mundo se entende por operação bancária a aquisição, sem intenção de revenda, de controle acionário de companhias, mesmo que estas sejam outros Bancos. Entre nós, aliás, essa conclusão resulta, claramente, dos próprios termos do diploma legal que dispõe sobre "a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias", a Lei 4.595, de 31.12.64. Em seu art. 17, as instituições financeiras (expressão genérica que abrange todos os Bancos) definem-se como sendo "as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros, próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros". Os Bancos comerciais ou de depósito emprestam, financiam, afiançam, recebem depósitos, realizam cobranças; não praticam, empresarialmente, a atividade de aquisição de controle de companhias. Nem mesmo os Bancos de investimento, entre nós, realizam essa atividade, pois suas operações de *underwriting*, quando nas modalidades de garantia ou de *firm-commitment*, não têm por objetivo a aquisição do controle das companhias emitentes dos valores mobiliários; e quando isso acontece, por acidente, o Banco procura, desde logo, renegociá-lo, a fim de liberar recursos para novas operações.

O Banco, que adquire o controle acionário de outra instituição financeira faz um investimento em ativo permanente, não uma "operação de banco". Pois, de outra sorte, teríamos que admitir, em boa lógica, que toda e qualquer aquisição de bens classificáveis no ativo permanente de uma instituição financeira (até mesmo a compra de mesas e cadeiras, como "móveis e utensílios") seria operação bancária, dando ensejo ao pagamento de imposto de operações financeiras etc. — o que, pelo simples enunciado, já demonstra o absurdo. Uma coisa é o investimento para a realização, direta ou indireta, da atividade constante do objeto social da companhia; outra coisa, a própria realização dessa atividade. Eis por que a Lei 6.404 manda classificar como "investimentos", no grupo de contas do ativo permanente, "as participações permanentes em outras sociedades" (art. 179,

III), mandando avaliá-las pelo custo de aquisição, enquanto que os valores mobiliários destinados à revenda são avaliados pelo valor de mercado, se este for menor que o custo de aquisição (art. 183, I e III).

A análise do negócio de cessão onerosa de controle acionário, em sua estrutura interna, leva, necessariamente, a uma aproximação com a compra e venda. De fato, a causa do controle é a transferência de propriedade ou titularidade de um bem; e o sinalagma se completa com a obrigação de pagamento de um preço. Pouco importa que o poder de controle empresarial não se reduza a uma coisa, mas se configure como um direito, em sentido amplo, ou uma situação jurídica. A verdade é que esse poder decorre da titularidade de ações e estas, como autênticos valores mobiliários, materializam-se em títulos ou contas.

Ora, definindo a comercialidade da compra e venda, o Código de 1850, seguindo a tradição do Código Napoleão de 1808, fixa três elementos essenciais: 1.º) o caráter de coisa móvel da coisa; 2.º) a intenção de revenda ou de locação da coisa; 3.º) a qualidade de comerciante, do vendedor ou do comprador (art. 191, segunda parte). É interessante notar como essa caracterização da compra e venda mercantil é apresentada no texto citado, sob o nítido aspecto de uma exceção, dentro do sistema geral das obrigações privadas, de acordo com o observado na primeira parte deste parecer: "É *unicamente* considerada mercantil etc.".

Detenhamo-nos no segundo elemento, que é totalmente ausente no caso em exame.

Teixeira de Freitas não escondeu a sua repulsa ao que considerou como um falho critério psicológico do legislador: "Atos comerciais, porque ao potente legislador assim aprouve qualificá-los, não são atos comerciais por sondagem de intenções", observou, à margem da redação do artigo do Código. [4] Mas a crítica era infundada. Carvalho de Mendonça bem percebeu que não se cuidava de sondar a psicologia das partes, mas de analisar a *causa* da operação, pelas suas próprias circunstâncias objetivas: "Se não há expressa declaração do contratante, essa intenção resulta dos próprios atos, tais como a quantidade e a qualidade da mercadoria, a forma do contrato, o lugar onde foi este celebrado, ou onde se deve fazer a entrega da coisa, e desvenda-se claramente se o comprador é comerciante, isto é, se pratica atos reiterados, transações amiudadas durante regular espaço de tempo". [5]

Não foi outro, de resto, o critério preconizado pelo grande Vivante, ao interpretar dispositivo análogo do Código Comercial italiano de 1882. [6] "Elemento característico desses negócios (compra e venda de mercadorias)", escreveu ele, "está no fato de que eles devam ser considerados por quem os realiza como negócios compreendidos numa série sucessiva de trocas. Tal é a compra comercial que, sendo por si mesma um ato de troca, prepara, na mente de quem compra, uma troca ulterior; tal é a venda que, sendo por si mesma um ato de troca, rea-

4. *Additamentos ao Código do Commercio*, Rio, 1878, vol. 1.º, p. 590.

5. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, cit., vol. 1, n. 328.

6. *Trattato di Diritto Commerciale*, 5.ª ed., Milão, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1929, vol. 1, ns. 36 e 27.

liza, na mente de quem vende, uma troca anterior". E esclarece: "A intenção de revender pode ser *reconhecível* pela quantidade e qualidade das mercadorias, pela expressa declaração dos contraentes, pelo modo de pagamento, pela profissão comercial do comprador, pelas anteriores relações de negócio, pela forma do contrato, pelo lugar em que o negócio é concluído ou deve ser feita a entrega das mercadorias. Quando a intenção de revender emerge das circunstâncias contratuais que todas as partes podem perceber, a compra não perde o caráter comercial somente porque, no caso, o vendedor não as percebeu".

Por isso, ambos os autores frisam que compra e venda mercantil tem por objeto *mercadorias* (como estava, aliás, no texto do revogado Código Comercial italiano de 1882), e não quaisquer coisas móveis. Pois aquelas, como advertiu Carvalho de Mendonça, constituem espécie de que estas são o gênero: as mercadorias são as coisas móveis consideradas como objeto da circulação mercantil, situando-se a diferença específica, entre umas e outras, nessa destinação. [7]

É com fundamento em tal análise que Vivante extrai uma conclusão da maior relevância: "A importância essencial que a intenção de revender apresenta na configuração jurídica desse ato de comércio não nos permite nele compreender também a aquisição de um inteiro estabelecimento comercial, porque nesse caso a aquisição não é feita com a intenção de revenda". [8] A analogia com a aquisição de controle acionário é patente. Aliás, já tive ocasião de assinalar que, durante a primeira metade deste século, a doutrina européia, em cuja esteira seguia a nossa, desconhecia, totalmente, a problemática das cessões de controle acionário, mas dissertava com segurança sobre as cessões de estabelecimento, tendendo, freqüentemente, a assimilar aquelas a estas. [9]

Ademais, a ausência dessa intenção de revenda resulta clara, também, da própria contabilização das ações de controle, nos livros de companhia adquirente. Como lembrei acima, elas se classificam como "investimento" no ativo permanente da companhia que as adquiriu, e não no realizável. Assim lançadas na contabilidade da compradora, avaliam-se pelo seu custo de aquisição — e nunca pelo valor de mercado, se houver — custo esse sujeito à correção monetária ânua, como todos os demais elementos do ativo permanente (Lei 6.404, arts. 179, III; 183, III e 185, § 1.º, *a*). Trata-se de mais um dado objetivo e da maior importância, porque corresponde a um dever legal — a atestar a inexistência desse elemento indispensável à configuração de qualquer compra e venda mercantil: a intenção de revenda da coisa, ou a inserção da operação no ciclo de circulação comercial da mercadoria.

A conclusão que decorre, inelutavelmente, das premissas acima demonstradas é que a compra e venda de controle acionário não está submetida, no direito brasileiro, às normas constantes do Código Comercial e, sim, à legislação civil, que é o direito comum. Especificamente, em matéria de constituição do devedor em mora, não se há de aplicar, no caso, a norma da prévia interpelação, quando a obrigação inadimplida tiver prazo certo (CCom, arts. 138 e 205). Ao contrário,

7. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro,* cit., vol. V, 1.ª parte, n. 24.
8. *Op. cit.,* ibidem.
9. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima,* cit., n. 89.

rege a matéria o art. 960 do CC posto que as obrigações principais, tanto do comprador quanto do vendedor, são positivas e líquidas (sem o que, aliás, não se pode dizer que o contrato foi concluído).

De resto, sob o aspecto de política legislativa, essa solução harmoniza-se, perfeitamente, com as exigências de menor formalismo e de maior respeito à substância dos pactos celebrados, características do direito hodierno nessa parte. É sabido que, contrariamente ao que sucede na maioria das demais legislações ocidentais, o direito brasileiro é mais moderno nas obrigações civis do que nas mercantis, em razão do longo lapso de tempo — mais de meio século — que mediou entre a promulgação do nosso Código Comercial e a posterior promulgação do Código Civil. O juízo jurídico-formal da não-aplicação das normas do Código de comércio às cessões de controle acionário vê-se, assim, corroborado com a aprovação dessa solução, no plano valorativo, em atenção aos fins sociais do Direito e às exigências do bem comum (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 5.º).

Restaria, agora, para rematar o raciocínio, fazer uma espécie de teste, com base no direito comparado, verificando se essa mesma solução aqui encontrada harmoniza-se ou não com as soluções dadas a problema idêntico nos sistemas jurídicos alienígenas. Para tanto, é mister recorrer ao direito francês, não só porque foi ele a matriz das demais legislações da família romanística, nesta parte, como também porque apresenta a apreciável vantagem de não haver sido substancialmente modificado, quanto à caracterização da matéria de comércio, desde o início do século passado. A experiência gaulesa, neste ponto, é, pois, das mais ricas.

Mantendo a dualidade de jurisdições em primeira instância, no campo cível, a França conhece Tribunais de Comércio ao lado de órgãos judiciários competentes sobre matéria não mercantil. Dispõe, a respeito, o sempre citado art. 631, 2.º do Código Napoleão que "les tribunaux de commerce connaîtront des contestations entre associés, pour raison d'une societé de commerce". Surgindo a questão de saber se um litígio concernente à cessão de quotas sociais ou ações de companhia deveria ser considerado civil ou mercantil, a jurisprudência firmou orientação no sentido da incompetência dos Tribunais de Comércio, por se tratar de um contrato ou operação meramente civil. [10]

Precisamente, no litígio julgado pela Corte de Apelação de Paris em 24.6.1966, tratava-se da cessão de totalidade das quotas de uma sociedade limitada a outra sociedade, com a obrigação colateral desta última de assumir todas as responsabilidades da primeira, em processo de concordata. Poder-se-ia assimilar uma transação dessa natureza à cessão de estabelecimento, pacificamente entendida como sendo um ato de comércio? [11] Eis as razões da resposta negativa

10. Acórdãos da Corte de Apelação de Paris, de 17.10.1960, Dalloz, 1961, 199, e de 10.10.1964, Dalloz, 1965, 125; e da Corte de Cassação, de 5 de dezembro de 1966, Dalloz, 1967, J., 409, e de 11.10.1971, Dalloz, 1972, 688.

11. Cf. acórdão da Corte de Cassação de 19.6.1972, em *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Commerciale*, org. por Roger Houin e Bernard Bouloc, 2.ª ed., Paris, éditions Sirey, 1976, p. 48.

da Corte de Apelação de Paris, que pela clareza e rigor de raciocínio merecem ser transcritas:

"Qu'il est constant que les dispositions de l'article 631 paragraphe 2, du Code de commerce attribuant à la juridiction consulaire la connaissance des contestations entre associés pour raison d'une societé de commerce ne peuvent recevoir application que lorsque le litige opposant les associés a sa source dans le pacte social, mais doivent être écartées lorsque la constestation née d'une cession de parts est étrangère audit pacte et oppose cessionnaires et cédants, lesquels ne peuvent avoir simultanément la qualité d'associés;

Que tel est précisément le cas en l'espèce, le litige portant sur la validité d'une vente de parts sociales, acte de caractère civil mettant seulement en jeu les rraports personnels des cessionnaires et des cédants et étant par conséquent de la compétence des juridictions civiles".

A única exceção admitida pelos Tribunais franceses a esse princípio da competência civil, em matéria de transferência de quotas sociais e ações de companhias, é a de litígios sobre cessões que se integram numa operação ulterior do tipo liquidação social — afetando a própria pessoa jurídica. [12]

Observe-se que essa orientação do direito francês diz respeito à competência judiciária, matéria que, como se viu, ficou superada entre nós com a unificação da jurisdição cível, em 1875. No entanto, ainda que continuasse em vigor o art. 19, II do Título Único do Código Comercial, e ainda que não revogados os artigos do Código sobre sociedades anônimas, o entendimento da jurisprudência gaulesa não poderia ser desconsiderado, ao julgar que uma cessão de controle acionário não constitui "questão de companhia" e, por conseguinte, não é ato de comércio.

12. Acórdão da Corte de Apelação de Colmar de 17.11.1972, Dalloz, 1973, Sumário, 77.

JURISPRUDÊNCIA

CAMBIAL — Nota promissória — Vencimento a certo tempo da vista — Prazo prescricional não decorrido — Registro desnecessário na espécie — Apelação não provida.

Pode a cambial ser emitida para ser paga a um certo tempo da vista. Sendo emitida a favor de banco, não está obrigada ao registro do Decreto-lei 427, de 1969.

N. 243.578 — Mirante do Paranapanema — Apelante: Francisco Augusto de Almeida — Apelado: Banco Mercantil de São Paulo S/A.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação 243.578, da comarca de Mirante do Paranapanema, sendo apelante Francisco Augusto de Almeida e apelado Banco Mercantil de São Paulo S/A.

Movida execução cambial, o devedor apresentou embargos, os quais foram julgados procedentes, em parte, apenas para excluir a correção monetária.

Apelou o devedor, insistindo na prescrição do título; argúi a carência da ação por faltar, na promissória, a data da emissão e o local onde a mesma foi emitida e sua nulidade por falta de registro na repartição competente.

Quanto à data e ao local da emissão do título, consta do mesmo, no local próprio, "Mirante do Paranapanema, 5.fevereiro.73" (fls.).

A alegação é, pois, infundada.

No tocante ao vencimento, consigna a promissória: "Vencimento à Vista" "Apresentação para pagamento até 5.março.1975".

Rubens Requião esclarece: "A letra à vista se vence na sua apresentação, isto é, na vista que dela se dá ao sacado para desde logo efetuar o pagamento... A Lei Uniforme, por isso, estabelece o prazo de um ano dentro do qual deve ser apresentada para pagamento a letra sacada à vista, a contar da data de sua emissão... Permite a lei ao sacador reduzir expressamente esse prazo de um ano para apresentação da letra, ou estipular um mais longo. O preceito legal tem, assim, um simples caráter supletivo da omissão do sacador em determinar tal prazo" (*Curso de Direito Comercial*, p. 443, n. 390, 6.ª ed., Saraiva).

Fran Martins aduz: "E sendo assim é ele (o emitente) quem vai dispor sobre a modalidade de pagamento do título. Nada obsta, pois, que determine, ao criar o título, que esse seja pago não apenas quando lhe for apresentado, ou em um dia prefixado, ou em outro dia que se conta a partir de sua data, mas também num dia que se conta a partir do momento em que o título lhe for apresentado posteriormente, ou seja, a um certo tempo da vista" (*Letra de Câmbio e Nota Promissória*, p. 262, n. 128, ed. Forense, 1972).

Ora, o emitente consignou, expressamente, no título "Apresentação para pagamento até 5.março.1975". O prazo prescricional começou a correr em 5.3.1975. O art. 70 1.ª alínea, da Lei Uniforme estabeleceu que todas as ações contra o aceitante, relativas a letras, prescrevem em três anos a contar de seu vencimento. Assim, a prescrição só ocorreria em março de 1978. Acontece, porém, que o despacho determinando a citação data de 30.3.1977 e a citação foi efetivada em 19.8.1977 (fls.), isto é, antes de decorrer o prazo prescricional.

Rejeita-se a argüição de prescrição.

Sustenta o apelante que o título está nulo por falta de registro. Entretanto, o registro exigido pelo Decreto-lei 427, de 22.1.1969, e Decreto 64.156, de 4.3.1969, não tem aplicação quando o título é emitido diretamente em favor do estabelecimento de crédito e com este negociado ou sacado em função de contrato específico de abertura de crédito celebrado com instituição financeira (arts. 2.º, § 4.º, n. I, do Decreto-lei 427, e 2.º, n. I, do Decreto 64.156). A promissória de fls. foi emitida em favor do exeqüente, estando dispensado o registro.

Acordam, em 2.ª Câmara do 1.º Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, adotado o relatório de fls., rejeitada a preliminar de prescrição, negar provimento à apelação, mantendo a sentença por seus fundamentos. Custas na forma da lei.

Tomou parte no julgamento o Juiz Barbosa Pereira Filho.

São Paulo, 28 de junho de 1978 — *Felizardo Calil*, pres., com voto — *Ferreira Prado*, relator.

COMENTÁRIO

1. No regime da Lei Uniforme de Genebra relativa às Letras de Câmbio e Notas Promissórias (texto aprovado por Convenção promulgada pelo Decreto 57.663, de 24.1.1966), ambas as modalidades de cambiais podem ser passadas a) à vista, b) a um certo termo da vista, c) a um certo termo da data e d) para pagamento num dia fixado (arts. 33 e 77).

Sem nos determos na questão da vigência ou não, entre nós, das convenções celebradas em Genebra — matéria que já foi objeto de inúmeros pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, decidindo pela sua integração no direito interno — cabe frisar, no tocante às notas promissórias, que a Lei Uniforme admitiu claramente uma modalidade de vencimento que não era prevista no Decreto 2.044, de 31.12.1966 (art. 55), qual seja, o vencimento a certo tempo da vista. Na vigência deste diploma legal dúvidas não ensombravam a inadmissibilidade do vencimento a certo tempo da vista para as notas promissórias, ainda que a interpretação de seu art. 21 tivesse ensejado alguns embaraços interpretativos. Nesse sentido, é definitiva a lição do clássico Antônio Magarinos Torres, que muito teria auxiliado os ilustres prolatores do acórdão em exame: "parece-me que o art. 21 autoriza implicitamente, *ex vi* do art. 56, o vencimento *à vista dentro de certo prazo*. É verdade que o art. 55 tem um caráter taxativo; mas tal convenção é simples modalidade do vencimento à vista, que se pode subentender no referido art. 55, I, e que se infere da presunção legal, de consumar-se em doze meses o vencimento à vista que não delimitar prazo, presunção esta do art. 21, que tem indubitável aplicação à nota promissória. Entretanto, não se deve admitir a indicação, na nota promissória, de vencimento *à vista a partir de certo tempo*, porque a isto se opõe o mesmo art. 21, mandando que o prazo se conte sempre da data da emissão do título; não existe, pois, no nosso direito, a nota promissória *a prazo de vista*, consagrada na Lei Uniforme, art. 80 (in *Nota Promissória*, pp. 251/252, 1.ª ed., Rio, 1917, grifos do original).

2. A inovação trazida pela Lei Uniforme acarretou uma série de reações, que variaram da perplexidade à crítica frontal, calcada, esta, na ausência de lógica e na inutilidade de tal modalidade de vencimento nas notas promissórias. Perplexidade e estranheza manifestou o Prof. Rubens Requião, porque no referido título o próprio subscritor é, a um tempo, principal obrigado e devedor. "Ora, no momento em que expende a *promessa*, assinando a promissória, o emitente evidentemente *aceitou* a obrigação a que se sujeitou". Com tal previsão, segundo o preclaro professor paranaense, "cogita a Lei Uniforme, portanto, de vista, vale dizer, de *aceite*, da nota promissória..." (in *Curso de Direito Comercial*, vol, 2.º, p. 392, 8.ª ed., Saraiva, São Paulo, 1977, grifos do original). A inutili-

dade e falta de lógica de tal tipo de vencimento foram apontadas por João Eunápio Borges, *verbis*: "a Lei Uniforme, no entanto (art. 78), o permite, apesar de ser de todo inútil e mesmo ilógico: se cabe ao emitente fixar o prazo no qual o título lhe deve ser apresentado para início do prazo de vencimento — mais simples e mais razoável é que o emitente fixe logo o vencimento independentemente dessa futura e desnecessária apresentação (in *Títulos de Crédito*, p. 136, 2.ª ed., 7.ª tiragem, Forense, Rio, 1977).

3. Coube ao Prof. Fran Martins defender a inovação trazida pela Lei Uniforme, não apenas ao enfrentar o óbice jurídico apontado como fator de incompatibilidade entre essa modalidade de vencimento e as notas promissórias (inexistência, nestas, de aceite), como, também, ao se referir às razões práticas que militariam em prol de sua admissibilidade (in artigo publicado nesta *Revista*, n. 6, 1972, pp. 11 e ss., sob o título "Nota Promissória a Certo Tempo de Vista"). O primeiro obstáculo foi vencido pelo Prof. Fran Martins a partir da distinção entre *aceite* e *visto*. Após esclarecer que "o aceite na letra de câmbio se confunde com o visto" (p. 13), o Prof. Fran Martins preleciona que tal não se dá com a nota promissória: "difere, portanto, substancialmente, o visto do aceite... No visto da nota promissória o emitente já se obriga a pagar, mas, por trazer o título uma cláusula específica, o portador, que recebeu o título já com essa condição imposta pelo obrigado-sacador, tem que se conformar em só receber a importância, cujo pagamento é garantido pelo emitente, decorrido um certo prazo contado do momento em que esse apuser na letra o seu visto... tem o visto, assim, função apenas de servir de termo inicial para o prazo do vencimento, e essa finalidade já lhe foi reconhecida por tratadistas, inclusive Bonelli" (art. cit., p. 14). A distinção proposta pelo insigne professor cearense coaduna-se perfeitamente com o sistema da Lei Uniforme, que em seu art. 78, disciplina o aceite e o visto da forma preconizada pelo autor: em sua primeira alínea, ao estabelecer que o subscritor da nota promissória tem responsabilidade idêntica à do aceitante da letra de câmbio; e na alínea segunda, ao dispor que, perante tal modalidade de vencimento, a nota promissória deverá ser apresentada ao visto do subscritor nos prazos fixados no art. 23, contando-se da data do visto o prazo respectivo.

Quanto à segunda objeção — inutilidade e falta de lógica do vencimento a certo tempo da vista nas notas promissórias — o Prof. Fran Martins pondera que "o emitente da nota promissória pode necessitar de um prazo para efetivar sua obrigação já assumida de pagar o título ao detentor do mesmo. Não nega ele o pagamento, já que prometeu pagar, sendo, assim, o obrigado principal; apenas, impõe que, antes de ser compelido a esse pagamento, se lhe dê um prazo para preparar-se para o mesmo, prazo esse cujo início fica a depender do portador, que tem a faculdade de apresentar-lhe a promissória no momento que lhe convier, *se não lhe tiver imposto, também, um prazo para a apresentação, o que pode ser feito pelo emitente como pode ser feito pelo sacador da letra de câmbio*" (art. cit., p. 15, nossos os grifos; no mesmo sentido v., do mesmo autor, *Títulos de Crédito*, vol. I, pp. 403 e ss., 2.ª ed., Forense, Rio, 1977).

4. Sobre a utilidade da referida modalidade de vencimento, o trecho acima grifado de Fran Martins traz à baila uma outra possibilidade, não expressamente prevista na Lei Uniforme, mas que, caso admitida, representaria — aí sim —

uma real vantagem para a fixação de vencimento a certo termo de vista em notas promissórias. Referimo-nos à possibilidade de o emitente da nota promissória estipular que a mesma não poderá ser apresentada para visto antes de uma certa data, hipótese que a Lei Uniforme prevê explicitamente, no que toca ao aceite e ao vencimento, apenas para as cambiais pagáveis à vista (arts. 22 e 34, 2.ª alínea), regra não repetida no caso de letras de câmbio a certo termo de vista (arts. 23 e 35). Laborando sobre a premissa de fato aventada por Fran Martins (emitente com recursos e que necessita de um prazo para realizá-los), teremos que, estabelecido certo prazo de não apresentação para visto, o subscritor da nota promissória beneficiar-se-ia do fato de que o prazo efetivo de pagamento só começaria a fluir da data a partir da qual, supostamente, terá ele superado as dificuldades de solvabilidade que não lhe permitiram, de pronto, determinar a data final de pagamento. Essa hipótese, por certo, não encontra expressa guarida na Lei Uniforme (arts. 23, 35, 77 e 78), mas seu acolhimento — respaldado na aplicação do art. 34 às notas promissórias (art. 77) e, sobretudo, na distinção entre aceite e visto e na especial função exercida por este último nessa espécie de cambial (arts. 22 e 78) — sem dúvida militaria em favor de uma maior utilidade da modalidade de vencimento comentada, posta em dúvida pelas pertinentes razões alinhadas pelos autores acima mencionados. Outras hipóteses de utilização dessa modalidade de vencimento podem ser encontradas no âmbito de operações que não ensejam a emissão de duplicatas de venda mercantil ou de prestação de serviços, campo de aplicabilidade já apontado por Waldírio Bulgarelli, para quem, diga-se de passagem, a inovação comentada é "excelente" (in *Direito Comercial III — Títulos de Crédito*, 1.ª ed., Ed. Atlas, SP, 1979, pp. 204-206). Seria o caso, *v.g.*, da encomenda para a realização de serviços artísticos, com pagamento convencionado a certo termo da entrega; não constituindo praxe o artesão emitir duplicata de prestação de serviços, e desejando ele forrar-se, desde logo, com a posse de um título de crédito de emissão de quem encomendou, nada obsta a que tal título venha ser uma nota promissória a certo termo de vista, vista esta que coincidiria com a entrega dos serviços, com o que ficariam igualmente satisfeitos os interesses do emitente.

