

D
Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

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

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDIRIO BULGARELLI

Redatores:

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

Edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

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

Diretor Presidente:

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Diretor Superintendente:

ANTONIO BELLINELLO

Diretor Editorial:

JOSÉ ALAYON

Coordenadora Editorial:

MARIÂNGELA PASSARELLI

Diretor de Produção:

ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Diretor:

ROBERTO GALVANE

Gerente de Marketing: MELISSA TREVIZAN CHIBANE

Gerente de Administração de Vendas: KUNJI TANAKA

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

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

SUMÁRIO

DOCTRINA

- Les groupements dans la vie économique — Arnaldo Wald 5
- Conversão de ações e relação de substituição diferenciada - Luiz Gastão Paes de Barros Leães 18
- Empréstimos ou adiantamentos a pessoas ligadas. Emissão de carta de crédito a favor de exportador estrangeiro, relacionada com importação feita por empresa de *Leasing* ligada — Renato A. Gomes de Souza 24
- As sociedades limitadas e o Projeto do Código Civil — Egberto Lacerda Teixeira .. 67
- A fraude no negócio jurídico subjacente e seus efeitos quanto ao crédito documentário — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 75
- Inexistência de “participação recíproca indireta” entre sociedades coligadas — Nelson Eizirik 83
- O moderno direito concursal — Jorge Lobo 87
- Aspectos constitucionais do sigilo bancário — Régis de Oliveira 98

ATUALIDADES

- Algumas considerações a respeito da utilização do “Trust” no direito brasileiro — Arnaldo Wald 105
- Cédula de procutu rural — CPR — Novo título circulatório (Lei 8.929/94) — Paulo Salvador Frontini 121

JURISPRUDÊNCIA

- Arguição de inconstitucionalidade — Tributário — Imposto de Renda — Lei 7.713/88 — Art. 35 — Acionista — Lucro não distribuído — Inconstitucionalidade — Eduardo Salomão Neto 127

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- A sociedade unipessoal — Waldfrío Bulgarelli 142

NOTICIÁRIO

- Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli ... 143

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 144

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ARNOLDO WALD

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

EDUARDO SALOMÃO NETO

Advogado em São Paulo; Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

EGBERTO LACERDA TEIXEIRA

Advogado em São Paulo

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

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

JORGE LOBO

Mestre em Direito Econômico pela UFRJ; Doutor e Livre Docente em Direito Comercial pela UERJ; Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Professor de Direito Comercial da Escola da Magistratura — EMERJ e da Escola Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro — FEMPERJ e advogado

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

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

NELSON EIZIRIK

Advogado no Rio de Janeiro

PAULO SALVADOR FRONTINI

Advogado em São Paulo; Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Membro do Instituto Jurídico da Associação Comercial de São Paulo

RÉGIS DE OLIVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP

RENATO A. GOMES DE SOUZA

Advogado em São Paulo

WALDIRIO BULGARELLI

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

DOCTRINA

LES GROUPEMENTS DANS LA VIE ÉCONOMIQUE¹

ARNOLDO WALD

Professor de droit, Président du groupe brésilien de l'Association Henri Capitant.

1. Ces derniers temps, une importante littérature s'est fait l'écho de l'opposition existant entre le modèle capitaliste anglo-saxon et le modèle germano-nippon,² de sorte que ce n'est peut-être pas par hasard, mais grâce au travail constructif d'une main invisible, que nous sommes réunis, au sein de l'Université de Tokyo, pour examiner, sous un prisme juridique, l'importance des groupements dans la vie des affaires.

2. Depuis 1980, les économistes, les sociologues et mêmes les gestionnaires discutent de l'avenir du capitalisme, du rôle de l'entreprise face à la crise mondiale, de la redéfinition de la fonction de l'Etat dans le domaine économique et de la reformulation du "welfare state", de l'État Providence.³

1. Rapport présenté aux Journées Japonaises.

2. Michel Albert, *Capitalisme contre Capitalisme*, Paris, Éditions du Seuil, 1991, passim et Lester Thurow, *Head to head*, New York, Warner Books, 1992, traduit en français sous le titre *La maison europe*, avec préface de Jacques Delors, Paris, édition de la Fondation Saind-Simon- et de Calmann-Levy, 1992, passim.

3. Guy Sorman, *L'État minimum*, Paris, Albin Michel, 1985; Jean François Revel, *Le rejet de l'État*, Paris, Bernard Grasset, 1984; Edouard Balladur, *Je crois en l'Homme plus qu'en l'État*, Paris, Flammarion, 1987 et *Genèse et déclin de l'État*, Archives de Philosophie du Droit, n. 21, 1976; Michel Crozier, *Etat modeste, Etat moderne*, Paris, Fayard, 1987.

Il est donc certainement de très bon aloi que les juristes d'une dizaine de pays puissent réunir ici l'expérience nationale de chacun d'entre eux, pour apporter leur contribution, à la lumière des leçons de la culture juridique française, en ce qui concerne l'évolution des groupements dans la vie des affaires, en s'inspirant de l'environnement japonais, dans lequel nous travaillons, dans cette très hospitalière Université de Tokyo, qui nous reçoit avec tant d'intérêt et d'enthousiasme.

3. Qu'il me soit ici permis d'évoquer la dernière réunion des Journées Henri Capitant à l'occasion de laquelle le sujet d'aujourd'hui a été traité. Je rappellerai les conclusions présentées, il y a plus de trente ans, par le Doyen Roger Houin, qui fut rapporteur général du thème "L'évolution des sociétés commerciales" lors du Congrès de 1963, qui s'est tenu à Rio de Janeiro. A cette occasion, après avoir signalé "le bouleversement des notions classiques causé par les transformations du droit des sociétés et les hésitations du législateur", le rapporteur général a considéré, avec l'acuité qui le caractérise, comme des questions fondamentales méritant d'être approfondies, la légitimité des dirigeants sociaux, la protection des actionnaires et le régime légal des groupes de sociétés.

4. En effet, M. le Doyen Houin, terminant son rapport général, prit soin d'ajouter:

“Ainsi, l'évolution des sociétés anonymes et de leur droit met ou remet en question des notions fondamentales du droit: celles de l'entreprise, de la personnalité juridique, des équilibres à établir entre les actionnaires capitalistes, les dirigeants, les salariés et même l'État qui, avec la planification, aide et surveille les grandes entreprises. Il s'agit d'un droit en pleine évolution au gré des crises et des scandales. Des réformes plus profondes sont certainement souhaitables, mais elles ne sont pas sans danger pour l'indépendance et le dynamisme des entreprises privées”.⁴

5. Trente ans plus tard, ce sont encore les mêmes problèmes essentiels qui se posent au juriste, avec de nouvelles dimensions et dans un contexte plus difficile caractérisé par sa complexité et sa sophistication.

6. Il est certain que l'entreprise a grandi dans tous les pays et que les groupements économiques se sont multipliés, prenant de nouvelles formes et ayant des dimensions beaucoup plus importantes. D'autre part, après la chute du Mur de Berlin et l'avènement de la “Perestroïka”, l'importance de l'esprit d'entreprise et de la société commerciale, du marché libre et du rôle pertinent du profit, a été reconnue dans le monde entier, que ce soit par le Souverain Pontife Jean-Paul II⁵ ou même par Mikhaïl Gorbatchev.⁶ On peut donc

même considérer cette unanimité relative comme fermant un cycle de l'Histoire, pour utiliser l'expression d'un écrivain américain.⁷

7. En effet, les grandes sociétés commerciales sont devenues, dans certains cas, de vrais États; on pense en particulier aux grandes multinationales dont le capital et le mouvement d'affaires dépassent les chiffres des budgets de certains petits pays.⁸ D'autre part, le mouvement des OPA hostiles et les émissions des “junk bonds”, qui les ont en grande partie financées, ont atteint des valeurs considérables. Enfin, les privatisations ont réellement démocratisé la composition actionnaire de nombreuses sociétés, dépassant même parfois le million de titulaires d'actions et donnant ainsi toute sa dimension au groupement économique.

8. Parallèlement, les diverses formes de participation se sont multipliées, que ce soit en ce qui concerne la structure des groupements ou la nature des instruments de participation actionnaire. La présence et le renforcement des pouvoirs, surtout aux États-Unis, en Europe et en Amérique Latine, des Commissions des Opérations de Bourse a contribué d'une façon significative à une plus grande transparence des activités des sociétés et à une meilleure information des actionnaires. Le pouvoir

4. *Travaux de l'Association Henri Capitant*, tome XV, 1963, Paris, Librairie Dalloz, 1967, p. 329.

5. Jean Paul II, *Centesimus Annus — lettre encyclique du Souverain Pontife*, Paris, Éditions Mediaspaul, 1991, n. 35, p. 55.

6. Mikhaïl Gorbatchev, *Perestroïka-vues neuves sur notre pays et le monde*, traduction française, Paris, Flammarion, 1987, p. 41 in fine. Dans le même sens, Peter Drucker, *L'entreprise face à la crise mondiale*, traduction française, Paris, InterEditions, p. 213 et suivantes; Georges Gilders, *The spirit*

of enterprise, New York, Simon and Schuster, 1984, passim. Sur les transformations plus récentes de l'entreprise, Michael Hammer & James Champy, *Reengineering the corporation*, New York, Harper Business, 1993, passim et William H. Davidow & Michael S. Malone, *The virtual corporation*, New York, Edward Burlingame Books/Harper Business, 1992, passim.

7. Francis Fukuyama, *La fin de l'histoire*, traduction française, Paris, Flammarion, 1992.

8. C'est le cas d'ITT, comme le souligne Anthony Sampson, dans son livre *The Sovereign State of ITT*, Greenwich, Fawcett Publications Inc, 1974.

judiciaire, de son côté, a dû accepter de trouver des solutions aux problèmes des sociétés qui, pendant un certain temps, avaient été considérés comme des conflits purement organisationnels, on domestiques, sur lesquels les juges ne devaient pas se prononcer.⁹

9. On peut, toutefois, affirmer que les grands problèmes des sociétés et des groupes de sociétés sont aujourd'hui encore des problèmes d'équilibre. Si quelques uns de ceux dont nous parlait le Doyen Houin se sont atténués, comme l'a montré l'expérience de certains pays en ce qui concerne la protection des actionnaires minoritaires auxquels ont été assurés, d'une façon ou d'une autre, le droit au dividende et même, dans des situations spécifiques, le droit au retrait, d'autres questions assument aujourd'hui une plus grande importance. Tel est le cas des OPA hostiles et des mesures de protection auxquelles les dirigeants et les actionnaires, peuvent, ou ne peuvent pas, prétendre, dans certaines hypothèses, et qui ont été examinées dans les divers rapports nationaux. D'autre part, une définition adéquate de la relation d'équilibre entre les droits et les intérêts de l'actionnaire et ceux de la société mérite d'être analysée, comme l'ont fait les rapports, qui ont étudié en profondeur le sens qu'il faut donner à la notion d'"intérêt social". Finalement, la question des rapports entre l'entreprise et l'État est aussi d'une incontestable actualité.

10. L'importance que les OPA hostiles revêtent dans la société contemporaine est évoquée dans un ouvrage de Peter Drucker¹⁰ et l'affaire

Nabisco e été considérée comme une véritable invasion de barbares.¹¹ Les auteurs expliquent les dangers qu'elles peuvent représenter pour l'économie nationale, puisqu'elles obligent les entreprises à travailler exclusivement sur le court term.¹²

11. Le développement de toute une législation portant sur les marchés de capitaux a créé, à côté du droit commercial traditionnel et même du droit des affaires, un véritable nouveau droit des sociétés faisant appel à l'épargne publique, qui contient des règles qui modifient les formules classiques du droit des sociétés.

12. D'autre part, sur le plan international, les entreprises multinationales présentent des risques de conflits éventuels entre les intérêts des différentes filiales et succursales dans un monde commercial et industriel caractérisé par la diminution croissante de l'importance de la nationalité des sociétés.¹³

13. L'essor de la participation effective des particuliers dans les sociétés d'économie mixte, qui font appel au public et sont, donc, cotées en Bourse, représente un autre phénomène relativement récent et qui provoque un certain nombre de conflits d'intérêts, conflits que l'on retrouve dans les sociétés privatisées dans lesquelles l'Etat se réserve une action spéciale ou "goldem share". Cette question a également fait l'objet de remarques dans divers rapports.

14. Enfin, la création de la société européenne, des sociétés binationales en

9. André Guengant, Paul Troussière et Sylvic de Vendeuil. *Le rôle des juges dans la vie des sociétés*, Paris, Nouvelles Éditions Fiduciaires, 1993, passim.

10. Peter Drucker, *Façonner l'avenir*, traduction française de *The Frontiers of Management*, Paris, Les Éditions d'organisation, 1988, chapitre 28, p. 237 et suivantes.

11. Bryan Burrough and John Heylar, *Barbarians at the gate-The Fall of RJR Nabisco*, New York, Harper and Row, 1990.

12. Peter Drucker, livre et chapitre à la note 9 supra.

13. Cf. à ce sujet, Robert B. Reich, *The work of nations, preparing ourselves for 21 sth Century Capitalism*, New York, Vintage Book, 1992, chapitre, 12, p. 136.

Amérique du Sud et les effets juridiques de l'organisation des marchés communs sur le droit des sociétés constituent des aspects nouveaux et significatifs pour une discussion de notre sujet.

15. Pour conclure, ce premier tour d'horizon des problèmes, il est certain que les groupes de sociétés ont acquis, portout, une telle importance qu'il paraît, de plus en plus difficile au juriste et au législateur de ne pas les prendre en considération, en maintenant une vision "atomistique".

16. En réalité, tous les rapports ont des points communs, non seulement dans leurs aspects descriptifs des divers systèmes juridiques, mais également du fait de l'importance qu'ils donnent à la protection croissante des minorités, à l'intervention des pouvoirs publics pour la défense de l'épargne et à la crise de la légitimité du pouvoir dans les sociétés anonymes.

17. En effet, surtout dans les grandes sociétés cotées en Bourse, dont la spécificité est reconnue par de nombreux rapporteurs, nous avons connu une première phase pendant laquelle de législateur, la jurisprudence et la doctrine s'étaient inspirés du modèle de droit public organisant les pouvoirs au sein d'une société structurée autour d'une assemblée générale souveraine, d'un exécutif et d'un organe de surveillance. Cette formule un peu théorique n'a toutefois pas résisté à l'épreuve du temps et, dès les années trente, aux États-Unis, Adolph Berle et Gardiner Means dans leur livre "The Modern Corporation and Private Property" (*L'entreprise moderne et la propriété privée*) reconnaissent qu'une véritable scission s'était opérée entre la propriété et la gestion, dans les sociétés anonymes, et démontraient que les actionnaires des grandes entreprises n'avaient plus ni le pouvoir réel, ni la possibilité, ni même l'envie de contrôler les administrateurs, devenus "managers" professionnels.

Ainsi, la propriété des actions étant considérée un simple investissement, les administrateurs n'avaient plus à qui rendre des comptes.

18. Vingt ans plus tard, dans les années cinquante, le droit américain a développé la théorie du devoir fiduciaire des administrateurs, devenus mandataires, ou "trustees" (agents fiduciaires) dans l'intérêt non seulement des actionnaires, mais également des salariés, des fournisseurs, des autorités locales, enfin, de la société dans son ensemble. Or, non seulement cet intérêt social défini comme devant être "le mieux équilibré possible" n'était pas conçu très clairement, mais encore les mandats n'exerçant pas effectivement de contrôle, les dimensions de la responsabilité des administrateurs sont devenues très floues.

19. Ce que Peter Drucker a appelé le "despotisme éclairé" des administrateurs des grandes entreprises a parfois consisté, pour ceux-ci, à utiliser la société dans leur propre intérêt, ce qui est évidemment aberrant. La médiocrité des résultats obtenus, les manipulations financières et l'introduction d'intérêts politiques dans l'entreprise ont provoqué, surtout à partir des années 70, la revanche des actionnaires, dans un climat d'âpreté au gain dans lequel les "raiders" ont dominé la scène financière américaine, souvent au détriment du développement industriel.¹⁴

20. En réalité ce phénomène, américain à l'origine, est devenu mondial et révèle le conflit existant entre le financier, qui ne voit que le court terme, et l'entrepreneur, ou l'industriel, qui pense au moyen et au long terme. D'une certaine façon, le "raider" oblige l'administration à maximiser rapidement les revenus actuels des actionnaires, en oubliant parfois que la répétition du

14. Peter Drucker, livre et chapitre cités (note 9 supra).

succès à court terme n'est pas nécessairement, pour la société, la source de résultats à long terme. D'autre part, cette formule peut sacrifier l'existence de l'entreprise elle-même, de ses collaborateurs et de ses fournisseurs. Finalement, on ne peut oublier que le groupement dans la vie des affaires doit assurer, d'une façon continue et rationnelle, à ses actionnaires, un certain dividende afin que l'investissement en actions garantisse globalement à son titulaire la rentabilité espérée, laquelle doit être compatible avec le rendement général des titres sur le marché financier.

21. Toute la difficulté consiste à trouver cet équilibre ou cette série d'équilibres auxquels faisait allusion M. le Doyen Houin. Ceux-ci, en réalité, sont des équilibres dynamiques, fruits des modifications que subit continuellement le monde des affaires.

22. Une nouvelle donnée du problème est liée au changement de la personnalité des actionnaires durant ces dernières décennies. Jadis commerçants, industriels, banquiers ou même particuliers, les principaux actionnaires sont aujourd'hui, dans la majorité des pays, des caisses de retraite et des fonds de placement. C'est le cas aux États-Unis mais également, de plus en plus, en Amérique Latine en Europe. Or, ces institutions ont une organisation et une vision à moyen et à long terme, qui les obligent et leur permet de donner une nouvelle structure et de créer une autre distribution des forces dans le domaine des sociétés. Dans la mesure où les caisses de retraite et les fonds de placement tissent, entre eux, des relations de collaboration, ils peuvent établir des objectifs et des obligations pour les administrateurs des sociétés. Ceci d'autant plus que ces fonds et caisses ne peuvent pas, d'un moment à l'autre, liquider leurs portefeuilles et ont, eux-mêmes, des obligations à long terme pour lesquelles ils ont besoin d'une

contrepartie. Ils ne peuvent pas, comme faisaient leur prédécesseurs, "voter avec les pieds", c'est-à-dire s'en aller et vendre leurs actions. Ils s'organisent donc pour exercer leur pouvoir dans certaines limites, en créant non seulement un audit des résultats financiers sur le plan formel, mais, également une sorte d'audit de performance, en examinant les résultats obtenus d'une façon dynamique qui n'est pas nécessairement liée, d'une façon exclusive, à l'appréciation des résultats financiers obtenus et des dividendes reçus pendant les derniers mois ou les derniers trimestres.¹⁵

23. Dans son ouvrage intitulé "Pour un capitalisme intelligent", Jean Peyrelevalde analyse l'évolution des sociétés, durant les dernières années, et soutient qu'il est possible de caractériser les économies de marché par la relation qu'elles entretiennent avec le long terme. Et il ajoute:

"là où le Japon épargne, accumule, investit, les États-Unis consomment, versent des dividendes et se plient par une inutile sophistication financière aux appétits de rentabilité immédiate de l'actionnaire".¹⁶

24. En conclusion, il définit les divers types de sociétés qui existent dans le monde actuel, en reconnaissant, comme ligne de partage, la priorité donnée soit au développement industriel, soit au capitalisme financier, l'un permettant le progrès des nations et l'autre devant être un instrument complémentaire pour que l'entreprise puisse obtenir les ressources dont elle a besoin.

25. Dans un même ordre d'idées, certains analystes du capitalisme font la

15. Andre Tunc, *Le gouvernement des sociétés anonymes*, conférence, in *Revue internationale de Droit Comparé*, janvier-mars, 1994, pages 65 et suivantes.

16. Jean Peyrelevalde, *Pour un capitalisme intelligent*, Paris, Grasset, 1993.

distinction adéquate entre la logique du marché liée au court terme et la logique d'entreprise, qui préssuppose la stabilisation de l'actionnariat, la fidélité des actionnaires et une situation sectorielle de façon à s'assurer une certaine position sur le marché.

26. Il n'y a aucun doute que la fin du capitalisme familial et traditionnel est une révolution non seulement quantitative, mais aussi qualitative pour la composition de l'actionnariat des sociétés.

27. D'autre part, les relations entre l'entreprise et l'Etat ont changé. L'Etat moderne, défini comme État modeste, ne commande plus et ne subventionne plus les sociétés. On a déjà dit qu'il faut passer "d'un modèle d'Etat-Nation dirigiste et bureaucratique à un modèle d'État coordinateur, incitateur et stratège, qui soit le support d'un capitalisme national offensif" basé sur l'action des entreprises, qui devient "la colonne vertébrale d'une société civile adulte et responsabilisée".

28. Cette transformation justifie une modification de la position du droit, qui ne peut plus avoir une vision statique mais doit devenir un instrument fécond de l'ingénierie non seulement financière et industrielle, mais également du "reengineering" de la société elle-même, pour assurer son développement continu, une certaine participation dans le marché et tout cela en ne sacrifiant ni l'efficacité, ni la qualité de vie, sur le plan social, ni — et surtout pas — les valeurs morales.

29. Si nous passons à l'examen de ces questions sur le plan juridique, nous vérifions que cette évolution économique commence à avoir des répercussions sur le droit des pays anglo-saxons, qui ont compris que Wall Street ne peut pas s'identifier à Las Vegas.¹⁷

30. Dans une récente conférence organisée par la Société de législation comparée, M. le Professeur André Tunc¹⁸ souligne cette nouvelle évolution des "Principles of Corporate Governance". Le rapport Gilson-Kraakman, aux Etats-Unis, et le rapport Cadbury, en Angleterre, prouvent l'existence de ces nouvelles orientations dont le but est de créer un autre équilibre dans la direction et administration des grandes sociétés anonymes, une nouvelle formule pour limiter l'éventuelle tyrannie ou même la légèreté de l'exécutif grâce à ce que M. Tunc définit comme étant "un triumvirat où collaborent une équipe, des directeurs à qui on demande d'être indépendants de l'équipe et (des représentants de) l'épargne collective".

31. A une époque où la globalisation de l'économie rapproche les formes de gestion des sociétés dans les divers pays, tant pour des raisons politiques — cas des marchés communs et des communautés économiques — que pour des raisons financières — dans la mesure où l'investissement étranger devient important et exige certaines garanties des entreprises où il est investi —, les positions de la législation, de la réglementation et de la pratique se rapprochent partout. Parfois, les mêmes règles traduisent des différences importantes dans la vie des affaires, mais ces différences s'atténuent. Dans d'autres cas, en revanche, des législations très éloignées, les unes des autres, dans leurs textes finissent par se rapprocher dans la pratique. C'est ce que nous verrons dans l'analyse des différents rapports nationaux.