5. As considerações que acabamos de expender põem à mostra a complexidade do tema, o que por certo justifica as vacilações e contradições contidas no acórdão comentado.

A ementa do referido decisório esclarece ter sido o vencimento da nota promissória constante dos autos reputado como *"a certo tempo de vista"*. Salvo melhor juízo, não é o que deflui da cláusula respectiva, assim transcrita no acórdão: *"Vencimento à vista. Apresentação para pagamento até 5-março-1975"*. Nos termos do art. 34, 1.ª alínea, da Lei Uniforme, temos para nós que o aludido vencimento é *à vista*, tão-somente, e que o emitente, usando da faculdade que lhe confere o dispositivo legal citado, *alongou o prazo* de apresentação, em detrimento do lapso anual que decorreria da ausência de estipulação a respeito; tal cláusula, por certo, decorreu das características do negócio subjacente, até porque a mesma só favorece o beneficiário do título. É tão veraz essa asserção que, na hipótese examinada, caso não houvesse essa dilação de prazo, o direito de ação decorrente do título, emitido em 5.2.1973, estaria prescrito por ocasião do despacho que

determinou a citação (30.3.1977), consoante o disposto nos arts. 34, 70, 1.ª alínea e 77 da Lei Uniforme.

6. É certo que o texto da decisão comentada não afirma, em nenhuma passagem, que o vencimento foi qualificado como sendo a certo termo da vista. Tal qualificação só aparece na ementa do acórdão. Todavia os fundamentos da respeitável decisão não contribuem para elucidar que modalidade de vencimento estava na mente dos eméritos julgadores. Ao contrário: em abono da tese esposada, foram invocados, de um lado, os ensinamentos de Rubens Requião sobre os *vencimentos à vista* (ob. cit., p. 356); de outro, as lições de Fran Martins sobre os vencimentos *a certo termo da vista* (ob. cit., p. 406). Não há, por outro lado, qualquer alusão à aposição, pelo emitente, do visto, que constitui termo inicial, como acima destacado, do vencimento a certo prazo da vista. Tudo leva a crer, portanto, que se tratava, efetivamente, de nota promissória com vencimento à vista, cujo prazo de pagamento foi dilatado pelo emitente. Resta saber se este tinha conhecimento de que, perante tal modalidade de vencimento, o título poderia ser-lhe apresentado para pagamento logo após a data de emissão (Lei Uniforme, art. 34) e não apenas quando do advento do termo final expressamente fixado na nota promissória, circunstância que não parece coadunar-se com a operação descrita na decisão comentada, onde figuraria mais apropriado um vencimento a dia certo.

7. Cumpre mencionar, por derradeiro, que não obstante os percalços assinalados, as conclusões do acórdão guardam conformidade com o regime legal a que estão submetidos os vencimentos à vista, o que vem reforçar nossa convicção de que acabou sendo essa a modalidade de vencimento considerada pelos ilustres julgadores. Com efeito, prescrevendo em três anos as ações contra os subscritores de notas promissórias (Lei Uniforme, art. 70); contando-se esse prazo de seu vencimento, que no caso das cambiais à vista vem a ser a data da apresentação (art. 34); e, finalmente, havendo o mesmo sido alongado, ao abrigo do art. 34 da referida Lei, até 5.3.1975, sem qualquer informação no acórdão a respeito de apresentação anterior, efetivamente à data do despacho determinando a citação (30.3.1977) não havia se consumado a prescrição, como bem decidiu o Egrégio Tribunal.

Mauro Rodrigues Penteado

PRISÃO CIVIL — Decretação contra o devedor por não haver devolvido as duplicatas que lhe foram enviadas para aceite — Admissibilidade — Medida não inconstitucional ou ilegal — "Habeas corpus" denegado — Inteligência dos arts. 153, § 17, da CF e 885 do CPC.

PRISÃO CIVIL — Decretação contra sonegador de duplicatas que foram enviadas para aceite — Revogação pretendida por não proposta a ação principal nos 30 dias subseqüentes — Inadmissibilidade — Medida cautelar ainda não executada — "Habeas corpus" denegado — Inteligência dos arts. 806, 808, II, e 885 do CPC.

Não é inconstitucional nem ilegal a previsão de prisão constante do art. 885 do CPC.

O prazo de 30 dias cominado pelo art. 806 do CPC conta-se da execução com resultado da medida cautelar. O pedido de execução da providência (art. 808, II) é que haverá de ser requerido em 30 dias do seu deferimento pelo juiz.

N. 138.633 — Guarulhos — Impetrante: Bel. Moacir Carlos Mesquita — Paciente: Waldemar Jesus Costa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas corpus* 138.633, da comarca de Guarulhos, em que é impetrante o Bel. Moacir Carlos Mesquita, sendo paciente Waldemar Jesus Costa: Acordam, em sessão das Câmaras Conjuntas Criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, denegar a ordem. Custas na forma da lei.

1. O Bel. Moacir Carlos Mesquita impetra o presente *habeas corpus* em prol de Waldemar Jesus Costa, sob a alegação de que o mesmo está a sofrer ilegal constrangimento de parte do MM. Juiz de Direito da 1.ª Vara Cível da comarca de Guarulhos, que decretou a prisão civil de seu cliente, por 60 dias, como medida cautelar em processo visando à apreensão de quatro duplicatas que o paciente teria indebitamente retido.

Segundo a impetração, o esteio da medida judicial, o art. 885 do CPC, seria inconstitucional, por ofensivo ao § 17 do art. 153 da Carta Magna.

Ainda: em sendo o título de crédito uma duplicata, descaberia prisão. Por fim, concedida a medida cautelar aos 4.11.77, até agora não há notícia da distribuição da ação principal, o que, nos termos do art. 806 do CPC, acarretaria a perda de sua eficácia.

Prestando informes o Magistrado confirma que decretou a medida porque o paciente não resgatou as duplicatas e, reconhecendo seu recebimento por familiares, aduziu nada dever à empresa emitente. Afirmando ter devolvido as duplicatas, não compareceu depois à audiência de justificação, ao término da qual, perante sua revelia, determinou-se a expedição de mandado para a apreensão dos títulos, sob pena de 60 dias de prisão. A seguir, perante certidão do meirinho de que o interessado não entregou os títulos quando intimado da decisão, por insistência da autora sobreveio despacho ordenando a expedição de mandado de prisão, com os benefícios do albergue.

Oficiando pelo Dr. Fortes Barbosa, a E. Procuradoria Geral da Justiça afastou a argüição de inconstitucionalidade do art. 885, dando, no mais, razão ao impetrante.

Quanto à inviabilidade de prisão no caso de duplicata, trouxe à colação o monografista Paulo Restiffe Neto, in *Novos Rumos da Duplicata*, p. 46.

E o último argumento da impetração também foi acolhido pelo opinante, nos seguintes termos: "Finalmente, no que tange à alegação de que no caso concreto a medida perdeu a sua eficácia porque não foi ajuizada a ação principal (execução por quantia certa), no prazo de 30 dias, em consonância com o art. 806 do CPC, temos, mais uma vez, que a razão se encontra com o impetrante.

"A efetivação da medida do art. 806 do CPC não quer dizer indefinição no tocante à propositura da ação principal.

"Dentro de 30 dias da data do deferimento pedido (5.ª C. Cível do TJDF, RF 127/463) há que ser proposta a ação principal, se não ficaremos em casos como o presente, onde a medida foi proposta em 4.11.77 e até agora não foi proposta a ação principal..."

Daí concluir o ilustre Subprocurador pela concessão da ordem, para que se revogue a prisão imposta ao paciente.

2. A norma do art. 885 do CPC acompanha o que dispunha o art. 732, e seu §, do estatuto anterior. O Sen. Nelson Carneiro propôs a eliminação do segundo período do dispositivo, relativo à prisão (assunto do parágrafo único do art. 732 do anterior), por se lhe afigurar inconstitucional. Veiculava o senador, aliás, sugestão a respeito recebida do Conselho Federal da OAB. O parecer da Comissão Especial foi pela acolhida da emenda parcialmente supressiva; mas no Plenário da Câmara dos Deputados a proposta não passou, sendo depois aprovado o teor atual do art. 885, que é o do projeto de Código.

Lembra o digno Impetrante que processualistas de renome, como Humberto Theodoro Júnior e Sérgio Sahione Fadel, insistem na argüida inconstitucionalidade; mas a resposta

de Pontes de Miranda, lembrada a fls., é convincente: a Constituição, no § 17 do art. 153, ao vincular a possibilidade de prisão do depositário infiel à locução "na forma da lei", a esta deferiu sua conceituação, sem jungi-la estritamente a uma compreensão exclusivamente deduzida do Código Civil ou do Código Comercial. E a lei, no caso, é o art. 885 do CPC, que genericamente autoriza a prisão no caso de não devolução de título recebido para aceite. A E. Procuradoria Geral da Justiça cita, a respeito, acórdão do E. Tribunal de Alçada, que pode ser lido na coletânea de julgados do Des. Mílton Evaristo dos Santos II/887, *O Novo Código de Processo nos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo.*

A terceira alegação da impetração, de que no caso a medida perdeu a eficácia porque não foi ajuizada a ação principal em 30 dias (fls.), também não procede.

Respalda-se o impetrante no teor do art. 806 do CPC: "Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório".

Ora, remarca-se a fls., a medida foi deferida no dia 4.11.77; e até o presente não há notícia do aforamento da ação principal (execução por quantia certa).

Como se percebe, o impetrante propõe a contagem do prazo da data da sentença concessiva da providência. Mas não é isso que diz a lei, pois reporta-se ela à data da efetivação da medida.

"Efetivar", é cediço, é "tornar efetivo"; "executar com resultado".

E até hoje isso, no caso, não ocorreu.

Se a contagem do prazo devesse ser procedida como pretende a impetração, não teria razão de ser outro dispositivo legal, o do art. 808, II, do mesmo diploma, que estabelece a cessação da eficácia da medida cautelar, se não for executada dentro de 30 dias.

Há, assim, nítida distinção entre pedido de execução da medida e data da sua efetivação.

Na espécie, a sentença foi proferida em audiência de justificação, no dia 4.11.77 (fls.), quando o juiz ordenou expedição de mandado (fls.). Ora, tal mandado foi providenciado no dia 25 de janeiro (o retardamento não é de responsabilidade da parte, mas do cartório. O obstáculo forense suspendeu o prazo) e o oficial deixou de efetivar a apreensão, porque o paciente disse que não tinha em mãos os títulos. Não se havendo efetivado a medida, não começou a correr o prazo de 30 dias para o aforamento da ação principal.

Nesse sentido acórdão do STF RF 117/174: o prazo conta-se da realização da medida. Em caso de seqüestro, da data em que o mesmo se efetivou (não da sentença. Ac. do TASP, RT 265/742). Da data em que a coisa é apreendida (RT 310/655, ac. do TJPR).

Resta a questão mais delicada, ou seja, do cabimento ou não da prisão no caso de não devolução de duplicata, em razão das peculiaridades desse título. Além de se bater pela inconstitucionalidade do texto, Restiffe Neto sustenta que as disposições do art. 732, e parágrafo único, do velho Código e a do art. 885, parágrafo único, do atual "carecem de supedâneo de Direito Material que legitime a imposição de prisão civil ao destinatário da norma".

A vacilação da jurisprudência sobre o assunto é confirmada por Mílton Evaristo, que, em sua já citada obra, ementa 967, noticia acórdão que considerou legal a cominação da pena de prisão em caso de duplicata; e na ementa 969 outro, em que se sustentou a inviabilidade da medida. Ao tempo da elaboração do *Repertório sobre Títulos de Crédito*, vol. IV, ementa 5.574, destacou o Relator infra-assinado acórdão pelo cabimento da prisão.

Restiffe Neto, em seu lembrado trabalho, especializado e bem mais recente, as pp. 92 e ss., também enfatiza as divergências jurisprudenciais (v. p. 3, notas).

Mas na segunda edição de sua obra, o distinto monografista lealmente informa que o STF já se manifestou em sentido diverso do de sua opinião (v. p. 94), *in verbis*: Ao julgar o HC 52.613-SP, a 1.ª Turma do STF, rel. Min. Djaci Falcão, cf. DJU, ementou: "Prisão do sonegador de duplicata enviada para aceite — Sua legalidade — *Habeas corpus* indeferido, unanimemente". E tendo em mãos o inteiro teor do aresto — o que a Turma Julgadora deste *habeas corpus* não logrou, pois a biblioteca do Tribunal de Justiça não

o possui e não consta haja sido publicado — informa o autor que foi nele apreciado principalmente o aspecto legal, tanto do art. 732 do CPC de 1939 como do art. 885 do novo CPC.

Tudo somado pode-se afirmar que a questão ainda é opinativa e a Turma Julgadora concluiu pela legalidade da combatida deliberação, pois: o paciente reconhece que as duplicatas foram recebidas por seus familiares e passaram por suas mãos. Diz que não recebeu os serviços a que as duplicatas se referiam e informa havê-las devolvido. Porém, em audiência de justificação deixou de comparecer. Até prova em contrário, ilicitamente reteve, assim, as duplicatas que devia restituir. Daí a legalidade da medida.

São Paulo, 6 de fevereiro de 1979 — *Euler Bueno*, pres. — *Azevedo Franceschini*, relator — Participaram do julgamento, com votos vencedores, os *Des. Teixeira de Andrade, Albano Nogueira, Gentil Leite, Cunha Peixoto, Rezende Junqueira* e *Carvalho Filho.*

COMENTÁRIO

O venerando acórdão está perfeito. Não obstante, a matéria ainda vem suscitando controvérsias entre os juristas, pelo menos a partir da Constituição Federal de 16.7.1934, face ao disposto no § 30 do art. 113, segundo o qual — "Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas". A Constituição Federal de 18.9.1946, em seu art. 141, § 32, reeditou aquela garantia individual, com restrições: "Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento da obrigação alimentar, na forma da lei". E dita garantia está reproduzida quase *ipsis litteris*, no § 17 do art. 153 da vigente Constituição da República Federativa do Brasil, onde a expressão — "*e o de inadimplemento*" — constante da anterior, foi substituída pela equivalente — "*ou do responsável pelo inadimplemento*" — na atual, com o que apenas se conseguiu piorar a redação, sem alterar o sentido nem a abrangência do texto.

Vale a pena um ligeiro retrospecto, a respeito, na legislação ordinária, desde o antigo Decreto 2.044, de 31.12.1908, que definiu, entre nós, a letra de câmbio e a nota promissória e regulou, como continua a regular, até agora, as operações cambiais, estabelecendo, precisamente, no seu art. 31: "Recusada a entrega da letra por aquele que a recebeu para firmar o aceite ou para efetuar o pagamento, o protesto pode ser tirado por outro exemplar, ou, na falta, pelas indicações do protestante". E acrescentou, no parágrafo único desse artigo, de modo peremptório: "*Pela prova do fato, pode ser decretada a prisão do detentor da letra, salvo depositando este a soma da cambial e a importância das despesas feitas*".

Veio, a seguir, a Lei 4.625, de 31.12.1922, bem como o respectivo regulamento baixado com o Decreto 16.275-A, de 22.12.1923, sobre contas assinadas, sendo que aquela, no § 1.º do art. 14 estatuiu, clara e explicitamente: "Nos casos da letra *a* deste artigo, o protesto terá lugar dentro do prazo de 30 dias, subseqüentes aos marcados nos arts. 6.º e 7.º, garantidos ao credor os mesmos direitos e vantagens, assegurados pela Lei 2.044, de 31.12.1908", inclusive, à evidência, o direito previsto no parágrafo único do art. 31 daquele decreto.

Posteriormente, na ordem cronológica, tratou do assunto o Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo (Lei 2.421, de 14.1.1930), por forma bastante minuciosa. Rezava o art. 444: "Para ser ordenada a prisão, no caso do art. 31, parágrafo único, do Decreto Legislativo Federal 2.044, de

31.12.1908, deverá o portador provar, por justificação ou documento, a entrega do título para pagamento ou aceite, e a recusa da devolução". E dizia o § 1.º: "O juiz tomará conhecimento do pedido *incontinenti*, processando-o verbalmente e de plano. Provado quanto baste o alegado, ordenará a prisão, fazendo reduzir a termo os depoimentos". No § 2.º: "Ficará suspensa a execução da ordem, se o devedor restituir o título ou pagar a soma cambial e despesas feitas, que constarão do mandado, ou exibi-las para serem levadas a depósito". No § 3.º: "Cessará a detenção: I, realizando-se qualquer dos casos previstos no artigo anterior; II, desistindo o requerente; III, não sendo decretada a pronúncia dentro de sessenta dias, contados da execução do mandato". No § 4.º: "No caso do n. II do parágrafo anterior, será previamente cientificado o Ministério Público".

Mais tarde, surgiu a Lei 187, de 15.1.1936, sobre a fatura e a duplicata, que estatuiu, no art. 23: "O instrumento de protesto conterá os requisitos do *Art. 29 do Decreto 2.044, de 31.12.1908, cujos demais dispositivos se aplicam à Duplicata e à Triplicata, no que for possível*".

Sobreveio, em 18.9.1939, o Decreto-lei 1.608, que instituiu, com validade para todo o território nacional, o Código de Processo Civil, que cuidou do assunto nos arts. 732 a 734, dentro da mesma já tradicional orientação. Art. 732: "A apreensão judicial do título não restituído ou sonegado pelo emitente, sacado, ou aceitante, e a prisão daquele que, tendo-o recebido para firmar o aceite ou efetuar o pagamento, se recusar a entregá-lo, serão precedidos de prova da entrega do título". — Parágrafo único: "O juiz procederá de acordo com o disposto no art. 685, e, justificado o pedido, ordenará a apreensão do título e decretará a prisão". Art. 733: "Cessará a prisão: I, se o devedor restituir o título, ou pagar o seu valor e as despesas feitas, ou o exibir para ser levado a depósito; II, quando o requerente desistir; III, não sendo iniciada a ação penal do prazo da lei; IV, não sendo proferido o julgamento dentro de noventa (90) dias da data da execução do mandado". Art. 734: "Havendo contestação de crédito, o depósito das importâncias referido no artigo procedente não será levantado antes de passada em julgado a sentença".

A nova Lei das Duplicatas, 5.474, de 18.7.1968, alterada pelo Decreto-lei 436, de 27.1.1969, prescreveu, no art. 25: "Aplicam-se à duplicata e à triplicata, no que couber, os dispositivos da legislação sobre emissão, circulação e pagamento das letras de câmbio". Não fez referência direta e específica ao Decreto federal 2.044, de 31.12.1908, que, todavia, é mencionado no art. 14, para observância no tocante aos requisitos enumerados no art. 29, quanto à formação do instrumento de protesto, o que deixa fora de dúvida a invocabilidade também do art. 31 e seu parágrafo único no que respeita à apreensão do título e prisão de seu detentor, que não o restituir no prazo, eis que, na espécie, aquele decreto ainda é lei subsidiária da das duplicatas, como ensina Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, em sua festejada obra "*Comentários à Lei de Duplicatas*", Forense, 29 ed., 1971, p. 208: "A Lei 5.474, de 1968, expressamente, se referiu ao Decreto 2.044, de 1908, de sorte que, se tivesse sido este diploma legal revogado pelo Decreto legislativo 54, estaria ele, atualmente, restabelecido. E nem se diga que a menção feita a este diploma legal pela Lei 5.474, adveio da época em que o projeto, que se transformou na aludida lei, foi remetido ao Congresso. Primeiro, porque a

observação não teria maior significação, já que, quando a remessa do projeto 1.138 ao Congresso, havia muito o Decreto Legislativo 54 estava em vigor, o mesmo acontecendo com os Decretos Executivos 57.595 e 57.663, ambos de 1966 (o projeto 1.138, que se transformou na Lei 5.474, foi remetido à Câmara dos Deputados em 1968). Segundo, porque também o Decreto-lei 436, que é de 27.1.1968, exatamente três anos depois da promulgação do Decreto Legislativo 54, também se referiu ao Decreto 2.044. Portanto, a lei sobre letra de câmbio subsidiária da relativa à duplicata, a que se referiu seu art. 25, ora comentado, só pode ser o Decreto 2.044, de 31.12.1908".

O novo Código de Processo Civil em vigor (Lei 5.869, de 11.1.1973, com as corrigendas da Lei 5.925, de 1.10.1973) disciplinou, satisfatoriamente, a matéria, na seção XIV do capítulo II, referente aos procedimentos cautelares. No art. 885 prescreveu: "O juiz poderá ordenar a apreensão do título não restituído ou sonegado pelo emitente, sacado ou aceitante; mas só decretará a prisão de quem o recebeu para firmar aceite ou efetuar pagamento, se o portador provar, com justificação ou por documento, a entrega do título e a recusa da devolução". No parágrafo único, adicionou: "O juiz mandará processar de plano o pedido, ouvirá depoimentos se for necessário e, estando provada a alegação, ordenará a prisão". No art. 886 estatui: "Cessará a prisão: I — se o devedor restituir o título, ou pagar o seu valor e as despesas feitas, ou o exibir para ser levado a depósito; II — quando o requerente desistir; III — não sendo iniciada a ação penal dentro do prazo da lei; IV — não sendo proferido o julgamento dentro de noventa (90) dias da data da execução do mandado". E, no art. 887: "Havendo contestação do crédito, o depósito das importâncias referido no artigo precedente não será levantado antes de passada em julgado a sentença".

Sobre a constitucionalidade da prisão civil, na espécie, pronunciou-se Magarinos Torres, em *"Nota Promissória — Estado da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência Cambial Brasileira"*, Forense, 7.ª ed., 1969, vol. II n. 206, nota 80: "Não havia questionar da subsistência da medida ante a Constituição Federal de 1934, art. 113, 30. Trata-se, não de "prisão por dívida", mas de detenção por ato ilícito, a retenção do título cambial. Semelhantemente, já foi decidido que — "o preceito do art. 113, 30, da então Constituição Federal, não se aplicava ao depositário infiel, por que não se trata de prisão *por dívida*, mas de *meio coercitivo* para entrega dos bens que ilegitimamente detém, restrita a um ano, nos termos do art. 1.287 do CC" (ac. da 1.ª Câm. de C. de Ap. do Distrito Federal, novembro de 1934, no *Arquivo Judiciário*, 33/189)".

A despretensiosa recapitulação feita serve para demonstrar que a prisão civil, no caso particular de que aqui se trata, prevista no art. 31, parágrafo único, do Decreto Federal 2.044, de 31.12.1908, ainda em vigor, existe há cerca de 72 anos a fio, praticamente incólume, mesmo após o advento, de 1934 para cá, das sucessivas Cartas Magnas, que instituíram, como garantia individual, a proibição da prisão civil por dívidas, isso pela razão simples e óbvia de que a decretação dessa medida extrema contra quem, recebendo um título para firmar o aceite ou efetuar o pagamento, o retém, abusiva e ilegitimamente, em seu poder, além do prazo estabelecido em lei, em detrimento dos interesses e direitos do portador — *que podem, inclusive, não visar apenas o sonegador, mas também outros coobri-*

gados, como avalistas, endossatários, emitente, etc., — *tem por finalidade direta, única e exclusiva, a recuperação do título, em si e por si.* Restituído que seja o título ao seu dono, ou portador, não há prisão a ser ordenada, e, mesmo decretada, ou efetivada esta, ela cessará, automaticamente, consoante o disposto no art. 886, I, do CPC, de sorte que o sonegador tem, facilmente, a seu alvedrio, sem o menor sacrifício ou dano, em fases suscessivas, condições de evitar: primeiro, a instauração do procedimento cautelar (restituindo o título antes); segundo, a decretação de sua prisão (devolvendo o título no curso do processo preparatório); terceiro, a efetivação e permanência da prisão (entregando o título, a final, se a tal ponto permitiu que as coisas chegassem).