32. Il me faut reconnaître que, quoique comblé par les excellents rapports des divers pays que j'ai reçus, j'ai regretté de ne pas avoir les collaborations qui pourraient nous venir de nos amis suisses, canadiens, louisia-

17. Peter Drucker, livre et chapitre cités, page 250.

18. Andre Tunc, op. cit. (note 14), page 72.

nais, parmi lesquels se distinguent des éminents maîtres du droit commercial et même de ne pas disposer d'un rapport allemand, qui m'eût été précieux du fait de la législation spécifique existant dans ce pays sur les groupes de sociétés et de la tradition du capitalisme germanique qui a connu ses grandeurs et ses misères.

33. Je dois, toutefois, dire que l'éventail des nationalités que l'on retrouve dans les rapports est très riche et représentatif. Outre la France, l'Italie et la Belgique, qui sont membres fondateurs de l'Association, j'ai reçu des rapports nationaux du Japon, des Pays-Bas, de la Pologne, de la Turquie, de la Syrie et du Brésil.

34. Je vais résumer rapidement la vision de chacun des rapporteurs pour demander ensuite à ceux qui sont présents ou à leur remplaçant de développer les questions les plus importantes ou originales de leurs travaux, afin de discuter chacun de ces aspects.

35. Outre le rapport japonais, qui reflète l'existence d'une société capitaliste dont les importantes caractéristiques lui sont propres, nous disposons de quatre rapports d'Europe occidentale qui, dans leurs grandes lignes, se rapprochent les uns des autres, bien que l'on doive souligner la situation particulière des Pays Bas du fait de la structure particulière de la société anonyme de grande dimension. Deux rapports représentent des pays qui ont eu une économie fortement dirigée et qui évoluent vers le libéralisme: ceux de la Pologne et de la Syrie. Deux autres sont originaires de la Turquie et du Brésil, marchés émergents, qui se sont transformés très rapidement durant ces dernières années.

36. L'excellent rapport français de M. le Président Pierre Bézard, de la Chambre commerciale et financière de la Cour de Cassation, après une introduction descriptive où sont examinés les divers groupements pouvant avoir

une activité économique, comprend deux parties. La première traite du droit des sociétés assurant l'équilibre des intérêts dans les groupements sociaux où l'auteur analyse les rôles et les responsabilités des dirigeants et des associés, ainsi que la prise en compte des intérêts des tiers. Le rapport définit l'importance des principes fondamentaux, tels que le respect de l'objet social, de l'intérêt social, de l'égalité et de l'obligation de loyauté incombant aux associés. Il examine également la question des abus de majorité et de minorité et la prise en compte des intérêts des salariés et des créanciers. Le Président Bézard nous signale, ensuite, l'approche nouvelle du législateur qui se traduit par un allègement de la réglementation, la compétence accrue des dirigeants, les réformes, parmi lesquelles la récente loi du 3 janvier 1994 créant la société par actions simplifiée (SAS), société offrant une très grande flexibilité, ainsi que les mesures prises pour une meilleure protection des actionnaires grâce au contrôle croissant des dirigeants par des organes spécialisés, tels que les commissaires aux comptes, le COB et les procureurs financiers.

37. Dans la deuxième partie de son rapport, le Président Bézard analyse de marché boursier comme source d'une nouvelle réglementation et de nouveaux équilibres. Nous aurons le plaisir de l'entendre à ce sujet et il nous dira lui-même, avec l'autorité et la compétence qui sont les siennes, combien et comment les nouvelles règles du marché des capitaux ont transformé le droit des sociétés, de telle façon que l'on pourrait même dire qu'il y a eu une espèce d'éclatement de ce droit.

38. Je tiens à souligner également les observations finales du rapport français qui, après avoir affirmé que "l'importance de la réussite économique est prioritaire, car elle conditionne le succès de toutes les autres politiques", reconnaît

que "les groupements sont les moteurs de l'économie", et ajoute que "si leurs valeurs de référence sont l'efficacité et la rentabilité, le développement et même la domination, il importe que d'autres valeurs morales soient prises en compte: transparence, équité, loyauté, respect de l'individu". "Le juriste", conclut M. le Président Bézard, "a donc un rôle essentiel à jouer au sein des organismes de l'Etat, des juridictions et des entreprises".

39. Ces conclusions sur le rôle de l'éthique et de la bonne foi, de la loyauté et du respect de l'individu, sous tous leurs aspects, mériteront également un débat spécifique lors de notre discussion.

40. Le rapport japonais de M. de Professeur Kyoichi Toriyama, de l'Université Waseda, est de la plus grande importance du fait de l'analyse réaliste qu'il fait du droit japonais. Il nous indique non seulement l'importance de l'entreprise comme corps intermédiaire, mais encore le fait qu'au Japon ce sont les dirigeants et les salariés qui sont considérés comme les plus étroitement liés à la société. Plus que dans d'autres pays, la primauté formellement reconnue aux actionnaires et la souveraineté apparente de l'assemblée générale ne correspondent pas à la réalité. En effet, cette souveraineté ne s'applique pas à toutes les matières relatives au fonctionnement de la société et la principe de l'égalité ne concerne pas tous les actionnaires, comme nous l'explique le rapporteur.

41. Selon le rapport nippon, en 1991 plus d'un million de sociétés anonymes et presque un million de sociétés à responsabilité limitée existaient au Japon. Les organes de la société anonyme, en droit japonais, sont l'assemblée générale, les administrateurs, les administrateurs représentants et le conseil de surveillance, dont le rôle dépend des dimensions de l'entreprise et qui a pour

fonction de contrôler les comptes, et, dans les grandes sociétés, également, celle de contrôler la gestion.

42. Divers chapitres du rapport japonais traitent des pouvoirs circonscrits de l'assemblée et de la faible importance accordée aux droits des minoritaires, matières au sujet desquelles M. de Professeur Toriyama développera ses informations et ses idées. Il analyse ensuite les prérogatives de l'entreprise, en soulignant l'autonomie des administrateurs face aux actionnaires. Il nous indique, enfin, qu'en droit japonais, l'entreprise étant considérée comme une communauté des dirigeants et des salariés, les administrateurs agissent au profit de cette communauté et même, parfois, au détriment des actionnaires quand il existe un conflit d'intérêt entre ceux-ci et celle-là. D'autre part, la politique de fidélisation des actionnaires et les conditions locales empêchent, en fait, toute prise de contrôle inamicale.

43. Le rapport belge de Mme Valérie Simonart, maître d'enseignement et assistant à l'Université Libre de Bruxelles, est d'une grande richesse, tant du point de vue des informations qu'il contient que sous l'angle des considérations et opinions qui y sont développées. Après une introduction dans laquelle l'auteur analyse les groupements et considère l'entreprise considérée comme la pierre angulaire du droit commercial, le rapport examine la personnalité morale, les garanties constitutionnelles, la levée du voile social, les personnes morales incomplètes, la responsabilité civile personnelle aggravée et la responsabilité pénale des administrateurs.

44. Dans une deuxième partie, le rapport s'occupe de la réglementation des groupes et dissèque, avec beaucoup d'acuité, la notion d'intérêt social conçue comme un concept de gestion au moment où la vision institutionnelle, qui avait déjà remplacé la théorie contrac-

tuelle de la société, est, à son tour, abandonnée en faveur de l'appréhension de la société en tant que "structure", formulation que nous retrouverons, puisqu'elle a été adoptée par le législateur néerlandais. Finalement, le rapport, après avoir procédé à un tour d'horizon sur la protection des actionnaires minoritaires, en cas de transfert de contrôle, et sur l'offre publique obligatoire de retrait, examine la situation spéciale des entreprises publiques. Ses conclusions mettent en relief les points suivants:

- a) le déclin des droits individuels;
- b) l'élargissement de la notion d'intérêt social;
- c) le nouvel équilibre qui semble se rétablir;
- d) l'importance croissante des principes de la moralité et de l'éthique qui se reflètent dans l'auto-régulation et qui peuvent s'exprimer dans les Codes de conduite ou sous d'autres formes.

45. Nous devons à M. le Professeur Pier Giusto Jaeger de l'Université de Milan une excellente monographie sur les groupes de sociétés, tant dans le secteur public que dans le secteur privé. Le rapport italien nous décrit minutieusement l'évolution du droit italien, en examinant la législation et la jurisprudence, ainsi que le droit comparé, pour nous signaler, cependant, que, dans son pays, pour certaines des questions soulevées, "malheureusement à l'élaboration approfondie effectuée par la doctrine correspond un silence total de la jurisprudence".

46. Après avoir expliqué quels avaient été les diverses normes ponctuelles sur les groupes des sociétés en Italie, plusieurs d'entre elles inspirées par les directives CEE, M. le Professeur Jaeger nous indique l'importance de la récente loi sur les groupes bancaires en date du 1er Janvier 1994. Cette loi contient une

définition des entreprises qui peuvent intégrer le groupe bancaire, une société *leader* ou dominante devant représenter l'ensemble du système auprès de la Banque d'Italie, dans l'intérêt de la stabilité du groupe.

47. M. le Professeur Jaeger nous présente également une étude de la jurisprudence italienne qui, sur les questions des conflits d'intérêts, réaffirme toujours l'approche dite "atomistique" de la société au sein des groupes de sociétés.

48. Dans ses conclusions, le rapport évoque le dilemme cornélien du droit italien, partagé entre une interdiction absolue frappant les relations entre les sociétés d'une même groupe et l'acceptation de la primauté de l'intérêt social du groupe sur celui des filiales "avec la fâcheuse conséquence d'endommager les actionnaires sans aucune possibilité de compensation". C'est vers les solutions du droit allemand que se penche M. le Professeur Jaeger, en nous proposant "d'accepter la primauté de l'intérêt du groupe à la condition que le sacrifice trouve une contrepartie économique" et en recommandant de reprendre le projet de la neuvième directive de la Commission de la CEE à la lumière de la récente jurisprudence allemande.

49. Le Professeur de l'Université de Milan nous parlera de l'évolution du droit italien et tout particulièrement de la jurisprudence en ce qui concerne les groupes de société.

50. Le rapport néerlandais de Mme. Schoonbrood-Wessels, avocat à La Haye, constitue une contribution importante à nos Journées non seulement par la forme précise et la richesse d'information que nous devons à l'auteur mais également du fait de certaines particularités du droit des Pays-Bas qui y sont décrites.

51. En effet, comme nous le signale de rapporteur dès le début de son travail, le Royaume des Pays-Bas est un

pays à économie de marché, qui valorise l'initiative privée et où les entreprises sont considérées comme le pivot de l'économie nationale. Cependant, les droits des actionnaires ont été considérablement restreints en vertu des règles sur la co-gestion, qui ont valeur constitutionnelle depuis 1983.

52. Le rapport néerlandais comporte, outre une introduction, l'étude de l'intérêt social, l'examen de l'autonomie de gestion et du "régime de structure" des grandes entreprises, la défense anti-OPA, ainsi que des considérations sur la protection de l'actionnaire minoritaire, des salariés et des créanciers et l'analyse de la situation des groupes de sociétés.

53. L'aspect original le plus important du droit néerlandais concerne la grande société anonyme, qui obéit au "régime de structure", dans lequel les pouvoirs de l'assemblée générale ont été érodés en faveur du Conseil de Surveillance lequel nomme et révoque les membres du Conseil d'Administration. D'autre part, les membres du Conseil de Surveillance sont indépendants et élus par cooptation, sous réserve des possibilités de recommandation et d'objection tant de l'assemblée générale que du Comité d'entreprise. Mme. Schoonbrood-Wessels nous expliquera en détail le fonctionnement de ce système, ainsi que la position libérale du droit de son pays en ce qui concerne les structures anti-OPA.

54. Dans ses conclusions, le rapport néerlandais reconnaît qu'il est possible que certains aspects "trop accentués de l'approche institutionnelle soient polis dans l'avenir" mais nous avertit qu'il est impensable que cette approche disparaisse complètement "sans faire basculer la conception même de la société dans le droit des Pays-Bas".

55. Les professeurs émérites Lufti Duran et Mahmut T. Birsnel, des Facultés de Droit des Universités d'Istanbul et d'Izmir, nous ont présenté un très

intéressant et opportun rapport sur le droit turc. Les auteurs nous indiquent les dispositions de la Constitution de 1982 ainsi que la législation sur les sociétés commerciales, que l'on retrouve tant dans le Code de Commerce turc que dans les lois spéciales de 1981 et 1992 portant sur le marché des capitaux. Ils étudient également le régime des entreprises publiques et de la privatisation.

56. Dans les chapitres suivants, le rapport turc s'occupe du rôle attribué à l'intérêt social, de la protection des minoritaires en cas de transfert de contrôle, des mécanismes de protection dans le cas d'OPA hostile, de la responsabilité de l'actionnaire et des problèmes relatifs aux sociétés mixtes.

57. La levée du voile de la personnalité morale, les groupes économiques sans personnalité, tels que les entreprises conjointes ("joint-ventures" et les fonds de placements, la réglementation des groupes et, en particulier, celle des coopératives, des banques et des compagnies d'assurance sont d'autres thèmes que nous retrouvons dans le rapport turc. Ses conclusions soulignent l'influence des principes éthiques sur le droit des sociétés, en particulier en ce qui concerne les garanties de transparence, d'information du public, d'égalité des chances des actionnaires et des épargnants et la lutte contre les délits d'initiés (*insider trading*).

58. Le rapport brésilien, très minutieux et riche en informations, présenté par M. le Professeur Luiz Olavo Baptista, titulaire de la chaire de droit du commerce international à la Faculté de Droit de l'Université de São Paulo, reflète également la position d'un pays dont le marché des capitaux s'est créé, dans son aspect moderne, il y a un quart de siècle, et qui s'est surtout développé durant cette dernière décennie. L'auteur décrit brillamment le système

du droit brésilien, en passant par la Constitution, la législation commerciale, depuis le vétuste Code de commerce de 1850 jusqu'aux lois des années 1964 à 1976, qui ont remodelé les institutions financières, établi un nouveau régime pour les sociétés anonymes, reorganisé le marché des capitaux et créé la Commission des Valeurs Mobilières, qui correspond à la SEC et à la COB.

59. L'illustre rapporteur nous offre un panorama de la protection des actionnaires minoritaires, en soulignant les cas de transfert de contrôle et les autres hypothèses dans lesquelles la loi établit des obligations et des responsabilités à la charge de l'actionnaire principal ou dominant de la société. Le rapport rappelle que la société anonyme exerce une fonction sociale en droit brésilien et que la loi garantit la distribution d'un dividende minimum, qui, selon les status, doit être proportionnel soit au bénéficiaire, soit au capital de la société.

60. D'autre part, il existe, en droit brésilien, une obligation légale, tant pour l'actionnaire principal que pour les administrateurs, d'agir loyalement dans l'intérêt de la société, obligation qui s'oppose à ce que l'intérêt personnel prime sur ceux de la société. Dans les groupes sociétaires et dans le cas de la société d'économie mixte, le droit brésilien admet la primauté de l'intérêt de la "holdign" ou de l'Etat, mais établit, en contrepartie, l'obligation de payer une indemnité à la filiale ou aux actionnaires minoritaires, présentant ainsi une solution que défend *de lege ferenda*, dans son pays, le rapport italien.

61. En droit brésilien, il existe un régime spécial de responsabilité pour les banques, qui bien qu'organisées sous la forme de sociétés anonymes, suivent, en cas de liquidation extrajudiciaire (qui correspond à la faillite), un régime proche de celui des sociétés en commandite par actions, les administrateurs étant alors considérés comme

solidairement responsables pour les dommages causés au tiers.¹⁹

62. Le rapport brésilien reconnaît, en conclusion, que le droit de la faillite exige une nouvelle formulation. En effet, celui-ci est aujourd'hui obsolète par rapport à la plupart des législations en vigueur dans d'autres pays. Finalement, le rapporteur nous informe que le droit brésilien admet que le voile de la personnalité morale de la société soit levé, dans des situations exceptionnelles de fraude ou d'illégalité, surtout en matière fiscale ainsi que dans les cas d'insolvabilité. Il faut signaler que la législation brésilienne a souffert, en ce domaine, la double influence du droit nord-américain et du droit allemand, de telle façon qu'il consacre plusieurs dispositions au droit des groupes, en s'inspirant de la loi germanique des sociétés anonymes et de la jurisprudence anglo-saxonne qui admet que le voile de la société soit levé (*piercing the veil*). Cependant, ces règles juridiques n'ont pas provoqué la formation concrète, des groupes de droit, dans la vie pratique des affaires. La jurisprudence quant à elle, a fait usage, dans certains cas, de la théorie des groupes sociétaires de fait, sans que ceux-ci ne soient assimilés nécessairement aux groupes de droit.

63. En passant du Brésil à la Pologne, j'ai le plaisir de reconnaître que M. le Professeur Jozek Okolski, doyen de la Faculté de droit de Varsovie a fait un très remarquable rapport, qui nous révèle l'évolution du droit polonais vers le libéralisme et la création d'un nouveau droit des sociétés, à partir de la réforme constitutionnelle de 1989. La législation polonaise traditionnelle existait à ce

19. Voir à ce propos Arnaldo Wald, *La responsabilité personnelle du directeur de banque en droit brésilien*, in *Etudes offertes à Roger Houin*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, page 151.

sujet et fut incorporée dans le Code du commerce de 1934. Cependant les lois spéciales récentes portent également sur les participations étrangères, la privatisation et le régime des sociétés dont l'État est actionnaire. L'importance croissante des "consortiums" d'investissement et des entreprises conjointes ("joints-ventures"), fondés sur la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté, nous révèle un droit en pleine évolution, tandis que les règles du Code de commerce polonais étaient et sont encore assez classiques.

64. Le rapport polonais nous signale l'existence d'une jurisprudence créative qui admet sans restriction, dans le cas des SARL, les contrats entre la société représentée par son associé-gérant et la même personne physique en son nom personnel. Des règles spéciales accentuent, d'une part, la responsabilité civile des administrateurs en cas de faillite, celle-ci pouvant justifier l'intervention de l'État, et, d'autre part, leur responsabilité pénale.

65. Finalement, en ce qui concerne les groupes économiques, le rapport invoque également l'article 5 du Code Civil polonais qui condamne l'albus de droit.

66. Selon le rapport, la candidature polonaise d'adhésion à l'Union européenne doit s'accompagner d'un effort d'harmonisation du droit polonais avec le droit communautaire, effort qui justifie l'introduction de nouvelles formules dans le droit local, comme celle du GIE.

67. Monsieur le Professeur Josef Okolski nous parlera des effets de la libéralisation et de la privatisation sur le droit des sociétés en Pologne.

68. Finalement, nous devons à M. le Professeur Jacques El-Hakim, Président du Groupe syrien de notre Association, une analyse très féconde de la position du droit de son pays qui, en vertu de la Constitution de 1973, a accepté certains principes socialistes, tout en

maintenant, pour les sociétés commerciales, une législation qui date de 1949 et qui s'est inspirée du droit français (par l'intermédiaire du Code Libanais) et de la jurisprudence française en vigueur à l'époque.

69. Le rapport signale les difficultés fiscales qui ne facilitent pas la création des sociétés et qui font obstacle à la formation du capital et de l'investissement.

70. L'auteur nous révèle également les cas où la jurisprudence syrienne admet que soit levé le voile de la personnalité morale, comme la fraude, l'abus de droit, la simulation et la théorie de l'apparence.

71. Dans ses conclusions, le rapport syrien considère que le législateur devrait renforcer le caractère communautaire des groupements en matière économique.

72. S'il faut conclure, je dirai que le dénominateur commun des rapports peut se résumer à la reconnaissance des grandes transformations qu'ont récemment souffert les groupements économiques dans la vie des affaires, transformations qui se sont réalisées dans le sens de leur plus grande intégration dans la cité et sous l'inspiration d'une renaissance ou d'un renforcement de l'autonomie de la volonté et de l'éthique dans les droit des sociétés.

73. Intégration des sociétés dans la cité le monde financier, qui ne signifie plus l'obéissance aveugle à la politique du Prince, ni à la loi du marché, mais la collaboration entre l'État démocratique et l'initiative privée dans le climat du capitalisme "intelligent", stratégique, actif, dynamique, avec une vision simultanée du court, du moyen et du long terme, dans l'intérêt de tous ceux qui participent, d'une façon ou d'une autre, à l'entreprise et à la société.²⁰

20. Jean Peyrelade, op. cit. (note 15), passim.

74. Inspiration éthique car on abandonne le capitalisme sauvage et prédateur, en donnant un nouveau sens élargi à des concepts du vieux droit civil, comme la bonne foi et la loyauté, qui se développent, sous de nouvelles formes en droit commercial, en dépassant la phase dans laquelle on considérait que "les affaires sont les affaires". Ce retour à l'éthique se fait sentir dans le domaine juridique car, comme l'enseignait un des grands maîtres du droit italien, la fonction principale du droit consiste justement à soumettre l'économie à la morale.

75. Finalement, s'il y a une révolution silencieuse et un éclatement qui sont en train de se réaliser dans le droit des sociétés et dans celui des groupements économiques, nous pouvons conclure

avec Charles Péguy que, également dans ce domaine, "la révolution sera morale ou ne sera pas".

76. D'autre part, elle devra soumettre les choses et les intérêts matériels, en général, à la dimension humaine, en se rappelant que selon la philosophie grecque "l'homme et la mesure de toutes les choses" (Protagoras). En ce sens, dans une des plus récentes monographies sur Le Droit et les Groupes de Sociétés, Charley Hannoun évoque dans son Introduction un poème de D. Ponge:

"...Ce ne sont pas les choses qui parlent entre elles, mais les hommes entre eux qui parlent des choses et l'on ne peut aucunement sortir de l'homme".²¹

21. LGDJ, 1991, p. 3.

CONVERSÃO DE AÇÕES E RELAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DIFERENCIADA

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

1. A conversão de ações — 2. A relação de substituição na conversão de ações — 3. Relação de troca de ações com quocientes diferenciados.

1. A conversão de ações

1.1 Antes da Lei 8.021, de 12 de abril de 1990, que deu nova redação ao art. 20 da Lei 6.404, de 1976, quando vigorava a diversidade de forma das ações, admitia-se a conversão tanto de uma forma em outra, como de uma espécie ou classe em outra. No que tange à forma das ações, estabelecia a Lei 6.404 que ao estatuto cabia determinar a forma das ações da sociedade — nominativas, endossáveis ou ao portador — e “a conversibilidade de uma em outra forma” (art. 22, *caput*). Sendo certo, porém, que, ao adotar o regime de conversibilidade, ao estatuto cumpriria respeitar a regra, pela qual todas as ações ordinárias da companhia aberta, e, ao menos, uma classe de ações ordinárias de companhia fechada, quando tivessem a forma ao portador, seriam obrigatoriamente conversíveis, à vontade do acionista, em nominativas ou endossáveis (art. 12, único). Como se observa, no tocante à forma das ações, a norma era a da conversibilidade, sendo a inconversibilidade uma exceção a ser instituída pelo estatuto social, e ainda assim apenas em determinadas hipóteses.

1.2 No que tange a conversão de uma espécie de ação em outra, a Lei

6.404 igualmente estabeleceu que ao estatuto caberia prever se a ação pertencente a determinada espécie poderia ser convertida em outra, devendo ainda fixar as condições em que essa transformação se daria (art. 19). Mas, como se vê, a regra, aqui, ao contrário, era a da inconversibilidade de uma espécie em outra, a menos que o estatuto expressamente a admitisse, fixando as condições em que a conversão se realizaria.

1.3 A razão para essa diversidade de tratamento entre a conversão formal e a conversão substancial reside no fato de que, na conversão formal, ocorreria tão-somente a transformação da ação na sua forma externa, permanecendo íntegros os seus elementos essenciais, não configurando nem uma novação subjetiva, pois as partes continuam as mesmas, nem tampouco uma novação objetiva, pois o objeto da relação jurídica permanece intacto, antes e depois da conversão. Já na conversão substancial de ações, de uma espécie ou classe em outra espécie ou classe, atribuem-se novos direitos, e restringem-se outros, estabelecendo condições que modificam a estrutura íntima da ação. Dá lugar, portanto, a uma novação objetiva. Daí a regra da conversibilidade, na conver-

são formal, e da inconversabilidade, na substancial (cf. Gudesteu Pires, Manual das Sociedades Anônimas, Ed. Freitas Bastos, 1942, p. 140 ss.).

1.4 Ora, essa previsão legal da operação e das respectivas condições (que é de mister na conversão substancial, onde a inconversibilidade é a norma) poderá ser introduzida a qualquer momento na vida da sociedade, eis que a “reforma estatutária” é da competência dos acionistas (art. 122, I), e, mais especificamente, da assembléia geral extraordinária (art. 135), suscetível de ser convocada a todo tempo, observado o disposto na lei e no estatuto (art. 123), e instalada com obediência do *quorum* especial de instalação previsto em lei para esse tipo de assembléia (art. 135, *caput*).

1.5 Posto que a conversão de ordinárias em preferenciais, ou de uma classe de preferenciais em outra, implica necessariamente em aumento das preferenciais existentes ou em criação de preferenciais, a sua introdução no estatuto, através do conclave extraordinário, exigirá a aprovação por *quorum* decisório qualificado, correspondente à maioria absoluta das ações com direito a voto (art. 136, *caput*, combinado com as suas alíneas I e II). Ademais, caso essa emissão implique (a) em aumento da classe já existente, sem guardar proporção com as demais classes, ou então (b) em criação de uma nova classe mais favorecida, a sua introdução no estatuto dependerá, além da aprovação na assembléia extraordinária pelo *quorum* qualificado (art. 136, *caput*), a ratificação, por assembléia especial, pelos possuidores da metade das ações preferenciais interessadas (art. 136, § 1.º).

1.6 A *contrario sensu*, importando a conversão em emissão de preferenciais,

numa sociedade de preferenciais não distribuídas em classes, ou em aumento da classe de preferenciais existentes, guardando proporção com outras classes, ou, ainda, em criação de nova classe, mas menos favorecida, a sua introdução no estatuto, por intermédio de assembléia extraordinária, não dependerá de *quorum* qualificado de deliberação, e dispensará a aprovação por assembléia especial de interessados. Prevalerá, na hipótese, o *quorum* deliberativo ordinário, estabelecido pelo art. 129 da lei, sendo apenas de destacar que, na instalação do conclave, deverá ser observado o *quorum* de instalação do art. 135, supramencionado.

1.7 Já no caso inverso, ou seja, na conversão de ações preferenciais em ordinárias, por importar em alteração (perda) das “vantagens” ou “preferências” relativas à espécie de ações a que pertenciam, a sua introdução no estatuto social sempre dependerá (a) da deliberação da assembléia geral extraordinária, tomada por acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto, e (b) de sua ratificação em assembléia especial por titulares das preferenciais interessadas, exatamente na forma estabelecida nos dispositivos de lei acima mencionados.

2. A relação de substituição na conversão de ações

2.1 Examinando-se a lei das sociedades anônimas, verifica-se que o legislador traçou, em determinadas operações, algumas diretrizes para a *ratio* da troca de ações. É o caso da incorporação, fusão e cisão, em que ao protocolo é atribuída a competência para estabelecer os critérios, tanto de avaliação do patrimônio líquido das companhias, como da relação de substituição das ações (art. 224, I e II).

2.2 É aliás fácil de entender porque, nesses casos, a proporção da troca é considerada como a pedra angular da operação, já que constitui campo extraordinariamente fecundo à proliferação de erros, fraudes e agravos aos minoritários. Como observa Giovanni Tantini, a respeito das fusões, incorporações e cisões, a fixação da relação de troca resulta da comparação do capital social e do patrimônio líquido das sociedades envolvidas, constituindo “o resultado de uma equação a quatro incógnitas”. Que, ademais, não se esgota num simples cálculo matemático, pois há de se reconhecer que o próprio legislador deixou a critério das partes o poder de estabelecê-la no protocolo, sem que isso signifique, evidentemente, que não seja impugnável o critério adotado, se os dados sobre os quais se funda forem incompletos, ou adulterados (“*Transformazione e Fusione delle Società*”, in *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. 8.”, Cedam, Pádua, 1985, p. 316).

2.3 Waldério Bulgarelli, no seu belo livro sobre *As Incorporações nas Sociedades Anônimas* (São Paulo, 1975, p. 204 ss.), ressalta a extrema importância, para a operação que examina, da adoção de um método fidedigno para a fixação da relação de troca das ações, dada a “ampla liberdade de fixação” deixada “a critério das partes”.

“Embora se tenha deixado a critério das partes estabelecer tais métodos, a legislação tem-se preocupado em limitar essa ampla liberdade de fixação, visando à proteção dos sócios e dos credores. Assim é que, na França, a adoção de um método correto de avaliação e idêntico para ambas as sociedades, deve ser indicado no “projeto de fusão” (art. 254, do Decreto de 23.3.1967), além de ser apreciado pelos “Commissaires d’apports” e posto à disposição dos acionistas, assim como a

proporção da troca de ações”. (...) A existência de vários métodos e, inclusive, a diversa posição dos empresários, considerando o valor intrínseco da empresa, e a dos acionistas, considerando o valor de rendimento (determinado pela média dos dividendos distribuídos durante um certo número de exercícios) e ainda a posição da incorporanda, querendo valorizar ao máximo sua empresa e a incorporadora querendo realizar a operação por preços menores — cria um sem-número de dificuldades para se chegar ao valor exato. Daí a tentativa de se encontrar valores representativos da empresa, adotando-se os chamados valores de liquidação, de rendimento e de bolsa. Fez fortuna a fórmula de Rétail combinando o valor de liquidação, o valor do rendimento e o valor de bolsa, quando a sociedade tenha suas ações cotadas”.

2.4 No que tange à conversão de ações, a Lei 6.404 é ainda mais lacônica, não estabelecendo qualquer parâmetro para a relação de substituição. Dispõe tão-somente que ao estatuto social é que caberá admitir a operação, estabelecendo as “respectivas condições” (art. 19, *in fine*). Deixa, assim, a exclusivo critério dos acionistas a fixação das condições em que a conversão se dará, dentre as quais, evidentemente, se inscreve a relação de troca.

2.5 É óbvio que na fixação dessa relação de troca, conquanto livre, não pode a assembléia utilizar critérios aleatórios ou discricionários, que apenas refletiriam os interesses dos administradores e dos grupos controladores da companhia. Essa relação deverá ser baseada no valor econômico das ações, que não poderá deixar de levar em conta o valor de mercado, o valor patrimonial e as perspectivas de rentabilidade, a que alude o art. 170, 1.º, da Lei 6.404, na

fixação do preço de emissão nos aumentos de capital.

3. Relação de troca de ações com quocientes diferenciados

3.1 Nessa altura, surge a pergunta se se pode adotar uma relação de troca que não seja a de uma ação, pertencente a uma classe ou espécie, por uma outra ação de classe ou espécie diferente, usando quocientes diferenciados, tais como 1:10, 1:100, etc., ou seja, a conversão de uma ação por dez, cem ou mais ações de classe ou espécie diferentes. Contra essa possibilidade, alinham-se os seguintes argumentos:

a) pela norma da intangibilidade ou fixidez do capital social, consagrada no art. 12 da Lei 6.404, não podem o capital, o número de ações e o seu valor nominal (se houver) sofrer alterações, a não ser nos casos (i) de modificação do valor do capital social ou de sua expressão monetária, e (ii) de desdobramento, grupamento ou de cancelamento de ações, autorizados em lei;

b) uma relação de troca com quocientes diferenciados irá agredir frontalmente a norma imperativa esculpida no art. 12, acima citado, de vez que a conversão efetuada importará em alteração do número de ações da companhia sem majoração do capital social, e fora das hipóteses elencadas em lei;

c) como a Lei 6.404 não estabeleceu o parâmetro para a conversão, nem admite expressamente, na espécie, a quebra da regra da intangibilidade do capital e do número das ações em que se divide, a operação pressupõe sempre a troca de ações uma por outra;

d) supondo, por exemplo, uma relação de troca de 1:10, ou seja 1 preferencial por 10 ordinárias sem implicar, porém, em aporte de capital, deve-se concluir que a conversão das ações preferenciais em ações ordinárias provocou uma redução do valor patrimo-

nial das ações remanescentes, passando estas a representar uma menor parcela do capital e do patrimônio da sociedade;

e) o prejuízo experimentado pelos antigos acionistas titulares das ações preferenciais corresponde, em verdade, à diminuição na participação que antes dispunham no capital e no patrimônio da sociedade.

3.2 As objeções não procedem. Vejamos a primeira ordem de objeções: a intangibilidade do número de ações no processo de conversão. À semelhança do diploma anterior, a Lei 6.404, de 1976, no seu art. 12, ao mesmo passo em que consagra o princípio da intangibilidade ou fixidez do capital social, e o estende ao valor nominal das ações (quando o possui), e ao número em que se divide, excepciona o princípio nos casos de modificação da cifra do capital, e nos casos de desdobramento, grupamento ou cancelamento, sem alteração do capital social.

3.3 Mas esses não são os únicos casos em que se admite a alteração do número de ações, sem modificação do capital. O estatuto ou a assembléia geral extraordinária pode autorizar o resgate, ou seja, o pagamento do valor das ações para retirá-las definitivamente de circulação, mantendo o capital mas reduzindo o número das ações (art. 44, 1.º). O mesmo pode ocorrer no caso de amortização, ou seja, distribuição aos acionistas, a título de antecipação, de quantias que lhes poderiam tocar em caso de liquidação da companhia, sem redução do capital mas com alteração do número das ações da companhia. (art. 44, 2.º). E assim também no caso de reembolso de acionista dissidente (art. 45), ou de não-integralização de acionista remisso (art. 107, 4.º) (Cf. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 1.º vol., Ed. Saraiva, São Paulo, 1977, p. 61).

3.4 Ora, assim também acontece no caso da conversão, em que não haverá nenhuma agressão ao princípio constante do art. 12, acima citado, se adotada uma relação de troca que não seja a de uma ação, pertencente a uma classe de espécie, por outra ação, de classe ou espécie diferente, *na hipótese em que as ações da companhia não tiverem valor nominal*, pois nessa hipótese as ações representam apenas uma fração numérica, sem valor nominal determinado.

3.5 Na realidade, grande parte dessa animosidade para com essa relação de troca de ações, deve ser imputada à pouca familiaridade em nosso meio das ações sem valor nominal, introduzidas pela Lei 6.404. Nesse sentido, como a lei de 1976 se inspirou no direito comparado, mormente no direito norte-americano, para a introdução das companhias com ações sem valor nominal, lícito será recorrer à prática desses países no tocante à relação de troca nas conversões de ações.

3.6 Assim, no clássico *Financial Handbook*, editado por Jules I. Bogen e Samuel S. Shipman (The Ronald Press Co., New York, 4.^a ed., 1964, p. 13-22), sob o epígrafe “Convertible Preferred Stock”, encontramos a seguinte passagem, que revela como é usual a relação de troca que não obedece a razão 1:1, nas conversões de ações:

“As ações preferenciais são às vezes tornadas conversíveis, à opção dos seus detentores, em outra classe de ações. Com poucas exceções, essa faculdade permite a conversão em ações ordinárias. Por exemplo, uma ação preferencial pode ser convertida em ordinárias ao valor de \$ 50, cada uma, o que significa que, por uma ação preferencial de \$100, o seu titular receberá duas ações ordinárias”.

3.7 Examinando o também clássico *The Financial Policy of Corporations*, de Arthur Stone Dewig (The Ronald Press Company, New York, 5.^a ed., vol. I, p. 264), sob o epígrafe “Conversion Ratios of Stocks”, encontramos a seguinte passagem que sintetiza a prática norte-americana a respeito da relação de substituição na conversão:

“Ações preferenciais ou ordinárias, conversíveis, exibem grande variedade de relação de troca. No caso das preferenciais de estradas-de-ferro, a relação é invariavelmente a de uma ação ordinária pelo seu valor ao par por outra preferencial ao par. Variações puderam ser observadas especialmente nas ações relativas às empresas altamente negociadas nos primeiros anos da Primeira Guerra Mundial. Daí em diante, com a utilização de ordinárias de classes diferentes, a convertibilidade começou a se intensificar. Na década de 1920, quando a maioria das sociedades anônimas introduziram ações sem valor nominal, era muito comum a conversão de uma ação ordinária por dez ações preferenciais. No período que vai de 1925 a 1930, muitas ações preferenciais de empresas estatais e de indústrias invariavelmente recorreram a elevada relação de conversão de ações preferenciais em ordinárias de diferentes classes.

3.8 Como se vê, a legitimidade de variegadas relações de troca não só é possível, mas como necessária, para atender a determinadas situações, e nos Estados Unidos a prática societária jamais colocou em questão a sua validade e licitude, tendo, pelo contrário, sido consagrada nos textos mais respeitáveis daquele País. O *Model Business Corporation Act*, da American Bar Association, 15(e), admite a conversão em qualquer “proporção estabelecida”, o que é também expressamente endossado pela *General Corporation Law* do estado de Delaware, 151(e), que, como se sabe, é onde são constituídas a maior

parte das companhias abertas norte-americanas.

3.9 Na Itália, quando a Lei 216, de 7 de junho de 1974, introduziu as *azioni di risparmio*, suscitou-se o mesmo problema. Tratava-se de título privado do direito de voto, mas privilegiado na distribuição de dividendo e no reembolso do capital, e que poderia ser emitido não só através de aumento de capital, mas através de conversão de ações ordinárias ou de outras espécies já existentes no mercado, e, portanto, com preço de cotação de bolsa (art. 14). Cogitou-se, então, da relação de troca, mormente no caso conversão automática, e não facultativa (também admitida na lei), das ações ordinárias ou de outra categoria em ações “de poupança”. Advirta-se que todas essas ações são de valor nominal.

3.10 A resposta dada pela doutrina foi no sentido de que, se a lei em verdade tinha limitado a emissão das *azioni di risparmio* à metade do capital social, “nenhuma disposição determinava a identidade do valor nominal das ações ordinárias ou preferenciais ao das ações de poupança”, razão pela qual “ n ações de valor nominal 100” podem corresponder a “ $2n$ ações de valor nominal 50”, assim estabelecendo uma razão de conversão de 1:2. Enfim, admite-se uma relação de substituição variada (cf. Luigi Chiaraviglio, “Attualità delle azioni di risparmio”, in *Rivista delle società*, 1977, p. 1192-93; Giuseppe B. Portale, “Conversione automatica al momento della quotazione di azioni di altra categoria in azioni di risparmio”, in *Rivista delle società*, 1986, p. 570).

DOCTRINA

EMPRÉSTIMOS OU ADIANTAMENTOS A PESSOAS LIGADAS

Emissão de carta de crédito a favor de exportador estrangeiro, relacionada com importação feita por empresa de "leasing" ligada

RENATO A. GOMES DE SOUZA

Advogado em São Paulo

1. Apresentação da matéria — 2. Plano de trabalho — 3. A vedação contida na Lei de Reforma Bancária — 4. A penalização pelo art. 17 da Lei dos "Crimes de Colarinho Branco" — 5. Críticas ao art. 34 da Lei 4.595/64 e ao Dec.-lei 448/69 — 6. Críticas ao art. 17 da "Lei dos Crimes de Colarinho Branco" — 7. O Anteprojeto de lei dos "Crimes de Colarinho Branco" encomendado pela Presidência da República à Comissão liderada por Bulhões Pedreira — 8. O Projeto de Lei Complementar que regulamenta o SFN — 9. A evolução legislativa, em suma — 10. Normas restritivas — sua interpretação — 11. A interpretação das normas de direito administrativo-penal (ou penal-administrativo) — 12. Espírito da Lei — 13. Empréstimos ou adiantamentos — 14. Empréstimos — 15. Adiantamentos — 16. A disciplina do crédito pelo CMN — 17. Contratos bancários — 18. Abertura de crédito — 19. Considerações práticas quanto à já "tradicional" amplitude dada à expressão "empréstimos ou adiantamentos" — 20. Cartas de crédito vinculadas à importação — 21. A legitimidade de o banco emitir carta de crédito para cobrir importações feitas por "leasing" a ele "ligada" — 22. O ambiente de excepcionalidade que sempre favoreceu as operações com empresas de "leasing" ligadas — 23. Resumo e conclusões.

1. Apresentação da matéria

1.1 O art. 34 da Lei 4.595, de 31.12.64 ("Lei de Reforma Bancária", ou, resumidamente, "Lei Bancária") veda às instituições financeiras conceder "empréstimos ou adiantamentos" a "pessoas ligadas". O art. 17 da Lei 7.492, de 16.6.86 — que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (SFN — mais conhecida como "Lei dos Crimes de Colarinho Branco") — penaliza quem os toma, recebe ou defere.

1.2 O que se deve entender pela expressão "empréstimos ou adiantamentos", empregada nos referidos artigos?

1.3 Será que um banco pode, por exemplo, emitir carta de crédito a cobrir a importação de bens pela empresa de "leasing" (Leasing) a ele "ligada" (bens esses a serem subseqüentemente dados em arrendamento mercantil pela Leasing a clientes seus)?

2. Plano de trabalho

2.1 A matéria a analisar é bastante complexa. Para fazê-lo adequadamente, impõe-se-nos primeiro esquadriñar a legislação citada, o processo legislativo que levou a ela, a crítica acerba da doutrina a tal legislação (como um todo)

e (em particular) à pura e simples vedação aos “empréstimos ou adiantamentos” a pessoas “ligadas” (ao invés de apenas se coibirem os abusos que podem ensejar, como se pretende fazer futuramente, consoante projetos apresentados ao Congresso).

2.2 A seguir, recapitularemos as regras de hermenêutica aplicáveis, a vedarem a interpretação ampliativa que o Bacen sempre deu à expressão “empréstimos ou adiantamentos”. Por fim, mostraremos que a abertura de crédito — mormente a que precede a emissão de cartas de crédito vinculadas à importação — não se enquadra na proibição legal.

3. A vedação contida na lei de reforma bancária

3.1 Dispõe o citado art. 34 da Lei 4.595/64:

“Art. 34 — É vedado às instituições financeiras conceder empréstimos ou adiantamentos:

I — a seus diretores e membros dos conselhos consultivo ou administrativo, fiscais e semelhantes, bem como aos respectivos cônjuges;

II — aos parentes, até o 2.º (segundo) grau, das pessoas a que se refere o inciso anterior;

III — às pessoas físicas ou jurídicas que participem de seu capital, com mais de 10% (dez por cento), salvo autorização específica do Banco Central da República do Brasil,¹ em cada caso, quando se tratar de operações lastreadas por efeitos comerciais resultantes de transações de compra e venda ou penhor de mercadorias, em limites que forem fixados pelo Conselho Monetário nacional, em caráter geral;

1. Atualmente, Banco Central do Brasil (BACEN).

IV — às pessoas jurídicas de cujo capital participem, com mais de 10% (dez por cento);

V — às pessoas jurídicas de cujo capital participem, com mais de 10% (dez por cento), quaisquer dos diretores ou administradores da própria instituição financeira, bem como seus cônjuges e respectivos parentes, até o 2.º (segundo) grau.

§ 1.º — A infração ao disposto no inc. I, deste artigo, constitui crime e sujeitará os responsáveis pela transgressão à pena de reclusão de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal.

§ 2.º — O disposto no inc. IV deste artigo não se aplica às instituições financeiras públicas”.

3.2 Dispõe ainda a mesma lei:

“Art. 43 — O responsável pela instituição financeira que autorizar a concessão de empréstimo ou adiantamento vedado nesta lei, se o fato não constituir crime, ficará sujeito, sem prejuízo das sanções administrativas ou civis cabíveis, à multa igual ao dobro do valor do empréstimo ou adiantamento concedido, cujo processamento obedecerá, no que couber, ao disposto no art. 44, desta Lei.

Art. 44 — As infrações aos dispositivos desta Lei sujeitam as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes, e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente:

I — advertência;

II — multa pecuniária variável;

III — suspensão do exercício de cargos;

IV — inabilitação temporária ou permanente para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência em instituições financeiras;

V — cassação da autorização de funcionamento das instituições financeiras públicas, exceto as federais, ou privadas;

VI — detenção, nos termos do § 7.º deste artigo;

VII — reclusão, nos termos dos arts. 34 e 38, desta Lei.

§ 1.º — A pena de advertência será aplicada pela inobservância das disposições constantes da legislação em vigor, ressalvadas as sanções nela previstas, sendo cabível também nos casos de fornecimento de informações inexatas, de escrituração mantida em atraso ou processada em desacordo com as normas expedidas de conformidade com o art. 4.º, inc. XII, desta Lei.

§ 2.º — As multas serão aplicadas até 200 (duzentas) vezes o maior salário mínimo vigente no País, sempre que as instituições financeiras, por negligência ou dolo:

a) advertidas por irregularidades que tenham sido praticadas, deixarem de saná-las no prazo que lhes for assinado pelo Banco Central da República do Brasil;

b) infringirem as disposições desta Lei relativas ao capital, fundos de reserva, encaixe, recolhimentos compulsórios, taxa de fiscalização, serviços e operações, não atendimento ao disposto nos arts. 27 e 33, inclusive as vedadas nos arts. 34 (incs. II a V), 35 a 40 desta Lei, e abusos de concorrência (art. 18, § 2.º);

c) opuserem embaraço à fiscalização do Banco Central da República do Brasil.

§ 3.º — As multas cominadas neste artigo serão pagas mediante recolhimento ao Banco Central da República do Brasil, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, contados do recebimento da respectiva notificação, ressalvado o disposto no § 5.º deste artigo e serão cobradas judicialmente, com acréscimo

da mora de 1% (um por cento) ao mês, contada da data da aplicação da multa, quando não forem liquidadas naquele prazo.