Está claro que o risco da prisão, fixado em lei, do modo explicado, bem como sua decretação, em processo regular, preparatório ou incidente, e sua efetivação, diante do fato comprovado da sonegação e persistência desta contra os superiores objetivos da Justiça, são perspectivas que o sonegador conhecia e enfrentou, com total injuricidade, e, *então, por isso, estará sendo punido, não por dever o valor do título, que não é o que se estará reclamando, na medida cautelar*, tanto que, devolvido o título, com ou sem aceite, seu portador poderá exercer a respectiva ação de cobrança até contra terceiros coobrigados, excluindo ou não o sonegador renitente. A possibilidade, concedida a este (CPC, art. 886, I, segunda parte), de evitar a prisão, ou fazer que ela cesse, mediante o pagamento do valor do título e das despesas feitas, ou mediante a simples exibição do importe, para ser levado a depósito, não configura sanção alguma, mas uma *faculdade, verdadeira e própria*, se o sonegador preferir manter-se na posse ilegal do título, ou contestar o crédito, que representa (CPC, art. 887). Como esta faculdade, por isso mesmo que é *faculdade*, não desvirtua, de modo algum, o alcance da lei — pois visa tornar inaplicável a sanção legal, em benefício do sonegador — a sua existência não poderá ser invocada como descaracterizadora do motivo único da prisão: a recuperação de algo, pertencente ao credor, de que o sonegador se apossou e não quer devolver, tendo que fazê-lo, por força de lei.

O venerando acórdão referiu, com muita felicidade, uma certa vacilação da jurisprudência, no passado, citando autores que a debateram, em suas obras, num sentido ou noutro, mas considerou, com a maior percuciência, a discordância então encenada, atualmente destituída de qualquer razão de ser, não só por não justificar-se, em tese, como ainda, e principalmente, por haver julgado terminante do Supremo Tribunal Federal, na sua 1.ª Turma, relativamente ao HC 52.613-SP, em que foi relator o Min. Djaci Falcão, que indeferiu, por unanimidade, o *habeas corpus* impetrado, em caso idêntico, sustentando, em toda a linha, a legalidade e constitucionalidade da prisão do sonegador de duplicata enviada para aceite, face ao disposto no art. 732 do velho CPC de 1939, como no art. 885 do novo CPC vigente.

Tudo isso, todavia, não chegou sequer a desanimar o emérito jurista Sérgio Sahione Fadel, que, em seu *Código de Processo Civil Comentado*, relativamente recente, José Konfino, 1974, t. IV, 2.ª tiragem, pp. 327-328, escreveu: "Se o juiz decretar a prisão — que é decisão incidente — poderá a parte agravar de instrumento, sem efeito suspensivo.

Como a prisão, então, seria irremediavelmente decretada e, diante da visível inconstitucionalidade do preceito, há matéria relevante a ser apreciada e discutida, a concessão de *habeas corpus*, para evitar a prisão, é perfeitamente possível.

O *writ*, nesse caso, se prestaria a atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento, sem ser, dele, sucedâneo, vale dizer, sem prejudicar a sua livre apreciação pelo órgão julgador".

A nós nos parece que esse ponto de vista, aliás expendido sem a menor convicção e sem exame apurado do direito positivo anterior e vigente, foi lançado ao léu, sem alicerce seguro em coisa alguma, pelo que não leva a nada. Tem-se que ficar com a lei e a boa doutrina, consubstanciada, de maneira lúcida e intorcível no venerando acórdão, que honra, sem dúvida, os anais judiciários do país.

Sebastião Silveira

CRIME CONTRA A PROPRIEDADE INDUSTRIAL — Violação de privilégio de invenção — Pretendida ausência de justa causa para a ação penal por ter sido reconhecida judicialmente a nulidade da patente — Decisão, entretanto, não transitada em julgado — "Habeas corpus" denegado — Inteligência dos arts. 169, I, II e III, do Dec.-lei 7.903/45 e 648, I, do CPP.

Só não se pode cogitar do crime de violação de privilégio de invenção se a respectiva patente é havida judicialmente por ineficaz, através de sentença transitada em julgado.

N. 86.014 — Capital — Impetrante: Bel. Armando Medeiros Prade — Pacientes: Álvaro Armando Roxo Ribeiro e outro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas corpus* 86.014, da comarca de São Paulo, em que é impetrante o Bel. Armando Medeiros Prade, sendo pacientes Álvaro Armando Roxo Ribeiro e Takashi Shimoide: Acordam, em 3.ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

1. O Bel. Armando Medeiros Prade, com escritório nesta Capital, a favor de Álvaro Armando Roxo Ribeiro e Takashi Shimoide, qualificados nos autos, impetra a presente ordem de *habeas corpus*, sob alegação de que sofrem constrangimento ilegal, por ato do MM. Juiz de Direito da 2.ª Vara Distrital de Santana, que recebeu a queixa crime oferecida contra ele por Betty Industrial Ltda., acusados de incursos no art. 169, I, II e III, do Dec.-lei 7.903, de 27.8.45 (fls.).

Diz a inicial, em resumo, que inexiste crime porque está comprovada a inexistência de privilégio de invenção, não havendo justa causa para o prosseguimento da ação penal. A queixa é inepta porque a inicial não descreve circunstanciadamente a conduta de cada um dos co-réus. Além disso, o paciente Takashi não participava, na ocasião em que teriam ocorrido os fatos, da empresa Bovitec — Produtos Agro-Pecuários Ltda. Pede a concessão da ordem e o trancamento da ação penal.

Instruiu a inicial com documentos.

O MM. Juiz de Direito prestou informações e ofertou documentos. Manifestou-se a douta Procuradoria. O parecer analisou os elementos dos autos e concluiu opinando pela denegação.

É o relatório.

2. Alega o impetrante que os pacientes sofrem constrangimento ilegal decorrente do recebimento pelo digno impetrado de queixa crime contra eles oferecida por Betty Industrial Ltda., atribuindo-lhes a prática de crimes contra a propriedade industrial.

Em primeiro lugar sustenta a "inexistência de crime em decorrência da comprovação extrapenal de privilégio de invenção".

Apóia essa alegação na decisão de primeiro grau proferida na ação de nulidade de patente de privilégio de invenção 64.043, proposta por Bovitec — Produtos Agro-Pecuários Ltda., de que são sócios, contra Betty Industrial Ltda., julgada procedente em primeira instância, conforme consta a fls. A mesma firma Bovitec ingressou com pedido de caducidade da patente em apreço e também nesse feito obteve ganho de causa, sendo interposto recurso (fls.). As duas decisões, segundo os elementos dos autos, não transitaram em julgado. Ao contrário do que pretende o digno impetrante, na espécie, as sentenças a que se reporta não provam a inexistência de crime porque não transitaram em julgado.

A respeito, o v. acórdão do STF a que se apega diz em sua ementa (RTJ 61/65) que: "1. Não se tem como cogitar do crime de violar direito assegurado por patente, se esta é havida judicialmente por ineficaz em sentença transitada em julgado no foro civil".

Mas o digno impetrante pretende que no Juízo cível apurou-se através de prova pericial e pareceres juntados aos autos a inexistência de crime contra a propriedade industrial imputado aos co-réus, ora pacientes. Examina a prova pericial e certidões dos pareceres extraídos dos autos da ação de nulidade de patente para concluir afirmando que também por esse lado a prova é favorável à impetração. Mas essa matéria é controvertida e as r. sentenças proferidas foram objeto de recursos. Nessas condições e por exigir a questão exame aprofundado da prova, inadmissível em *habeas corpus*, não pode sob esse prisma ser julgado o pedido.

Sustenta o digno impetrante, ainda, que a inicial da queixa crime é inepta porque não especifica qual seria a atividade delituosa de cada co-réu.

Todavia, a inicial da ação penal diz expressamente que os querelados, ora pacientes, "através de sua firma vêm violando frontalmente um direito da querelante, através da fabricação e venda de produto contrafeito", pois é titular de registro de patente de invenção 64.043, relativamente a "aperfeiçoamento de seringa para injeção", que lhe foi regularmente concedida, ao colocarem os co-réus no mercado produto denominado "seringa para injeção", com todas as características contidas no privilégio referido.

Conseqüentemente, contém expressamente a queixa a descrição da eventual atividade criminosa dos querelados. Esse fato é definido por lei como crime e eles dirigem a empresa responsável pela fabricação do produto acoimado de contrafeito. Em conseqüência, a inicial não é inepta. Tem aplicação, à espécie, o disposto no art. 43 do CPP e eventual desrespeito ao art. 41 do mesmo Código não tornaria a inicial inepta uma vez que também é aplicável o art. 569 da lei adjetiva penal, e eventuais omissões da queixa poderão ser supridas a todo tempo, antes da sentença.

No curso da instrução se poderá provar qual dos diretores participou do ato violador e a condenação, é óbvio, somente será proclamada se a inicial restar comprovada.

Ressalte-se, por último, que o digno Impetrante não comprovou que o paciente Eng.º Takashi Shimoide, ao tempo dos fatos, não era sócio da firma Bovitec.

Em síntese, o pedido de trancamento da ação penal sob os fundamentos invocados pelo digno impetrante não tem condições de prosperar por existir manifesta controvérsia a respeito dos fatos. "O *habeas corpus*, por sua peculiar brevidade, não comporta discussões a respeito da evidência do direito invocado", consoante se decidiu no HC 63.756, * da comarca de Bauru, publicado in *Julgados do TACrimSP* 37/118.

Por tais fundamentos denega-se a impetração, pagas as custas como de direito.

Participou do julgamento, além dos infra-assinados, o Juiz Nogueira Camargo.

São Paulo, 31 de agosto de 1978 — *Silvio Lemmi*, pres. com voto — *Baptista Garcia*, relator.

* RT 486/297.

COMENTÁRIO

O venerando acórdão julgou conforme o direito e fê-lo muito bem, merecendo até encômios pela forma e substância da decisão prolatada. Envolve esta outras questões controvertidas, que não vêm a pelo nestas ligeiras considerações, em que focalizaremos tão-somente um aspecto, aliás o principal, também predominante no aludido acórdão, lúcido e perfeito na espécie.

Sócios de uma sociedade limitada são acusados, em queixa crime regular, proposta por pessoa jurídica detentora de privilégio de invenção vigente, de violação, pela primeira, dos direitos decorrentes deste. Além de defender-se no processo criminal, a sociedade havida como infratora toma duas medidas, uma na esfera judicial, outra na órbita administrativa, ambas visando a declaração da invalidade da patente.

Na primeira, perante o Juízo Federal competente, instaura a ação ordinária de nulidade da patente, obtendo a esperada sentença declaratória de que o privilégio é írrito e nenhum *ab initio*; mas a ré, querelante na ação criminal, apela da sentença proferida na ação cível, sendo a apelação recebida em ambos os efeitos.

Na segunda, perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, pleiteia a decretação da caducidade do privilégio, pelo seu não uso por parte da titular, e, igualmente, obtém provimento pleno: a patente é declarada caduca, pelo seu desuso. Todavia, também aqui foi interposto, por quem de direito, recurso tempestivo.

Verifica-se que, por um lado, na ação ordinária de nulidade da patente (Decreto-lei 7.903, de 27.8.45, arts. 83 a 87; Lei 5.772, de 21.12.71, arts. 55 a 57), a apelação é recebida nos dois efeitos, inclusive o *suspensivo* (CPC, art. 520), e, por outro lado, no processo administrativo de declaração da caducidade de privilégio, o recurso interposto da decisão de primeiro grau também tem efeito *suspensivo* (Decreto-lei citado, art. 79, §§ 1.º e 2.º; lei referida, arts. 48, *a*, 49, *a*, e 54, parágrafo único).

Assim, nos dois casos, ou em cada um deles, enquanto não passar em julgado a decisão declaratória da nulidade, perante o Poder Judiciário, ou não se tiver tornado irrecorrível o reconhecimento administrativo da caducidade, o privilégio de invenção se mantém válido para todos os efeitos, podendo seu titular coibir violações eventuais, agir contra seus possíveis infratores (Decreto-lei 7.903, art. 169, I, II e III) e prosseguir nos processos criminais intentados, não obstante a intercorrência de decisões recorríveis, que hajam declarado a patente nula, ou caduca, como sucedeu na hipótese em tela.

Na verdade, na altura em que ocorreu, e pelos motivos que lhe serviram de alicerce, o *habeas corpus* impetrado pelos querelados, com a finalidade de trancar a ação criminal, sob o fundamento de constrangimento ilegal, em face de pretendida ausência de justa causa para a ação penal, não havia como ser acolhido, e sua denegação, pelo venerando acórdão, era inevitável, dado que, então, indiscutivelmente, a querelante se encontrava no exercício regular de um direito, cuja legitimidade não fora definitiva e cabalmente infirmada.

O caminho devera ser outro, por parte dos querelados, nunca o do *habeas corpus*. Tanto a nulidade do privilégio, quanto a sua caducidade, deveriam ter sido, e certamente o foram, alegadas na defesa, na ação penal, sendo o juiz criminal competente para conhecer e julgar uma e outra, *in casu*, e, provando que ambas haviam sido reconhecidas, no judiciário e no administrativo, em decisões de primeira instância, das quais haviam sido interpostos recursos cabíveis, no tempo hábil, obter a paralisação da queixa crime, até a decisão final de tais recursos.

Não é à toa que dispunha o art. 188 do Decreto-lei 7.903, de 27.8.45, supramencionado: "Poderá constituir matéria de defesa na ação criminal a alegação da nulidade da patente ou registro em que a ação se fundar. A absolvição do réu, entretanto, não importará na nulidade da patente ou do registro, que só poderá ser demandada pela ação competente". Este artigo foi mantido em vigor pleno pela Lei 5.772, de 21.12.71, art. 128.

Vale a pena ler o vigoroso e completo trabalho da lavra do Dr. Waldemar Álvaro Pinheiro, publicado nesta *Revista*, no fascículo 17, pp. 71-79, em que o assunto foi praticamente esgotado, em oportuno comentário ao venerando acórdão da 3.ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, de 22.11.73, na apelação cível 218.995. Ali, não foi versada a caducidade do privilégio, que, não há dúvida, se enquadra, por analogia, na mesma linha de argumentação, *mutatis mutandis*, não havendo o que acrescentar às conclusões ali estabelecidas, aplicáveis às duas categorias, pelos mesmos fundamentos jurídicos.

No que tange à *suspensão* do processo criminal, num caso e noutro, ou por força de ambos, a matéria é pacífica, diante do disposto nos arts. 93, §§ 1.º, 2.º e 3.º, 94 do CPC vigente. Está bem explícito no art. 94: "A suspensão do curso da ação penal, nos casos dos artigos anteriores, será decretada pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes". Evidente que, na espécie, a ação penal poderia ter sido *suspensa*, em seu andamento, até final decisão inapelável da ação declaratória da nulidade e/ou do reconhecimento irrecorrível da caducidade, *erga omnes*. Nunca *trancada*, em definitivo, através de *habeas corpus*, a destempo.

Como se vê, estas considerações, em certa medida, extrapolam do âmbito restrito do venerando acórdão comentado; mas, indiretamente, conferem-lhe incontestável inteireza e servem para eliminar algumas perplexidades que, por vezes, não raro, ensombram e trazem indesejável confusão ao bom entendimento do assunto que, aliás, no fundo, é dos mais singelos, não se compreendendo sequer como e porque ainda está servindo de fulcro a despiciendas controvérsias, que se repetem, malgrado tudo.

Sebastião Silveira

AÇÃO ORDINÁRIA

Processo 5.209 — 6.ª Vara Federal — RJ — Autora: Hatu. S.p.A. — Réu: Mister Baby Utilidades Domésticas Ltda. e outro — Juiz: Dr. Carlos Augusto Thibau Guimarães.

SENTENÇA

Vistos, etc.

Hatu, S.p.A., sociedade anônima italiana estabelecida na cidade de Bolonha, Itália, ajuizou, na 2.ª Vara da Fazenda Pública da comarca desta Capital, a presente ação ordinária contra Mister Baby Utilidades Domésticas Ltda., sociedade por quotas de responsabilidade limitada estabelecida nesta cidade, e contra o Estado do Rio de Janeiro, pelos seguintes motivos:

A autora é proprietária, na Itália, desde 30.9.1967 (fls.), da marca figurativa Mister Baby, com desenho de laço de fita estilizado, distintiva de artigos higiênicos, cirúrgicos, sanitários e acessórios para a puericultura, tendo requerido, no Brasil, o registro dessa marca em 11.5.72 (fls.).

No entanto, a primeira ré foi constituída pelo contrato social de fls., arquivado na Junta Comercial em 13.6.72 (fls.), estando em plena atividade comercial, inclusive vendendo mercadorias (fls.) e embalando-as em sacolas plásticas fornecidas a seus fregueses que contêm, além da marca Mister Baby, com o laço de fita estilizado, também outra marca figurativa de propriedade da autora, que é representada pela figura de um menino de chapéu, fralda, gravata borboleta e chupeta na boca, segurando uma mamadeira contendo uísque (fls.). Essa marca emblemática está registrada na Itália em nome da autora desde 24.3.72, remontando o respectivo pedido a 14.4.70 (fls.).

A primeira ré pediu, no Brasil, o registro da marca Mister Baby, acompanhada desses elementos figurativos, em 14.8.72, para distinguir diversos artigos, inclusive destinados a crianças (fls.).

Além e antes da primeira ré, outra sociedade a ela ligada, de nome Mini Mondo Utilidades Domésticas Ltda., havia requerido o registro da marca Mister Baby com o desenho de laço de fitas, para distinguir os mesmos artigos (fls.), em 23.11.71.

Assim, todos esses pedidos de registro de marcas, bem como o da autora, encontram-se em andamento no Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

Entende a autora que é nulo o arquivamento do contrato social da primeira ré pela Junta Comercial, repartição estadual, uma vez que o art. 49 da Lei do Registro de Comércio (Lei 4.726/65), combinado com o art. 6.º bis da Convenção de Paris, em vigor conforme o Decreto 75.572/75, permitiria ao referido órgão do Estado do Rio de Janeiro sustar o ato se tivesse dúvida de que expressão de fantasia constante do nome comercial adotado constituía reprodução ou imitação de marca ou nome comercial de terceiro.

O art. 6.º bis da Convenção de Paris, por sua vez, concederia proteção além das fronteiras do País onde fosse notoriamente conhecida no ramo de negócios a que se prende no país onde essa proteção estivesse sendo reclamada. No entender da autora, o objetivo dessa norma foi acabar com a chamada "pirataria das marcas" e temperou a rigidez da regra do Código da Propriedade Industrial de que o registro da marca cabe àquele que primeiro o requer, abrindo assim uma exceção, que importaria, inclusive, na recusa do registro de marca que constituísse reprodução ou imitação de marca notoriamente conhecida, no país, como sendo marca de cidadão de outro país contratante, utilizada para produtos do mesmo gênero ou de gênero semelhante.

Argumenta a autora que, para alcançar a proteção do art. 6.º bis a marca não precisaria ser conhecida do grande público. Bastaria que ela fosse conhecida pelos industriais e consumidores do ramo a que pertencem os artigos que identifica.

Daí conclui a autora que a prioridade em relação à marca Mister Baby e seus elementos emblemáticos caber-lhe-ia, e não à primeira ré, não só por força do registro feito na Itália desde 1967, como, ainda, por ser conhecida no mercado brasileiro antes de 11.5.72 (data que a autora considera como sendo do pedido de arquivamento do contrato social da ré na Junta Comercial, mas que, na realidade, foi a data da constituição da primeira ré) e mesmo antes de 23.11.71, quando a empresa Mini Mondo Utilidades Domésticas Ltda. requereu a primeira série de registros da marca Mister Baby.

Para provar essa assertiva a autora instruiu a inicial com a documentação de fls., considerando como evidência da má fé do procedimento da primeira ré a dupla coincidência em relação não somente à marca Mister Baby como também aos desenhos do laço de fita e do bebê de chapéu, fralda, gravata, chupeta e mamadeira com uísque.

Conclui a autora, invocando precedente jurisprudencial, que a primeira ré não tem o direito de usar a marca Mister Baby como parte do seu nome e nem o de usar essa expressão como marca, acompanhada ou não dos desenhos já mencionados. Ao agir dessa forma, estaria a primeira ré praticando ato ilícito, por usufruir, indevidamente, do prestígio dessas marcas em detrimento dos direitos da autora.

Por seu lado, a Junta Comercial também teria cometido ato ilícito ao proceder ao arquivamento do contrato social da primeira ré sem suscitar a dúvida de que trata o art. 49 da Lei do Registro do Comércio.

A autora, não sem antes haver tentado solucionar o litígio extrajudicialmente, tendo para isso dirigido à autora a carta-notificação de fls., entrou com a presente ação cujo pedido consiste em:

a) ser anulado o arquivamento do contrato social da primeira ré, feito pela Junta Comercial em 13.6.72, na parte relativa à inclusão da expressão Mister Baby em seu nome comercial;

b) ser condenada a primeira ré a cessar todo e qualquer uso de Mister Baby, quer como marca, quer como nome comercial, quer como título de estabelecimento ou como frase de propaganda, sob pena de pagar a multa diária de CrS 10.000,00, nos termos dos arts. 287 e 644 do CPC;

c) ser condenada a primeira ré, também, a cessar o uso das marcas emblemáticas, representadas pelos dois desenhos, sob pena de pagar a mesma multa diária;

d) ser condenada, ainda, a primeira ré a compor os prejuízos causados à autora, a serem apurados em execução, e

e) serem os dois réus condenados ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios calculados em 20% sobre o valor da causa.

A primeira ré contestou a ação a fls. alegando, em primeiro lugar, que a autora não possui direito de propriedade da marca Mister Baby (desenho de laço de fita estilizado) porque não obteve o registro no INPI, nos termos do art. 59 do Código da Propriedade Industrial (Lei 5.772/71). A autora possuiria uma mera expectativa de direito ao registro cujo pedido depositou em 22.5.72 e se acha em tramitação no INPI, de nada lhe valendo a circunstância de haver sido registrada a marca pela autora na Itália.

Por outro lado, a autora não teria provado que quaisquer dos produtos assinalados por sua marca foram vendidos ou de qualquer forma comercializados em território brasileiro, tendo demonstrado apenas que houve troca de correspondência com firmas brasileiras que desejariam iniciar esse comércio.

A primeira ré, ao contrário, possui três pedidos de registro da marca Mister Baby, todos depositados em 23.11.71 (fls.), *antes*, pois, que a autora depositasse o seu pedido.

Já que a anterioridade dos depósitos é da primeira ré (Portaria 008/74, do INPI, item 1.2.1), caberia à autora impugná-los no processo administrativo, o que não fez.

Quanto à pretendida notoriedade da marca da autora, o art. 67 do Código da Propriedade Industrial exige, para que se configure essa circunstância, o próprio registro, o que não ocorre com a marca da autora, que não chegou a ser registrada.

Por esses motivos, o art. 6.º bis da Convenção de Paris não se aplicaria ao caso pois a pretensa marca da autora não preencheria os requisitos de marca registrada e de marca notória.

Além do mais, todo o material de propaganda com que a autora instruiu sua inicial seria posterior à data dos depósitos dos pedidos da primeira contestante, tendo sido editado e publicado fora do Brasil e sem que se lhe possa emprestar qualquer conteúdo jurídico pois que se acha destituído da necessária legalização pelas autoridades consulares brasileiras.

Quanto ao caráter imperativo do art. 49 da Lei do Registro de Comércio, a primeira ré entende que a Junta Comercial *"poderá"* suscitar a dúvida sobre a possibilidade de haver reprodução ou imitação de marca, não tendo o dispositivo, assim, caráter imperativo, como quer a autora.

Revela a primeira ré, por outro lado, que também notificou a autora, através da carta de fls. com que refutou a notificação de fls.

Por esses motivos, deve ser a ação julgada improcedente.

O Estado do Rio de Janeiro contestou a ação a fls.

Argumenta, para começar, que a Junta Comercial não poderia suscitar a dúvida a que se refere o art. 49 da Lei do Registro do Comércio pois à data em que foi pedido o arquivamento do contrato social da primeira ré (11.5.72) a autora nem mesmo havia apresentado ao INPI o pedido de registro da marca Mister Baby. E como a autora não denunciou à Junta Comercial a superveniência de seu pedido de registro de marca ao INPI não tem cabimento a alegação que ora faz de pretensa negligência por parte do órgão estadual, que não conta com um vidente entre os seus funcionários.