§ 4.º — As penas referidas nos incs. III e IV, deste artigo, serão aplicadas quando forem verificadas infrações graves na condução dos interesses da instituição financeira ou quando da reincidência específica, devidamente caracterizada em transgressões anteriormente punidas com multa".²

3.3 Pouco mais de quatro anos após a promulgação da Lei 4.595/64, foi baixado o Dec.-Lei (DL) 448, de 3.2.69, cuja ementa anunciava que "dispõe sobre a aplicação de penalidades às instituições financeiras, às sociedades e empresas integrantes do sistema de distribuição de títulos ou valores mobiliários e aos seus agentes autônomos, e dá outras providências":

"Art. 1.º — O descumprimento de normas legais ou regulamentares pelas instituições financeiras, sociedades e empresas integrantes do sistema de distribuição de títulos ou valores mobiliários, ou pelos seus agentes autônomos, contribuindo para gerar indisciplina ou para afetar a normalidade do mercado financeiro e de capitais, será, por decisão do Banco Central do Brasil, considerado falta grave e por ele punido com a inabilidade temporária ou permanente dos administradores ou responsáveis, independentemente da aplicação da pena de advertência e outras, capituladas nas Leis 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e 4.728, de 14 de julho de 1965.

2. A Lei 6.205, de 30.4.1975, substituiu o "maior salário mínimo", quando usado como indexador, pelo "maior valor de referência" (MVR). O art. 48 da MP que instituiu o "Plano Real" fixou um novo valor máximo para as multas: R\$ 100.000.00 (cem mil reais).

Parágrafo Único — A aplicação do disposto neste artigo não exime os responsáveis de outras penas previstas na legislação em vigor.

Art. 2.º — A reincidência em falta grave, punida na forma do artigo anterior, sujeita a pessoa física ou a empresa infratora a processo sumário de cassação do registro ou da carta-patente, e conseqüente liquidação extrajudicial, no caso de instituição financeira, independentemente da observância do que dispõe o § 9.º do art. 44 da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e o § 1.º do art. 4.º da Lei 4.728, de 14 de julho de 1965, sem prejuízo de outras sanções previstas na legislação em vigor.

Art. 3.º — Das decisões do Banco Central do Brasil, relativas às penalidades previstas nos arts. 1.º e 2.º, caberá recurso, com efeito suspensivo, no prazo de 15 dias, ao Conselho Monetário Nacional, a contar do recebimento da notificação”.³

3.4 Visando a desobstruir a pauta do Conselho Monetário Nacional (CMN), o Decreto 91.152, de 15.3.85, criou e cometeu ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) o julgamento de recursos contra (entre outras) decisões do Bacen relativas à aplicação de penalidades previstas na Lei Bancária e no DL 448/69. O Decreto foi baixado “no uso da atribuição que lhe confere o art. 81, item V, da Constituição” então vigente (correspondente, na ausência, ao art. 84, VI, da atual Carta Magna), que autoriza o Presidente da República a “dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal”.

3.5 Não deixa de ser curioso observar — embora a observação não tenha maior

3. Sic, na publicação oficial; entenda-se, porém: inabilitação.

importância, para a matéria objeto do presente estudo — que se tenha deslocado, por simples decreto, a competência dada por lei ao CMN, para o julgamento dos recursos em questão. Como é óbvio, os poderes genéricos do Executivo (para dispor sobre a estrutura e as atribuições dos órgãos da Administração) não chegam ao ponto de lhe permitir contrariar norma de lei que confira, ela própria, determinada competência ao órgão “a” ou “b”.

4. A penalização pelo art. 17 da Lei dos “crimes de colarinho branco”

4.1 Dispõe o art. 17 da Lei 7.492/86:

“Art. 17 — Tomar ou receber, qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta Lei, direta ou indiretamente, empréstimo ou adiantamento, ou deferir-lo a controlador, a administrador, a membro do conselho estatutário, aos respectivos cônjuges, aos ascendentes ou descendentes, a parentes na linha colateral até o segundo grau, consangüíneos ou afins, ou a sociedade cujo controle seja por ela exercido, direta ou indiretamente, ou por qualquer dessas pessoas:

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo Único. Incorre na mesma pena quem:

I — em nome próprio, como controlador ou na condição de administrador da sociedade, conceder ou receber adiantamento de honorários, remuneração, salário ou qualquer outro pagamento, nas condições referidas neste artigo;

II —

4.2 A seu turno, estipula o art. 25 da mesma lei, citado no *caput* do artigo que acabamos de transcrever:

“Art. 25 — São penalmente responsáveis, nos termos desta Lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (vetado)”.

5. Críticas ao art. 34 da Lei 4.595/64 e ao DL 448/69

5.1 O art. 34 da Lei de Reforma Bancária sempre suscitou muitas críticas, em doutrina — seja quanto às incertezas geradas pela expressão “empréstimos ou adiantamentos” (objeto do presente parecer), seja quanto à enunciação das “pessoas ligadas” (às quais se os vedava), seja (mais importante, ainda) quanto ao próprio fato de se coibirem tais operações. Por outro lado, Resoluções do Bacen, a pretexto de regulamentar a lei, ampliavam ainda mais o rol das operações e pessoas alcançadas pelas proibições — o que fazia as críticas redobram.

5.2 Ainda na década de 1960, Jayme Bastian Pinto verberava, com a firmeza e o conhecimento de causa de quem era consultor das autoridades monetárias já desde os tempos da Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC), que antecedeu o Bacen na disciplina do mercado financeiro:

“Na França, onde se legisla com saber, propriedade e elegância jurídica, a enfadonha capitulação resumida em A, supra⁴ foi enunciada sinteticamente pela proibição de “convenções em que o administrador ou diretor está indiretamente interessado ou nas quais trata com a sociedade por interposta pessoa” (Lei de 24 de julho de 1966, art. 101), o que cobre, não só aquelas hipóteses

como também a gama infinda de arimanhas que banqueiros mal intencionados possam engendrar.

O linguajar balbuciente da Lei 4.595, embrenhado no cipoal da enumeração casuística, — vereda que os sabedores só trilham com o maior cuidado, — tornou ilegítimas operações que nada têm de condenáveis, e permitiu, sem qualquer dúvida, transações que deveriam ser vedadas, e que, conseqüentemente, só o arbítrio administrativo poderá impedir.

A despeito dessa condenação de princípio, de método e de técnica (ou de carência de técnica) sobre a redação daquela norma, é esse o direito positivo que nos rege e que será analisado neste trabalho.

3/4. Às hipóteses previstas na lei, — e que já eram desnecessariamente específicas, — acresceu a Circular n. 30 do Banco Central, de 28.3.66, as proibições seguintes:

a) à concessão de empréstimos ou adiantamentos a empresas de cujos capitais participem, preponderantemente ou ponderavelmente, pessoas, firmas, grupos ou *holdings* com semelhante influência no capital do estabelecimento, salvo a negociação de duplicatas e em montante nunca inferior⁵ a 0,5% (cinco décimos por cento) do global dos títulos descontados pela Instituição Financeira;

b) à concessão de empréstimos ou adiantamentos a empresas cuja Diretoria seja, no todo ou em parte, a mesma da Instituição Financeira, salvo a hipótese de duplicatas e na proporção indicada no inciso precedente.

Como se vê, trata-se de uma recidiva de casuística, a que estão fatalmente

4. O autor se refere à listagem dos diretores e conselheiros — e respectivos parentes, cônjuges e empresas de cujo capital tenham mais de 10%.

5. *Sic*, na publicação do texto de Bastian Pinto; entretanto, na Circular n. 30/66, do BACEN, é exatamente o oposto: “nunca superior a 0,5%”.

sujeitos os que contraíram aquela moléstia, e que seria de todo inútil se houvesse na nossa lei a referência genérica a “operações indiretas ou por interposta pessoa”.

3/5. Demais, as sanções estabelecidas na Lei 4.595, e que já eram demasiadamente sérias e numerosas, foram agravadas e estendidas pelo Dec.-lei 448, de 3.2.69, submetendo as instituições financeiras e seus administradores ao arbítrio das autoridades monetárias.

3.6. As características básicas do sistema de proibições da Lei 4.595, e dos atos que a suplementam, são, em linhas gerais, os seguintes:

a) proibição mais categórica para os bancos de concederem empréstimos aos seus diretores do que a proibição correspondente nas demais sociedades anônimas, uma vez que nestas a Assembléia Geral pode autorizar os empréstimos;

b) proibição mais ampla em relação aos bancos do que em relação às demais sociedades anônimas, — quer objetiva, quer subjetivamente, — por alcançar maior número de operações (ver n. 7 *infra*) e maior número de pessoas (cônjuges, parentes);

c) maior número de sanções mais graves pela infração daquelas proibições, do que as aplicáveis aos diretores de outras sociedades anônimas.

Essas características básicas da lei 4.595, e atos subseqüentes, constituem uma peculiaridade brasileira, que não se encontra em nenhuma das legislações de outros países que normalmente tomamos por exemplo, nos quais a matéria foi mais profundamente examinada, e que têm nela uma experiência ampla e completa. Registre-se não ocorrerem no nosso País peculiaridades que tenham sido invocadas para recomendar a adoção desse sistema excepcionalmente drástico. Ao contrário, a análise dos trabalhos legislativos sobre a “lei ban-

cária”, feito em 4 *infra*, indica nitidamente que os arts. 34, 44 e 45 da Lei 4.595, em que se configuram aquelas características, foram adotados impensadamente, sem estudos mais profundos que os justificassem”.⁶

5.3 O trecho acima transcrito integra o parecer sobre “Empréstimos a Empresa do mesmo Grupo Econômico — *Holding — Legislação Comparada*”, publicado na Revista Forense (RF), n. 231, pp. 60 a 73. Mais adiante, Bastian Pinto analisa “as origens legislativas dos arts. 34, 43 e 44 da Lei 4.595”:

“4/1. A elaboração do texto básico, relativo ao Banco Central e ao funcionamento do sistema bancário, além de ter sido assaz demorada, caracterizou-se por um número considerável de projetos e substitutivos, todos eles regulando integralmente a matéria. Tenho conhecimento do texto de 12 projetos preliminares, a saber: (...)”

5.4 O autor elenca, a seguir, os doze projetos, apresentados ao Congresso Nacional entre 1947 e 1954. Prossegue, depois:

“Bem sei que para juristas de nota os trabalhos de elaboração legislativa têm escasso ou nenhum valor, havendo quem considere que eles nem devem ser consultados. Entendem os doutos que a norma legal, uma vez promulgada, tem uma vontade e um sentido próprios, independentes da vontade que motivou o legislador ou do sentido que este lhe quis dar. Examinando-se, entretanto, os projetos supra capitulados, constata-se que, a despeito de tanto esforço é tão considerável atenção dispensada à matéria por governos e parlamentares,

6. *Sic*, no original; porém, a numeração correta dos dois últimos artigos citados é 43 e 44.

nenhum daqueles documentos propôs a adoção de um conjunto de regras tão drásticas e categóricas, apresentando características tão restritivas como as que se encontram no sistema composto pelos arts. 34, 43 e 44 da Lei 4.595 e seus aditamentos. Todos esses projetos, creio que com uma única exceção, regularam as operações vedadas aos bancos de depósitos, referindo, via de regra, as que tenham como partes o estabelecimento e seus administradores, e impunham sanções a quem infringisse aqueles preceitos. Mas, como ficou dito, nem as proibições, nem as penalidades, têm naqueles projetos o invulgar alcance que constitui peculiaridade típica da Lei 4.595; e isso quer em confronto com todos os projetos que a antecederam, quer com a legislação dos países não subdesenvolvidos juridicamente, como já disse por maior em 3/6 supra (p. 9) e direito por menor em 5 infra (pp. 18 a 31).

4/2. Onde se originam, então, as normas hoje integradas nos 3 referidos arts. da Lei 4.595? Ao que pude apurar, no levantamento dos vários projetos da lei bancária que encontrei, aquele peculiaríssimo conjunto de preceitos drasticamente restritivos e gravemente punitivos, e que hoje nos regem e nos distinguem, nessa matéria, do concerto das nações civilizadas, resultou do projeto enviado ao Congresso, em março de 1963, com Mensagem do Pres. João Goulart.

De feito, confrontando-se o projeto anexo à citada Mensagem com o texto final da Lei 4.595, constata-se que o art. 34 desta, em que se estabelece parte do que é vedado às instituições financeiras, corresponde *ipsis verbis* ao art. 28 do projeto, com o acréscimo de alguns suprimimentos ainda mais condenáveis do que o projeto em si. Desse cotejo ressalta ainda que o art. 43 da lei inspirou-se diretamente no § 2.º do art. 35 do projeto João Goulart, e que o

caput do art. 44 da lei, o qual estabelece as penas que sancionam as infrações ao art. 34 e a outros preceitos, é cópia fiel do art. 36 daquele projeto. Os vários parágrafos do art. 44 da lei, em que confusamente está dito que pena se aplica a que, é também, em grande parte, cópia de vários parágrafos do art. 36 do projeto anexo à Mensagem.

Registraremos, mais uma vez, para honra do Governo e dos Congressos anteriores a 1963 e 1964, que tais dispositivos não figuravam em nenhum dos vários projetos referidos ao número anterior.

Temos, pois, que os arts. em análise da Lei 4.595 são, antes de mais nada, um danoso legado do Governo João Goulart, perfilhado pelo Governo Castello Branco”.

5.5 No seu parecer (item 4.2, acima transcrito), Bastian Pinto indaga de onde se originam as normas do art. 34 da Lei Bancária, integrantes já do Projeto João Goulart. A fonte de inspiração do dispositivo, no entanto, é óbvia: o n. 5. do item II da Instrução n. 253 da SUMOC, de 11.10.63, que considerava “práticas infringentes da boa técnica bancária” (entre outras) “conceder empréstimos” (não acrescentava “ou adiantamentos”) a um elenco de pessoas naturais e jurídicas muito parecido (mas não exatamente igual) com o que veio a contar do art. 34 da lei em tela. “A inobservância dos preceitos de boa técnica bancária impedirá a solução favorável de qualquer processo de interesse do estabelecimento”, dizia o item III da mesma Instrução, “bem como será devidamente considerada pela Carteira de Redescontos, tanto na fixação de limites como no exame das operações propostas”.

5.6 Arnaldo Wald também critica as restrições impostas às instituições financeiras pelo art. 34 da Lei 4.595/64. A

censura vem em mais de um trabalho publicado do autor em questão — como, por exemplo, no parecer que trata “Da Validade do Contrato de Financiamento entre Sociedade de Crédito Imobiliário e Construtora Pertencentes ao mesmo Grupo Econômico” (in “Estudos e Pareceres de Direito Comercial — Problemas Comerciais e Fiscais da Empresa Contemporânea”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979, pp. 94 a 112 — os destaques são do original):

“Já se afirmou que, dos 12 projetos que permitiram a elaboração da Lei de Reforma Bancária, as disposições restritivas à realização de operações bancárias com empresas vinculadas só constam da Mensagem remetida ao Congresso em 1963 pelo então Presidente João Goulart (v. RF 231/64),⁷ inexistindo qualquer elemento complementar que possa esclarecer melhor a vontade do legislador.

Ao comparar o art. 34 da Lei de Reforma Bancária com as disposições sobre a mesma matéria, constantes na Lei das Sociedades Anônimas, verificamos que os impedimentos estabelecidos em relação às instituições financeiras são mais amplos subjetiva e objetivamente do que os aplicáveis às demais sociedades comerciais em geral, quando, ao contrário, em todos os demais países, admite-se plenamente que o Banco possa atender às necessidades financeiras de sociedades pertencentes ao mesmo grupo.

16. Assim, o art. 106 da nova lei francesa sobre as sociedades comerciais (Lei 66.537, de 24.7.66) determina que:

“À peine de nullité du contrat, il est interdit aux administrateurs autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se

faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers.

Toutefois, si la société exploite un établissement bancaire ou financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales”.

Comentando a legislação francesa sobre a matéria, pondera o eminente comercialista Georges Ripert que a eventual interdição da empresa de negociar com os seus diretores não se aplica nas operações de rotina, quando a sociedade tem atividade bancária, pois é normal que o administrador seja cliente do Banco que administra, e a proibição não incide sobre as pessoas jurídicas, pois tais operações são normais entre sociedades (“*Traité Élémentaire de Droit Commercial*”, 2.^a ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, n. 1.154, p. 461).

Deve ser assinalado, aliás, que, na França, a Lei de 4.3.43 excluiu a incidência da interdição sobre os Bancos. Posteriormente, os Decretos ns. 46-1246 e 46-1247, de 28.5.46, que modificaram a legislação na matéria, não mantiveram a exceção, mas essa foi final e definitivamente restabelecida na recente Lei de 1966, comprovando a necessidade de autorizar os Bancos a negociar com as empresas em que estão interessados os seus diretores, desde que as operações sejam normais (v. Jean Escarra, Edouard Escarra e Jean Rault, “*Les sociétés commerciales*”, t. IV, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1959, pp. 102 e ss., e, ainda, Michel de Juglart e Benjamin Ippolito, “*Cours de Droit Commercial — les sociétés commerciales depuis les Réformes de 1966, 1967 et 1968*”, 3.^a ed., vol. II, Paris, Éditions Montchrestien, 1968, p. 392).

17. Também as legislações italiana (art. 3.624 do CC e art. 38 da Lei n. 141, de 7.3.38), alemã (art. 89 da Lei

7. Wald se refere, aqui, ao parecer de Bastian Pinto, a que já aludimos.

das Sociedades Anônimas e art. 14 da Lei Bancária), inglesa (art. 190 do Companies Act) e americana (art. 103 da Lei Bancária de Nova Iorque) admitem que possa haver empréstimos a empresas vinculadas ou coligadas por parte de instituição financeira, dando, na matéria, um tratamento privilegiado aos estabelecimentos de crédito em relação às demais sociedades anônimas, que, normalmente, não devem fazer tais financiamentos.

18. Verificamos, pois, que, de acordo com os princípios gerais do Direito, inspirados na legislação estrangeira, não deve haver discriminação contra transações realizadas pelas empresas financeiras com companhias vinculadas. Ao contrário, a legislação dos países mais desenvolvidos admite que, no caso, deva haver um tratamento privilegiado para as instituições financeiras em relação às demais sociedades, pois o Banco deve ser o catalisador do grupo empresarial, sendo lógico que possa fazer com as empresas vinculadas as operações normais que realiza com terceiros”.

5.7 Como demonstra Wald, não há, nos países mais avançados, regra que imponha a vedação pura e simples a “empréstimos ou adiantamentos” a pessoas “ligadas”, sem levar em consideração as condições em que forem pactuados. Aliás, mesmo em toda a América Latina, não há um país cuja legislação abrigue norma semelhante ao referido art. 34 (conforme estudo elaborado pela Federação Latino-Americana de Bancos, referido no documento “O Setor bancário e seu aprimoramento”, que foi encaminhado ao Bacen pela Federação Nacional dos Bancos e pela Federação Brasileira das Associações de Bancos e publicado pelo “Journal do Comércio” em 9.4.79, p. 33).

5.8 Ressalte-se, desde já, que Bastian Pinto, ao fazer referência às doutrinas

alemã, italiana, francesa e americana (em trecho transcrito mais adiante, no item 10.1), procura demonstrar o abono dos autores estrangeiros à interpretação ampliada da expressão “empréstimos ou adiantamentos”. No entanto, não destaca o autor, nessa passagem, o fato de que, na realidade, o tratamento dado pela legislação desses países é diverso do que temos. No nosso caso, a norma é restritiva ao extremo — e, nesse contexto, jamais caberia interpretá-la ampliativamente (sobre o que nos alongaremos na Seção 10, do presente estudo).

5.9 Quanto ao DL 448/69, voltemos a Bastian Pinto, no mesmo parecer antes já citado:

“2. O Dec.-lei 448, de 3.2.69

12. O decreto-lei em apreço, apesar de extenso, só parece ter trazido duas modificações de importância ao sistema da Lei 4.595, naturalmente para agravá-lo nos aspectos em exame.

A primeira inovação, assaz surpreendente do ponto de vista jurídico, consiste em estender a aplicação das sanções estabelecidas na lei ao desrespeito de “normas regulamentares”, o que parece dar uma cobertura legislativa — bem duvidosa sob o aspecto constitucional — às “Resoluções” e “Circulares” das autoridades monetárias, pois que estas as consideram como sendo de natureza regulamentar.

A segunda inovação consistiu em criar-se um conceito, ou medida, enunciado como:

“O descumprimento (...) contribuindo para gerar indisciplina ou afetar a normalidade dos mercados financeiros ou de capitais...”

Como o art. 44, § 4.º, da Lei 4.595 já permitia a aplicação das mesmas penalidades, previstas para essa hipótese no Dec.-lei 448, em caso de “infra-

ções graves”, parece não ser necessário tentar fazer a análise do trecho supra-transcrito. Na verdade, o dec.-lei parecer ser mais uma advertência do que uma lei”.

5.10 Bastian Pinto tem toda razão. No que interessa à nossa análise, o DL em foco nada trouxe de novo — afora o fato de que pretendeu dar suporte legal ao Bacen para aplicar as penalidades da Lei Bancária também nos casos de infração a normas postas não na própria lei, mas sim em meros atos de hierarquia infralegal. Tal pretensão não se sustenta, todavia, em bom Direito. Toda vez que o Bacen pretender apenas uma instituição financeira com base em meras Resoluções ou Circulares (e não em lei), ela certamente terá argumentos sólidos para defender-se.

6. Críticas ao art. 17 da “Lei dos Crimes de Colarinho Branco”

6.1 Antes de nos determos especificamente quanto ao art. 17, cabe referir às críticas feitas à Lei 7.492/86, como um todo. Um breve histórico do processo legislativo que a originou explica a perplexidade de inúmeros juristas diante da aprovação às pressas de um projeto de lei repleto de falhas, sancionado meio a contragosto, enquanto o Executivo preparava um anteprojeto melhor e mais amplo,⁸ encomendado a uma comissão de juristas de altíssimo nível (que a imprensa chamava de “Comissão de Notáveis”), instituída pelo Decreto

8. O projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional dispunha apenas sobre os crimes contra o SFN, enquanto o anteprojeto do Executivo ia além disciplinando diversos outros aspectos do SFN, particularizando e detalhando o funcionamento e a organização das instituições financeiras, seu controle, responsabilidades e também o regime de liquidação forçada.

91.159, de 18.3.85. Sobre esse anteprojeto falaremos mais adiante (na Seção 7).

6.2 A atual “Lei dos Crimes de Colarinho Branco” teve origem no Projeto de Lei 273-E, apresentado à Câmara dos Deputados, em março de 1983, pelo Deputado Nilson Gibson e ali aprovado dois anos depois, em regime de urgência, com as alterações introduzidas pelo substitutivo do Deputado João Herculino — para o qual contou com a colaboração efetiva da Procuradoria-Geral da República. O projeto de lei aprovado foi então submetido ao Senado Federal, onde recebeu uma emenda substitutiva de autoria do Senador José Lins de Albuquerque (Substitutivo n. 27, de 1985), que pouca coisa modificou do projeto original, apenas lhe conferindo melhor redação, sob o aspecto de técnica legislativa. Em 24.4.86 — enquanto o Governo prorrogava por mais 60 dias o prazo para sugestões ao seu anteprojeto, que em janeiro havia sido entregue pela “Comissão de Notáveis” — o projeto de lei da Câmara foi apreciado no Senado em regime de “urgência urgentíssima” e aprovado pelo “voto simbólico” das lideranças partidárias. No mesmo dia (através de Ofício SN/164), tal substitutivo retornou à Câmara dos Deputados, onde foi aprovado em 22.5.86.