Ainda que a autora tivesse querido a aplicação do art. 49 da Lei do Registro do Comércio a Junta Comercial poderia ter entendido que não seria o caso de adotar o procedimento nele previsto, posto que, de acordo com o art. 39 da mesma lei, o arquivamento do contrato social tem validade a partir da respectiva lavratura, sendo esse o momento a ser considerado para efeito da apuração de eventual coexistência de marca que pudesse estar sendo imitada pela expressão de fantasia constante do nome comercial da primeira ré. E nessa data (11.5.72) a autora não havia feito ainda sequer o depósito de sua marca no INPI.

Mesmo que esse entendimento não fosse válido a omissão da Junta Comercial em suscitar a dúvida não poderia originar a nulidade ou a anulabilidade do arquivamento do contrato social pois não há sanção cominada para a transgressão do dispositivo. Nesse caso caberia, e tão-somente, a responsabilidade da Administração pelos prejuízos daí advindos para o titular da marca.

Por outro lado, o art. 6.º bis da Convenção de Paris destinar-se-ia a proteger determinada marca contra outra que a reproduzisse ou imitasse mas não visaria a impedição da reprodução da marca pela expressão de fantasia constante de um nome comercial, como deseja a autora.

Conquanto o Estado do Rio de Janeiro se abstenha de impugnar a alegação da autora quanto à notoriedade de sua marca no Brasil, ele, no entanto, observa que os documentos apresentados pela autora demonstrariam exatamente o contrário, ou seja, que as empresas brasileiras desconheciam seus produtos, tanto que solicitaram seus catálogos.

A partir do Código da Propriedade Industrial de 1969 (Decreto-lei 1.005, de 21.10.69) o nome comercial das empresas deixou de ser objeto da proteção que se acha prevista para a propriedade industrial, pelo que a matéria não é mais cuidada nessa legislação, que anteriormente proibia a utilização de expressão de fantasia em nome comercial que fosse capaz de ensejar confusão com marca anteriormente registrada (Decreto-lei 7.903/45, art. 111, e Decreto-lei 254/67, art. 94).

As únicas proibições existentes relativamente à colidência de nomes de sociedades estariam na já referida Lei do Registro de Comércio e nos arts. 38, X, e 3.º, da nova Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404, de 15.12.76), por meio das quais unicamente se proíbe o uso de denominação idêntica ou semelhante à de sociedade já existente, isto é, a colidência entre dois nomes comerciais, mas não assim entre uma expressão de fantasia constante de uma denominação comercial e uma marca de indústria ou de comércio anteriormente registrada.

Os julgados a que alude a autora em sua inicial certamente referir-se-iam à legislação anterior ao Decreto-lei 1.005/69, sendo que, mesmo nesse caso, faltaria à autora o requisito do registro prévio da marca.

Para ilustrar esse argumento, juntou o segundo réu as decisões de fls. e, por fim, pediu a improcedência da ação.

Réplica da autora a fls.

O MM. Juiz da 2.ª Vara da Fazenda Pública, pela decisão de fls., declinou sua competência para a Justiça Federal, por versar a presente ação causa fundada em tratado da União com Estados estrangeiros. O feito, assim, coube-me por distribuição.

Determinei, então, fosse ouvido o INPI sobre a questão, tendo a autarquia, depois de acusar a anterioridade dos pedidos de registro de marca feitos pela empresa Mini Mondo Utilidades Domésticas Ltda. e pela primeira ré relativamente à expressão Mister Baby, assim se manifestado, *verbis*: "A Lei 5.772/71, em seu art. 64, não deixa dúvida:

"Art. 64 — São registráveis como marca os nomes, palavras, denominações, monogramas, emblemas, símbolos, figuras e quaisquer outros sinais distintivos que não apresentem anterioridades ou colidências com registros já existentes e que não estejam compreendidos nas proibições legais".

E, realmente, não existe anterioridade, uma vez que a empresa italiana não depositou suas marcas no Brasil. Parece inevitável o deferimento, para os pedidos de marca depositados pela empresa nacional.

Contudo, surge o outro aspecto.

É manifesta a *reprodução* de marcas e o Código da Propriedade Industrial, em seu art. 2.º, *d*, é expresso: "Art. 2.º — A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial se efetua mediante: .... d) repressão à concorrência desleal".

Seria, então, o INPI competente para apreciar a questão da concorrência desleal? E, no caso, quando o Código não prevê o uso anterior (de marca não registrada no Brasil), não estaria ele legitimando o comportamento da ré?

Aparentemente, o art. 2.º da Lei 5.772/71 dá ao INPI competência para considerar a concorrência desleal.

Sendo o INPI, nos termos do art. 2.º, da Lei 5.648, de 11.12.1970, competente para "executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica" e como a "proteção aos direitos relativos à propriedade industrial se efetua mediante" a repressão à concorrência desleal, conclui-se que esta autarquia tenha poderes para fazer essa repressão.

A respeito, entretanto, discutível é a doutrina. Não obstante os preceitos legais, há o entendimento de que a autoridade administrativa é incompetente para decidir questões que envolvam a concorrência desleal. De fato, uma autoridade administrativa não tem poderes para apurar, com profundidade, a existência da concorrência desleal, pelos requisitos que exigem a sua configuração.

Ainda mais, o art. 128 da Lei 5.772/71 dispõe que continuam em vigor os artigos que reprimem a concorrência desleal e que se encontram no Decreto-lei 7.903/45, dentre os quais está o art. 178: "Comete crime de concorrência desleal quem: .... III — emprega meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem".

E comentando esse artigo, diz Nelson Hungria: "É incriminado (art. 178, III) todo expediente insidioso para captar a freguesia de outrem: em tal caso, o *animus disputandi* se alia à fraude para a desleal aplicação de golpes baixos. *In exemplis*:...; *usar os sinais distintivos não-registrados do concorrente* (se registrados, o crime será outro);..." (em *Comentários ao Código Penal*, Forense, 1967, vol. VII, p. 383).

Neste ponto, em socorro da primeira Ré, é válido esclarecer que os comentários de Nelson Hungria foram escritos quando vigia o Decreto-lei 7.903/45, que previa como impedimento, para o registro de marca, o uso anterior.

A Lei vigente, no entanto, aboliu o uso anterior, fazendo cessar esse impedimento.

Desse modo, nos termos frios da Lei, é plenamente lícito o procedimento da primeira ré, ainda mais quando a marca da autora nem foi usada no Brasil.

Mas, com certeza, quando a Lei atual exterminou com o uso anterior ela não visou a permitir que os mais atuantes se apropriassem das criações alheias.

A Lei 5.772/71 foi avanço quanto à proteção da indústria e do comércio nacionais.

Tal proteção, porém, não pode ser levada ao extremo de consagrar a apropriação de idéias alheias.

No caso, não haveria a presente indagação do INPI se a primeira ré fizesse uso simplesmente da marca Mister Baby, sem reproduzir as características especialíssimas da marca original.

Mas quando a primeira ré se apropriou não apenas da expressão, como também até da forma tipográfica da apresentação da marca e ainda do sinal distintivo do laço de fita, ela caracterizou, com o seu ato, o dolo, o *animus* de reproduzir.

E agravou essa demonstração dolosa quando também reproduziu, em outro registro, a figura de um boneco, com todas as suas características próprias.

O abuso de direito está manifesto.

Por certo, como já se disse, a Lei não poderia querer proteger esse tipo de procedimento, que além de nocivo, é atentatório à ética.

Nenhum órgão público, que seja cônscio de sua importância no sistema produtivo nacional, poderia ser instado a proteger tal comportamento sem manifestar estranheza quanto à sua missão.

De mais a mais, ignorando-se os princípios éticos, o Estado não tem interesse que o hábito de reproduzir marcas de outros países se prolifere, uma vez que a marca assim registrada já nasce condenada a confinamento, porquanto ela não poderá ser usada nos outros países onde estiver originariamente registrada.

Uma empresa que procede nessa conformidade se demonstra inútil ao comércio nacional, pois se ela é incapaz para criar uma simples marca, não poderá, evidentemente, ser útil ao país como organização comercial.

CONCLUSÃO

O INPI tem conhecimento de que a autora não situou a questão da forma ora questionada.

O INPI, entretanto, se sente no dever de suscitar a questão, uma vez que terão de ser decididos os registros da primeira ré.

É fundamental, finalmente, ressaltar que, no caso, a ré reproduziu na íntegra a marca da autora — não só a parte nominativa, como também a figurativa, em seus mínimos detalhes. Se ela se limitasse, apenas, a reproduzir a parte nominativa, sem o esmero da reprodução figurativa e se fossem outros os artigos protegidos não se verificaria qualquer ação reprovável.

É importante, pois, fixar esta posição. O caso em questão é especialíssimo em razão da minuciosa reprodução e das circunstâncias que o envolvem. Entende o INPI que é importante que a Justiça fixe a linha que delimite a permissão legal do abuso de direito.

Mesmo que V. Ex.ª entenda que a presente argüição está à margem do objeto da ação, as ponderações ora feitas serão proveitosas para que esse MM. Juízo tenha elementos para concluir sobre a questão".

A União Federal manifestou-se a fls.

Sobre a manifestação do INPI falaram a primeira ré a fls. e a autora a fls.

Tudo visto e examinado, passo ao julgamento.

A manifestação do INPI, sem sombra de dúvida, dimensionou a questão em seu verdadeiro alcance, isto é, como contornar o efeito atributivo, consagrado na nossa legislação, ao registro da marca, se quem requereu o depósito em primeiro lugar agiu evidentemente de má fé, praticando clara e indubitável concorrência desleal em detrimento da empresa italiana.

No caso em exame, ainda que a reprodução da marca nominativa Mister Baby pudesse ser considerada uma mera coincidência, a reprodução das duas marcas *figurativas* em seu mínimos detalhes, como bem esclareceu o INPI a fls., não pode ser apenas coincidência, tanto mais que os pedidos de registro da marca nas duas expressões figurativas, no Brasil, pela primeira ré, destinaram-se a proteger os mesmos artigos compreendidos nos dois registros italianos da autora.

A essas circunstâncias, que afastam a hipótese de simples coincidência, acrescente-se o fato de ter sido a primeira ré registrada na Junta Comercial com o mesmo nome da marca italiana!!!

A nota fiscal de fls. e a sacola plástica de fls. dão bem uma amostra do comportamento da primeira ré. Na sacola, inclusive, figuram sem qualquer subterfúgio o nome comercial juntamente com as duas marcas figurativas registradas pela autora na Itália!!!

Em seu trabalho intitulado *Concorrência Desleal*, Thomas Leonardos descreve como se manifesta esse comportamento ilícito: "De inúmeros modos. Em geral, ela brota à sombra de qualquer atividade lícita. O infrator procura com astúcia e malícia tirar partido da fama e do renome do industrial ou comerciante honesto; sua hostilidade é quase sempre

velada; emboscado, invariavelmente foge do campo onde lealmente deveria fazer concorrência ao seu competidor; em anúncios, emprega repetidamente expressões, ditos e frases comumente usados por quem pretende lesar; nas cercanias do estabelecimento comercial vetusto e reputado, inaugura o dele; mas não se contenta em exercer apenas o mesmo gênero de indústria ou comércio de seu concorrente, se assim fizesse leal seria a concorrência e beneficiado o público, apto então a comparar os produtos à venda e escolher dentre os dois concorrentes o que melhor o servisse; mais alto é o vôo do rapinante que encobre premeditada malícia; caracteriza-o, porém, marcante, falta de capacidade para vencer o competidor em concorrência aberta; é sempre inferior ao concorrido: ou por indolência ou por incapacidade profissional; pretende por isso vencer por um golpe de azar ou de audácia, pois falece-lhe a resignada paciência e a persistencia viril para uma luta restrita ao terreno da ética e da lei; quer fazer em meses, talvez em semanas, o que em anos, talvez em séculos outro fez, acumulando capacidade à virtude; um complexo de inferioridade introspectivamente constatado o aguilhoa, fazendo com que ele vista a máscara servil dos miméticos para poder agir; é impotente para impor sua personalidade; é incapaz de estimular os seus dotes; se seu nome patronímico coincide com o do seu concorrente, esconde seu nome civil, atrás da letra inicial, cortada por um ponto e deixa o nome patronímico igual, bem à mostra, escudado na homonímia; se a insígnia do seu concorrente é boa, intitula seu estabelecimento com uma denominação bastante semelhante para lembrar a casa do vizinho, mas com uma diferença qualquer, grande ou pequena, que torne opinativa a imitação, cobrindo, assim, a retirada em caso de lhe ser imputada a pecha de fraudador" (*Concorrência Desleal*, Thomas Leonardos, Livraria Acadêmica, 1936, pp. 19-25).

Observe-se que a primeira ré nem ao menos usou de dissimulação. Talvez sentindo-se garantida pelo sistema do registro atributivo, ela, sem a menor cerimônia, reproduziu as duas marcas da autora e incluiu em seu nome comercial a expressão Mister Baby.

No entanto, esse sistema atributivo não pode ser levado até as últimas conseqüências, o que geraria, em alguns casos, absurdos e abusos de direito.

Clóvis Costa Rodrigues, em sua obra *Concorrência Desleal*, abriu um capítulo especial sobre o problema "Das Marcas Sem Registro" e é de opinião que a propriedade da marca há de ser compatibilizada à luz dos princípios da moral jurídica e do interesse público que excluem, por si só, a prática da concorrência desleal baseada no expediente simplista do pedido de registro, por parte de terceiros inescrupulosos, de marcas ainda não registradas por seus legítimos detentores (obra citada, 1945, Editorial Peixoto, pp. 102-134).

O direito aparente da primeira ré à obtenção do registro das marcas figurativas por força do disposto no art. 64 do Código da Propriedade Industrial, por isso mesmo, deve ser examinado em consonância com outros dispositivos legais, tais como o princípio inscrito no art. 2.º, *d*, do mesmo Código, segundo o qual "Art. 2.º. A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial se efetua mediante: a) .... b) .... c) .... d) repressão a concorrência desleal".

Também os arts. 10 bis e 10 *ter* da Convenção de Paris, cujo texto revisto foi promulgado pelo Decreto 75.572, de 8.4.75, estabelecem que:

"Artigo 10 bis. 1) Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União proteção efetiva contra a concorrência desleal.

2) Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.

3) Deverão proibir-se particularmente: 1.º) todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; 2.º) as falsas alegações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade comercial de um concorrente; 3.º) as indicações ou alegações cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade de mercadorias".

"Artigo 10 *ter*. 1) Os países da União se comprometem a assegurar aos nacionais dos outros países da União recursos legais apropriados à repressão eficaz de todos os atos mencionados nos arts. 9, 10 e 10 bis. 2) ...."

Nos termos do art. 128 do atual Código da Propriedade Industrial continuam em vigor os arts. 169 a 189 do Decreto-lei 7.903, de 27.8.45, que definem os crimes praticados contra a propriedade industrial e estabelecem a ação penal respectiva.

Conquanto nos crimes de concorrência desleal somente se proceda mediante queixa (art. 181), tem o INPI o poder de polícia para reprimir o abuso de direito, tal como se configura no caso em exame, sob pena de se estimular a prática de expedientes dessa natureza.

Por todos esses motivos entendo, *data venia* de opiniões respeitáveis, como a de João da Gama Cerqueira (*Tratado da Propriedade Industrial*, vol. II, p. 168) que, apesar de filiar-se a legislação brasileira ao sistema atributivo, a anterioridade do registro da marca não pode ser colocada em termos absolutos, ainda mais quando se comprova que, por trás dela campeia verdadeiro abuso de direito, como se verifica neste caso.

A autora invocou a proteção do art. 6.º bis da Convenção de Paris, que assim dispõe: "Artigo 6.º bis. Os países contratantes comprometem-se a recusar ou a invalidar, seja *ex officio*, se a legislação do país o permitir, seja a pedido do interessado, o registro de uma marca de fábrica ou de comércio que for uma reprodução ou uma imitação, suscetível de produzir confusão, de uma marca que a autoridade competente do país do registro considerar que é notoriamente conhecida como já sendo a marca de um cidadão de outro país contratante e utilizada para produtos do mesmo gênero ou de gênero semelhante".

Aí está, portanto, uma exceção ao regime atributivo adotado pela legislação brasileira. No caso em exame, no entanto, o problema reside em se considerar existente ou não a notoriedade da marca ou das marcas da autora para efeito de se lhe assegurar a proteção convencional.

Na AC 9.615-GB, no chamado caso Daum, mencionado pela autora em sua inicial, o Egrégio Supremo Tribunal Federal manteve, contra o voto do relator, o eminente Min. Pedro Chaves, a sentença de primeira instância em ação ordinária de anulação de registro de título de estabelecimento, cumulada com indenização, movida por Daum & Cia. Ltda. contra Carnevale & Cia. Ltda., Marco de Bellis & Cia. Ltda. e União Federal. A questão Daum assemelha-se muito ao caso em exame. Desejava a empresa Daum, cuja marca do mesmo nome já fora registrada em vários países, o registro dessa marca também no Brasil, mas o DNPI indeferiu o seu pedido sob o fundamento de que a marca pretendida colidia com o nome de estabelecimento pertencente à primeira ré, sendo o título relativo ao mesmo gênero de artigos a serem distinguidos pela marca.

A sentença, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3.ª Vara da Fazenda Pública desta cidade, enfocou muito bem a questão da notoriedade em face do disposto no art. 6.º bis, da Convenção de Paris.

Ao apreciar a prova da notoriedade da marca Daum, o MM. Juiz assim se expressou: "Ora, não se pode negar notoriedade no nome da autora, sobretudo em publicações saídas à lume no Brasil, como "Maison Française", "Life", revistas de grande tiragem. Muito embora essa notoriedade no Brasil seja duvidosa, entretanto, como se trata de uma marca de fama mundial o art. 6 bis deve interpretar-se nesse sentido, vale dizer, no sentido de que a marca deva ser notoriamente conhecida (mundialmente conhecida).

A despeito de os autores entenderem que a notoriedade é uma característica local, ou melhor regional, o objetivo visado pela convenção no art. 6 bis foi o de proteger as indústrias cuja fama, conceito e tradição extravasam as fronteiras do país para entrar em outros mercados.

Efetivamente é o que se verifica com a marca da autora".

O voto vencedor, do Min. Ribeiro da Costa, ao confirmar a sentença de primeira instância, decidiu que, "No mérito, confirmo a sentença apelada na parte em que, julgando procedente a ação, contra a ré, primeira apelante, reconhece que se não pode negar notoriedade no nome da autora, mundialmente conhecida (Decreto 19.056, de 31.12.29, art. 6.º bis).

Reporto-me à fundamentação da sentença (fls.) que, sobre deixar bem claro o requisito de notoriedade da marca ou do nome, pôs de manifesto, em conseqüência, que ela se inclui na mesma classe que constitui o mesmo ramo de negócio do estabelecimento da autora como da firma ré, primeira apelante" (DJ de 19.9.63, pp. 881 e 882).

O STF entendeu, assim, que como a empresa Daum tinha um nome notoriamente conhecido, estaria acobertada pela proteção do art. 6.º bis.

Ocorre que, apesar de vencido e de discordar dessa conclusão a que chegou a maioria da Egrégia Corte, o Min. Pedro Chaves, com propriedade, fez um reparo que se me afigura de grande importância para o caso presente. O art. 6.º bis, em sua revisão em língua portuguesa omitiu um advérbio de lugar que figura na versão francesa, a saber.... "estimera y être notairement, comme étant déjà la marque d'un ressortissant d'un autre pays contratant et utilisés pour le produit de même genre ou d'un genre similaire".

Segundo o Min. Pedro Chaves: "Na língua francesa o "y" ou "i grec" é também advérbio de lugar, como foi empregado na locução supra "estimera y être", em lugar de aí que seria a tradução. Verifica-se também que o adjetivo "ressortissant", formado do verbo "ressortir", foi empregado como "sobressair", "ressaltar" ou "resultar", para significar aquilo que surge e aparece nitidamente por efeito de contrato. Dessa forma, se infere que a "notoriedade" impeditiva do registro, ou justificativa de sua cassação, deve ser verificada pela autoridade competente do país de registro, no caso o Brasil — à evidência "par ressert", como reza a Convenção".

Esse pequeno detalhe tem muita importância, pois o que se deve considerar no país de registro, o Brasil, para invocação da proteção convencional, é a notoriedade *aqui* da marca e não a sua notoriedade mundial, como entendeu o MM. Juiz da 3.ª Vara da Fazenda Pública.

E o conceito de notoriedade para esse fim não é o mesmo que lhe empresta, por exemplo, o art. 334, I, do CPC. O conceito de notoriedade, para efeito do art. 6.º bis da Convenção de Paris tem um conteúdo econômico grande e um tanto diferente do conceito puramente jurídico processual do termo.

O sentido de notoriedade do dispositivo convencional há de ser, assim, o de conhecimento da marca no ramo de negócio respectivo no país onde o seu legítimo detentor pretende invocar a proteção extraterritorial. Como prova dessa notoriedade a autora apresentou os documentos de fls., que são exemplares de uma revista alemã, com edição em português, da Feira de Hannover em que constam anúncios da marca Mister Baby feitos pela autora, bem como correspondências mantidas com empresários brasileiros anteriormente ao pedido de depósito da marca no Brasil pela Mini Mondo, todos desejosos de importar e aqui distribuir os produtos fabricados pela autora.

Dentro desse conceito específico do art. 6.º bis tenho como comprovada a existência de notoriedade a proteger a marca da autora.

Por outro lado, a anulação do arquivamento do contrato social da primeira ré, na parte relativa à inclusão da expressão Mister Baby em seu nome comercial, não pode se fundar no art. 49 da Lei do Registro de Comércio porque o pressuposto da aplicabilidade desse dispositivo reside no conhecimento, por parte da Junta Comercial, de dúvida quanto à existência de reprodução ou imitação pela empresa registranda, em seu nome comercial, de uma marca já depositada ou registrada. Ora, a Junta simplesmente desconhecia a existência da marca da autora, sendo absurdo falar-se em dúvida nesse caso.

É certo também que a existência de impedimentos legais de registros de marcas em relação a nomes de empresas e vice-versa deixou de ser objeto da legislação da propriedade industrial a partir do Decreto-lei 1.005/69.

A anulação pretendida pela autora, na realidade, tem fundamento na concorrência desleal que já examinamos, praticada abertamente pela primeira ré, e cuja prática é reprimida tanto pela Convenção de Paris como pelo Código da Propriedade Industrial.

É sob esse enfoque que deve ser acolhida a pretensão da autora e por isso se reveste de grande importância, a meu ver, a oportuna manifestação do INPI, que colocou a lide no seu devido lugar, ou seja, sob o prisma da concorrência desleal e do abuso de direito, posto que ficou provado, à evidência, que a primeira ré se apropriou de idéia alheia, escudada na anterioridade do pedido da marca.

Ante o exposto, julgo procedente a presente ação para:

1.º — Anular o arquivamento do contrato social da primeira ré, feito pela Junta Comercial, na parte relativa à inclusão da expressão Mister Baby em seu nome comercial.

2.º — Condenar a primeira ré a cessar todo e qualquer uso de Mister Baby, quer como marca, quer como nome comercial, quer como título de estabelecimento ou como frase de propaganda, sob pena de pagar a multa diária de Cr$ 10.000,00, nos termos dos arts. 287 e 644 do CPC.

3.º — Condenar a primeira ré a cessar o uso das marcas emblemáticas, representadas pelos dois desenhos, sob pena de pagar a mesma multa diária.

4.º — Condenar a primeira ré a compor os prejuízos causados à autora, a serem apurados em execução. A esse respeito não me pareceu acertada, *data venia*, a decisão do MM. Juiz da 3.ª Vara da Fazenda Pública no caso Daum, ao deixar de condenar a ré a indenizar os prejuízos causados eventualmente à autora se o fundamento da decisão que concluiu pela anulação do registro consistiu na proteção extraterritorial da marca registrada no estrangeiro com base na Convenção de Paris. Ao contrário do que entendeu aquele ilustre magistrado, se foi anulado o registro da outra empresa é porque a autora teria o direito à proteção de sua marca, ainda que não registrada. Daí a conseqüência lógica da obrigação de indenizar se o uso ilícito, pela ré, do nome Mister Baby, como título de estabelecimento, nome comercial ou marca, trouxe prejuízos para a autora.

5.º — Condenar os dois réus ao pagamento, em rateio, dos honorários advocatícios da autora, fixados em 20% sobre o valor da causa, bem como ao reembolso das custas judiciais que a autora despendeu, também em rateio.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 26 de julho de 1979 — *Carlos Augusto Thibau Guimarães*, Juiz Federal.

COMENTÁRIO

A sentença supratranscrita merece divulgação, pela importante conclusão em prol da proteção às marcas estrangeiras não registradas no Brasil e da conceituação da indébita apropriação de marca estrangeira por empresa nacional como ato de concorrência desleal.

Evidente a aplicabilidade ao caso em questão do art. 6 bis da Convenção de Paris, o qual assegura proteção além fronteiras às marcas notórias. Convém salientar, *en passant*, que a proteção estipulada em referido art. 6 bis encontra direta aplicação no Brasil, independentemente do registro de marca notória previsto no Código da Propriedade Industrial, Lei 5.772, de 1971, já que este registro, inovação introduzida pelo CPI vigente, é instituto diverso daquele. Enquanto a Convenção de Paris determina deverem os países signatários outorgar proteção especial às marcas notórias no país para artigos do *mesmo ramo ou semelhantes*, o registro de marca notória previsto na lei interna outorga proteção em todas as classes de artigos e serviços, proteção esta muito mais ampla que a prevista na Convenção Internacional, esta independendo do registro, aquela não (art. 67 do Código da Propriedade Industrial).

A sentença transcreveu a manifestação do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, que se julga "incompetente para decidir questões que envolvam a concorrência desleal".

É sabido que Clóvis Costa Rodrigues, antigo Diretor do Departamento Nacional da Propriedade Industrial, defendia posição oposta, entendendo que aquele órgão tinha não só competência, como obrigação de indeferir os pedidos

de registros a ele submetidos, que a autoridade administrativa entendesse consubstanciar ato de concorrência desleal (*Concorrência Desleal*, Clóvis C. Rodrigues).

Da manifestação do INPI deflui a omissão do Código da Propriedade Industrial a respeito, que deveria prever a possibilidade de a autoridade administrativa sustar o registro e suscitar judicialmente a dúvida, como o faz o art. 49 da Lei do Registro de Comércio (4.726/65).

Evidentemente a identidade gráfica das marcas em questão faz presumir a má fé da ré. O sistema de registro de marcas, criado para reprimir a concorrência desleal, não pode ir contra as próprias normas que regulam a concorrência desleal, tendo em vista que umas e outras normas constituem um único sistema, que não deve encontrar contradições internas. Tal fato foi destacado pelo MM. Juiz, ressaltando que o "disposto no art. 64 do Código da Propriedade Industrial... deve ser examinado em consonância com outros dispositivos legais, tais como o princípio inscrito no art. 2.º, *d*, do mesmo Código..."

Não há dúvida, entretanto, que a notoriedade a que se refere o art. 6 bis da Convenção de Paris é a notoriedade no país em que se reclama a proteção, como, com muita propriedade, se refere o Min. Pedro Chaves no trecho transcrito na sentença, objeto, aliás, de idêntico comentário de João da Gama Cerqueira em seu *Tratado da Propriedade Industrial.*

O Brasil, pioneiro na proteção à propriedade industrial, não poderia ficar atrás de seus irmãos latino-americanos, cujos tribunais, tradicionalmente, têm anulado registros de marcas concedidos em circunstâncias semelhantes. Como exemplo, podem-se referir os tribunais argentinos que vêm considerando nulos os registros de marcas efetuados de má fé, caracterizando ato de concorrência desleal de apropriação de marca alheia. Para tanto, se baseiam no art. 953 do Código Civil argentino, que estabelece que quando o objeto dos atos jurídicos é ilícito, contrário à moral ou aos bons costumes, ou prejudiquem os direitos de terceiros, tal ato é nulo como se não tivesse objeto.

A Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina e seus tribunais federais têm aplicado, em reiteradas oportunidades, a norma citada para a solução de problemas de marcas, sustentando que "corresponde admitir que la copia meramente servil de una marca extranjera, con posibilidad de aprovechamiento del prestigio de los productos distribuidos con ella nos es lícita" (causa "Fromageries Bel S/A c/ Ivaldi, Enrique", C.S., julho 23-962).

O conhecimento da marca estrangeira pelo registrante nacional demonstra o móvel ilícito deste. Como disse Pouillet (*Marques*, n. 306): "A imitação servil traz de parelha a intenção culposa. Como admitir a boa fé daquele que copia servilmente? Ele não pode fazer crer na originalidade de sua marca, nem pode sustentar que a semelhança seja devida à casualidade".

No mesmo sentido, Amar (*Dei nomi, dei marchi*, n. 197): "Se a reprodução é completa, a prova que se quer fazer da reprodução resulta do próprio fato: não se pode conceber que o agente a tenha idealizado ignorando fazer uma reprodução".

A Câmara Federal Argentina, na causa 5.614, de 29.7.77, assim decidiu a respeito: "...para que el título marcario caiga dentro de la prohibición del artículo 953 del Código Civil, que estatuye la regla moral en el derecho privado no

es menester una prueba acabada del móvil ilícito del solicitante de la marca, es bastante a tales efectos la demonstración de una conducta que objetivamente pueda aparecer como ilícita lo cual se exterioriza cuando promedia una copia meramente servil de una marca extranjera" (Yoshida Kogio Kabushiki Kaisha vs. Oshino Industrial y Comercial S.R.L.). No mesmo sentido, a causa 5.565, de 19.8.77, John C. Dolph Company vs. Calvo, Rubén Victor. Merece destaque, ainda, a causa Enrique Ghiringhelli S/A. vs. Bigio, Eduardo, de cuja sentença de 1.ª instância, confirmada pela Câmara Federal Argentina, se transcreve o seguinte trecho: "Bigio se apropió lisa y llanamente de una sigla que no le correspondía, dicha sigla era una de las partes del nombre comercial de una sociedad extranjera y al mismo tiempo se utilizaba para distinguir las cubiertas que fabricaba en ajeno país. Nada hay en autos que justifique la conducta del demandado; antes bien, los elementos de prueba ya reseñados conducen a la convicción de que en Bigio no pudo haber otro propósito que el de adquirir en el país el monopolio de la expresión "E.G.S.A." en circunstancias que justificaban que la firma uruguaya comenzara a introduzir a la República las referidas cubiertas. No puede ser conforme al derecho ni a la moral o las buenas costumbres que, so pretexto de cumplir los requisitos formales de la legislación argentina, un comerciante o industrial o agricultor de este país se apropie de un nombre o de una marca ajenos, aumque no cumplan en la República las condiciones establecidas para su validez, pues no se trata de juzgar si puede o no invocarse aquí la marca registrada en el extranjero sino de juzgar la conducta del que, con violación de los preceptos éticos, se apropió una denominación ajena, y todo ello, en salvaguardia del mismo interés de los consumidores y tambiém de los productores y comerciantes y del intercambio internacional, ya que de no ser así sería factible autorizar la competencia desleal cuando por razones de frontera o de limitaciones territoriales quien resultara lesionado no pudiera invocar las disposiciones de las leyes argentinas sobre la materia.

"De ahí que se haya admitido que si los productos *tutelados por signos marcarios extranjeros han sido introducidos y difundidos en el país, debe tutelárselos también aquí cuando alguien con dolosa intención trata de apropiarse de los signos que sirven para individualizarlos.* Se trata de la aplicación de un principio general que admite, sin duda, la protección del signo cuando sin que medie la entrada al país del producto extranjero, el que se apropia el signo marcario que sirve para distinguirlos lo hace a sabiendas de que es ajeno sobre todo, cuando como en el caso de autos, Bigio estaba en tratativas con la firma actora y hasta había adquirido a la misma cubiertas marca "E.G.S.A." para vender en el país.

La marca "E.G.S.A." le fue otorgada a Bigio en infracción al art. 953 del C.C.; por ello debe declararse su nulidad".

O eventual conflito entre marca registrada e não registrada mereceu profundo trabalho do autor italiano Eduardo Bonasi Benucci no capítulo 1 de sua obra *Tutela della Forma nel Diritto Industriale.* Destaca esse autor que a marca *de fato* não é protegida como marca na lei especial, a qual se ocupa exclusivamente dos sinais registrados, mas que, no entanto, um elemento provido de eficácia distintiva e não registrado assegura ao seu titular uma tutela contra o perigo de confusão entre produtos ou atividade, "tutela che tuttavia gli deriva dalle norme

sulla concorrenza sleale *e non da quelle sul marchio*" (n. I, p. 14). Referida tutela é expressamente prevista no direito germânico com o instituto da *Ausstattung* que se configura como tutela de uma situação de fato, a qual se contrapõe à da marca registrada, que é, por sua vez, uma situação jurídica formal. A doutrina considera a *Ausstattung* como pertencente ao âmbito da disciplina da concorrência, configurando-se sua violação como concorrência desleal (ob. cit., nota ao pé da p. 15).

Contrapõe Benucci, assim, a tutela decorrente do registro, de um lado, e a tutela decorrente do uso, de outro. A tutela, neste caso, é estritamente concorrencial, não determina o nascimento de um bem atribuído com exclusividade ao sujeito, não protege uma criação intelectual, mas somente tutela uma *situazione di fatto*, variável no tempo. Segundo esse autor, a posição do titular da forma não registrada apresenta alguns caracteres da situação possessória, à qual falta um título formal de aquisição, nascendo o direito de uma relação de fato ocorrente entre o sujeito e o sinal, constituindo um direito pessoal de individualização, onde seu valor não é autônomo mas instrumental. A tutela tem por objeto o interesse do empresário na diferenciação (tutela da personalidade econômica).

Verifica-se, assim, que andou muito bem o MM. Juiz prolator da sentença ora comentada ao basear sua decisão não no direito de marcas, mas na disciplina da concorrência, estabelecendo amparo às marcas notórias sem registro, como o fazem o direito argentino, o italiano e o alemão, entre outros.

Newton Silveira

SOCIEDADE COMERCIAL — Responsabilidade limitada — Marido e esposa — Execução contra a sociedade — Penhora de bens dos sócios — Embargos de terceiro procedentes — Apelação provida — Voto vencido.

A tendência atual é no sentido de admitir sociedade comercial entre cônjuges.

Os bens particulares destes não devem responder pelas dívidas contraídas pela sociedade.

N. 244.409 — Capital — Apelante: Antônio Joaquim Dias — Apelada: Fazenda do Estado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação 244.409, da comarca de São Paulo, em que é apelante Antônio Joaquim Dias e apelada Fazenda do Estado: Acordam, em 5.ª Câmara do 1.º Tribunal de Alçada, integrado neste o relatório de fls., dar provimento ao recurso, por maioria de votos.

A sentença apelada julgou improcedente os embargos de terceiro por entender que, tendo sido a execução intentada contra sociedade constituída exclusivamente por ele e por sua esposa, na verdade esse organismo dissimulava uma firma em nome individual. Acrescentando que não podia ser admitida sociedade entre marido e mulher, máxime ao campo tributário, já que pessoa jurídica dessa natureza se prestava a frustrar o cumprimento da obrigação tributária. Tratava-se de sociedade manifestamente irregular, tanto em sua forma como em seu conteúdo. Entretanto, esse ponto de vista não pode subsistir. Embora controvertida a matéria, a tendência atual é no sentido da admissão da sociedade

entre cônjuges, máxime após a promulgação do Estatuto da Mulher Casada, consoante se colhe do acórdão da E. 1.ª Câmara deste Tribunal, de que foi Relator o Juiz Milton Evaristo dos Santos, publicado nos *Julgados dos TACivSP* 30/111, ed. interna. Esse aresto, que é unânime, trouxe à colação, em favor da tese que sustenta, o magistério de Cunha Peixoto, João Eunápio Borges, Egberto Lacerda Teixeira e Pontes de Miranda. Assim também decidiu a E. 6.ª Câmara desta Corte em 15.10.74, sem divergência de votos, afirmando ser predominante atualmente o entendimento que reputa legítima a sociedade entre marido e mulher (v. vol. 40/88 do mesmo repertório de jurisprudência). A mesma Câmara, em 16.4.75, embora com diferente composição, se pronunciou em igual sentido, tendo feito, na oportunidade, aprofundado estudo da matéria, quando, inclusive, invocou julgado do STF, o qual, ao julgar o RE 76.953-SP, proclamou que não pode ser considerada nula "pleno jure" a sociedade entre cônjuges, posto que possa ser anulável, segundo as circunstâncias que levaram à sua constituição (RT 477/154). O E. Tribunal de Justiça, por sua vez, por sua 3.ª Câmara Civil, também à unanimidade, adotou idêntica orientação, quando deixou esclarecido que se houver irregularidade ou fraude na constituição da sociedade entre esposos, poderá ela ser anulada, como, aliás, aconteceria em relação a qualquer outra sociedade, pelo que a nulidade, se existente, será relativa e não absoluta (RT 493/86). Rubens Requião, em seu *Curso de Direito Comercial*, 1.º/324, ensina: "...não vemos motivo de ordem lógica ou doutrinária para nos afastarmos do entendimento de que a sociedade entre marido e mulher, se no passado era passível de dúvida quanto à sua legalidade, não o é mais agora. Em sua emancipação, a mulher casada adquire a meação de seus bens distinta da de seu marido, mesmo no regime matrimonial da comunhão, e por isso mesmo com ele pode associar-se". André Moreau, citado por Cunha Peixoto explica que a mesma tese vigora na França: "et le Tribunal pose ainsi le principe qu'une société ne saurait être considerée comme nulle du seul fait qu'elle est constituée entre époux qu'elle ne peut être annulée qu'au cas de fraude, s'il est établi qu'elle a été fondée dans le but de modifier les conventions matrimoniales" (*A Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada*, I/240). Na espécie, se trata de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, com contrato regularmente arquivado na Junta Comercial, como se verifica na declaração cadastral xerocopiada a fls. Não há, por outro lado, qualquer alegação da embargada no sentido de que o capital social não tenha sido integralizado. Nem se provou, de qualquer modo, que a obrigação tributária resulte, no caso, de ato praticado com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, pelo embargante, ao qual cabia, como à outra sócia, a gerência da pessoa jurídica (cláusula 5.ª do instrumento xerocopiado a fls.), hipótese aquela em que ele se tornaria pessoalmente responsável pelo débito fiscal (CTN, art. 135, III). Assim, seus bens particulares não devem responder pelas dívidas contraídas pela sociedade, consoante tranqüila diretriz jurisprudencial, não só deste Tribunal como também do Pretório Excelso. Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso, reformando-se a sentença apelada para julgar procedentes os embargos à execução, com a condenação da embargada ao pagamento da verba honorária, fixada em 10% sobre o valor desta causa, e a reembolsar ao vencedor o despendido com custas processuais.

Tomou parte no julgamento o Juiz Álvaro Lazzarini, revisor.

São Paulo, 9 de agosto de 1978 — *Toledo Piza*, pres. — *Machado Alvim*, relator — *Sousa Lima*, vencido, com a seguinte declaração de voto: Com a devida vênia, divergi da douta maioria, pois negava provimento ao recurso para confirmar a bem lançada sentença recorrida, por seus próprios fundamentos.

No meu entender, impunha-se, efetivamente, a improcedência dos embargos de terceiro, pois a sociedade executada tem como únicos sócios o embargante e sua mulher, respondendo o patrimônio comum pelas dívidas fiscais.

Observe-se que, não obstante tenha a pessoa jurídica existência distinta da dos seus membros, tem prevalecido, em relação à sociedade exclusivamente entre cônjuges, a teoria do superamento da personalidade jurídica, segundo a qual esta personalidade é desconsiderada, levando-se em conta as pessoas que a integram.

A doutrina e a jurisprudência têm considerado nula tal sociedade e a nulidade, como adverte Carvalho de Mendonça, é de ordem pública (*Tratado de Direito Comercial*, III/120, n. 66). Assim é, como ensina Anacleto de Oliveira Faria, "porque, sem constituir, na prática, sociedade comercial com ninguém, marido e mulher podem se valer da regra fixada para as sociedades limitadas, de modo a não envolver todo o patrimônio do casal

nos azares do comércio. Em suma, a extensão da limitação da responsabilidade ao comerciante individual — que outro não é o marido, sócio da mulher, numa sociedade por cotas de responsabilidade limitada... Uma sociedade de responsabilidade limitada em que os sócios fossem tão-somente marido e mulher, seria uma sociedade fictícia, em que se objetivaria apenas qualquer simulação" (RT 272/48).

Neste sentido é a jurisprudência deste Tribunal (*Julgados dos TACivSP* XIII/135, 28/115, 40/43 e 40/170).

Assim, tratando-se de sociedade fictícia, prevalece o disposto no art. 10 da Lei 3.708, de 10.1.79, segundo o qual os sócios gerentes ou os que derem nome à firma respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei.

Assim, mesmo com a integralização do capital social, os bens particulares dos sócios respondem pelas obrigações da sociedade.

Daí por que, divergindo da ilustrada maioria, negava provimento ao recurso para o fim de confirmar a r. sentença.

COMENTÁRIO

1. A r. decisão em sendo de certa forma correta na sua conclusão e nos seus fundamentos, põe à mostra, a evolução do pensamento jurídico pátrio, em relação a assunto de maior importância no âmbito societário, ou seja, a admissibilidade da sociedade entre esposos.

Por outro lado, o voto vencido traz também com muita propriedade, a questão ainda não devidamente absorvida, entre nós, da teoria da desconsideração da personalidade jurídica tema atualíssimo que está a merecer maiores análises.

2. Até certa época se julgou nula a sociedade marido/mulher com a doutrina clássica, baseada em J. X. Carvalho de Mendonça (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 7.ª ed., 1963, vol. III, n. 646, p. 118), que prelecionava: "Interessante questão é a seguinte: podem os esposos contrair sociedade comercial entre si? Parece-nos que não. A única sociedade permitida entre esposos é a universal, resultante do regime do casamento. Não lhes é lícito contratar sociedade comercial, por ofender antes de tudo o instituto do poder marital, produzindo necessariamente a igualdade de direitos incompatível com os direitos do marido como chefe do casal.

Se o casamento é sob regime da comunhão de bens, não há vantagem na sociedade, quer relativamente aos cônjuges, quer relativamente aos credores. Quanto aos primeiros porque os lucros dos negócios seriam comuns, houvesse ou não a sociedade. Quanto aos segundos, porque as suas garantias não melhorariam.

Se o casamento obedece a outro regime, a sociedade fraudaria a lei reguladora dos pactos antenupciais, tornando comuns em virtude do contrato de sociedade, bens que o ato antenupcial separara. Dar-se-ia, assim, ofensa à essência e irrevogabilidade desses pactos.

A sociedade entre esposos deve, pois, considerar-se nula. A nulidade é de ordem pública.

A proibição prevalece trate-se de sociedade anterior, concomitante ou posterior ao casamento. Podem, entretanto, marido e mulher ser acionistas das sociedades anônimas e em comandita por ações.

Há uma opinião intermédia que, negando em princípio essas sociedades entre marido e mulher, as admite, desde que o contrato social: a) não derrogue o pacto antenupcial; b) não ofenda direitos inerentes ao poder marital, nem c) lese direitos dos filhos do primeiro leito.

A dificuldade da apreciação desses elementos por ocasião do registro do contrato é forte embaraço à aceitação dessa doutrina.

Se os dois cônjuges se associam a terceiros, prevalecem os mesmos princípios não querendo dizer isso que os dois estejam proibidos de figurar neste caso como uma só pessoa ou um sócio. Marido e mulher formam um só corpo".

3. A citação embora longa se justifica para que bem fique explícito o pensamento do autor que orientou a doutrina clássica, entre nós, evitando certas distorsões, hoje, comuns, na repetição modificada das verdadeiras idéias de autores antigos.

Vê-se a preocupação do autor na separação das águas, evitando confundir dois regimes senão antagônicos, ao menos diversos: o do casamento e o da sociedade comercial. Ao dar pela nulidade tinha em mente evitar fraudes no regime de bens do casamento — além é claro do rígido instituto do poder marital anterior à Lei 4.121/62 — e apontar a sua desnecessidade. Este último argumento liga-se como é óbvio ao primeiro, ou seja, não exatamente à fraude contra o regime de bens do casamento, mas, contra os credores.

E é argumento que impressiona, pois se é aparentemente inócua por desnecessária a sociedade comercial entre os cônjuges, então por que constituí-la?

Com o advento da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, tornou-se mais clara a intenção eventualmente fraudatória, constituindo-se a sociedade entre marido e mulher, apenas, para ressalvar um ou outro do regime do comerciante individual, efetivando-se sociedade *ficta*, de *etiqueta* ou *cômoda*.

Evidente que a utilização de tal recurso, em si, não poderá ser considerado fraudulento, embora podendo sê-lo.

4. Daí que durante muito tempo, a jurisprudência, entre nós, viu com maus olhos a sociedade entre esposos, dando-a em princípio como suspeita.

5. E o relatório do v. acórdão em exame, mostra com precisão a evolução da jurisprudência a respeito, passando a admiti-la, sobretudo após o advento do Estatuto da Mulher Casada.

6. Contudo por mais que nos esforcemos não conseguimos apreender de todo, a influência da Lei 4.121/62 na questão.

Quanto ao instituto do poder marital está muito bem, pois deu esta lei uma situação mais paritária à mulher perante o marido no casamento.

Mas, quanto ao regime de bens a questão nos parece discutível. Nem as razões do mestre paranaense (Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, 1.º/324) convencem, até porque a separação patrimonial entre os cônjuges, sob o regime de comunhão, é eventual e imperfeita, inclusive depende de que a mulher exerça atividade profissional, etc.

Não nos parece assim que substancialmente se possa justificar a influência do Estatuto da Mulher Casada, mas, apenas pelo impacto histórico que acarretou no tradicional regime do casamento entre nós.

7. De qualquer forma, efetivamente, evoluiu-se para admitir a sociedade entre cônjuges, sujeita contudo a ser anulável de acordo com as circunstâncias que determinaram a sua constituição, decisão aliás, do próprio STF (RT 477/154).

8. No caso, em exame, não vislumbrou o Tribunal qualquer razão que justificasse a decretação da sua nulidade, dando-a por válida.

9. Contudo, o douto voto vencido merece exame, quando acena para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Teria entrevisto fraude na constituição da sociedade? Este era o ponto capital a ser examinado, a fim de dar por uma ou outra solução.

Veja-se bem que são projeções distintas. Válida por regularmente constituída, não se a anularia tão-só por ser formada por marido e mulher.

Contudo, constituída por quem quer que fosse (cônjuges ou não) se teve a intenção de fraudar credores, então justificar-se-ia a aplicação da *desregard legal entity*.

E neste ponto parece ter havido desajuste na invocação das razões pelo voto vencido: 1) considera a sociedade fictícia por não admissível a sociedade entre marido/mulher; 2) por isso respondem os gerentes ou sócios para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei.

Ora, são três aspectos distintos; sociedade irregular; abuso de poder e atos violadores da lei ou do estatuto; e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Para a sociedade irregular e os atos de abuso de poder não há que se cogitar da teoria da *desregard*. Esta há de se invocar para sociedade regular, cuja intenção foi a de se abrigar sob o manto da personalidade jurídica para fraudar terceiros.

Waldírio Bulgarelli

TÍTULO EXTRAJUDICIAL — Notas promissórias — Execução contra avalista que pretende chamamento ao processo do emitente dos títulos — Indeferimento — Aplicabilidade do princípio da solidariedade cambial — Agravo conhecido e não provido.

Tem o portador de nota promissória o direito de acionar individualmente ou coletivamente todos os responsáveis pelo respectivo pagamento, podendo propor ação cambial contra um, alguns ou todos os coobrigados, inclusive desistir da ação contra um e propô-la contra outro, descabendo no caso o chamamento ao processo do emitente dos títulos, o que tão-só ensejaria a procrastinação do processo com manifesta afronta ao princípio da celeridade, aplicável em toda a sua extensão no processo de execução.

(1.º TACIVIL-4.ª Câm.; Ag. I. n. 261.913; rel. Juiz Vieira de Moraes; j. 15.08.79; maioria de votos.)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos...

Acordam, em 4.ª Câmara do 1.º Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, contra o voto do Juiz Mohamed Amaro.

Custas na forma da lei.

1. Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra a r. decisão, prolatada nos autos de execução extrajudicial, fundada em notas promissórias, ajuizada contra o avalista, a qual indeferiu pedido, por este formulado, do chamamento ao processo do emitente dos títulos de crédito, reputado coobrigado solidário.

Formado o instrumento, o agravo ofereceu resposta, tendo, preliminarmente, sustentado a intempestividade do recurso, o qual foi preparado pelo agravante.

A final, o digno magistrado manteve a decisão impugnada.