6.3 Mesmo antes da sanção presidencial, o substitutivo aprovado no Senado suscitou enorme polêmica e foi alvo de inúmeras críticas. Em artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, em 29.5.86 (p. 30), Evandro Lins e Silva externava sua surpresa diante da aprovação do referido projeto:

“A matéria é de indiscutível relevância e o seu rápido encaminhamento e deliberação no Legislativo surpreendeu a todos...”

E, mais para a frente:

“Não se compreende que, existindo um anteprojeto, mais completo e da melhor qualidade, já publicado no Diário Oficial, depois de aprovada a definição dos seus objetivos e princípios pelo senhor presidente da República, tenha sido votado pelo Congresso um outro projeto, incompleto, cheio de falhas, sem ao menos um exame daquele outro, para seu aperfeiçoamento”.

6.4 Contrastando o anteprojeto encomendado pelo Governo com o projeto aprovado pelo Congresso, Lins e Silva acrescentava:

“(…) o anteprojeto é um trabalho que merece as loas dos iniciados, no seu conjunto, e vem dar unidade e harmonia a uma legislação incompleta, dispersa e caótica. E o seu lineamento geral já teve a aprovação do Poder Executivo.

Poder-se-á dizer a mesma coisa do projeto votado no Congresso? Não, o projeto é incompleto, dispersivo, draconiano e inexecutável”.

6.5 Apesar de todas as críticas, o Presidente da República sancionou a Lei 7.492/86, com 10 vetos (nenhum deles, entretanto, relativo ao art. 17, que interessa ao presente parecer).

6.6 Manoel Pedro Pimentel (in “Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional — Comentários à Lei 7.492, de 16.6.86”, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 21) salienta que o próprio Relator do projeto, na Câmara dos Deputados, João Gilberto, já havia reconhecido, ao receber o substitutivo vindo do Senado, que

“...o projeto sai imperfeito e reclamará a curto prazo nova legislação para revisar alguns de seus pontos. Infelizmente, não nos é dada mais a possibilidade de correção pelo estágio em que se encontra o processo legislativo.

Pela Constituição e os Regimentos, agora restam apenas duas alternativas para a Câmara: ou aceita a redação dada pelo Senado ou mantém a sua. Não mais pode introduzir modificação. Não pode rejeitar nenhum dispositivo ou acrescentar qualquer matéria nova.

Infelizmente, fazemos esse registro porque o Projeto suscitou debates amplos na comunidade jurídica do País e pela imprensa e muitas das contribuições e críticas apresentadas não mais podem ser resolvidas”.

6.7 Também o Presidente da República, na Mensagem n. 252, na qual expôs ao Congresso Nacional as razões do seu veto parcial, confessava estar sancionando uma lei falha e afirmava que em breve enviaria ao Congresso um novo projeto, que dispusesse melhor sobre a matéria. Nunca chegou a fazê-lo, porém. Aquele anteprojeto da referida “Comissão de Notáveis” jamais foi sequer convertido em projeto, para encaminhamento ao Congresso Nacional.

6.8 Em suma, o que temos hoje é uma lei quanto à qual se formou uma unanimidade de crítica. Só acabou votada e sancionada porque, como já salientara Hélio Gueiros, Relator do projeto no Senado, havia a respeito uma “legítima e urgente reivindicação nacional” (ainda segundo Pimentel, op. et loc. cit.).

6.9 Especificamente quanto ao art. 17, mencione-se que, se críticas já cabiam à enormidade da listagem de vedações e à ferocidade das respectivas punições, na Lei Bancária, com mais razão ainda cabem quanto ao tratamento da matéria na Lei 7.492/86 — que veio ampliar, em muito, o rol dos “empréstimos ou adiantamentos” apenados também criminalmente. Com efeito, na Lei 4.595/64, muitos já eram os casos em que se configurava um ilícito adminis-

trativo, mas crime só cometia quem os concedia (§ 1.º do art. 34) a “diretores e membros dos conselhos consultivo ou administrativo, fiscais ou semelhantes, bem como aos respectivos cônjuges”; agora, comete delito também quem os toma ou recebe — e é enorme a lista das pessoas puníveis, colocadas em qualquer das pontas das operações vedadas.

6.10 Assim, também quanto ao art. 17 é pertinente a afirmação de Lins e Silva de que o projeto aprovado é “draconiano e inexecutável”. Ainda que diante de uma “legítima e urgente reivindicação nacional”, como tentava justificar o Senador Hélio Gueiros, é uma lástima que se tenha aprovado um projeto de lei que em nada aprimora a disciplina dessa matéria — muito pelo contrário, torna-a ainda pior — tanto mais quanto já existia um anteprojeto que lhe é em tudo superior, sobre o qual falaremos a seguir.

7. O anteprojeto de Lei dos “Crimes de Colarinho Branco” encomendado pela Presidência da República à comissão liderada por Bulhões Pedreira

7.1 Como dissemos, já enquanto tramitava no Legislativo o projeto do que viria a ser a Lei 7.492/86, o Executivo, preocupado com a má qualidade daquele projeto, nomeava uma comissão de juristas do mais alto nível, incumbida de elaborar um anteprojeto melhor. Compunham a comissão José Luiz Bulhões Pedreira, Alfredo Lamy Filho, Fábio Konder Comparato, Jorge Hilário Gouvêa Vieira e César Vieira de Rezende.

7.2 O trabalho da Comissão não ficou a dever às expectativas. Profundo e minucioso, tinha 326 artigos. No que respeita à matéria do presente Parecer, dizia a Exposição Justificativa, de 6.1.86

(publicada em caderno especial do jornal “Gazeta Mercantil”, em 17.1.86):

“IV-c — Negócios da Instituição Financeira com pessoas ligadas

Um fator de quebra, presente em quase todos os casos de liquidação extrajudicial, são os negócios realizados pelas instituições financeiras com pessoas a elas ligadas. Muita vez estão na origem do processo de deterioração, que precede a quebra, pois as operações que a instituição faz no interesse de controladores e administradores são freqüentemente fonte de prejuízos operacionais, cuja acumulação leva a instituição à insolvência; outras vezes surgem no processo de deterioração, se o controlador recorre a esse tipo de negócios para aumentar (aparentemente) o capital social da instituição, ou tenta realizar lucros especulativos que diminuam prejuízos acumulados; e, quase sempre, estão presentes no final do processo de deterioração, quando o empresário financeiro perde as esperanças de evitar a quebra e procura apropriar-se de parte do patrimônio da instituição.

A importância dos negócios com pessoas ligadas como fator de quebra das instituições financeiras recomenda sua estrita regulação pela lei e o aperfeiçoamento dos instrumentos de verificação do cumprimento das normas legais.

A Lei 4.595/64 proíbe toda e qualquer operação com pessoa ligada, mas a experiência revela que o regime em vigor é pouco eficiente. O anteprojeto propõe sua substituição por disciplina mais pormenorizada, com a criação de instrumentos para facilitar sua fiscalização, tanto pelos órgãos sociais quanto pela autoridade. (...)

Em nenhuma circunstância a instituição pode contratar com pessoa ligada em condições de favorecimento (art. 62), competindo ao Conselho de Administração conhecer a operação e em

cada caso sobre ela deliberar, com a responsabilidade conseqüente (art. 63).

Observadas as condições normais de contratação e de garantias, o anteprojeto não veda toda e qualquer operação com pessoas ligadas, mas proíbe algumas (art. 65) e fixa limites por operação e no conjunto de todas as operações (art. 67).

O controle da aprovação e execução dessas operações será obtido através de registros contábeis especiais e do relatório mensal da auditoria interna (arts. 68 e 69).

Essa disciplina — mais do que o regime em vigor — poderá contribuir para alcançar o objetivo de impedir que as operações com pessoas ligadas aumentem o risco de iliquidez e insolvência das instituições financeiras”.

7.3 Em suma, seguindo a orientação da melhor doutrina — e o exemplo de outros países, que procuram tratar da matéria de modo racional (e não emocional) — o elenco de vedações absolutas era muito mais restrito do que o da lei vigente; fora isso, os demais casos de negócios com “pessoas ligadas” não eram pura e simplesmente proibidos, mas sim sujeitos à regra básica de que não fossem feitos “em condições de favorecimento”; fugia-se do casuísmo criticado por Bastian Pinto (item 5.2, acima); e usava (e definia) a expressão “operações de crédito”, bem mais apropriada e genérica (de que “empréstimos ou adiantamentos” seriam meras espécies):

“CAPÍTULO III — ORGANIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS (...)

Seção V — Documentação das Operações

Operações de Crédito

Art. 47 — (...)

§ 1.º — Consideram-se operações de crédito quaisquer negócios mediante os

quais a instituição se obriga a entregar ativos financeiros, ou assume o risco de fazê-lo, adquirindo, em contrapartida, direito de crédito, tais como empréstimos ou adiantamentos de dinheiro, desconto de títulos cambiais, aberturas de crédito, seja qual for o modo de utilização, ordens de pagamento e prestação de garantias. (...)

CAPÍTULO V — NEGÓCIOS DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA COM PESSOAS LIGADAS

Seção I — Disposições Gerais

Art. 59 — Somente com observância do disposto neste Capítulo pode a instituição financeira realizar negócio com pessoa a ela ligada. (art. 60). (...)

Proibição de Favorecimento

Art. 62 — É vedado à instituição financeira negociar com pessoa ligada em condições de favorecimento.

Parágrafo Único — São modalidades de favorecimento:

a) a realização de negócio que, por sua natureza, finalidade, características ou risco, a instituição não faria com outros clientes;

b) a cobrança de juros, comissões e outros encargos, ou aceitação de garantias, menores do que a instituição exigiria de outros clientes;

c) a alienação ou aquisição de bens ou serviços em condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as admitidas pela instituição em negócios com outros clientes.

Competência para deliberar.

Art. 63 — A instituição financeira somente pode realizar negócio com pessoa ligada por deliberação do conselho de administração, à vista de manifestação da diretoria instruída com a descrição da ligação existente, a análise da operação, da situação financeira e da

renda do proponente, e a avaliação do risco do crédito da instituição. (...)

Seção III — Operações de Crédito

Operações de crédito com pessoas ligadas.

Art. 64 — Considera-se realizada com pessoa ligada, além da operação de crédito (art. 47, § 1.º) com ela diretamente contratada:

I — aquela cujo beneficiário final é pessoa ligada, ainda que o contratante com a instituição financeira não o seja;

II — a contratada com pessoa ligada a outra instituição financeira, se as circunstâncias evidenciam ajuste de reciprocidade, entre duas ou mais instituições, em que cada qual concede crédito a pessoa ligada à outra;

III — a garantida pessoalmente por pessoa ligada, ou por bens do seu patrimônio, título cambiários de sua emissão, aceite, endosso ou aval, ou valores mobiliários por ela emitidos ou garantidos.

Parágrafo Único — A classificação de negócio como operação de crédito realizada com pessoa ligada terá por base sua natureza financeira e o beneficiário final do crédito concedido pela instituição, abrangendo qualquer negócio indireto, simulado, ou mediante interposição de terceiro, adotado para fraudar o disposto neste Capítulo.

Operações vedadas

Art. 65 — É vedado à instituição financeira:

I — admitir saque a descoberto de pessoa ligada, ressalvada a utilização, dentro dos limites fixados para os clientes da instituição, dos serviços de cheque especial e cartão de crédito;

II — realizar operação de crédito com sociedade que a controle (art. 11) ou com seu empresário financeiro (art. 24);

III — realizar operação de crédito com membro do seu conselho de admi-

nistração ou fiscal, diretor ou sócio-gerente, em valor que exceda de seis vezes o respectivo honorário mensal.

Parágrafo Único — O disposto no item III não se aplica a empréstimo para adquirir imóvel a ser usado como habitação própria, concedido por instituição autorizada a operar em financiamento habitacional, desde que obedeça às mesmas condições e tenha as mesmas garantias dos negócios semelhantes com os demais clientes”.

7.4 Como dissemos, o Legislativo — normalmente tão moroso — andou mais rápido do que de hábito, aprovando o projeto que lá tramitava, e o Executivo o sancionou (embora dele não gostasse) pensando porém em enviar ao Congresso, pouco depois, outro melhor, calçado no anteprojeto, acima citado, da comissão liderada por Bulhões Pedreira. Mas, isso jamais aconteceu, como já vimos.

8. O Projeto de Lei Complementar que regulamenta o SFN

8.1 O art. 192 da nova CF prescreve que lei complementar disporá sobre o SFN. Vários projetos de tal lei já foram apresentados por parlamentares. O então Deputado César Maia, Relator da Comissão Especial do Sistema Financeiro, encarregada da sua apreciação, preparou substitutivo, consolidando (com alterações) os diversos outros projetos. Entidades de classe do mercado financeiro apresentaram sugestões. O próprio Bacen também sugeriu mudanças. César Maia, eleito depois para o cargo executivo, foi substituído, na presidência da Comissão, por Gonzaga Motta (e esse, por sua vez, por Benito Gama, mais tarde). O projeto nunca chegou a ser votado, e, com o final da legislatura (em 31.1.95), foi arquivado (concomitantemente com a extinção da Comissão, temporária que era, nos termos do Regimento Interno do Congresso).

8.2 Vale a pena transcrever passagens desse projeto de lei complementar já com as alterações propostas pelo Bacen. Serve como bom indicador de como essa autarquia enfoca atualmente a matéria, *de lege ferenda*:

“Art. 6.º — Compete privativamente ao Banco Central do Brasil: (...)”

XX — expedir instruções, autorizar e fiscalizar as instituições financeiras, instituições do sistema de garantia de depósitos e aplicações e demais entidades que dependam de sua autorização para funcionar, em especial sobre: (...)

b) operações que poderão realizar entre si, inclusive de instituições sob o mesmo controle acionário; (...)

Art. 7.º — Compete, ainda, ao Banco Central do Brasil: (...)

II — expedir instruções e controlar o crédito e as operações creditícias em todas as suas formas e modalidades, inclusive empréstimos, financiamentos e demais operações em moeda estrangeira; (...)

“Art. 20 — É privativa de instituição financeira a exploração das seguintes atividades: (...)

IV — empréstimo de dinheiro a juros; e

V — desconto de créditos ou títulos de créditos, ainda que mediante aplicação somente de recursos próprios. (...)

§ 3.º — Não se incluem entre as operações ou atividades privativas de instituição financeira:

a) a compra e venda de bens e o fornecimento de serviços com pagamento a prazo ou em prestações;

b) a cessão de créditos realizada por quem não tenha a qualidade de instituição financeira;

c) as operações de crédito e a prestação de garantias entre o produtor e o fornecedor dos seus insumos; entre o comerciante o fornecedor das mercado-

rias do seu comércio; entre a empresa, seus empregados e entidades que tenham por fim beneficiá-los, ou entre estas e seus associados; entre sociedades controladoras, coligadas ou sob controle comum, não qualificadas como instituições financeiras; e, desde que sem habitualidade, entre quaisquer outras pessoas”.

“Art. 26 — É vedado à instituição financeira realizar operação de crédito ou de prestação de garantia com pessoa a ela ligada, em condições de favorecimento, como tal compreendidas:

I — a concessão de crédito que, por sua natureza, finalidade, características ou risco, a instituição não faria com outros clientes;

II — a cobrança de juros, comissões e outros encargos, ou accitação de garantias menores do que a instituição exigiria de outros clientes; e

III — a alienação ou aquisição de bens ou serviços em condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as admitidas pela instituição em negócios com outros clientes. (...)

§ 4.º — As operações de crédito com pessoas ligadas deverão observar os seguintes limites:

a) o valor das operações com cada pessoa ligada não poderá ultrapassar a 1% (um por cento) dos ativos circulante e realizável a longo prazo, nem 5% (cinco por cento) do patrimônio líquido;

b) o valor das operações com todas as pessoas ligadas não poderá ultrapassar 2,5% (dois e meio por cento) dos ativos circulante e realizável a longo prazo, nem 10% (dez por cento) do patrimônio líquido.

§ 5.º — Considera-se realizada com pessoa ligada, além da operação de crédito com ela diretamente contratada:

a) aquela cujo beneficiário final é pessoa ligada, ainda que o contratante com a instituição financeira não o seja;

b) a contratada com pessoa ligada a outra instituição financeira, se as circunstâncias evidenciam ajuste de reciprocidade, entre duas ou mais instituições, evidenciando a concessão de crédito por cada uma a pessoa ligada à outra;

c) a garantida pessoalmente por pessoa ligada, ou por bens do seu patrimônio, títulos cambiários de sua emissão, aceite, endosso ou aval, ou valores mobiliários por ela emitidos ou garantidos;

d) qualquer outra que caracterize negócio indireto, simulado ou mediante interposição de terceiro”.

“Art. 52 — As instituições financeiras públicas deverão, no prazo de 5 anos, adequar-se aos limites e vedações de que trata o art. 26 desta Lei Complementar, devendo em especial dar baixa semestralmente do equivalente a 10% (dez por cento) do saldo remanescente das operações de crédito realizadas até 30.6.93, com a pessoa jurídica de direito público que a controla, bem como de qualquer pessoa jurídica por ela, direta ou indiretamente, controlada”.

9. A Evolução Legislativa, em suma

9.1 Vimos, até aqui, os textos vigentes de lei a tratarem dos “empréstimos ou adiantamentos” a “pessoas ligadas”. Vimos as críticas à concepção básica adotada — de vedar/incriminar ampla, genérica e severamente tais operações. Vimos as tentativas — até agora frustradas, lamentavelmente — de se dar à matéria, em lei, um tratamento mais racional.

9.2 Veremos, um pouco mais à frente, a regulamentação dos textos legais citados, analisá-la-emos e faremos referência à crítica que vem sofrendo, acrescentando por vezes a nossa própria. Veremos que a atuação dos regu-

lamentadores tem ido de um polo a outro, ora ampliando ainda mais as vedações (sem ter poderes para tanto), ora sendo benevolente (ocasionalmente por considerações de conveniência ou oportunidade — que não deveriam ser levadas em conta, a rigor, ao se editarem textos meramente regulamentares).

9.3 Muito da crítica — nossa e da doutrina — tem a ver com a infelicidade da expressão legal “empréstimos ou adiantamentos” (que, como já vimos *en passant*, é substituída pela expressão — bem mais adequada — “operações de crédito”, nas várias tentativas de se alterar a legislação aplicável). É na análise da expressão “empréstimos ou adiantamentos” que nos deteremos, mais adiante, no prosseguimento do presente estudo.

9.4 Enfim, embora seja ruim o que temos hoje, *legem habemus* — e tem-se de cumpri-la. Resta ver como fazê-lo do modo mais racional possível, podendo-se os exageros da regulamentação — eis que o próprio Bacen já se deu conta de que o que temos hoje não é bom (como se vê da sua contribuição ao Projeto César Maia — Seção 8, acima).

9.5 Percebe-se que parte do que o Bacen exige, hoje, exige a contragosto, eis que não lhe resta senão dar cumprimento à lei, ainda que com a sua orientação básica muitas vezes não concorde. Cabe verificar se, na estrita interpretação da lei, não seria possível retirar, do rol das vedações que a fiscalização bancária imagina existentes, parte do que nesse rol não deveria estar — parte essa que se possa demonstrar, com alívio, que na verdade não cabe no conceito de “empréstimos ou adiantamentos” (embora nele tenha sido inserida, erroneamente, até aqui).

9.6 Referir-nos-emos, ainda, ao pouco que se dá a conhecer das decisões

administrativas do Bacen e do CRSFN, sobre o conceito de “empréstimos ou adiantamentos”.

10. Normas restritivas — sua interpretação

10.1 Naquele seu parecer, já referido, diz Bastian Pinto (sublinhamos):

“7. O conceito de “empréstimos ou adiantamentos”

7/1 O art. 34 cogita da concessão de “empréstimos ou adiantamentos”. O uso dessas duas expressões, simultaneamente, não obedece à melhor técnica. No Banco Central é dito que *essa reiteração visa abranger toda a gama de créditos que possam ser feitos aos diretores, conselheiros, seus cônjuges e parentes, inclusive o crédito por aceite. Não se pode negar que uma interpretação ampliativa das operações alcançadas pela proibição encontraria abono nos pronunciamentos da doutrina*, ao examinar o problema sob os aspectos penal, societário e bancário. Pronunciam-se nesse sentido, entre outros: 1) No Brasil, Magalhães Noronha, “Direito Penal”, cit., 2.ª vol., p. 545, e Miranda Valverde, “Sociedade por Ações”, n. 628; 2) Os autores alemães em geral, como Von Godin-Wilhelmi, ob. cit., p. 342; Gadow, ob. cit., p. 521; Baumbach-Weck, ob. cit., p. 274; 3) Na Itália, Carlos Folco, ob. cit., n. 295, p. 231, que se refere a “obbligazioni di qualsiasi natura”, ao tratar especificamente no seu aspecto bancário; 4) a lei francesa, quer a anterior, que a atual, refere “emprunts” e “découvert en compte courant ou autrement”; analisando-a, diz Rault (ob. cit., n. 1426, p. 101) que “a raison de la généralité des termes employés, tous les prêts tombent sous le coupe de la prohibition”; 5) A lei bancária de New York (art. 103, inc. 8) autoriza o superintendente de bancos a definir, em regula-

mento, o que deve ser considerado empréstimo a diretor ou a “executive officer”; 6) Na Alemanha, atos suplementares ao supracitado “Kreditwesengesetz” definiram o que deve ser considerado empréstimo para esse fim (“Bekanntmachung der Bankaufsichts behorden” de setembro de 1952, arts. 17 e ss.), de forma assaz genérica.

7/2 Em face de manifestações tão uniformes da doutrina seria difícil fazer prevalecer uma interpretação mais liberal do que a já adotada, em pronunciamentos verbais, pelo Banco Central. Mas observe-se, como faz o supracitado Rault, pouco após o período transcrito no número anterior, que a proibição de concessão de empréstimos não impede que o diretor ou as pessoas físicas ou jurídicas de que tratamos os incs. III, IV e V do art. 34 — isto é, as que sejam acionistas do Banco, e as de que o banco ou seus diretores sejam acionistas — possam tornar-se devedoras à sociedade, desde que a origem do débito não seja “empréstimo ou adiantamento”, mas outra operação lícita. Assim, por exemplo, se um Banco Comercial vender legitimamente um imóvel a uma sociedade que detenha mais do que 10% do seu capital, ou a um Banco de Investimentos de cujo capital ele participe em mais do que 10%, não é necessário que a operação se faça à vista, sendo legítimo que subsista um débito, resultante da operação referida. É nesse sentido a pronunciada doutrina, e, a que eu saiba, o Banco Central jamais se manifestou em sentido diverso”.

10.2 No trecho sublinhado, diz o autor que a interpretação da expressão “empréstimos ou adiantamentos” tem de ser *ampliativa*. desfrutando do privilégio de conhecer de perto Bastian Pinto, nele sempre admiramos, entre muitos outros méritos, o de procurar ser muito preciso no emprego das palavras. Mas, nessa passagem, não foi feliz o ilustre jurista.