2. Tendo o procurador do agravante sido intimado da decisão agravada por carta, não consta dos autos informação ou certidão da data da juntada do aviso de recebimento aos autos originais, *dies a quo* da contagem do prazo recursal (cf. art. 241, V, do CPC).

Daí por que, diante da dúvida, conhecem do agravo, sem discrepância de votos.

3. No entanto, o recurso descomporta provimento.

É certo que o Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos RREE 87.764 e 86.307 (cf. RTJ 85/317 e 86/283), admitiu a viabilidade do chamamento ao processo de execução por títulos extrajudiciais dos coobrigados solidários.

No entanto, tais casos ofereciam peculiaridades, ressaltadas nas oportunidades.

No primeiro, como assinalou o ilustre Min. Moreira Alves, os avalistas eram também fiadores, "razão por que, pelo menos com referência a essa última posição jurídica, é aplicável o citado dispositivo processual" (art. 77, III, do CPC).

No segundo, cuidava-se de execução de promissórias vinculadas a contrato de compra e venda de ações, garantido por co-avalistas não sucessivos.

Como se verifica, nenhuma dessas decisões enfrentou a questão da solidariedade cambial, diferenciando-a daquela operante no direito comum.

Consoante a lição do Min. Cunha Peixoto, citado por Celso Agrícola Barbi em seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 1975, vol. I, t. II, p. 362, o chamamento ao processo é inaplicável aos casos, de solidariedade em obrigações de natureza cambial, porque, nestas, cada uma delas é autônoma, independente, com causa própria.

No mesmo sentido, as conclusões a que chegaram ainda que por outros fundamentos, o mesmo Celso Agrícola Barbi (ob. cit., p. 364), Arruda Alvim (*Código de Processo Civil Comentado*, Ed. Rev. dos Tribs., 1976, pp. 334/335), Humberto Theodoro Júnior (*Processo de Execução*, ed. Universitária de Direito, 1976, pp. 62-65) e a jurisprudência predominante neste E. Tribunal (cf. *Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, Lex 52/178).

Como já se acentuou, "na execução de título cambiariforme, aplicam-se as regras de direito cambial em primeiro lugar. É preciso que o processo de execução afine com os princípios que norteiam os títulos que lhe servem de fundamento. E o portador de nota promissória tem o direito de acionar individualmente ou coletivamente todos os responsáveis pelo respectivo pagamento. Cabe-lhe, na observação precisa do mestre Carvalho de Mendonça, o *jus variandi*. Pode propor a ação cambial contra um, alguns ou todos os coobrigados. Pode desistir da ação contra um e propô-la contra outro (*Tratado de Direito Comercial*, vol. V, 2.ª parte, n. 925).

Este direito, atualmente, se encontra assegurado no art. 47, da Lei Uniforme, adotada pelo Brasil, na Convenção de Genebra: "Le Porteur a le droit d'agir contre toute ces personnes, individuellement ou collectivement".

De outra parte, no caso, revela-se supérfluo o chamamento ao processo, por desnecessária a formação de título executivo ao agravante; o avalista que paga tem o direito de, em execução, buscar o valor pago do avalizado. O atendimento do pedido, portanto, ensejaria tão-só a procrastinação do processo, com manifesta afronta ao princípio da celeridade, aplicável, em toda a sua extensão, no de execução.

4. Atento a todas essas circunstâncias, assinaladas pela doutrina e jurisprudência dos Tribunais estaduais, o Excelso Pretório culminou por rever sua orientação inicial, inadmitindo o chamamento ao processo, de que trata o art. 77, III, do CPC, ao coobrigado em título cambial, dado o caráter de autonomia e independência das obrigações cambiárias (cf. RE 89.383-1-RJ, Rel. M. Rafael Mayer, DJU de 25.5.73, p. 4.122).

Assim também a decisão unânime proferida no julgamento do RE 69.121-8-GO, relatado pelo Min. Thompson Flores, publicada no referido órgão oficial de 11.5.79, p. 3.651, com a ressalva da desvinculação do título (nota promissória) a qualquer contrato.

Confira-se, ainda, o v. acórdão proferido no RE 89.536-1-GO, da lavra do Min. Xavier de Albuquerque, inserto no mesmo órgão do dia 29.9.78, p. 7.591.

5. No caso, por cuidar-se de execução de natureza estritamente cambial, inadmissível o pretendido chamamento ao processo.

Daí por que, contra o voto do relator sorteado, negam provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Juízes Mohamed Amaro (vencido) e Vieira Manso.

São Paulo, 15 de agosto de 1979 — *Andrade de Vilhena*, pres. — *Vieira de Moraes*, relator designado.

COMENTÁRIO

1. A decisão comentada, emprestando devido relevo à autonomia das obrigações cartulares, põe em discussão princípios fundamentais de direito cambiário, ao mesmo tempo em que assinala particularidades importantes da execução dos títulos extrajudiciais. O aresto se insere em significativa linha de evolução, observada na mais recente jurisprudência de nossos tribunais, como se verifica ao longo desta nota.

2. A multiplicidade de sujeitos de direitos e obrigações, no contexto da nota promissória, como de qualquer título de crédito, sugere, desde logo, a existência de diversas relações jurídicas subjacentes ao documento. Por força da abstração desprendem-se desses *rapporti fondamentali* intersubjetivos, declarações unilaterais de vontade que, em função da natureza constitutiva do título, assumem, no negócio cambiário, configuração diferenciada, de sorte a passarem a ter, na cártula, distinta existência e, conseqüentemente, específicas características. A eficácia abstrativa da constituição do direito cartular, na medida em que cinde a inteireza do *negozio sottostante*, autonomiza as declarações unilaterais que se contêm no título, desfazendo, nesse sentido, a bipolaridade das relações originais e universalizando, de outro lado, as obrigações delas desvinculadas, no plano cambiário, as quais podem ter por credor qualquer pessoa que se legitime à sua satisfação.

3. A autonomia das obrigações cambiárias, que as torna independentes umas das outras, não se verifica apenas na sucessão de legitimados, à medida em que o título circule, assim cumprindo sua vocação conatural e histórica. Tal característica está presente, também, no negócio de garantia, objetivado pelo aval, cuja natureza cambiária é inconteste, no direito brasileiro, que inclusive o inadmite em instrumento apartado do título em que se constitui a obrigação avalizada, com o que, aliás, nosso ordenamento positivo exacerba — e a nosso ver coerentemente — a exigência da literalidade da obrigação cartular. Pressuposta, assim, a natureza cambiária do aval, nada mais lógico do que inseri-lo entre as obrigações autônomas, que o teor do título encerra. A unilateralidade do aval, enquanto

declaração cambiária de garantia do pagamento do título, não exclui, contudo, a existência de um negócio subjacente, entre avalista e avalizado, o qual, por sua vez, não transparece no próprio título, em virtude da mesma força abstrativa que extrai das demais espécies de negócios subjacentes, os elementos necessários à constituição dos direitos cambiários em geral.

4. A convenção extracartular de que deriva o aval, qualquer que seja, tem como partes avalista e avalizado, e, portanto, só se mostra apta a gerar exceções *ex causa* entre tais partes, de sorte que terceiros não as podem opor, por estranhos a dita convenção. Se nem mesmo o possuidor legitimado do título de crédito avalizado pode invocar a relação em questão, de que não participou, de outro lado, há de concluir-se que falece ao avalista o poder de chamar ao processo de execução o emitente, porquanto à obrigação do avalista é absolutamente estranha aquela mesma relação.

5. A autonomia do aval universaliza a garantia perante terceiros em sentido cambiário, de tal arte que a obrigação do garante abstrai da relação subjacente deste com o emitente, igualmente estranho ao compromisso configurado *erga omnes* na própria prestação da garantia. Esta há de ser eficaz exclusivamente ao portador, em benefício do qual se prestou, ainda que indeterminado no momento da prestação da garantia. A menos que entre avalista e credor da soma cambiária se evidencie outro negócio subjacente, a justificar oposição de exceção pessoal, *ex causa*, por parte do primeiro, nada há que obste a execução da garantia exclusivamente contra quem a prestou. Ao avalista restará o regresso contra o emitente avalizado, mas a obrigação cambiária, aqui, já é diversa e inconfundível com aquela assumida pelo avalista perante o credor legitimado da soma cambiária. Preside a matéria, pois, a autonomia das obrigações, independendo a obrigação do avalista para com o credor da obrigação do avalista para com o emitente avalizado.

6. Desatendido porventura esse princípio cardial, desnaturada resultaria a própria estrutura do título de crédito, em que a autonomia de cada obrigação representa não só a unilateralidade da vontade declarada de quem se obriga, como a segurança da exigibilidade do crédito contra qualquer coobrigado. Tal é conseqüência da especificidade do direito cambiário, que propicia ao credor certeza e segurança de eficácia peculiar compatível, aliás, com a função do título de crédito na economia, que o ordenamento positivo privilegia com tratamento diferenciado. Trata-se, em última análise, de exigências próprias da disciplina dos títulos cambiais, cujo delicado mecanismo jurídico, nas palavras de Ascarelli, obriga a remontar a princípios mais rigorosos e profundos do que os necessários para explicar outros institutos. [1]

7. Reconhece o aresto da 4.ª Câmara do 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo a prevalência das regras de direito cambial sobre as normas de direito comum. E o faz exatamente para sublinhar o caráter peculiar da chamada *solidariedade* dos coobrigados na nota promissória, particularizada pela autonomia das relações cartulares. A essa característica fundamental dos títulos de crédito, por vezes chamada de independência das obrigações, corresponde relevante função

1. *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, Saraiva, São Paulo, 1943, trad. de Nicolau Nazo, p. 5.

no sistema de direito, de sorte que, para lembrar a veneranda lição de José Maria Whitaker, cada um responde pela própria declaração, quaisquer que sejam os motivos pelos quais não foram cumpridas as declarações dos outros responsáveis. [2] Sensivelmente diferente é a norma do direito comum, definidora da solidariedade passiva: pode o credor exigir de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a *dívida comum*. No primeiro caso, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto. [3]

8. A diversidade de que se trata mais se acentua no contraste entre a fiança e o aval, sob o aspecto enfocado. Acima dissemos que a obrigação do avalista para com o credor independe da obrigação do avalista para com o emitente avalizado. Decorre do princípio a inoponibilidade, pelo avalista-executado ao credor-exeqüente, das exceções *ex causa* que digam respeito ao emitente-avalizado. Já o fiador pode opor ao credor não só as exceções que lhe forem pessoais, como as extintivas da obrigação que compitam ao devedor principal afiançado. [4] Isso porque a fiança decorre diretamente do contrato de garantia subjacente, do qual irradiam efeitos de duas ordens: entre credor e fiador, e afiançado e fiador. Nem mesmo o benefício de ordem elide essa dúplice vinculação do garante, mas tão-somente assegura ao fiador a prerrogativa de abster-se de pagar antes de acionado o devedor principal. Tal benefício, previsto na lei civil, não socorre o avalista, exatamente em virtude da autonomia da obrigação assumida por ele. A equiparação da obrigação do avalista à do avalizado, [5] legitimado o portador da nota a agir contra qualquer dos dois, exclui qualquer conotação de sujeição preferencial: caberá ao portador a escolha, liberto de qualquer critério de ordem necessária.

9. Análise mais profunda da autonomia das declarações cambiais conduzirá o estudioso a deter-se com mais vagar na temática da abstração, inerente ao título de crédito (no caso, à nota promissória) na medida em que se considera que, para sua validade, prescindem de causa os negócios abstratos, entendendo-se como causa, em sentido material, a razão do negócio ou sua intenção econômico-jurídica. Vale a antiga observação de La Lumia, no sentido de que a abstração não é conceito de direito positivo, senão expressão da linguagem científica para designar a autonomia da relação negocial com respeito à possível intenção das partes. [6] Na sua expressão cambiária, a abstração individualiza o aval, como negócio autônomo, cujo efeito prático se projeta face ao portador, mas ao mesmo tempo universaliza seu alcance, na medida em que se beneficiará da garantia qualquer portador legitimado, segundo a lei de circulação do título.

10. O problema se cifra, pois, na consideração da oponibilidade de exceções do avalista face à pretensão do portador, como excludente da oponibilidade de exceções próprias do avalizado face a tal pretensão. Na raiz da indagação se encontra a diversidade dos *rapporti fondamentali*, matéria que o gênio de La

2. *Letra de Câmbio*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 7.ª ed., 1963.
3. Cf. CC, art. 904.
4. Cf. CC, art. 1.502.
5. Cf. art. 32 da Lei Uniforme de Genebra e art. 15 da Lei Saraiva.
6. *L'obbligazione cambiaria e il suo rapporto fondamentale*, Vallardi, Milão, 1923, p. 49.

Lumia, no primeiro quartel do século, explorou com magistral proficiência, notadamente como fonte das exceções oponíveis. [7]

11. Sob essa ótica, nenhum sentido faria, com efeito, deferir-se, em processo de execução contra avalista, o chamamento do emitente das notas promissórias. Acertada, pois, a solução do acórdão sob exame.

12. Além dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, que o aresto menciona, no mesmo sentido da inadmissibilidade do chamamento ao processo do emitente da cambial por não lhe ser aplicável o art. 77, III, do CPC, outros, mais recentes, confirmam o rumo da jurisprudência do Pretório Excelso: RE 86.601-RJ, Relator Min. Xavier de Albuquerque [8] e RE 91.266-SP, Relator Min. Rafael Mayer. [9] Especial referência merece, no entanto, a decisão no RE 89.142-SP, Relator Min. Antonio Neder, por sua exaustiva demonstração da tese hoje vencedora. [10] Do voto do Min. Cunha Peixoto colhe-se expressiva distinção entre a coobrigação cambiária e a solidariedade do direito civil, fundada na inexistência de *dívida comum* nos títulos cambiais, o que encontra respaldo não só na melhor doutrina nacional como na lição de juristas consagrados no exterior, como a de Supino, que tratou da espécie como *solidariedade modificada*, realçando que a solidariedade, em sentido próprio, requer unidade de causa, bem como vínculo que une as obrigações, o que inocorre nas cambiais, caracterizadas pela autonomia das obrigações que encerram e pela causa própria de cada uma.

13. Exatamente nessa linha de raciocínio, recorrendo à peculiaridade do negócio cambiário e das obrigações autônomas declaradas no teor da cártula, é que procuramos demonstrar o acerto do acórdão acima transcrito, de que foi Relator designado o Juiz Vieira de Moraes. O pronunciamento da 4.ª Câmara do 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo deu guarida aos princípios fundamentais do direito cambiário, baseado na coerência do ordenamento positivo, acolhendo os mais significativos ensinamentos doutrinários e afinando com a tendência cada vez mais definida do Supremo Tribunal Federal no tocante à matéria *sub judice*, de alta indagação jurídica e significativa relevância prática.

José Alexandre Tavares Guerreiro

7. Ob. cit., *passim*.
8. RTJ 90/565.
9. RTJ 91/1.169.
10. RTJ 90/1.039.

ATUALIDADES

SUPREMO DECIDE: CONSÓRCIOS PODEM USAR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

PAULO SALVADOR FRONTINI

Recente decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, em sessão *plenária*, pôs fim, ao que tudo indica, à larga controvérsia jurisprudencial referente à exclusividade, ou não, da utilização da alienação fiduciária em garantia pelas instituições financeiras.

Com efeito, julgando o RE 90.636, de São Paulo, decidiu a mais alta Corte Judiciária da Nação, unanimemente, que o instituto não tem sua aplicação restrita às instituições financeiras *em sentido estrito* (sociedades de crédito, financiamento e investimento, e bancos).

A ementa da importante decisão, publicada no DJU de 18.6.79, assim está redigida: "Alienação fiduciária em garantia. A garantia real (propriedade fiduciária) decorrente de alienação fiduciária em garantia pode ser utilizada nas operações de consórcio, que se situam no terreno do sistema financeiro nacional, e que se realizam sob fiscalização do Poder Público, da mesma forma como ocorre com as operações celebradas pelas financeiras em sentido estrito. Recurso extraordinário conhecido e provido".

Relatou a matéria o eminente Min. Moreira Alves, cuja opinião doutrinária a respeito do tema já era conhecida, desde quando a externara em sua monografia *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. Nesse livro, o ilustre civilista previamente explicita sua posição em face da antiga redação do art. 66 da Lei 4.728. Lê-se (p. 99): "...na vigência do teor originário do art. 66 da Lei 4.728, nenhum elemento lógico havia, contrário ao entendimento de que a alienação fiduciária em garantia era instituto de direito comum. Os princípios que disciplinavam a alienação fiduciária estabeleciam uma situação de equilíbrio na proteção dos interesses do credor e do devedor, dando a este, inclusive, amparo que não o deixava menos protegido do que o devedor pignoratício, anticrético ou hipotecário, uma vez que lhe dava direito ao saldo, acaso existente, entre o preço da venda e o débito, e proibia, sob pena de nulidade, o pacto comissório. Equilíbrio esse que dispensava, para a proteção do devedor, se encontrasse o credor sob fiscalização de qualquer órgão governamental". Linhas adiante, já examinando a matéria em face do Decreto-lei 911, observa o autor que este diploma "ao disciplinar a ação de busca e apreensão, restringiu de tal forma a defesa do réu que tornou evidente a inaplicabilidade do instituto nas relações entre particulares" (p. 101). Corolário dessas reflexões, apresenta o eminente Ministro, logo à frente, a conclusão de que "em face da nova disciplina que o Decreto-lei 911 deu à alienação fiduciária em garantia, somente poderá o instituto ser utilizado pelas instituições financeiras em sentido amplo e por entidades estatais ou paraestatais, ainda que não se enquadrem entre aquelas (como sucede com o INPS). Em ambos os casos, pela fiscalização a que está sujeito o credor, ou pela presunção de que goza como entidade de natureza pública, bem como pelo interesse público que está em jogo, justifica-se a prevalência que se dá à proteção do credor e diminui-se o risco que sofre o devedor com o cerceamento de sua defesa" (p. 102).

Embora não tenhamos em mãos, ao redigir estas linhas, as notas taquigráficas que compõem o inteiro teor do v. julgado, bem se percebe que foi essa interpretação que predominou, sem votos discrepantes, naquele respeitabilíssimo plenário. O acórdão, com efeito, considerou a recorrente, uma empresa de *consórcio de automóveis*, como entidade cujas operações se situam no *terreno do sistema financeiro nacional*, eis que sujeitas à fiscalização das autoridades públicas. Parece lícito concluir, na linha desse raciocínio, que as empresas de consórcio integram, conseqüentemente, o conceito de *instituições financeiras em sentido amplo*.

O entendimento consagrado na decisão do STF prestigia, assim, a chamada *corrente intermediária*. Diverge da posição radical que limita o emprego da alienação fiduciária exclusivamente às sociedades financeiras e bancos de investimento, posição essa arrimada em respeitável doutrina (Alfredo Buzaid, Paulo Restiffe Neto, Carlos Godinho, Milton Prado de Carvalho, Arnoldo Wald, Oswaldo Optiz e Orlando Gomes; cf. minuciosa remissão doutrinária feita por Paulo Restiffe Neto, *Garantia Fiduciária*, pp. 68 e ss.) e em jurisprudência até então predominante nos pretórios estaduais, especialmente no E. 1.º TACivSP (RT 517/146; 515/145; *Julgados* 49/109; 47/177; 50/32; 50/87; 51/42; 52/83). E diverge, por igual, da exegese mais liberal, que admite a utilização do instituto por qualquer pessoa (tal qual entendia o Min. Moreira Alves antes do advento do Decreto-lei 911), sendo expressivo testemunho da posição liberal o famoso voto do então Des. Cunha Peixoto, na 3.ª Câmara Civil do E. TJMG, publicado na RT 481/194. Nesse voto, já dizia S. Exa.: "Não resta dúvida haver ela (a alienação fiduciária) emprestado maior garantia às financiadoras do mercado específico de capitais, mas isto não impõe a exclusão de outras pessoas neste negócio jurídico: a alienação fiduciária, em garantia." Advertia, porém: "A obrigação garantida deve, porém, representar uma alienação do devedor ao credor precisando, pois, o julgador examinar com cuidado a possibilidade do aparecimento de negócio simulado, com o intuito de aproveitar as regalias deste instituto". Cabe notar que o voto do ilustre Magistrado e douto comercialista foi dado em 1975, já vigentes as modificações introduzidas pelo Decreto-lei 911.

No julgamento do RE 90.636, o antigo Desembargador de Minas Gerais, hoje integrando também o STF, exarou voto, dizendo, apenas, que reiterava os votos dados no julgamento dos RE 90.209 e 90.652, cujo conhecimento permite aferir o posicionamento do eminente Ministro na controvertida matéria.

A orientação assumida pelo mais elevado Tribunal brasileiro, sobre referendar a opinião doutrinária de Fran Martins (*Contratos e Obrigações Comerciais*, 5.ª ed., p. 238), abona expressivos acórdãos da justiça paulista, como se vê à RT 518/145; 508/137; 480/152; *Julgados*, 50/107, ou simples votos vencidos, como o do Juiz Paulo Shintate (*Julgados* 49/110), cuja posição coincide com a assumida pelo eg. STF.

Mais do que argumentos fundados em mero tecnicismo jurídico, valiosos e idôneos em prol de qualquer das correntes em debate, pensamos que a decisão do eg. STF mostra-se coerente com a tendência histórica dos institutos de Direito Comercial. Estes, surgidos para reger exclusivamente relações específicas do mundo mercantil, têm sempre e sempre superado essas divisas, invadindo e ocupando espaços jurídicos originariamente sitos no plano das obrigações mera-

mente civis. Afinal, é isso que revela a proliferação do uso da forma da sociedade comercial para disciplinar a atividade privada civil; a adoção da técnica dos títulos de crédito nas obrigações civis (títulos de crédito rurais; duplicata de prestação de serviços, etc.); a sensível assemelhação da *insolvência civil* ao instituto, francamente comercial, da falência, e assim sucessivamente. Nesse sentido, a decisão do eg. STF abre caminho para que também a alienação fiduciária em garantia dê um passo à frente, no rumo de tornar-se menos uma figura específica do Direito Comercial, e mais um instituto de origem comercial, comum ao Direito Privado, Civil ou Comercial.

É esse, sem dúvida, o mais expressivo ensinamento que haurimos na palavra final do órgão de cúpula do Poder Judiciário.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Alterações propostas na respectiva legislação pelo Projeto de Lei 1.960/1979, de autoria do Dep. Odacir Klein.

LUIZ MÉLEGA

1. Mais uma vez o instituto da alienação fiduciária em garantia corre o risco de sofrer modificações que se não ajustam à sua natureza jurídica e que, se efetivadas, podem comprometer-lhe a eficiência e reduzir-lhe o campo de aplicação.

Tais modificações constam do projeto de lei federal apresentado ao Congresso Nacional pelo Sr. Odacir Klein, que a pretexto de promover a consolidação das disposições legais que hoje disciplinam a matéria, atualizando algumas delas para se conformarem com os dispositivos do atual Código do Processo Civil, introduz-lhes alterações de suma relevância.

O projeto de lei referido contém dezessete artigos que podem ser assim resumidos:

1.1 — O art. 1.º contém a definição da figura jurídica, em tudo idêntica à que prevalece na legislação em vigor. O art. 2.º alude à formalização do instituto jurídico, no seu sentido de prova capaz de obrigar os contratantes, com a única alteração consistente no local onde deve ser registrado o contrato respectivo, que passaria a ser o Registro de Títulos e Documentos do domicílio do *devedor* ao invés do domicílio do credor, como é agora. Os arts. 3.º e 4.º cuidam de detalhes sobre o bem objeto do contrato, necessários para identificá-lo a qualquer tempo, não trazendo, nesse particular, qualquer matéria nova. Já o art. 5.º disciplina a venda do bem objeto da alienação fiduciária em garantia, em caso de inadimplência ou mora do devedor, caso em que o proprietário fiduciário ou credor deverá requerer a *venda judicial*, exigência essa não prevista na legislação atual, que autoriza a venda independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa constante do contrato. Os arts. 6.º e 7.º repetem matéria inscrita na legislação em vigor, alusiva a certas restrições na liberdade de contratar, como aquela que considera nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa, se a dívida não for paga no respectivo vencimento. No art. 8.º, que também repete disposição hoje em vigor, está escrito que se o devedor alienar ou der em garantia a terceiros coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2.º, I, do CC. O dispositivo em questão, que é do CP (Decreto-lei 2.848, de 7.12.1940) e não do Código Civil, pune a infração com a pena de reclusão de um a cinco anos e multa de Cr$ 500,00 a Cr$ 10.000,00. Os arts. 9.º, 10 e 11 repetem disposições já em vigor. Com referência ao § 3.º do art. 11, pretende o autor do projeto que, requerendo o devedor a purgação da mora, ser-lhe-á concedido prazo não superior a *trinta* dias para efetuar o pagamento, ao invés do prazo atual que é de até *dez* dias; ainda com referência ao art. 11, diz o seu § 5.º que da sentença que deferir a busca e apreensão do bem, caberá apelação apenas no efeito devolutivo, não impedindo a *venda judicial* do bem alienado fiduciariamente, o que importa em

novidade, já que pela legislação atual o recurso não impede a *venda*, que não precisa ser judicial. O art. 12 é uma versão atualizada do que dispõe o art. 4.º do Decreto-lei 911, de 1.10.1969, ao passo que o art. 13 é reprodução do art. 5.º do mesmo Decreto-lei, havendo o seu parágrafo único atualizado as disposições do Código do Processo Civil que se aplicam à hipótese de execução da dívida. O art. 14 se limita a proibir o aval na alienação fiduciária. Os arts. 15 e 16, que cuidam da sub-rogação no caso de liquidação da dívida por terceiros e das hipóteses de falência do devedor, repetem disposições da legislação agora em vigor. O art. 17 pretende a vigência da lei a partir de sua publicação, caso o projeto consiga êxito no Congresso e sanção do Sr. Presidente da República.