A interpretação, no caso, não pode ser *ampliativa*. Tudo o que puder compreender-se dentro dos limites da expressão citada, nela de fato se tem de considerar contido; mas nada além disso; para além dessas fronteiras, nada; a compreensão do que a lei pretende vedar não pode ser ampliada, estendida, elástica de após desses limites.

10.3 Tanto que se refere ao art. 34 da Lei Bancária quanto no que tange ao art. 17 da Lei dos “Crimes de Colarinho Branco”, na busca de dar ao texto legal uma interpretação correta, deve o jurista esforçar-se por perquirir tudo aquilo que possa caber dentro do conceito de “empréstimos ou adiantamentos” — sem desbordá-lo, porém; deve o intérprete estender o vocábulo até imediatamente antes do seu ponto de ruptura — sem nunca transpô-lo, todavia. Descabe uma interpretação *ampliativa*, extensiva.

10.4 Aliás, Bastian Pinto diz que essa “interpretação ampliativa”, no caso, “encontraria abono nos pronunciamentos da doutrina”. Quanto aos autores estrangeiros citados, v. o que dissemos em 5.8, acima. Quanto aos nacionais, Bastian Pinto cita apenas Magalhães Noronha (no campo criminal) e Miranda Valverde (no societário). Entretanto, na nossa leitura dos trechos mencionados, dos dois autores, não encontramos o respaldo pretendido por Bastian Pinto. Confirmamos, começando por Magalhães Noronha (mas antes transcrevendo o dispositivo do Código Penal por ele comentado):

“CAPÍTULO VI

DO ESTELIONATO E OUTRAS FRAUDES

Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações

Art. 177 — Promover a fundação de sociedade por ações, fazendo, em prospecto ou em comunicação ao público ou

à assembléia, afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime contra a economia popular.

§ 1.º — Incorrem na mesma pena, se o fato não constitui crime contra a economia popular:

I — (...)

II — (...)

III — o diretor ou o gerente que toma *empréstimo* à sociedade ou usa, em proveito próprio ou de terceiro, dos bens ou haveres sociais, sem prévia autorização da assembléia geral; (...)” (sublinhamos “empréstimo”).

10.5 Comenta Magalhães Noronha, então (op. et loc. cit. por Bastian Pinto):

“671 — EMPRÉSTIMO OU USO INDEVIDO DE BENS OU HAVERES DA SOCIEDADE POR AÇÕES. Pessoa jurídica que é, a sociedade por ações tem patrimônio próprio, distinto do de seus sócios. Na administração, não podem eles, pois, usar, em interesse seu ou de terceiros, esse patrimônio que não lhes pertence, e que somente deve servir às finalidades da sociedade.

A primeira ação incriminada é *tomar empréstimo*: “o diretor ou gerente que toma empréstimo...”. Agente do crime é, pois, uma dessas pessoas, e só elas, o que não importa, como é óbvio, a co-participação de outras. *Empréstimo* diz o legislador, usando expressão genérica, designativa de contrato pelo qual alguém entrega objeto, que deve ser restituído depois em espécie ou em gênero”.

10.6 Ora, Magalhães Noronha não abona aquela “interpretação ampliativa” de que fala Bastian Pinto. Apenas diz que “empréstimo” é uma “expressão

genérica, designativa de contrato pelo qual alguém entrega objeto, que deve ser restituído depois em espécie ou em gênero". Nada a reparar. Empréstimo é mesmo isso, uma "expressão genérica", de que as espécies são o *comodato* e o *mútuo* (em que a restituição da coisa emprestada se faz depois, como diz ele, em espécie ou em gênero, respectivamente). Nada disso tem qualquer coisa a ver com um suposto referendo à validade de se fazer, no caso, uma "interpretação ampliativa".

10.7 Prossigamos na verificação do que diz Bastian Pinto, passando à sua citação de Miranda Valverde (antes reproduzindo, porém, o dispositivo da antiga Lei das Sociedades Anônimas — LSA, DL 2.627, de 26.9.40 — a que ele irá referir-se):

"Art. 119 — Os diretores não poderão praticar atos de liberalidade à custa da sociedade. Não lhes será, igualmente, lícito hipotecar, empenhar ou alienar bens sociais, sem expressa autorização dos estatutos ou da assembléia geral, salvo se esses atos ou operações constituírem objeto da sociedade.

Parágrafo Único — É também defeso aos diretores tomar empréstimos à sociedade, sem prévia autorização da assembléia geral".

10.8 Diz Miranda Valverde, então (op. et loc. cit. por Bastian Pinto, os destaques são nossos):

"628. Com o intuito de pôr termo a abusos, que se verificavam, comumente, na administração das companhias, proíbe a lei que o diretor tome *empréstimos* à sociedade, sem prévia autorização da assembléia geral. Os próprios estatutos não podem dispor sobre a matéria. A assembléia geral compete, de cada vez, autorizar a operação, fixando-lhe as condições.

Mesmo das sociedades bancárias, não será lícito ao seu diretor, sem aquela prévia formalidade, tomar *empréstimos*. Os estatutos das sociedades estrangeiras desse gênero de comércio proibem, expressamente, toda e qualquer operação do diretor com a sociedade.

Note-se que o termo empréstimo está no sentido genérico, abrangendo, pois, o *comodato* e toda e qualquer modalidade do *mútuo*".

10.9 Também Valverde não dá apoio para Bastian Pinto dizer, portanto, que, na Lei Bancária, "empréstimos ou adiantamentos" é expressão de ser interpretada ampliativamente. Além de assinalar (como também Magalhães Noronha) que "empréstimo" é um termo genérico (a comportar o comodato e o mútuo), a única coisa mais que diz Valverde é que "mútuo" compreende "tota e qualquer" das suas modalidades. Quais seriam todas essas "modalidades"? Sobre isso falaremos mais adiante. Frise-se, por ora, que nada em Valverde autoriza a que se lhe impute o intuito de ampliar, estender, o significado da palavra "mútuo". "Mútuo", para ele, é simplesmente tudo aquilo que mútuo for, sem nada subtrair — mas também sem nada acrescentar. Tudo o que caiba no significado do termo, enfim, por compreensão — mas sem nenhuma extensão para além dele.

10.10 A razão, nessa matéria, está com Arnaldo Wald (no estudo citado no item 5.5, acima). Ao revés do que fazemos nós, neste trabalho, Wald analisava as vedações a "empréstimos ou adiantamentos" a "pessoas ligadas" pelo seu lado subjetivo (i.e., quais as pessoas que não podiam recebê-los), e não pelo seu lado objetivo (que operações constituem "empréstimos ou adiantamentos"). Isso não importa, porém. A lição do mestre é pertinente, de igual modo:

“7. Examinando o referido artigo, verificamos que estabeleceu restrições de caráter casuístico, mediante uma enumeração de impedimentos que é de caráter taxativo, e não exemplificativo, de tal modo que só estão vedadas as operações definidas na mencionada norma, e não quaisquer outras, mesmo se tiverem qualquer analogia com as que tenham sido legalmente vedadas.

.....

11. A norma contida no art. 34 não admite, por outro lado, qualquer interpretação analógica, pois ela restringe direitos e constitui exceção em relação ao princípio geral da plena liberdade de convenção. Na realidade, as instituições financeiras podem transacionar sem qualquer restrição, a não ser as legalmente estabelecidas. A norma que impõe, pois, uma limitação à liberdade de comércio se caracteriza como sendo restritiva de direitos.

12. É manso e pacífico que as normas restritivas de direito não podem ser interpretadas ampliativa ou analogicamente. Assim, o art. 6.º da antiga Lei de Introdução ao Código Civil preceituava que:

“A Lei que abre exceção a regras gerais ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica”.

13. Embora a atual Lei de Introdução não tenha mantido, por razões de ordem técnica, a disposição anteriormente constante no art. 6.º, a doutrina e a jurisprudência reconhecem que continua a constituir um verdadeiro princípio geral do Direito, conforme se verifica pela lição de Serpa Lopes (Curso de Direito Civil, 4.ª ed., Rio, ed. Freitas Bastos, 1962, p. 180, n. 97), Washington de Barros Monteiro (Curso de Direito Civil), 8.ª ed., Parte Geral, São Paulo, ed. Saraiva, 1971, p. 39) e Arnoldo Wald (Curso de Direito Civil Brasileiro, 3.ª ed., Parte Geral, São Paulo, ed. Sugestões Literárias, 1971, p. 101).

Para todos os autores que tratam da matéria, impõe-se a regra de hermenêutica de acordo com a qual:

“Todas as leis excepcionais ou especiais devem ser interpretadas restritivamente”.

A jurisprudência também é incontrovertida a este respeito, conforme se verifica pelos diversos acórdãos dos tribunais do País, invocados neste sentido por Alípio Silveira (Hermenêutica no Direito Brasileiro, vol. I, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1968, pp. 237 a 239), que transcreve, inclusive, importante voto de Orosímbo Nonato, cuja conclusão é a seguinte:

“Assim, a exceção aberta a qualquer preceito deve ser entendida rigorosamente, isto é, estritamente com o mínimo de domínio, com existência tão diminuída que possa, exceção que é, ferir o princípio geral — que, neste caso, é a garantia — assim conciliando-se os textos” (Acórdão do STF no recurso extraordinário n. 4.953, in RF 96/298).

14. O caráter excepcional da norma não oferece margem a qualquer dúvida. Efetivamente, a doutrina, ao elaborar a teoria do Direito singular (*ius singulare*) em oposição ao direito geral ou comum (*ius commune*), atende a critérios qualitativos e quantitativos. Tanto é excepcional ou singular a norma que contraria o espírito da legislação vigente (excepcionalidade qualitativa) como aquela que se aplica expressamente a um número de casos menor do que aquele abrangido pela norma contrária (excepcionalidade quantitativa).

Assim sendo, ao compararmos a ampla liberdade de contratar, geralmente assegurada às instituições financeiras, com as restrições subjetivas contidas no art. 34, concluímos que este último constitui, evidentemente, uma norma de caráter excepcional, que não admite interpretação analógica.

15. A interpretação histórica e sistemática do texto legislativo leva-nos à mesma conclusão.

Já se afirmou⁹ que, dos 12 projetos que permitiram a elaboração da Lei de Reforma Bancária, as disposições restritivas à realização de operações bancárias com empresas vinculadas só constam da Mensagem remetida ao Congresso de 1963 pelo então Presidente João Goulart (v. RF 231/64), inexistindo qualquer elemento complementar que possa esclarecer melhor a vontade do legislador.

Ao comparar o art. 34 da Lei de Reforma Bancária com as disposições sobre a mesma matéria, constantes na Lei das Sociedades Anônimas, verificamos que os impedimentos estabelecidos em relação às instituições financeiras são mais amplos subjetiva e objetivamente do que os aplicáveis às demais sociedades comerciais em geral, quando, ao contrário, em todos os demais países, admite-se plenamente que o Banco possa atender às necessidades financeiras de sociedades pertencentes ao mesmo grupo¹⁰.

10.11 Wald sustenta, portanto, que o art. 34 da Lei Bancária tem de ser interpretado restritivamente — o que vem a ser o extremo oposto à posição de Bastian Pinto (para quem teria de sê-lo ampliativamente, como vimos). Wald se refere à regra de hermenêutica consoante a qual “todas as leis excepcionais ou especiais devem ser interpretadas restritivamente” — a que se costuma referir, quando tais leis excepcionais ou especiais estabelecem alguma proibição, citando o brocardo latino “odiosa restringenda” (a que por vezes se contrapõe que “benigna amplianda”, quan-

9. Esse parágrafo e o seguinte já havíamos transcrito antes, mas repetimo-los, aqui, para não interromper o raciocínio do autor antes do seu final.

do, ao contrário, aquelas leis excepcionais ou especiais são benéficas aos seus destinatários).

10.12 Nesse parecer, o que Wald analisa é o lado subjetivo das vedações da lei bancária a “empréstimos ou adiantamentos” — i.e., se se pode incluir ou não, na listagem das “pessoas ligadas”, alguma a mais do que as arroladas na própria lei. Tem toda razão o mestre. Com efeito, não seria mesmo de conceber-se que, tendo a lei tido o trabalho de compor uma longa lista, casuísta, de “pessoas ligadas”, ainda pudesse a autoridade pretender incluir mais pessoas no rol. Sem dúvida, impõe-se a interpretação estrita.

10.13 Mais complexa é a situação, todavia, quando se passa ao lado objetivo da norma — ou seja, quais são as operações que se compreendem na expressão “empréstimos ou adiantamentos”. Aqui, ao contrário do que se passou no lado subjetivo, a lei foi sucinta. Mesmo assim, porém, impõe-se interpretá-la estritamente. Pode o CMN baixar normas para coibir outros tipos de operações bancárias que considere inadequados quando celebrados com pessoas “ligadas”. Mas não pode aplicar as penalidades da Lei Bancária à infração dessas normas que baixar (voltaremos a isso na Seção 16, mais adiante).

11. A interpretação das normas de direito administrativo-penal (ou penal-administrativo)

11.1 Outra linha de argumentação (a condenar as tentativas de se interpretar ampliativamente, ou analogicamente, a lista de tipos de “empréstimos ou adiantamentos” vedados quando os beneficiários sejam “empresas ligadas”) tem como ponto de partida a constatação de que estamos diante de normas de Direi-

to Administrativo-Penal (ou Penal-Administrativo, como preferem outros autores) — e, em matéria penal, vigoram os princípios da reserva legal (só é ilícito o que a lei define) e da tipicidade fechada (só se pune o que se enquadra, com exatidão, no tipo legal).

11.2 Em vários ramos do Direito, a lei condena certas condutas. A infração a tais normas constitui um ilícito — civil, penal, administrativo (consoante o ramo em questão da ciência jurídica). Às vezes, a mesma conduta constitui ilícito civil e penal, simultaneamente, ou administrativo e penal; outras vezes, o ilícito fica só na esfera civil (ou administrativa), mas não na criminal.

11.3 Os princípios do Direito Penal citados em 11.1 se aplicam, subsidiariamente, quanto às normas que prescrevem a infligção de penas por órgãos administrativos (seja ou não a mesma conduta sancionada também criminalmente). Os próprios tribunais administrativos o reconhecem. Vejamos, por exemplo, o que decidiu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) — num caso ainda regido pela lei antitruste anterior à atual — segundo José Inácio Gonzaga Franceschini e José Vicente de Azevedo Franceschini (“Poder Econômico: Exercício e Abuso — Direito Antitruste Brasileiro”, Ed. Revista dos Tribunais, 1985, pp. 32-33):

“Lei Antitruste — Natureza penal reconhecida — Aplicação do princípio da reserva legal — Inadmissibilidade de interpretação analógica.

— A lei que reprime o abuso do poder econômico é de natureza penal. Assim, prevalece na matéria o princípio da reserva legal, a interpretação estrita e o repúdio à analogia”.

— Do voto do Conselheiro-Relator Gratuliano Brito:

“2 — O Princípio da Legalidade: A Lei que reprime o abuso do poder econômico é de natureza penal. (...)

Incensurável, portanto, firmar a regra de que: “Não há delito de abuso de poder econômico sem lei anterior que o defina”.

É o princípio da legalidade ou da reserva legal, em tudo e por tudo cabível, quando se esteja nos domínios do direito penal econômico. (...)

A premissa conduz à conclusão de que a interpretação da parte substantiva da Lei 4.137, de 10.9.62, é de ser estrita, de vez que estritamente devem ser interpretadas não só aquelas disposições que restringem a liberdade humana, mas também aquelas que afetam a propriedade, em termos de repressão.

Como ensina Carlos Maximiliano, cuidando do tema, “a exegese deve ser criteriosa, discreta, prudente. Estrita, porém não restritiva. Deve dar precisamente o que o texto exprime, porém tudo o que no mesmo se compreende: nada mais, nem nada menos. Em uma palavra, será — declarativa na acepção moderna do vocábulo (in “*Hermenêutica e Aplicação do Direito*”, 1951, p. 280). (...)”

E, como demonstrado, há de prevalecer na matéria o princípio da reserva legal, a interpretação estrita, o repúdio à analogia, com a consequência de que, tratando-se de norma penal, “não se permite estendê-la, por analogia ou paridade, para qualificar faltas reprimíveis ou lhes aplicar penas: não se conclui por indução, de uma espécie criminal estabelecida para outra não expressa, embora ao juiz pareça ocorrer na segunda hipótese a mesma razão de punir verificada na primeira” (in “*Hermenêutica e Aplicação do Direito*”, Carlos Maximiliano, 1951, p. 386).”

11.4 Encadeado com o da reserva legal, a que alude o julgado acima referido, em matéria de interpretação de

normas penais impõe-se outro princípio consagrado, o da tipicidade — consoante o qual só é punível a conduta que coincide, com toda a precisão, com o tipo previsto na lei.

11.5 Para não dar a impressão de estarmos a apresentar apenas um dos lados da questão, impõe-se registrar que há autores a sustentar que a lei antitruste — já que foi a ela que vimos de aludir — seria administrativa, e não penal, e que então não se lhe aplicariam (não com o mesmo rigor, ao menos) os princípios do Direito Criminal (como o da tipicidade). O raciocínio se equivoca já no ponto de partida: não é toda a lei, são os dispositivos dela a punir determinadas condutas que são normas penais. No entanto, essa corrente de pensamento chegou a influenciar uma decisão do CADE — um caso isolado, aparentemente. Foi no despacho de Feres Nader, Conselheiro-Relator do Processo 20.402/80, de 7.10.80 — mencionado por Franceschini (op. cit., p. 20) — cuja ementa diz (o voto do Relator não fundamenta o seu ponto de vista doutrinário):

“Lei antitruste — Natureza jurídica — Reconhecimento de natureza administrativa, e não penal, da lei 4.137, de 1962.

A Lei 4.137, de 1962, é de ordem administrativa. Assim, as figuras ilícitas nela contempladas, embora taxativas, não contêm tipicidade penal”.

11.6 Já para outros autores, no Direito Penal Econômico a lei pode utilizar “conceitos juridicamente indeterminados” (“de conteúdo e extensão em larga medida incertos”), pode valer-se de meros “*standards* jurídicos” (como se faz no Direito anglo-saxão, mesmo em outros ramos da ciência jurídica, cabendo aos tribunais “construir” o que, da conduta dos jurisdicionados, se en-

quadra nos padrões legais). Para esses autores, cabe promover, no caso, a “integração” das “normas penais em branco”. Com isso, fugir-se-ia de “formalismo clássico”. Todos esses conceitos são bem abordados, por exemplo, por José Alexandre Tavares Guerreiro em “Formas de Abuso de Poder Econômico” (Revista de Direito Mercantil — RDM — nova série, n. 66, abr.-jun./1987, pp. 41 e ss.) — a que pouco depois Hugo Maurício Silgemann opôs “fundas restrições” (*sic*, em “Abuso de Poder Econômico e o Princípio da Tipicidade”, in Direito Econômico, Revista do CADE, nova fase, n. 5 — jul.-dez./1988).

11.7 Essa discussão é apaixonante, mas a ela não precisamos — nem devemos — dedicar-nos aqui. Caberia fazê-lo, neste estudo, se a lei bancária se cingisse a estabelecer um *standard* (v.g., algo como “é vedado aos bancos utilizar os seus recursos em benefício de pessoas ligadas”); nesse caso, caberia perquirir quais seriam as “figuras-meio” pelas quais se violaria o padrão legal. Ou então, caberia entrar naquela discussão, ainda, se a lei tivesse apenas uma “norma em branco” (v.g., “é vedado aos bancos realizar operações de crédito com pessoas ligadas” — sem defini-las, deixando a tarefa à autoridade ou aos órgãos judicantes). Mas não é isso que se passa, no caso, como veremos na seção seguinte.

11.8 Convém aduzir que Tavares Guerreiro, apesar de apologista dos *standards* jurídicos e das normas em branco e sua integração posterior, critica “o arbítrio administrativo na apreciação das irregularidades” e reconhece que “proscritos estão os métodos analógicos na hermenêutica do direito penal econômico, no que diz respeito à imposição de penalidades administrativas” (op. cit., p. 46), acrescentando:

“Nesse sentido é o valioso Parecer do Prof. José Frederico Marques, Parecer esse tão rico na colocação da doutrina de terceiros quanto na formulação das conclusões do próprio jurista paulista, ao assentar que: “no direito penal econômico, é postulado tranqüilo o de que as infrações ali previstas estão subordinadas, também, ao princípio do direito penal liberal, de que não há crime sem prévia definição legal, ou seja, o princípio da tipicidade; não há infração penal sem prévia descrição típica” ...

18. Adite-se isso pertinente observação de Alberto Venâncio Filho, em obra extraordinária cuja reedição se postula (A Intervenção do Estado no Domínio Econômico, Fundação Getúlio Vargas, Rio, 1968) segundo a qual a enumeração de tipos, pelo art. 2.º da Lei 4.137, é evidentemente taxativa e abrange todas as formas de abuso do poder econômico para as quais a lei comina sanções, uma vez que foi, prudentemente, excluído qualquer critério de assemelhação, como previsto no projeto do Poder Executivo de 1961, que considerava ainda abuso do poder econômico qualquer ato semelhante aos mencionados no texto da lei e que objetivasse as conseqüências nela previstas (p. 297)”.

11.9 Seria ótimo, é claro, poder citar decisões a refletir a posição do próprio CRSFN, a respeito. Entretanto, como exporemos mais adiante, o sigilo que cerca tais decisões impede uma percepção nítida do que pensa aquele tribunal administrativo.

12. “Espírito da Lei”

12.1 Diz a doutrina que o intérprete, diante de um texto legal, deve procurar determinar o “espírito da lei”, não necessariamente se atendo à sua letra. Isso é dito recorrendo-se, por vezes, a outras expressões, tais como o sentido

da lei, o seu alcance, a sua razão, a sua vontade; recorrem amiúde ao latim: o exegeta deve perquirir a *mens legis*.

12.2 Ao assim prelecionarem, alertam os doutores que o que se deve buscar é o espírito da lei, e não o do legislador. Se o legislador quis dizer uma coisa, mas disse outra, paciência. Prevalece o que disse, não o que pretendeu dizer. O legislador que tente de novo, até acertar. Não pode o intérprete, vislumbrando o erro, pretender corrigi-lo, via interpretação.

12.3 Está bem. Que se busque, então, o “espírito da lei”. Mas é preciso cautela. Impõe-se não exagerar. A licença ao hermeneuta para captar o “espírito da lei” não chega ao ponto de permitir-lhe verdadeiro malabarismo intelectual, autênticas piruetas exegéticas, para pretender inserir na norma legal o que a ele parece que lá deveria estar, mas não está.

12.4 Os que criticam os exageros dos que abusam da licença para perquirir o “espírito da lei” chegam a ponderar que isso é coisa da psicografia, da paranormalidade, não do Direito; ou a dizer que quem tem “espírito” é só gente e porco; lei, não (...)

12.5 Voltando ao tom sério que se impõe — e com as devidas escusas por ele ter escapulado momentaneamente — cabe citar Carlos Maximiliano, o mais festejado autor nacional a escrever sobre a hermenêutica:

“107 — Cumpre evitar, não só o demasiado apego à letra dos dispositivos, como também o excesso contrário, o de forçar a exegese e deste modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais este se apaixonou, de sorte que vislumbra no texto as idéias apenas existentes

no próprio cérebro, ou no sentir individual, desvairado por ojerizas e penhores, entusiasmos e preconceitos. “A interpretação deve ser objetiva, desapassionada, equilibrada, às vezes audaciosa, porém não revolucionária, aguda, mas sempre atenda respeitadora da lei.”

“Hermenêutica e Aplicação do Direito” (Ed. Forense, 1988 — 10.ª edição, p. 103; a citação feita, ao final, é de Francesco Ferrara, como indica o autor, em nota de rodapé).

12.6 No capítulo “Elemento Teleológico”, onde prescreve que o intérprete deve procurar “o fim da lei, o resultado prático que a mesma precisa atingir”, aduz Maximiliano (p. 152 da obra citada):

“162 — Não se deve ficar aquém, nem passar além do escopo referido; o espírito da norma há de ser entendido de modo que o preceito atinja completamente o objetivo para o qual a mesma foi feita, porém dentro da letra dos dispositivos. Respeita-se esta, e concilia-se com o fim.”

12.7 Os que advogam possa o exegeta arvorar-se porta-voz do “espírito da lei”, para pretender que nela esteja contido comando que na verdade não se consegue ler na sua letra, costumam recorrer ao brocardo *lex dixit minus quam voluit*, daí deduzindo ter o intérprete o poder de suprir a lacuna legal. Ora, o que o hermeneuta estará fazendo, ao assim proceder, será, na verdade, alterar a lei, reformar o comando normativo. Todavia, a tanto não está autorizado, à evidência.

12.8 Sob o título bastante enfático “Reforma da Lei sem Alterar o Texto”, diz mais o mestre (p. 277, op. cit.):

“343 — Não pode o intérprete alimentar a pretensão de melhorar a lei com desobedecer às suas prescrições explícitas”.

12.9 Enfim, pode e deve o intérprete perquirir o verdadeiro “espírito da lei”, mas sem malabarismos e “reformismo”, que a tanto não pode chegar. Essa é a regra geral. Mas há exceções. Há matérias em que a liberdade interpretativa sofre restrições. Já dissemos isso antes, com palavras próprias nossas, mas ouçamos agora as de Maximiliano (p. 205):

“235 — Em regra, é estrita a interpretação das leis excepcionais, das fiscais e das punitivas”.

12.10 Em suma, a pretexto de evocar o “espírito da lei”, não se pretenda que o art. 34 da Lei Bancária e o art. 17 da Lei dos “Crimes de Colarinho Branco”, embora falem apenas em “empréstimos ou adiantamentos”, possam alcançar também outras operações de crédito para além das que caibam, estritamente, nos limites do que tais expressões significam.

13. Empréstimos ou adiantamentos

13.1 O que se veda a “pessoas ligadas”, como vimos, são “empréstimos ou adiantamentos”. O que quer dizer tal expressão? Seria toda e qualquer “operação de crédito” (locução bem mais genérica)? Seria — mais amplamente ainda — toda e qualquer operação de que surja, para a instituição financeira, um crédito contra uma “pessoa ligada”?

13.2 Afaste-se, de plano, que “empréstimos ou adiantamentos” signifique o mesmo que “operações de crédito” (ou “creditícias”). A própria Lei Bancária usa essa última expressão em outros dispositivos (v.g., nos incs. I e IV do art. 4.º e no art. 49). Assim, se no art. 34 fala em “empréstimos ou adiantamentos”, isso quer dizer — numa interpretação sistemática (dos dispositi-

vos da lei em seu conjunto) — que pretendeu referir-se a coisa diversa, bem mais restrita.

13.3 Também de plano se condene a suposição de que a vedação a “empréstimos ou adiantamentos” possa abranger todo e qualquer ato, fato ou operação de que decorra um crédito, para a instituição financeira, contra “pessoa ligada”. Com efeito, basta o quanto já dissemos sobre as regras de hermenêutica a aplicarem-se a normas restritivas da liberdade de contratar (Seções 10 e 11, acima) para que se ponha de lado, sumariamente, a idéia de que poderiam estar proibidas, também, operações tais como:

- venda a prazo de um bem qualquer;
- subscrição de capital da instituição financeira para integralização a prazo;
- declaração de dividendos por empresa “ligada” de que a instituição financeira participe (sem o concomitante e imediato pagamento).

13.4 Enfim, se a lei veda “empréstimos ou adiantamentos”, é só a isso, de fato, que está querendo referir-se. Nada mais do que isso. Mas o que são “empréstimos” e o que são “adiantamentos”?

14. Empréstimos

14.1 “Empréstimos” é palavra com acepção jurídica bem definida, no próprio Código Civil (CC). Escreve Caio Mário da Silva Pereira (“Instituições de Direito Civil”, vol. III, 7.^a ed., Ed. Forense, 1984, pp. 232-233):

“Sob a denominação genérica de empréstimo, reúnem-se as duas figuras contratuais do *comodato* e do *mútuo*, que exprimem ambas a mesma idéia de utilização de coisa alheia acompanhada

do dever de restituição, porém se diversificam pela natureza, pela celebração e pelos efeitos. (...)”

Comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis (Código Civil, art. 1.248), isto é, aquele contrato pelo qual uma pessoa entrega a outra, gratuitamente, coisa não fungível, para que a utilize e depois restitua. Daí lhe advém o nome de empréstimo de uso, com que, desde o Direito Romano, se distingue do *mútuo*, chamado empréstimo de consumo”.

14.2 Deixemos de lado o comodato, que não interessa ao presente parecer. Prossegue o mesmo autor (pp. 237-238):

“*Mútuo* é o empréstimo de coisas fungíveis (Código Civil, art. 1.256), isto é, o contrato pelo qual uma das partes transfere uma coisa fungível a outra, obrigando-se esta a restituir-lhe coisa do mesmo gênero, da mesma qualidade e na mesma quantidade. Diferentemente do comodato, que realiza apenas a cessão de uso, o mútuo ou empréstimo de consumo exige a transferência da propriedade mesma, por não se conciliar a conservação da coisa com a faculdade de consumi-la, sem a qual perderia este empréstimo a sua utilidade econômica”.

14.3 É ou não o mútuo um contrato real? A discussão pode parecer acadêmica, à primeira vista, mas ganha relevo quando se trata de “contratos bancários”, como veremos mais adiante. Vejamos o que dizem os doutos, então, sobre isso — começando por Caio Mário, ainda (op. cit., p. 238):

“Os caracteres jurídicos deste contrato são:

A — Real. Já nos temos pronunciado em tese contra esta classificação dos contratos, que nos parece um romanismo

inútil, e por entendermos que basta o acordo de vontades à sua celebração. A tradição do objeto é o primeiro ato de sua execução e a *conditio juris* da restituição. Seria então obrigação do mutuante. Este modo de ver já entrou em alguns Códigos, como o suíço e o polonês das Obrigações, e futuramente fará novas conquistas. Dentro da nossa sistemática, entretanto, a entrega efetiva da coisa é requisito de constituição da relação contratual. Sem a *traditio* há apenas promessa de mutuar (*pactum de mutuo dando*, contrato preliminar), que se não confunde com o próprio mútuo”.

14.4 Sobre o mesmo tema, cite-se ainda Orlando Gomes, ao falar sobre o mútuo (in “Contratos”, 10.^a ed., Ed. Forense, 1984, p. 355):

“Só se torna perfeito e acabado com a entrega da coisa, isto é, no momento em que o mutuário adquire sua propriedade. É, portanto, contrato real. No entanto, tal como se verifica em relação ao comodato, algumas legislações o têm como contrato consensual. Entre nós, como para a maioria dos códigos, a obrigação de entregar pode ser objeto do pré-contrato denominado promessa de mútuo, que pode ser unilateral ou bilateral. O contrato, propriamente dito, só se perfaz com a tradição da coisa”.

14.5 Portanto, na expressão “empréstimos ou adiantamentos”, que estamos analisando, o significado da palavra “empréstimos” não comporta dúvida.

15. Adiantamentos

15.1 Dúvidas surgem com a palavra “adiantamentos”. Ao contrário de “empréstimos”, não tem definição na lei civil nem na comercial (aliás, nem na bancária, especificamente). O que significa, então, “adiantamentos”?

15.2 Também o recurso à doutrina não nos esclarece. Não se encontra uma definição que se amolde a todos os casos em que a prática consagra a utilização desse termo. Vejamos uma lista desses casos (muitos dos quais ocorrentes na praxe bancária, outros pertinentes à área do Direito que não a tocante aos negócios dos bancos):

- a) adiantamento de legítima;
- b) adiantamento para futuro aumento de capital;
- c) adiantamentos a fornecedores;
- d) adiantamento salarial;
- e) adiantamentos a depositantes;
- f) adiantamento sobre contratos de câmbio;
- g) adiantamento por conta de futuro empréstimo (“bridge loan”);
- h) operações de crédito por antecipação de receita (expressão encontrada na legislação orçamentária, em que não se usa “adiantamento”, mas sim “antecipação” — o que certamente tem o mesmo significado, todavia).

15.3 Pode-se perceber um traço comum a todas essas figuras jurídicas — a partir do qual se consegue esboçar o significado legal da palavra “adiantamento”. É que se pode ver, em todas elas, o suprimento de recursos por alguém a um terceiro “por conta” de algum acontecimento futuro; esse acontecimento futuro pode ser dos tipos mais diversos, a ocorrer no âmbito civil, societário, comercial, trabalhista, ou — finalmente — bancário.

15.4 Em que sentido terá a Lei Bancária empregado a palavra “adiantamentos”, ao vedar “empréstimos ou adiantamentos” a “pessoas ligadas”? Terá querido proibir um banco, por exemplo, de fazer um adiantamento emergencial a uma subsidiária, por conta de um aumento de capital (que não possa ser feito com a urgência neces-

sária em função, v.g., da necessidade de negociações com grupos minoritários)? Terá querido proibir um “diretor-empregado” (expressão de uso corrente, a significar um executivo que, embora eleito diretor da empresa, não integra o grupo de seus controladores) de receber adiantamento (todo dia 15, digamos) por conta do seu *pro-labore* do mês, junto com todos os empregados (que, naquele dia, recebem adiantamentos salariais)? Terá querido proibir que um banco, encomendando equipamentos a uma empresa de informática “ligada”, dê a ela um “adiantamento a fornecedor” que ela rotineiramente recebe de outros clientes em situações semelhantes?

15.5 Certamente que não. “Adiantamentos” vedados (a “pessoas ligadas”), na Lei Bancária (quanto à Lei dos “Crimes de Colarinho Branco”, v. item 15.10), são apenas aqueles que constituam operações bancárias. “Adiantamentos” de recursos no âmbito civil, comercial, societário, laboral, não estão proibidos, na Lei Bancária, pela só circunstância de ser uma instituição financeira, num dado caso prático, que está a entregar os recursos.

15.6 É claro que, se a fiscalização puder demonstrar que determinada entrega de recursos, por um banco a uma empresa “ligada”, rotulada de — digamos — “adiantamento a fornecedor”, nada mais foi do que um empréstimo dissimulado, então deverá fazer valer a vedação da Lei Bancária (e aplicar as sanções cabíveis). Digamos, por exemplo, que a fiscalização apure (e consiga demonstrar) que certo “contrato de fornecimento” era uma fraude; nada era para ser fornecido, na verdade (e de fato não veio a ser); tudo não passou de um artifício para “viabilizar” a entrega de recursos; mais tarde houve um distrato. Nesse caso, então, terá havido uma infração à Lei Bancária. Mas, eviden-

temente, não é pela mera possibilidade da ocorrência de fraudes que se deve, pura e simplesmente, criar proibições que tolham operações legítimas. O temos do abuso não justifica a proibição do uso (embora, lamentavelmente, as leis vivam a fazer isso...).

15.7 O próprio BACEN, aliás, pensa exatamente dessa forma. É bem elucidativo do pensamento oficial o trecho seguinte, que se lê à p. 12 do livreto “O Regime Cambial Brasileiro”, editado por aquela autarquia em novembro de 1993:

“Deve-se separar, para fins de regulamentação, duas questões: a natureza da operação cambial e a origem (no sentido fiscal) dos recursos transacionados. Em hipótese alguma uma operação cambial feita dentro do regulamento do “dólar-turismo” legaliza qualquer recurso de origem fraudulenta, que continua sujeito à ação fiscal e policial. Não se deve confundir o veículo com a carga. Se um indivíduo assalta um banco e foge de motocicleta, não se deve, por isso, proibir as motocicletas.”

15.8 A reforçar a conclusão lançada no item 14.5 — de que os “adiantamentos” vedados na Lei Bancária são só os próprios da atividade dos bancos — cite-se mais que, nos anos que precederam à sua promulgação, era comum chamarem-se “adiantamentos” inúmeros tipos de operações praticadas no mercado financeiro de então:

— a Instrução n. 3, de 12.6.1945, da SUMOC, admitia (inobstante o monopólio dos redescontos outorgado por lei à Carteira de Redescontos do Banco do Brasil) as “concessões de contas de caução de legítimos efeitos comerciais, de banco para banco” (item II); porém, “os adiantamentos” (feitos pelos bancos concedentes) “não poderão exceder de

80% dos efeitos caucionados" (alínea *a* do mesmo item);

— a Instrução n. 36, de 20.6.1951, também da SUMOC, limitava os juros sobre depósitos (a prazo fixo, sob aviso etc.; até mesmo depósitos a vista rendiam juros, na época); mas o item 3. dispunha que, "nos casos de pagamentos antecipados por conta de depósitos a prazo ou de aviso, bem como de adiantamentos mediante caução desses créditos, só poderão ser abonados nas contas respectivas, obrigatoriamente, os juros fixados para os depósitos a vista";

— o Regulamento da então chamada "Carteira de Exportação e Importação" do Banco do Brasil (Diário Oficial da União — DOU — de 17.1.1948, Seção I, p. 673 e ss.), ao dispor sobre as suas operações, enumera a concessão de vários tipos de adiantamentos": sobre mercadorias depositadas em armazéns gerais, sobre conhecimentos de transportes, sobre saldos credores de exportadores em conta de cobrança de "letras de exportação".

15.9 Esse apanhado histórico esclarece bem o que se deva entender por "adiantamentos", quando a Lei Bancária fala em "empréstimos ou adiantamentos". Principalmente quando se adicionam à lista os "adiantamentos a depositantes" (também chamados, na ocasião, "descobertos em conta de depósitos") e os "adiantamentos sobre contrato de câmbio" (igualmente já comuns), constata-se que a lei quis referir-se aos diversos tipos de adiantamentos" (era assim que eram chamados, no jargão de mercado da época) que os bancos concediam à clientela, no dia-a-dia dos seus negócios. Eram puras e simples modalidades de mútuo. Nada mais do que isso. A lei falava em "empréstimos ou adiantamentos" (ao invés de usar apenas a primeira palavra) tão-somente porque era extremamente comum fazerem-se operações denominadas com o uso da segunda. Repise-

se que a lei emprega a conjunção alternativa ("ou"), e não a aditiva ("e"), deixando claro tratar-se de uma mesma coisa (conhecida por dois sinônimos), e não de duas coisas distintas.

15.10 Concluímos, no item 15.5, que não estão vedados, na Lei Bancária, "adiantamentos" a "pessoas ligadas" que não sejam operações de bancos. No entanto, a Lei dos "Crimes de Colarinho Branco" — com a péssima qualidade e o furor punitivo que a distinguem, como já apontado — veio criminalizar até quem, "em nome próprio, como controlador ou na condição de administrador da sociedade, conceder ou receber adiantamento de honorários, remuneração, salário ou qualquer outro pagamento, nas condições referidas neste artigo" (o art. 17, que já transcrevemos antes, de cujo parágrafo único o texto ora reproduzido vem a ser o inc. I). *De Lege ferenda*, o dispositivo é criticável (como muitos outros dessa lei); *legem habemus*, todavia — e, portanto, será crime, agora, o diretor de um banco receber um adiantamento, por conta do seu *pro-labore* do mês, no mesmo dia em que todos os empregados do banco estiveram recebendo os seus adiantamentos de salário...

15.11 Observe-se que crime será "conceder ou receber adiantamento", "em nome próprio". A redação é péssima. Para começar, o controlador ou administrador de um banco, ao conceder um adiantamento de honorários aos diretores, não estará nunca agindo "em nome próprio"; afinal, será o banco (e não o controlador ou administrador) que estará fazendo o adiantamento; não vemos como, portanto, dar aplicação prática ao verbo "conceder", constante do dispositivo sob comentário. Criminoso será só o administrador que receber o adiantamento, portanto.

15.12 Observe-se mais, por outro lado, que apesar de o parágrafo único,

ora comentado, falar em “adiantamento ... ou qualquer outro pagamento”, não será crime nem conceder nem receber um “adiantamento a fornecedor”, ou um “adiantamento para futuro aumento de capital” a uma empresa “ligada”, de vez que, feito isso, o controlador ou administrador do banco não estará concedendo “em nome próprio” (mesmo raciocínio acima) nem estará recebendo “em nome próprio” (quem estará recebendo será uma pessoa jurídica). Logo, esses adiantamentos não estão vedados nem na Lei Bancária nem na de “Crimes de Colarinho Branco”. Nessa última não cabem, nem no parágrafo único, que vimos de comentar, nem no *caput* do art. 17 (de vez que, também nesse *caput*, “adiantamentos” vedados são apenas os que constituam operações de bancos; o parágrafo único vai além, como observamos, mas nele também não se comportam as operações de que cogitamos no presente item, como aqui acabamos de ver).

15.13 Ainda quanto a “adiantamentos” (mas já agora enveredando pelos que se encaixam nas operações bancárias típicas), diga-se que o anteprojeto da “Comissão de Notáveis” — de lógica e qualidade técnica muito superiores à da lei vigente, como já vimos — dava tratamento bem mais racional aos “adiantamentos a depositantes”, quando pessoas “ligadas”: proibia-os, como regra, porém “ressalvada a utilização, dentro dos limites fixados para os clientes da instituição, dos serviços de cheque especial” (art. 65, I). Sob a lei vigente, a pessoa “ligada” sequer pode ter cheque especial do banco com que tenha “ligação”...

16. A disciplina do Crédito pelo CMN

16.1 Consoante a Lei Bancária, “Art. 4.º — Compete privativamente ao Conselho Monetário Nacional: (...)

VI — disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras; (...)

VIII — regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a esta Lei, bem como a aplicação das penalidades previstas.

16.2 Deixemos de lado, para não entrar numa longa discussão paralela, considerações sobre a constitucionalidade, ou não, desse tipo de delegação legislativa aos diversos “Conselhos” criados por várias leis brasileiras, ao longo das últimas décadas. Admitamos, sem questioná-la, sua conformidade à Carta Magna. Sendo assim, no uso dos seus poderes de “disciplinar o crédito”, ao CMN assiste não só estabelecer as condições para a sua concessão, mas até mesmo dispor sobre que tipos de crédito não podem ser concedidos, ou em que circunstâncias não o possa ser.

16.3 Pode também o CMN, como visto, “regular ... a aplicação das penalidades previstas” (na lei). Foi o que efetivamente fez, com a Resolução n. 1.065, de 15.12.1985, que baixou, anexo a ela, um Regulamento de aplicação de penalidades (*inter alia*, graduando as multas segundo a gravidade relativa das diversas infrações, por exemplo). Entenda-se bem, todavia: pode o CMN regular a aplicação dessas penalidades no caso das infrações previstas na própria lei — e não em outros casos quaisquer. Dizendo de modo diverso: o CMN pode vedar outras operações (além das que a própria lei veda), mas não pode aplicar as penalidades previstas na Lei Bancária quando constatar a prática de tais outras operações vedadas. A infligência das penalidades da Lei Bancária

só cabe quando de infrações arroladas na própria lei — e não outras quaisquer.

16.4 É bem verdade que já se tentou “validar” a aplicação de penalidades por infração a dispositivos meramente regulamentares. Foi com o DL n. 448/69, que transcrevemos no item 3.3, acima. E o CMN, sentindo-se a tanto habilitado, baixou algumas Resoluções, ao longo dos anos, considerando “falta grave” certas condutas que lhe desagradavam (mas não vedadas pela lei, ela própria) — e a elas prescrevendo sanções. Aos punidos, nesses casos, assiste impugnar as punições. Esse tipo de delegação legislativa (do DL citado), mais do que qualquer outro, é claramente inconstitucional, como já apontava Bastian Pinto, no trecho que reproduzimos em 5.9, supra.

16.5 No uso dos seus poderes de “disciplinar o crédito..., inclusive ...avais e prestações de quaisquer garantias”, o CMN proibiu, por exemplo, os avais e fianças a empresas “ligadas”. Nada a objetar. Podia fazê-lo. Mas não poderia ter pretendido punir, com as penas do art. 44 da Lei Bancária, quem desobedeceu à proibição. Conceder fiança ou aval, à evidência, não é conceder “empréstimo ou adiantamento”.

16.6 Aliás, andou-se até fazendo mau uso (embora com bons propósitos) desses poderes de “disciplinar o crédito”, quanto a matéria objeto deste estudo. Por exemplo: a Resolução n. 1.560, de 23.12.1988, admitiu que se subscrevessem debêntures de empresas “ligadas”, desde que “na forma da Resolução n. 1.455, de 27.1.1988” (que estimulava os bancos a subscreverem debêntures de empresas privadas nacionais). Ora, se a lei vedava, não poderia a norma inferior permitir. Por outro lado, excluiu-se da vedação a empréstimos ou adiantamentos a pessoas “ligadas”, desde que

obedecidos certos limites, o “repasso de recursos internos e externos, os adiantamentos sobre contratos de câmbio e financiamento de produtos manufaturados destinados à exportação” (Carta-Circular n. 1.093, de 27.9.1984).

16.7 Em suma, para rematar esta seção: certas concessões de crédito a empresas “ligadas” podem ser infrações regulamentares, mas não legais (se não forem “empréstimos ou adiantamentos”, *stricto sensu*). Apenáveis com as sanções da Lei Bancária, só esses “empréstimos ou adiantamentos”. Com muito maior razão, crimes só são esses “empréstimos ou adiantamentos”, descabendo qualquer tentativa de ampliar o conceito legal de tais termos.

16.8 É certo que a fiscalização bancária freqüentemente lavra autos de infração, pretendendo ver aplicadas aos “infratores” as penas da Lei Bancária, ao constatar que instituições financeiras praticam com empresas “ligadas” operações de crédito outras que não “empréstimos ou adiantamentos”, *stricto sensu*. Não que seja uma tarefa fácil, mas há base jurídica sólida para fazer com que uma defesa competente possa ser bem sucedida, se não na esfera administrativa, ao menos então na judicial. É crucial, no entanto, que as operações em foco não tenham sido praticadas em condições de favorecimento.