2 — Como já tivemos oportunidade de dizer em outro estudo, analisando projeto de lei que visava introduzir importantes modificações no mesmo instituto (Projeto de Lei federal 4.954/78), o governo brasileiro tem, nos últimos anos, estimulado a produção, por todos os meios e modos, especialmente através de incentivos fiscais e de medidas tendentes a dar maior flexibilidade possível ao mercado de capitais.

A Lei 4.595 de 31.12.1964, que estruturou e regulou o Sistema Financeiro Nacional, fixou as características das instituições financeiras, cuja atividade consiste inclusive na aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros (art. 17) que se convertem, obviamente, em investimentos destinados ao incremento da produção.

A esse diploma legislativo deve conjugar-se a Lei 4.728 de 14.7.1965, que disciplinou o mercado de capitais e estabeleceu medidas para o seu desenvolvimento. Esta Lei cuidou de um aspecto particular do financiamento ao consumo, qual seja a alienação fiduciária em garantia, estruturada no seu art. 66, com a nova redação que lhe deu o Decreto-lei 911/69.

É de palmar evidência que o desenvolvimento da produção está intimamente ligado ao mercado consumidor, quer externo, quer interno.

No mercado exterior, incumbe ao Poder Público criar condições favoráveis à capacidade competitiva do produto nacional.

No mercado doméstico, é imperioso cogitar inclusive da absorção do produto pelo consumidor. Decorrem daí as medidas tendentes a criar instrumentos adequados para auxiliar o consumidor na aquisição de bens que lhe proporcionem conforto, sem descurar das garantias necessárias que tutelem os legítimos interesses do vendedor.

Um desses instrumentos é o financiamento, que tanto pode ser feito pela própria empresa vendedora, como por terceiros, especialmente as sociedades de crédito e financiamento, conhecidas como "financeiras".

Quando o próprio vendedor financia o adquirente, poderá ele recorrer às financeiras, para repasse ou refinanciamento do crédito concedido ao comprador. Entretanto, pode a financeira conceder crédito direto ao consumidor, pura e simplesmente, ou mediante interveniência do próprio vendedor, que assume a posição de coobrigado.

Podem-se imaginar várias fórmulas para garantia desse crédito, a ser oferecida, quer pelo consumidor, quer pelo coobrigado interveniente.

O que interessa, entretanto, a este comentário, é a alienação fiduciária em garantia, assim definida no art. 66 da Lei 4.728/65, com a redação que lhe deu o Decreto-lei 911/69: "A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal".

O devedor tem a posse direta da coisa alienada, da qual é depositário, podendo usá-la, como é óbvio, pois para tanto é que efetuou a aquisição.

Dir-se-ia que qualquer espécie de dívida pode ser garantida com a alienação fiduciária.

Não é esse, certamente, o objetivo da Lei 4.728/65, a qual visa especialmente a abertura de um crédito em favor do consumidor, embora isso possa ser feito também em favor do fabricante ou vendedor, para reforço de seu capital de giro, tudo dependendo de autorização por parte das autoridades monetárias.

A abertura de crédito gera uma obrigação do creditado, em garantia de cujo cumprimento é feita a alienação fiduciária. Semelhante obrigação é estipulada em contrato em que tomam parte a financeira e o consumidor, e também o vendedor interveniente, se isso for ajustado.

Segundo normalmente acontece, o devedor (consumidor) saca contra a financeira, que as aceita, letras de câmbio que esta última coloca no mercado, para captação de numerário.

A financeira deve colocar imediatamente à disposição do consumidor a importância combinada, devendo entretanto pô-la à disposição do vendedor, se a avença for nesse sentido.

Em vez de numerário, pode a financeira oferecer ao cliente seu próprio crédito, através do qual serão efetuados saques que visem cobrir o preço da mercadoria adquirida (automóveis, geladeiras, televisões, etc.).

Esse, em linhas muito sucintas, o mecanismo da abertura de crédito ao consumidor. Com ele se beneficiam o vendedor (produtor ou comerciante), o consumidor, a financeira e o público investidor que adquire as letras de câmbio revestidas de adequadas garantias.

Baste acrescentar que essas letras estão sujeitas a condições especiais, previstas no art. 27 da Lei 4.728/65, dentre as quais figura a correção monetária segundo os índices atribuídos às Obrigações do Tesouro (veja-se letra *c*, art. 1.º, § 1.º da Lei 6.423/77).

2.1 — As instituições financeiras, integrantes do Sistema Financeiro Nacional (art. 1.º da Lei 4.595/64), são definidas como as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros (art. 17 da Lei 4.595/64). Tais entidades somente poderão funcionar no país mediante prévia autorização do Banco Central do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras (art. 18 da Lei 4.595/64).

Quaisquer pessoas físicas ou jurídicas que atuem como instituição financeira, sem estar devidamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil, ficam sujeitas a multa e detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, ficando a esta sujeitos, quando pessoa jurídica, seus diretores e administradores (§ 7.º, art. 44, Lei 4.595/64).

2.2 — É fato limpo de dúvidas, portanto, que só as instituições financeiras devidamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil é que podem, em caráter profissional e habitual, exercer a atividade de coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira.

O contrato de alienação fiduciária em garantia se faz, em essência, para assegurar a satisfação de uma dívida, o que obviamente envolve a movimentação do crédito, a utilização de recursos financeiros de terceiros, atividade que a lei, por motivos óbvios de controle do crédito e política do mercado financeiro, reservou às chamadas entidades financeiras, que funcionam sob a fiscalização e influência do governo federal, através do Banco Central do Brasil.

2.2.1 — Mas não tem sido pacífico, como se sabe, o entendimento segundo o qual o contrato de alienação fiduciária em garantia só pode ser assinado com uma instituição financeira. Em sua monografia *Da Alienação Fiduciária em Garantia*, o eminente civilista e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Moreira Alves, já informava que no sistema do art. 66 da Lei 4.728/65, nada indicava que a alienação fiduciária em garantia não fosse um instituto de direito comum. Já na vigência do Decreto-lei 911/69, que ao disciplinar a ação de busca e apreensão restringiu sobremaneira a defesa do réu, tornou-se impraticável esse negócio jurídico nas relações entre particulares, concorda aquele mesmo civilista, passando então a alienação fiduciária em garantia a ser utilizada pelas instituições financeiras em sentido amplo e pelas entidades estatais ou paraestatais, ainda que se não enquadrem entre aquelas (*apud* Paulo Salvador Frontini, *RT Informa*, 225/25).

Em recente decisão, noticiada por *RT Informa* 225/25, o Supremo Tribunal Federal admitiu que a garantia real decorrente da alienação fiduciária em garantia pode ser utilizada nas operações de consórcio, que se situam no terreno do sistema financeiro nacional, e que se realizam sob a fiscalização do Poder Público, da mesma forma como ocorre com as operações celebradas pelas financeiras em sentido estrito.

Essa decisão poderá conduzir ao seu término a larga controvérsia em torno à exclusividade, ou não, da utilização da alienação fiduciária em garantia pelas instituições financeiras. Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal prestigia a chamada corrente intermediária, que se situa entre o radicalismo, que restringe o emprego do instituto exclusivamente às sociedades financeiras e bancos de investimentos (Alfredo Buzaid, Paulo Restiffe Neto, Carlos Godinho, Milton Prado de Carvalho, Arnoldo Wald, Oswaldo Opitz e Orlando Gomes) e a corrente liberal, que faculta o uso desse negócio jurídico por qualquer pessoa, como entendia o Min. Moreira Alves antes do advento do Decreto-lei 911/69 e Cunha Peixoto, em voto proferido na 3.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, quando ainda desembargador (RT 481/194).

3 — Pelo que foi exposto nos itens anteriores colhe-se a convicção de que a alienação fiduciária em garantia, no Direito brasileiro, insere-se no chamado Sistema Financeiro Nacional, desempenhando importante papel no complexo das garantias usadas na captação de recursos no mercado de capitais, o que justifica as cautelas que a cercam, já que os infortúnios que eventualmente a possam afetar geram vicissitudes que não molestam apenas as partes envolvidas no contrato, mas que podem ir além, perturbando inclusive o comportamento de outros setores do sistema financeiro.

3.1 — Não parece apropriado, por isso, o confronto pretendido pelo autor do projeto entre a venda com reserva de domínio e a alienação fiduciária em garantia, do qual extraiu os motivos com que pretende justificar as alterações sugeridas, entre as quais se destaca a exigência da *venda judicial* do bem nas hipóteses de mora ou inadimplemento do devedor.

Pelo sistema atual, ocorrendo aquelas hipóteses, o credor pode vender a coisa alienada em garantia, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer medida judicial ou extrajudicial, a não ser que as partes tenham convencionado de forma diferente no contrato. E está correto tal sistema, que defere às partes interessadas estipularem o que for de sua mútua conveniência. O argumento de que o credor poderá vender o bem por preço vil não impressiona. Em primeiro lugar porque subsistirá sempre a sua responsabilidade pela venda precipitada ou desastrosa. Em segundo lugar porque terá ele evidente interesse em alcançar o melhor preço possível, caminho mais curto para que possa cobrar o saldo do preço, juros, correção monetária e possíveis penalidades pecuniárias eventualmente contratadas.

Não se coaduna com a especial natureza do instituto a exigência de venda judicial, que gera problemas outros como a prévia avaliação do bem, tudo requerendo tempo e acarretando despesas que podem mesmo exaurir o resultado alcançado na alienação judicial, com dano não só para o credor, mas principalmente para o devedor, que continuará responsável pela liquidação da dívida. Pelos mesmos argumentos deve ser rejeitada a dilação de prazo para que o devedor possa efetuar o pagamento na hipótese de purgação da mora.

3.2 — Não vemos também motivo algum para que se torne defeso o aval nas transações de alienação fiduciária em garantia. Se o devedor concorda em fornecer essa garantia adicional, o que muitas vezes torna possível a realização de negócio não considerado seguro com a simples alienação fiduciária, dada a natureza do bem alienado, a proibição só serviria para dificultar o negócio ou torná-lo mais oneroso mediante a contratação de fiança, como parece admitir o projeto no seu art. 15. Atualmente não há dúvida de que o aval é admitido, pois está dito no art. 6.º do Decreto-lei 911/69, que o *avalista*, fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida do alienante ou devedor, sub-rogar-se-á, de pleno direito no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária. O princípio da autonomia da vontade não justifica que o aval seja excluído nessa modalidade de transação, principalmente quando se nota que o autor dessa sugestão não aduziu um argumento sequer em benefício dessa exclusão.

3.2.1 — O crédito está sempre presente no mundo dos negócios. Como muito bem assinala P. R. Tavares Paes, em *Enciclopédia Saraiva do Direito* 9/436

e seguintes, expressão de diverso significado, tem o crédito em sua raiz a idéia de confiança aplicada aos negócios. Propicia ele, no entanto, os riscos naturais de toda atividade econômica. Daí por que o credor não se sente tranqüilo com as garantias que lhe oferece o direito comum. Nem se julga seguro com as garantias que os bens do devedor lhe podem oferecer, pois o tempo, que tudo consome, que tudo desgasta, inexoravelmente destrói ou avilta o valor desses bens, desfalcando a garantia, circunstância que na conjuntura do inadimplemento do devedor, não permite ao credor extrair desses bens o suficiente para a cobertura do seu crédito. Há necessidade, assim, de reforçar as garantias, como norma comum aos negócios jurídicos em geral e às transações creditícias em especial.

Quando o crédito se transmuda em documento escrito e formal, que o materializa, transferível a terceiros de modo singelo, tem-se o título de crédito. E, com a finalidade de robustecer o crédito de um dos signatários do título, aparece o aval, instituto, ou melhor, garantia especialíssima do direito cambial.

3.2.2 — Não se contesta que o aval seja uma garantia cambiária típica, destinada a assegurar a liquidação da letra de câmbio e da nota promissória, assim como de outros títulos de idênticas virtudes, como os cheques e as duplicatas. À semelhança do que ocorre em outros países, como a Alemanha, Itália, Suíça e Áustria, no Brasil só se consente o aval no título. Fora deste é mera fiança extracambiária (Manteucci, lembrado por Lauro Muniz Barreto em *O Direito Novo da Duplicata*, vol. 2.º, 1974, p. 98).

3.2.3 — Nessa linha de raciocínio, parece óbvio admitir-se que o autor do projeto de lei objeto deste comentário pretende tornar defeso o aval nos títulos de crédito emitidos pelo devedor ou de sua responsabilidade, como reforço do contrato de alienação fiduciária, pois sendo o aval uma garantia eminentemente cambiária, ficaria desnaturado se porventura figurasse no contrato, aparecendo aí como mera fiança despida dos atributos que fortalecem aquela típica garantia cambiária.

Por isso mesmo não pode referir-se ao contrato de alienação fiduciária em garantia a proibição sugerida pelo autor do projeto de lei referido, mas ao aval consignado nos títulos de crédito destinados ao reforço da garantia decorrente da alienação fiduciária, o que nos parece fora de propósito, ainda mais pelo sentido discriminatório da medida pretendida.

3.3 — A alteração que obrigaria o registro do contrato no Registro de Títulos e Documentos *do domicílio do devedor* e não do domicílio do credor, é, para nós, irrelevante, pois a prática indica que, de forma geral, há coincidência quanto aos domicílios de credor e devedor. A sugestão, contudo, não constitui novidade, pois já consta do § 1.º do art. 1.393 do Projeto de Código Civil, na versão divulgada pelo *Diário do Congresso Nacional* de 13.6.1975 — Suplemento (B) ao n. 061 — Mensagem 160/75 — Projeto de Lei 634/75.

4 — Por tudo quanto foi exposto somos de opinião que o projeto de lei em exame não tem méritos que recomendem a sua aprovação. Acusa ele graves erros de redação, como se vê do § 2.º do art. 5.º, onde se inscreve uma opção ao *devedor* que evidentemente pertence ao credor. Também no art. 8.º o autor do projeto alude à pena prevista no art. 171, § 2.º, 1, do CC, quando é óbvio que se trata de disposição do CP.

Adicione-se que o instituto da alienação fiduciária em garantia está contemplado no Projeto de Código Civil, elaborado por uma Comissão composta de eminentes juristas, o que mostra a inconveniência, nesta oportunidade, de modificações ou alterações que possam prejudicar a unidade do sistema. No aludido Projeto o instituto foi recolhido com observância dos principais detalhes que lhe definem a natureza, detalhes esses disciplinados nos arts. 1.393 a 1.400 (*Diário do Congresso Nacional* de 13.6.1975 — Suplemento (B) ao n. 061), o que bem revela as virtudes da legislação atual sobre essa importante figura jurídica, agora já beneficiada também pela elaboração doutrinária e pela exegese dos tribunais.

INPI VITORIOSO NOS DOIS PRIMEIROS LITÍGIOS JUDICIAIS RELATIVOS A CONTRATOS DE EXPLORAÇÃO DE PATENTE E DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

DENIS ALLAN DANIEL *

Introdução

O objetivo deste trabalho é resumir e analisar fatos relativos às primeiras medidas judiciais, julgadas recentemente por juízes federais, [1] referentes à transferência de tecnologia e exploração de patente, após o Ato Normativo 15, de 11.9.1975, do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

Algumas informações apresentadas aqui talvez sejam de interesse, pois revelam o quadro de fatores políticos e econômicos que atuam no INPI nas questões relativas ao licenciamento de marcas e patentes e transferência de tecnologia. O INPI se viu na condição de justificar os fatores determinantes das exigências que fizera durante o exame dos contratos e, até mesmo de ter que propugnar pela sua competência legal para aprovar e averbar contratos que envolvam transferência de tecnologia e exploração de patente.

Tais medidas visaram à obtenção de uma ordem judicial capaz de obrigar o INPI a tornar sem efeito as exigências feitas e, em conseqüência, averbar os contratos independentemente de apreciação de mérito, sob a alegação de que ao INPI cabia, portanto, averbar ou anotar o contrato, nada mais. Mas, assim não entendeu o julgador.

O primeiro caso

O primeiro caso é o mandado de segurança impetrado pela Resana S/A Indústrias Químicas, empresa brasileira, especializada na fabricação de resinas sintéticas, que iniciou negociações, em 1974, com a Companhia Francesa Sacilor — Acières et Laminoirs de Lorraine visando à celebração de um contrato de exploração de patente.

A licenciada elaborou a minuta do contrato e a apresentou ao INPI para "consulta prévia", juntamente com uma carta datada de 24.4.1975, isto é, alguns meses antes da entrada em vigor do Ato Normativo 15, citado, que fixou as normas relativas à transferência de tecnologia e à exploração de marcas e patentes.

Em 8.8.1975, antes ainda do referido Ato, o INPI, após analisar a minuta do contrato, dirigiu-se à licenciada formulando diversas exigências. A licenciada

* Sócio da firma Daniel & Cia., Agente de Propriedade Industrial, Rio de Janeiro. Palestra realizada em Coral Gables, Flórida, em 30.4.1980, a convite do *International Center of Flórida*.

1. A sentença da juíza Dra. Tânia de Melo Bastos, da 1.ª Vara Federal, do Rio de Janeiro, foi proferida em 27.11.1979, e do Juiz Dr. José Gregório Marques, da 7.ª Vara Federal, do Rio de Janeiro, em 19.3.1980.

respondeu em 21.8.1975, comentando cada uma das exigências e esclarecendo que, em virtude das exigências, renegociara certas disposições contratuais com a licenciadora, tanto que apresentou, em 22.4.1976, nova minuta do contrato de exploração.

Em 24.4.1978, um dos dois pedidos de patente, abrangidos pelo contrato, foi deferido e, em 11.6.1979, o INPI voltou à licenciada informando que várias outras exigências estavam sendo feitas para adequar o contrato à sua aprovação. Essas exigências já estavam baseadas no Ato Normativo 15, que como se viu, quando das primeiras exigências, ainda, não vigorava.

Frustrada, a licenciada argumentou que o atraso na averbação do contrato causava-lhe sérios prejuízos financeiros e técnicos. Optou, então, pelo mandado de segurança para obrigar o INPI a retirar as exigências e averbar o contrato. No seu pedido ao juiz, a Resana argumentou ter direito líquido e certo à averbação do contrato no INPI, sustentando, outrossim, ser o mandado de segurança remédio jurídico próprio para impedir "o uso arbitrário do poder público". Asseverou a licenciada que a não averbação do contrato, em prazo curto, havia-lhe impedido o acesso a modernas tecnologias, afetando substancialmente seu faturamento, e causando a perda de mercado para subsidiárias de multinacionais, que costumam trazer para o país novas tecnologias sem perda de tempo e sem interferência do INPI. Concluindo, a Resana assinalou que o mandado deveria ser concedido em vista do abuso de poder que o INPI se atribuía.

A defesa do INPI

O juiz solicitou informações ao INPI e, de início, o seu Procurador-Geral [2] deixou claro que o mandado de segurança não devia ser julgado com base em preceitos legais, mas, sim, à luz de considerações de ordem política e econômica. Esclareceu que a averbação de contratos de exploração de patente é matéria incluída no poder de polícia do Estado, não sendo, assim, regida por dispositivos legais que agasalhem direito líquido e certo. Comentou, ainda, que a impetrante, para demonstrar direito líquido e certo, deveria ter analisado, na impetração, cada uma das exigências. Não o fez justamente por inexistir qualquer dispositivo legal que viesse em seu socorro.

O Procurador-Geral acrescentou que, com efeito, a contratação externa de licença de exploração de patentes, com pagamento de *royalties*, refletia-se no balanço comercial de pagamentos, estando, pois, sujeita à ação discricionária governamental, dada a necessidade não só de controlar o fluxo de moedas estrangeiras, como também do limite de endividamento nacional. Afirmou que, em virtude da indeclinável necessidade do ajustamento do desenvolvimento nacional ao balanço cambial, os contratos que se relacionam com a transferência de tecnologia estrangeira estão direta e necessariamente vinculados à política cambial. A averbação do contrato de exploração de patente, ajustado pela impetrante, fica condi-

2. Dr. Nelson Fagundes de Mello, Procurador-Geral do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

cionada a registro no Banco Central para fins de remessa de *royalties* [3] e de dedutibilidade fiscal das importâncias pagas. [4]

Ainda, segundo o Procurador, a função do INPI, no exame dos contratos de transferência de tecnologia estrangeira, constitui um processo de intervenção no domínio econômico, com amparo no art. 163, da Constituição Federal. [5] Essa função visa à proteção do Estado ante o interesse público.

Prosseguindo, a mesma autoridade declarou estar o INPI investido de poderes discricionários reguladores da política de transferência de tecnologia estrangeira, onerosa no balanço nacional do pagamento, de modo a proporcionar o necessário ajuste à política governamental de desenvolvimento do país. Para ilustrar sua exposição, o Procurador citou o seguinte trecho de um estudo [6] de Carlos Guimarães de Almeida: "Importar tecnologia, não há dúvida, é uma forma de transação econômica como qualquer outra, e todos os países o fazem, dependendo apenas do estágio de desenvolvimento em que cada um se encontra. Mas a natureza dessa operação, sua conveniência, suas repercuções na economia interna e no balanço de pagamento, impõem a necessidade de análises, críticas e opções econômico-financeiras e monetárias, que não podem ser omitidas pelas entidades oficiais com ingerência na matéria".

Salientou, ainda, que cumpre ao INPI a disciplina do fluxo de tecnologia não só do exterior para o país, como dentro de suas fronteiras. Tal disciplinamento se faz para evitar que se importe tecnologia já disponível no Brasil ou desnecessária a seu estágio atual de desenvolvimento, com vistas a propiciar a criação da pesquisa nacional e a proteger empresas dotadas de conhecimentos tecnológicos formados anteriormente. Por essas razões, afirmou, é que o Código da Propriedade Industrial [7] exige que sejam submetidos ao INPI todos os contratos que impliquem em transferência de tecnologia para a respectiva averbação.

Declarou que a base jurídica da autoridade do INPI, para fiscalizar os contratos que impliquem em transferência de tecnologia, é dada pelo art. 126 do Código de Propriedade Industrial, que prevê: "Ficam sujeitos à averbação no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, para os efeitos do art. 2.º, parágrafo único, da Lei 5.648, de 11.12.1970, os atos ou contratos que impliquem em transferência de tecnologia".

A remissão à Lei 5.648 é, segundo o Procurador-Geral, de grande relevância, pois ela condicionou a averbação dos contratos à política de desenvolvimento econômico do país. Com efeito, o parágrafo único do art. 2.º, dessa lei, estabelece: "Sem prejuízo de outras atribuições que lhe forem cometidas, o Instituto adotará,

3. Art. 9.º da Lei de Remessa de Lucros, 4.131, de 3.9.1962.

4. Art. 177, § 30, das Resoluções sobre o Imposto de Renda.

5. O art. 163 da Constituição Federal prevê o seguinte: "São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais".

6. Carlos Guimarães de Almeida, "Aspectos da Execução do Código da Propriedade Industrial", in RDM 13/46.

7. Lei 5.772, de 21.12.1971.

com vistas ao desenvolvimento econômico do País, medidas capazes de acelerar e *regular* a transferência de tecnologia e de estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes, cabendo-lhes ainda pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação ou denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre a propriedade industrial" (o grifo é do texto).

Ressaltou, ainda, ser evidente a impossibilidade de averbação de contratos de transferência de tecnologia que não se ajustem à política de desenvolvimento econômico do País, formulada nos Planos Nacionais de Desenvolvimento, bem como às normas do INPI. A averbação de contratos para transferência de tecnologia deve ser solicitada sem direito subjetivo à averbação, pois ela depende de certas verificações, pelo INPI, de seu ajustamento à política governamental, com o atendimento de condições que dizem respeito aos superiores interesses públicos. Afirmou haver, tecnicamente, poder discricionário, e não arbitrário, como alegado pela impetrante.

Segundo o Procurador-Geral, o exame e a averbação de contratos de transferência de tecnologia estão condicionados à sua compatibilidade com a política econômica e de desenvolvimento do País, disso resultando que inexiste direito líquido e certo à averbação de tais contratos. Como a impetrante foi incapaz de apresentar outras provas, como depoimentos pessoais etc., não cabíveis em ação mandamental, deliberadamente esquivou-se à apreciação do mérito de cada uma das exigências do INPI. Não incidem elas, acrescentou, em qualquer ilegalidade ou arbitrariedade e, embora coubesse à impetrante o ônus de demonstrar o caráter irregular e ilegal dessas exigências, declarou estar disposto a demonstrar que as exigências estavam em harmonia com os princípios de controle político, econômico e jurídico a que se tem de sujeitar a averbação.

Exigências formuladas pelo INPI

São as seguintes as exigências formuladas pelo INPI durante o exame do contrato e a justificativa de cada exigência feita pelo Procurador-Geral do INPI: a) "Modificar o item 11.1, de modo a vincular a obrigação de pagamento de *royalties* ao prazo de vigência da patente".

Justificativa: o contrato de exploração de patente, que implica em transferência de tecnologia, tem por objeto a exclusividade de comercialização do processo LISA, objeto do pedido de privilégio brasileiro 4.008/72. O contrato prevê, na Cláusula 11.1, o pagamento de *royalties* pelo prazo de dez anos. Ocorre, porém, que o prazo de validade da patente, resultante do pedido citado, expira em 21.6.1987, disso decorrendo que ocorrerá a sua extinção antes de terminada a obrigação do pagamento de *royalties*, fato que a legislação não permite. O art. 30, parágrafo único, do Código da Propriedade Industrial dispõe que a averbação do contrato não produzirá efeito, no tocante a *royalties*, quando se referir a privilégio não concedido, ou a privilégio extinto ou em processo de nulidade ou de cancelamento. Há, portanto, expressa disposição de lei que proíbe o pagamento de *royalties* se o privilégio não for concedido, ou após o seu período de validade. Outra exigência: b) "Retirar do item 5.2 o parágrafo no qual a Resana se compromete a não registrar a marca LISA".

Justificativa: não faz sentido obstar o exercício regular do direito de registrar a marca, pois o Código da Propriedade Industrial vigente não concede direito subjetivo resultante de pré-uso por terceiros. O não registrar a marca poderá implicar em que, após ter a concessionária conquistado parcela considerável de mercado, utilizando-se de marca não registrada, cujo uso é obrigatório em vista de uma das cláusulas do contrato, viesse a concedente a efetuar o registro e, assim, causar obstáculos aos negócios da licenciada, o que constituiria abuso.

Dando prosseguimento, o Procurador-Geral disse que tal procedimento, que consiste em captar clientela para terceiros, através do uso de uma marca de propriedade de outra parte que não a licenciada, é sabidamente nocivo aos países em desenvolvimento, o que explicitamente reconhecem as leis argentina e mexicana.

A seguir, outra exigência: c) "Modificar o item 14.2, de forma a estabelecer que a Sacilor (a licenciadora) arcará sozinha com os ônus resultantes de quaisquer ações de terceiros referentes a infrações de patentes".

Justificativa: num contrato de transferência de tecnologia, a concedente transfere, onerosamente, o uso das informações tecnológicas. É natural que a concedente garanta a concessionária contra eventuais reivindicações de terceiros que cubram a área tecnológica da informação transferida. Esclareceu o Procurador-Geral que, caso o pedido de privilégio seja depositado por terceiro em data *posterior* àquela em que a concedente já dispunha da informação, a patente que resulte do pedido será nula por faltar-lhe o requisito de novidade. Deve, neste caso, a concedente manifestar oposição ao pedido, ou requerer a declaração de nulidade, no caso de ser concedida a patente. Se, por outro lado, o privilégio foi requerido em nome de terceiro, *antes* que a concedente obtivesse a informação, torna-se esta indisponível industrialmente, por possuir, o requerente, direitos exclusivos sobre a invenção. Careceria, assim, de objeto, o contrato de transferência de tecnologia. Deve a concessionária ter a garantia de que não será responsável por ações judiciais instauradas por terceiros com fundamento em infração de direitos de propriedade industrial.

Dando prosseguimento à sua justificativa para a exigência (c), afirmou o Procurador-Geral ser verdade que a lei civil permite a limitação daquela garantia, mediante acordo entre as partes. Entretanto, tal não é o caso do contrato em causa, pois importa em pagamentos ao exterior, fugindo o negócio ao simples âmbito de uma avença entre particulares. Outrossim, visto tratar-se de transferência de tecnologia, matéria sob a tutela constitucional e legal do poder público, não poderia a concedente estrangeira auferir divisas pelo fornecimento, ao país, de mercadoria deliqüescente, ou de valor nulo, sem responsabilizar-se pela integridade jurídica do que vende.

Mais uma exigência: d) "Reduzir em 50% o percentual de remuneração estabelecida no item 11.1, tendo em vista que o pedido de patente 3.172/73 foi arquivado".

Justificativa: o contrato, tal como apresentado originalmente para consulta prévia, incluía o licenciamento de dois pedidos de privilégio que a requerente esperava fossem deferidos pelo INPI. Posteriormente, um dos pedidos foi arquivado. Seria, assim, inconcebível autorizar o pagamento de *royalties* decorrentes de um privilégio não concedido. Mais uma vez, sobreleva-se o interesse público.

Fosse a impetrante responsável pelo pagamento, poderia estar livre para pagar por um direito inexistente. No entanto, a responsabilidade pelo pagamento é arcada pelo Brasil, por afetar as reservas cambiais. É por isso que a exigência limitou o pagamento à única patente concedida no Brasil. Embora se possa argumentar que a redução não deva ser na base de 50%, mas antes de alguma outra percentagem, este cálculo é difícil devido a suas complexidades. Depois, no caso de mandado de segurança, não cabe discutir proporções, pois dependem da apresentação de provas.

O Procurador-Geral concluiu afirmando que o exame do contrato pelo INPI é conseqüência de atribuições definidas expressamente em lei. Como ao INPI cabe examinar os contratos de transferência de tecnologia, a fim de constatar se deve ser feita a sua averbação, isso lhe confere a faculdade de promover exigências ou recusar a averbação. Segundo o seu parecer, a justificação exaustiva de cada exigência demonstrou não ter havido abuso de direito, pois todas elas são indiscutivelmente pertinentes.

A sentença

O Juiz declarou que a questão dependia das exigências oficiais serem novas, de serem repetições de exigências formuladas antes, ou de se referirem a novas cláusulas incorporadas ao contrato e que faziam parte da minuta original apresentada ao INPI para consulta prévia.

Segundo o julgador, não se poderia questionar o poder do INPI em examinar o contrato dentro de critérios políticos e econômicos. Salientou ser isto indubitável face ao disposto no art. 126, do Código da Propriedade Industrial, e da Lei 5.648.

Em seguida, comentou cada uma das exigências do INPI. No caso da exigência (a), comparou a minuta do contrato original com o contrato na forma final, afirmando que a cláusula impugnada pelo INPI não constava na minuta original, tendo sido acrescentada posteriormente à apresentação da minuta.

Quanto à exigência (b), disse o Juiz que o item do contrato que havia dado margem à exigência constava da minuta original do contrato e que não foi impugnado pelo INPI.

Com relação à exigência (c), afirmou igualmente, que a cláusula contratual que deu origem à exigência constava da minuta original do contrato, não tendo sido impugnada pelo INPI.

Referente à exigência (d), declarou que o contrato se referia a dois pedidos de privilégio depositados no Brasil. Como apenas um foi deferido e o outro indeferido, não se justificaria o pagamento integral dos *royalties*, em vista da concessão de uma patente apenas.

Concluindo a sentença, declarou que duas exigências precisavam ser cumpridas: (a) e (d). A primeira, por se tratar de uma cláusula incorporada ao contrato posteriormente à apresentação da minuta original. A exigência (d), por ter apenas uma patente sido concedida, ao passo que o contrato estipulava o pagamento de *royalties* relativos a dois pedidos de privilégio. Acabou por denegar o mandado e determinou o cumprimento das exigências (a) e (d) para a averbação do contrato.

O segundo caso

A segunda ação foi movida por Royal Diamond Dielétricos S/A, empresa brasileira, que celebrara um contrato de transferência de tecnologia com a companhia francesa SEG Société d'Exploitation Générale de Produits Industriels. O contrato foi submetido à averbação em 23.6.1978, tendo o INPI feito diversas exigências em 6.4.1979.

A exemplo da ação judicial anterior, a Royal Diamond solicitou a segurança para obrigar o INPI a cancelar as exigências e a averbar o contrato em virtude de aquele órgão ter exorbitado de suas funções e as exigências não serem baseadas em lei.

Defesa do INPI

O INPI apresentou substancialmente os mesmos argumentos usados na ação anterior e sumariou cada uma das seguintes exigências formuladas: a) "Retirar do contrato quaisquer menções a "patentes" e "outorga de direitos".

Justificativa do Diretor da Diretoria de Contratos de Transferência de Tecnologia: [8] os direitos de propriedade industrial, como os de marcas e patentes, e os direitos resultantes de um contrato de fornecimento de tecnologia não patenteada são coisas diferentes. A proteção constitucional, conferida aos privilégios de invenção, não abrange os conhecimentos tecnológicos. A proteção legal conferida a detentores de tecnologia se resume à repressão à concorrência desleal. [9] No caso de contratos de transferência de tecnologia não patenteada, existe igualmente a proteção das normas de direito privado que regulam avenças entre particulares.

O Diretor afirmou, ainda que, face às diferenças entre direitos de propriedade industrial e direitos resultantes de tecnologia não patenteada, era essencial estabelecer distinção nos termos usados em contratos de transferência de tecnologia, que não devem ser os mesmos de contratos de exploração de patente. É necessário estabelecer claramente os limites entre direitos de propriedade industrial e direitos relativos a fornecimento de tecnologia. A outorga de direitos só será possível num contrato de exploração de patente, não tendo o detentor de tecnologia não patenteada o direito exclusivo de fabricar e vender quaisquer produtos; portanto, não pode ceder tal direito.

Transcrevemos a seguir uma outra exigência do INPI: b) "Caso o objeto do contrato inclua patente(s) e/ou pedido(s) de patente(s) em vigor no Brasil, apresentar contrato específico, gratuito, nos moldes previstos no Ato Normativo 0015/75, onde deverá constar que futuras patentes serão objeto de licenças, igualmente gratuitas, através de termos ativos ao contrato".

Justificativa do Diretor: a empresa francesa se comprometeu a licenciar gratuitamente as patentes "passadas, presentes e futuras". Apoiando-se nesta obri-

8. Dr. Mauro Fernando Maria Arruda, Diretor da Diretoria de Contratos de Transferência de Tecnologia e Correlatos do INPI.

9. Art. 178, XI e XII do Decreto-lei 7.903, de 27.8.1945, mantido em vigor pelo art. 128 do atual Código da Propriedade Industrial.

gação, o INPI solicitou que as partes retificassem, em instrumento autônomo e nas mesmas condições já acordadas, a licença ou compromisso de licenciar. Seria absurdo não preservar o benefício obtido pela empresa nacional.

A seguir, a terceira exigência: c) "Incluir no contrato estimativa das despesas previstas nos itens 3.4 e 3.5, destacando as que serão pagas em cruzeiros".

Justificativa: é razoável solicitar quanto se prevê para pagamento em moeda nacional e em moeda estrangeira relativo àquelas despesas, que constituem uma forma indireta de fazer pagamentos não autorizados ao exterior.

Quarta exigência: d) "Estabelecer, na cláusula 5, que as obrigações de sigilo da adquirente perdurarão, no máximo, por 5 anos a contar do recebimento de cada informação".

Justificativa do Diretor: prevê o anteprojeto elaborado pela UNCTAD (órgão da ONU), relativo ao Código de Conduta para transferência de tecnologia, que constitui prática comercial restritiva "as proibições ou restrições do uso da tecnologia após a expiração normal do acordo". É também uma forma de restrição ao livre comércio, estando entre as práticas abusivas proibidas pela Lei 4.137/62.[10] Com efeito, exigir que o receptor da informação não privilegiada deixe de utilizá-la após o período contratual é dar ao fornecedor a propriedade dos conhecimentos técnicos, propriedade que só é concedida ao titular de patente de invenção, e assim mesmo temporariamente. Porém, mais importante do que o abuso do poder econômico, implícito no sigilo eterno das informações obtidas, é o abalo do Sistema da Propriedade Industrial resultante da proibição.

Afirmou, ainda, o Diretor da Diretoria de Contratos de Transferência de Tecnologia do INPI que o interesse público ficaria prejudicado por uma cláusula de sigilo eterno, pois ela impediria a revelação dos conhecimentos indispensáveis ao desenvolvimento nacional. Assim se entende em país desenvolvido como os Estados Unidos,[11] e mais razão haveria de ter isto no Brasil.

Quinta exigência: e) "Reduzir o prazo contratual para 5 anos, contados a partir de 1.12.1977".

Justificativa do Diretor: a limitação do prazo do contrato de fornecimento de tecnologia não patenteada tem como fundamento a intensa evolução tecnológica dos nossos dias, o que é confirmado pelas leis da Argentina,[12] Equador[13] e Venezuela.[14] A lei brasileira[15] também impõe o mesmo prazo de cinco anos para a concessão de dedutibilidade fiscal dos contratos de transferência de tecnologia não patenteada. O Ato Normativo 15 estabelece também o prazo de cinco anos, passível de renovação.[16]

10. Art. 2 (I, *g*) da Lei Antitruste 4.137, de 10.9.1962.
11. Kewanee Oil Co. v. Bricon Corp. 478 F. 2 d 1.074, 178 USPQ 3.
12. Art. 13 da Lei 21.617, de 16.8.1977.
13. Art. 1 do Decreto 1.875, de 27.9.1977.
14. Art. 65 do Decreto 2.442, de 8.11.1977.
15. Art. 126 da Lei 4.131, de 3.9.1962.
16. O item 5.4 do Ato Normativo 15 prevê que o prazo de um contrato de cooperação técnico-industrial pode ser "de no máximo" 5 (cinco) anos, do início efetivo da produção, passível de prorrogação.

Concluindo, o Diretor afirmou que o mandado de segurança devia ser denegado, visto ser o exame do contrato pelo INPI conseqüência de atribuições concedidas pela lei. A mera averbação sem submissão a exame seria inaceitável, e a justificativa de cada exigência demonstrou não ter havido abuso de direito.

A sentença

A exemplo da ação anterior, o Juiz deste caso sumariou os fatos principais do processo e decidiu que o INPI é legalmente competente para regular a transferência de tecnologia, o que implica em exame dos contratos, levando em consideração o interesse nacional e o ajuste necessário à política de desenvolvimento econômico do país.

Concluiu que não houve violação alguma a direito líquido e certo sujeito a correção mediante mandado de segurança que foi, portanto, denegado.

Conclusão

As duas ações, as primeiras do gênero desde a entrada em vigor do Ato Normativo 15, mostram claramente os pontos fundamentais e decisivos dos litígios. De um lado, o INPI preocupado com o ônus sobre o balanço de pagamentos; de outro, a impaciência das impetrantes com a demora da averbação. Talvez ingenuamente, as impetrantes, ambas empresas brasileiras, argumentaram não ter o INPI autoridade para examinar o mérito dos contratos que envolvam transferência de tecnologia e que, por conseguinte, o INPI deveria se restringir a "averbá-los", ao que se contrapôs o INPI com brilho e êxito.

Ambos os Juízes federais foram de opinião de que o INPI está investido de "poder de polícia", por lei, para examinar os méritos de contratos de transferência de tecnologia e que as suas exigências não constituíam abuso de poder ou violação de direito líquido e certo que pudesse necessitar de correção mediante mandado de segurança.

Entretanto, a matéria parece exigir maior reflexão. A Diretoria de Contratos de Transferência de Tecnologia do INPI, através seu Diretor, declarou, ao justificar a redução do prazo do contrato para cinco anos, que "a limitação do prazo do contrato de fornecimento de tecnologia não patenteada tem como fundamento a intensa evolução tecnológica dos nossos dias". Foi justamente por isso que a primeira impetrante resolveu mover ação contra o INPI. O atraso da averbação estava causando sérios problemas à empresa, embora se deva reconhecer que, se a primeira impetrante não tivesse incluído novas cláusulas no contrato depois de as primeiras exigências terem sido feitas, o andamento do processo talvez tivesse sido mais rápido. Quando o INPI formula exigência para a adaptação do contrato, aconselha-se o seu cumprimento sem o acréscimo de matéria nova ao contrato, o que pode poupar demoras desnecessárias.

É inegável que as demoras na aprovação e averbação de contratos podem ser, e são, absolutamente fatais num mercado competitivo. A própria impetrante ilustra este ponto ao dizer que a não averbação do contrato impediu acesso a modernas tecnologias, com redução substancial de seu faturamento por falta de lançamento de novos produtos.

Parece lógico, pois, concluir sobre o imperativo da averbação de contrato da maneira mais rápida possível. A preocupação com o balanço de pagamentos é, naturalmente, bem justificada. Não se deve, porém, reagir de maneira desproporcional aos fatos concretos. Não cremos que as remessas para o exterior, feitas por empresas brasileiras, correspondentes a transferência de tecnologia, representem parcela significativa das despesas cambiais brasileiras. Para que as empresas brasileiras se fortaleçam para enfrentar o mercado mundial, precisam ter acesso a tecnologias modernas e avançadas. O esforço exportador do Brasil não teria sentido se os produtos brasileiros não fossem capazes de participar competitivamente no comércio internacional. Para que isso se concretize, é primordial a tecnologia estrangeira que possa ser assimilada eficazmente e bem adaptada ao desenvolvimento do país.

Essa necessidade foi, recentemente, reconhecida pelos governos chileno e argentino, países nos quais a política neste setor é atualmente menos rígida. Exportadores de tecnologia externa haviam chegado à conclusão de que, em conseqüência das pesadas restrições impostas pelas leis daqueles países, não tinham outra alternativa senão procurar terreno mais propício ao seu *know-how*. Deve-se, pois, concluir que a excessiva rigidez da legislação e da política para o setor só podem levar à posse de uma tecnologia de segunda linha. Com isto não queremos dizer que o INPI deva averbar todo e qualquer contrato. Naturalmente, deveria se adotar uma política razoável e coerente de seleção de tecnologia de interesse para o País, visando a possibilitar a exportação de produtos que incorporem tecnologia moderna.

O momento parece, pois, propício à adoção de maior flexibilidade na aplicação da política brasileira referente a contratos de transferência de tecnologia, com sua aprovação e averbação mais rápidas, o que contribuirá realmente para a riqueza e prosperidade da Nação.

ÍNDICE REMISSIVO

Ação ordinária — Comentário de Newton Silveira 139

Alienação fiduciária em garantia — Alterações propostas na respectiva legislação pelo Projeto de Lei 1.960/1979, de autoria do Dep. Odacir Klein — Artigo de Luiz Mélega 166

Bomfim Viana — Artigo sobre: A Revocatória no Direito Cambiário 18

Cambial — Nota promissória — Vencimento a certo tempo da vista — Prazo prescricional não decorrido — Registro desnecessário na espécie — Apelação não provida — Comentário de Mauro Rodrigues Penteado 125

Cessão de controle acionário é negócio mercantil? (A) — Artigo de Fábio Konder Comparato 113

Conferência de Bens Intangíveis ao Capital das Sociedades Anônimas (Da) — Artigo de Denis Borges Barbosa ... 33

Consórcios — Uso da alienação fiduciária — Decisão do STF — Artigo de Paulo Salvador Frontini 163

Contrato preliminar — Artigo de Sérgio Godoy Bueno 68

Crime contra a propriedade industrial — Violação de privilégio de invenção — Pretendida ausência de justa causa para ação penal por não ter sido reconhecida judicialmente a nulidade da patente — Decisão, entretanto, não transitada em julgado — "Habeas corpus" denegado — Inteligência dos arts. 169, I, II e III, do Dec.-lei 7.903/45 e 648, I, do CPC — Comentário de Sebastião Silveira 136

Denis Allan Daniel — Artigo sobre: INPI vitorioso nos dois primeiros litígios judiciais relativos a contratos de exploração de patente e de transferência de tecnologia 173

Denis Borges Barbosa — Artigo sobre: Da conferência de bens intangíveis ao capital das sociedades anônimas ... 33

Desenvolvimento econômico como fim constitucional (O) — Artigo de Fábio Nusdeo 9

Fábio Konder Comparato — Artigo sobre: A cessão de controle acionário é negócio mercantil? 113

Fábio Nusdeo — Artigo sobre: O Desenvolvimento Econômico como Fim Constitucional 9

Imposto sobre a renda — Incentivos fiscais e as subscrições de capital do Fundo de Investimento do Nordeste — FINOR — Artigo de Luiz Mélega 51

Incentivos Fiscais do Imposto sobre a Renda e as Subscrições de Capital do Fundo de Investimento do Nordeste Finor (Os) — Artigo de Luiz Mélega 51

INPI vitorioso nos dois primeiros litígios judiciais relativos a contratos de exploração de patente de transferência de tecnologia — Artigo de Denis Allan Daniel 173

Luiz Mélega — Artigo sobre: Alienação fiduciária em garantia — Alterações na respectiva legislação pelo Projeto de Lei 1.960/79, de autoria do Dep. Odacir Klein 166

— Idem sobre: Os incentivos fiscais do imposto sobre a renda e as subscrições de capital do fundo de investimento do Nordeste — FINOR ... 51

Marcas e patentes no exterior — Artigo de Wilson Silveira 82

Mauro Rodrigues Penteado — Comentário sobre: Cambial — Nota Promissória — Vencimento a certo tempo da vista — Prazo prescricional não decorrido na espécie — Apelação não provida 125

Nota promissória — Vide: Cambial

Paulo Salvador Frontini — Artigo sobre: Supremo decide: Consórcios podem usar alienação fiduciária 163

Prisão civil — Decretação contra o devedor por não haver devolvido as duplicatas que lhe foram enviadas para aceite — Admissibilidade — Medida não inconstitucional ou ilegal — "Habeas corpus" denegado — Inteligência dos arts. 153, § 17, da CP e 885 do CPC — Comentário de Sebastião Silveira 129

— Decretação contra sonegador de duplicatas que foram enviadas para aceite — Revogação pretendida por não proposta a ação principal nos 30 dias subseqüentes — Inadmissibilidade — Medida cautelar ainda não executada — "Habeas corpus" denegado — Inteligência dos arts. 806, 808, II e 885 do CPC — Comentário de Sebastião Silveira 129

Privilégio de invenção — Violação — Pretendida ausência de justa causa para ação penal por não ter sido reconhecida judicialmente a nulidade da patente — Decisão, entretanto, não transitada em julgado — "Habeas corpus" denegado — Inteligência dos arts. 169, I, II e III, do Dec.-lei 7.903/46 e 648, I, do CPC — Comentário de Sebastião Silveira 136

Revocatória no Direito Cambiário (A) — Artigo de Bomfim Viana 18

Sérgio Godoy Bueno — Artigo sobre: Contrato preliminar 68

Sociedade comercial — Responsabilidade limitada — Marido e esposa — Execução contra a sociedade — Penhora de bens do sócio — Embargos de terceiro procedentes — Apelação provida — Voto vencido — Comentário de Waldírio Bulgarelli 151

Supremo decide: Consórcios podem usar alienação fiduciária — Artigo de Paulo Salvador Frontini 163

Título extrajudicial — Notas promissórias — Execução contra avalista que pretende chamamento ao processo do emitente dos títulos — Indeferimento — Aplicabilidade do princípio da solidariedade cambial — Agravo conhecido e não provido — Comentário de José Alexandre Tavares Guerreiro 155

Valores mobiliários brasileiros como títulos de crédito (Os) — Artigo de Waldírio Bulgarelli 94

Waldírio Bulgarelli — Artigo sobre: Os Valores Mobiliários Brasileiros como Títulos de Crédito 94

Wilson Silveira — Artigo sobre: Marcas e Patentes no Exterior 82