17. Contratos bancários

17.1 Nosso CC é de 1916. O Código Comercial (CCom), de 1850. Muitos dos contratos bancários atuais tomam por base tipos¹⁰ definidos nesses códigos

10. Para a doutrina, contratos típicos são os que correspondem aos tipos definidos em lei. A doutrina os chama também nominados (arrolados, nomeados na própria lei). Por

gos, mas agregam-lhes tantos adereços que, por vezes, o conjunto mal lembra aquela base. Os autores que se dedicam ao tema, por outro lado, opinam que vários dos contratos bancários são *sui generis*, distintos dos previstos no CC ou no CCom.

17.2 Observa Caio Mário, por exemplo (op. cit., p. 243):

“No âmbito do mútuo foi que se desenvolveu extremamente o comércio bancário. Além das modalidades comuns, de empréstimo por desconto de títulos à ordem, adquiriram grande incremento o contrato de financiamento, a abertura de crédito e a conta-corrente.”

17.3 Prossegue Caio Mário, analisando cada uma dessas figuras. Voltaremos mais tarde ao que diz o mestre sobre a abertura de crédito, especificamente. Por ora, importa mencionar que o autor aponta, na mesma página (aludindo ao mútuo e à abertura de crédito), que esses dois contratos apresentam aspectos de viva diversificação”, um do outro.

17.4 Diz o mestre, mais adiante (p. 365):

“Os bancos realizam, pois, variadas operações de crédito e operações financeiras (...) e, normalmente, o veículo utilizado são contratos, muitos dos quais não diferem dos típicos usuais da vida civil, como mandato, locação, compra e venda, fiança etc. Não há peculiaridade na sua etiologia pelo fato da participação na vida bancária.

Existem, contudo, algumas figuras contratuais que são características da atividade bancária, e merecem trata-

antítese, há os contratos atípicos, ou inominados. Mistos são os contratos a utilizar mais de um tipo, sem adquirir feição própria, porém.

mento próprio como contratos bancários propriamente ditos”.

17.5 Aliás, o trecho que transcrevemos no item 17.2 vinha no Capítulo L da obra citada (sobre “Empréstimo”). Já o transcrito no item 17.4 vem muitos capítulos à frente (no de n. LXI, sobre “Contratos Bancários”, especificamente).

17.6 A seu turno, observa Orlando Gomes (op. cit., também em capítulo autônomo, só sobre “Contratos Bancários” — p. 360):

“Com a expressão contratos bancários designam-se os negócios jurídicos que têm como uma das partes uma empresa autorizada a exercer atividades próprios dos bancos.

(...) Os esquemas contratuais comuns, quando inseridos na atividade própria dos bancos, sofrem modificações sob o aspecto técnico, que determinam alterações em sua disciplina. Daí a necessidade de os regular especialmente, agrupando-os sob a rubrica de contratos bancários (...).

Os negócios realizados pelos bancos, no exercício de sua atividade mercantil, chamam-se operações bancárias, se a função é creditícia. Concluem-se mediante contratos típicos, como o mútuo, o depósito, a locação, o penhor, com série indeterminada de pessoas, mas as necessidades de crédito determinaram a formação de espécies contratuais inteiramente novas, como, por exemplo, a abertura de crédito (em negrito, os destaques dados no original; são nossas as sublinhas)”.

17.7 Arnaldo Wald também dedica aos “Contratos Bancários” um capítulo específico (o de n. 36), no seu *Curso de Direito Civil Brasileiro — Obrigações e Contratos* (Ed. RT — a 9.ª ed. é de 1990).

17.8 Abrindo parênteses: dissemos em 17.1 que “muitos dos contratos bancários atuais tomam por base tipos definidos nesses códigos” — aludíamos ao CC e ao CCom — “mas agregam-lhes tantos adereços que, por vezes, o conjunto mal lembra aquela base”; com isso, concluímos, “vários dos contratos bancários são *sui generis*, distintos dos previstos no CC ou no CCom.”. Um bom exemplo disso é exatamente o contrato de “leasing” (aliás, é a propósito de operações com uma empresa de “leasing” “ligada” que discorreremos mais adiante). No início, houve quem visse no “leasing” um misto de locação e compre e venda. Hoje, já não se discute mais: o “leasing” é negócio de tipo próprio, distinto.

17.9 Façamos um balancete do quanto já concluímos, até aqui: I) o que a lei veda são “empréstimos ou adiantamentos”; II) “empréstimos” são o comodato (que não interessa à nossa análise) e o mútuo; (III) mútuo e abertura de crédito, diz a doutrina, são figuras distintas; IV) não se pode dar a “empréstimos ou adiantamentos” uma interpretação ampliada, ou extensiva. Caberia então concluir que é lícito a uma instituição financeira celebrar contrato de abertura de crédito com uma “pessoa ligada”?

17.10 No item anterior, falamos na abertura de crédito, apenas, tão só porque era dessa figura jurídica que tratavam os autores citados, nos trechos que transcrevemos. Mas, com a mesma lógica, caberia desfilar indagações quanto ao “financiamento”, ao “desconto”, ao “depósito bancário” (de um banco de investimento no banco comercial a ele ligado, feito consoante a mecânica dos depósitos interfinanceiros — mais conhecidos pela sigla “CDI”, apesar de não existirem “certificados” a representá-los) etc.

17.11 Em outras palavras, será que se pode sustentar que o que é vedado é apenas

o mútuo a pessoa ligada, mas não a abertura de crédito, o financiamento, o desconto? Isso para nos cingirmos às figuras jurídicas já mencionadas antes. Mas, prosseguindo, e a carta de crédito vinculada a uma importação por pessoa ligada?

17.12 Impõem-se-nos abrir espaço, à presente altura, para avançar um pouco mais na lição dos doutos sobre a abertura de crédito, especificamente.

18. Abertura de crédito

18.1 Leciona Orlando Gomes:

“A abertura de crédito é o contrato por via do qual se obriga um banco a colocar à disposição do cliente determinada soma para ser utilizada, mediante saque único ou repetido.” (op. cit., p. 364)

“Finalmente, a disponibilidade ocorre em favor do próprio cliente ou de terceiro por ele indicado, podendo o crédito, nesta última hipótese, ser confirmado pelo banco se a soma creditada comportar saque mediante a apresentação dos documentos comprovantes de operação comercial realizada entre o cliente e o terceiro.

O que mais distingue esse contrato de outras operações ativas dos bancos é a obrigação que estes assumem. Não transferem eles a quantia que emprestam, mas simplesmente põem-na à disposição do cliente, ou de terceiros. A soma posta à disposição permanece na caixa do banco até ser utilizada. Por esse motivo, viram alguns comercialistas, no contrato de abertura de crédito, operação, complexa, resultante da combinação de dois contratos distintos, o mútuo e o depósito. Como o cliente não retira imediatamente a soma creditada, mantém-na, no banco, a título de depósito,¹¹

11. Atualmente é muito pouco provável que isso ocorra, gerando a incidência de recolhimento compulsório, ao BACEN.

utilizando-a como lhe convém. A decomposição do contrato nessas duas operações facilita a explicação do seu mecanismo, mas quebra sua unidade resultante da causa e dá relevância jurídica à operação de depósito que representa apenas um dos modos de execução prática do contrato.

Fundamental, para caracterizá-lo, como prestação típica, é o fato de o banco pôr à disposição do cliente certa importância, abrindo-lhe crédito limitado. O creditado adquire, contra o banco, a pretensão de pagamento da soma posta à sua disposição. Torna-se, numa palavra, titular de um direito de crédito, que exercerá conforme o estipulado, como se tivesse a quantia emprestada por título próprio.” (p. 365)

“A abertura de crédito pode ser simples ou em conta corrente. Na abertura simples, tem o creditado direito a utilizar o crédito sem possibilidade de reduzir parcialmente, com entradas, o montante da dívida. A disponibilidade vai se reduzindo à medida da utilização, se não saca de uma só vez a soma posta à sua disposição. Não é portanto a utilização pelo todo que caracteriza a abertura de crédito simples. Na abertura de crédito conjugado a conta corrente, o creditado tem o direito de efetuar reembolso, utilizando novamente o crédito reintegrado. Se um banco abre um crédito de cem mil cruzeiros, conjugando-o a conta corrente, e o creditado utiliza a metade dessa soma, mas, alguns dias depois, efetua depósito no valor da importância sacada, a disponibilidade volta a ser a que fora originalmente assegurada. A abertura de crédito em conta corrente aplicam-se também as regras que disciplinam esta operação.” (p. 366)

“A natureza jurídica da operação bancária realizada mediante o contrato de abertura de crédito é controvertida, havendo numerosas explicações. Seria, para alguns, simples contrato preliminar

de outros contratos; para outros, contrato normativo, contrato misto, promessa de mútuo, e tantas relações jurídicas. Não há maior interesse no exame dessas teorias porque, em verdade, a abertura de crédito é hoje contrato bancário típico, de feição própria, irreduzível a outra figura jurídica do Direito contratual. Aproxima-se claramente do mútuo, mas dele se distingue porque sua prestação característica, a disponibilidade, impede a assimilação. Não se pode considerá-lo empréstimo condicional porque o objeto de um contrato é insuscetível de ser posto sob a forma de condição.

Trata-se de contrato típico. Sua essência consiste na atribuição ao creditado do poder de pretender do banco a prestação de certa soma, ou de aceite, aval ou fiança. Os atos de utilização do crédito constituem mera execução do contrato, sendo necessário conjugá-lo ao de conta corrente para que os saques se realizem diante cheques e a disponibilidade possa ser continuamente renovada.” (p. 368; em negrito, os destaques dados no original; são nossas as sublinhas).

18.2 A seu turno, Caio Mário (op. cit., pp. 243-244) reconhece que existem pontos de aproximação entre o mútuo e a abertura de crédito. Salienta a seguir, no entanto, os “aspectos de viva diversificação”:

“a) o creditor obriga-se a efetuar a tradição da quantia, ao passo que o mutuante começa por efetuar-la; b) no mútuo, o acordo é concomitante a essa tradição, na abertura de crédito antecede-a; c) na abertura de crédito adquire o creditado a faculdade potestativa de usá-lo no limite convencionado, global ou parceladamente, sem a previsão do *quantum* necessitado, nem da oportunidade da utilização, enquanto que no mútuo o mutuário adquire a propriedade da coisa, esgotando-se o seu direito contra o mutuante; d) no mútuo há

tradição da coisa emprestada e restituição em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade, ao passo que na abertura de crédito o reembolso se faz em dinheiro, ainda que o creditor entregue coisas diversas (títulos de crédito, mercadorias etc.) representativas de um valor pecuniário.”

18.3 Com todos esses subsídios doutrinários, a enfatizar que mútuo e abertura de crédito são figuras jurídicas bem distintas, já se pode responder à pergunta feita em 17.8, dizendo que não há na lei vedação alguma a que um banco celebre um contrato de abertura de crédito com uma empresa “ligada”.

18.4 *Mutatis mutandis*, o mesmo se pode dizer quanto a financiamentos e descontos¹² — sobre que não nos alongaremos mais aqui, todavia.

19. Considerações práticas quanto à já “tradicional” amplitude dada à expressão “empréstimos ou adiantamentos”

19.1 Como demonstramos, descabe, numa análise estritamente jurídica, pretender que a vedação legal a “empréstimos ou adiantamentos” a pessoas “ligadas” alcance também as operações de abertura de crédito. De um ponto de vista prático, porém, cabe indagar se seria prudente um banco realizar tais operações com aquelas pessoas, arriscando-se a ter de enfrentar processos administrativos e criminais.

19.2 Ainda na década de 1960, como apontava Bastian Pinto (trecho transcri-

12. Conceitos freqüentemente distorcidos, na praxe bancária, e confundidos por muitos autores (a partir daquela distorção), de modo que algumas vezes o que se faz, com esses nomes, na verdade não passa de meros mútuos (vedados, portanto).

to em 10.1, acima), o BACEN já considerava que o emprego da expressão “empréstimos ou adiantamentos” visava a “abranger toda a gama de créditos que possam ser feitos”. E o autor citado admitia essa “interpretação ampliativa”. De nossa parte, não concordamos, consoante já deixamos firmado, com apoio em doutrina maciça a reprovar essa ampliação em se tratando de leis punitivas.

19.3 Certo ou errado, o fato é que o BACEN sempre adotou a postura citada. Por outro lado, é consabido que as instituições financeiras sempre procuraram evitar confrontos com o BACEN — por várias razões, que descabe comentar (até porque algumas são tão óbvias que dispensam mesmo comentários). Se continua a ser assim até hoje, com razão muito maior era assim nas primeiras décadas de vigência da Lei Bancária, dado o ambiente político de então. Firmou-se uma “tradição” — já longeva, à presente altura — de que a locução “empréstimos ou adiantamentos” compreendia também outros tipos de operações. Ninguém questionava. Ninguém questiona.

19.4 Bem vistos os fatos, errado estava — e continua a estar. A “tradição”, a perseverança no erro não o transforma em acerto. O que se passou foi que o BACEN, encarregado de fiscalizar e fazer cumprir a lei — e punir quem descumprisse — ditou o que desejaria que a lei tivesse dito (mas não dissera); e o mercado aceitou. O que fez o BACEN foi o que a doutrina condena: a pretexto de interpretar o “espírito da lei”, reformou-a, “corrigiu-a”, ignorou o texto legal e fez valer o que nele gostaria de ver escrito.

19.5 Repetindo, temos então uma longa “tradição”, embora errada, na aplicação prática da lei: a expressão

“empréstimos ou adiantamentos” é tida como abrangente também de outras operações de crédito.

19.6 Já mencionamos, de passagem, que muito pouco se sabe sobre a “jurisprudência administrativa” do CRSFN, dado o sigilo que cerca as suas decisões. As suas íntegras não são publicadas, só ementas muito lacônicas. Terceiros não conseguem acesso aos autos nos processos, para pesquisas; tal acesso só é facultado aos neles envolvidos e seus advogados. Mas é possível perceber, pelo exame de ementas publicadas, que o CRSFN apóia a fiscalização em quase tudo que ela considera incluído na expressão “empréstimos ou adiantamentos”. Quase tudo, dissemos. Com efeito, em pelo menos um caso — cujos pormenores não é dado ao pesquisador conhecer, como frisado — o CRSFN (confirmando, aliás, decisão da primeira instância administrativa) discordou do que inicialmente pensara a fiscalização: foi no recurso n. 0647, em que se prolatou decisão assim ementada (in *Diário Oficial da União* de 23.7.1992, Seção I, p. 9.825): “Recurso de Ofício. Concessão de empréstimo a empresa ligada. Infração não caracterizada”.

19.7 Por outro lado, também como já apontamos (item 16.6, acima), o próprio CMN houve por bem excluir, do rol das proibidas, algumas operações — ou por considerações de conveniência, ou por motivos outros.

19.8 Em meio a todas essas incertezas, que rumo tomar, se não se quiser confrontar o BACEN, pura e simplesmente, com uma postura calcada tão-só na linha de interpretação jurídica que sustentamos até aqui, neste parecer? Que tipo de outras operações creditícias se deveria evitar, para não se arriscar ao incômodo e às incertezas de embates processuais, administrativos e criminais?

19.9 É tarefa muito difícil estabelecer uma linha de conduta segura, na matéria, com uma abrangência tão ampla. A ela não nos dedicaremos, aqui. Limitar-nos-emos à análise da legalidade de se abrirem cartas de crédito para cobrir importações feitas por uma empresa “ligada”. Foi esse o exemplo prático que nos propusemos analisar, neste trabalho, e sobre ele falaremos a seguir. Por ora, tentando recomendar uma linha de conduta quanto a operações de abertura de crédito — já que foi sobre elas que nos detivemos mais, nas seções precedentes — diríamos que conviria evitar o tipo de operação por força da qual o creditado, ele próprio, fique habilitado a sacar dinheiro do banco — o que, aliás, é mesmo o mais comum de acontecer, na abertura de crédito. Seria certo que o BACEN, em tomando conhecimento do fato, impugnaría a operação e, se a creditada fosse controlada pelo banco ou por qualquer das pessoas listadas no art. 17 da Lei dos “Crimes de Colarinho Branco”, dela daria conhecimento ao Ministério Público, para o competente procedimento criminal. O banco teria uma linha de defesa a desenvolver, como vimos, mas cabe ponderar bem sobre se vale a pena, ou não, correr os riscos.

20. Cartas de crédito vinculadas à importação

20.1 Depois de toda a análise genérica feita nas seções anteriores, aproximamo-nos, finalmente, do exemplo prático que nos propusemos examinar, em especial: se um banco pode emitir carta de crédito a cobrir a importação de bens pela Leasing por ele controlada (bens esses a serem subsequentemente dados em arrendamento mercantil a clientes dessa empresa). Para isso, todavia, ainda nos falta dar mais um passo preliminar: discorrer brevemente sobre esse instrumento e, principalmente, sobre a relação

jurídica que se estabelece entre o importador e o banco.

20.2 Em *Contratos Internacionais* (Ed. Saraiva, 1990), Celso Ribeiro Bastos e Eduardo Amaral Gurgel Kiss definem (p. 70):

“3. A carta de crédito pode ser conceituada como um instrumento que traz a obrigação do banco emitente de realizar um pagamento em dinheiro, mediante a apresentação de determinados documentos.”

20.3 Comentam os mesmos autores, adiante (pp. 74 e 75):

“9. Apesar da carta de crédito ser um instrumento largamente utilizado no comércio internacional, chegando a bilhões de dólares as transações realizadas com esse instrumento por empresas brasileiras, nossa legislação não trata do assunto. Existe um único artigo em nossa lei que se refere à carta de crédito. Trata-se do art. 264 do CCom brasileiro. Tal artigo estabelece que “as cartas de crédito devem necessariamente contrair-se a pessoa ou pessoas determinadas, com limitação de quantia creditada; o comerciante que as escreve e abre o crédito fica responsável pela quantia que em virtude dela for entregue ao credi- tado até a concorrência da soma abonada. As cartas que não abrirem crédito pecuniário com determinação do máximo presumem-se meras cartas de recomendação, sem responsabilidade de quem as escreveu”.

.....

11. No Brasil, as cartas de crédito, em vista da ausência de legislação substantiva aplicável, subordinam-se, na grande maioria dos casos, às “Regras e Usos Uniformes para Créditos Documentários”, da Câmara de Comércio Internacional. O texto em vigor decorreu de uma revisão, aprovada em 1983, e

apresentado na Brochura 400. Tal texto encontra-se em vigor desde 1.º de outubro de 1984.”¹³

20.4 Comenta, a seu turno, Luiz Gastão Paes de Barros Leães (*O Uso das Cartas de Crédito Comerciais como Instrumento de Garantia*, in *RDM* 15/16, 1974, p. 51):

“2/1. O crédito documentado é prática bancária largamente difundida no comércio internacional, como meio de dar execução às operações de importação e exportação de mercadorias. Aperfeiçoado o contrato de compra e venda entre partes domiciliadas em países distintos, é costume convencionar-se que o pagamento do preço pelo comprador será feito por meio de uma carta de crédito a favor do vendedor, a ser emitida por banco do país ou da praça deste, que saldará o preço contra a entrega dos documentos que menciona. Assim, realizada uma aquisição no exterior, o comprador entra em contato com o seu banco, e com ele acerta, no sentido de que seja aberto um crédito documentado a favor do vendedor, na praça deste último, diretamente por sua filial ou por intermédio de um banco correspondente. Posto isto, o banco, ato contínuo, expede a carta de crédito, através da qual fica o vendedor notificado de que lhe foi aberto um crédito por conta e ordem do comprador, assegurando-lhe desse modo que o preço lhe será pago por ocasião da entrega dos documentos mencionados.” (em negrito, os destaques do original; nossas as sublinhas).

20.5 Muito se discute, em doutrina, sobre a natureza jurídica da carta de crédito e sobre o relacionamento que surge entre o banco emissor da carta de

13. Nova revisão ocorreu posteriormente (em 1994), divulgada pela Brochura 500.

crédito e o exportador estrangeiro. Não nos vamos ater, aqui, sobre isso, o que nos interessa (como preliminar, para podermos prosseguir no nosso estudo) é perquirir sobre a natureza jurídica da relação que se cria entre o emissor da carta e o importador brasileiro.

20.6 Sobre isso, não há muita discussão. Veja-se o depoimento de Waldirio Bulgarelli (*O Crédito Documentado Irrevogável, um Novo Título de Crédito?*, in *RDM* n. 32, 1978):

“A relação entre o banco (emissor) e o comprador, não oferece maiores dificuldades, sendo considerada, pela doutrina, como um contrato de abertura de crédito em favor do comprador para ser utilizado pelo banco, em favor do beneficiário aceitando (D/A) ou pagando-lhe (D/P) uma letra documentária.” (sublinhamos)

20.7 Bulgarelli está-se referindo, claro, ao que ocorre mais comumente, de fato, na prática dos negócios: o importador, para que o banco concorde em emitir a carta, não deposita no banco, desde logo, o contravalor (em moeda nacional) do seu valor (em moeda estrangeira).

20.8 Nesse caso mais comum, portanto, o que sucede não deixa de ser bastante curioso:

— o banco abre um crédito ao importador brasileiro (v. Bulgarelli — item 20.6, acima);

— em decorrência, o banco abre um crédito ao exportador estrangeiro (v. Leães, item 20.4, supra).

20.9 Ao menos à primeira vista, poderia parecer estranho a algum leitor que a relação jurídica que se cria entre o importador e o banco seja a de uma abertura de crédito. É que o leitor a

sentir essa estranheza estará deixando-se influenciar pela noção de que, numa abertura de crédito (I) o objeto de tal crédito será necessariamente dinheiro e (II) a utilização do crédito se dará sempre pela entrega desse dinheiro ao próprio creditado. Ora, isso é, de fato, o mais comum; mas não é essa a única forma pela qual a abertura de crédito funciona. O objeto do crédito aberto pode ser, por exemplo:

— a prestação de fianças: uma empresa que sabe que irá ter de prestar garantias em vários processos, proxima-mente, pode contratar com um banco que, até o montante de “x”, tal banco irá emitir cartas de fiança que a empresa for solicitando, à medida que delas precisar;

— a oposição de aceites cambiais em títulos sacados pelo creditado (é o conhecido “crédito de aceitação”): um lojista contrata com uma “financeira” que, até o limite de “x”, sacará letras de câmbio, que a “financeira” aceitará e entregará a determinada distribuidora de títulos e valores, para colocação no mercado (o produto de tal colocação sendo entregue ao lojista).

20.10 Bem vistas as coisas, é até corriqueiro que não seja o próprio creditado o beneficiário, quando da utilização do objeto do crédito aberto. Afinal, não é exatamente isso que ocorre num contrato de “cheque especial”? O crédito é aberto ao cliente, mas não será o próprio cliente (não necessariamente, ao menos) que irá receber o dinheiro, mas sim os beneficiários dos cheques que vier a emitir (não se esquecendo que o cheque, afinal, nada mais é do que uma ordem de pagamento; o cliente, creditado, ordena ao banco que pague a terceiros, indicados nos cheques, os valores deles constantes; na medida em que o saldo da conta estiver devedor, tais ordens de pagamento es-

tarão sendo honradas por conta do crédito aberto).

20.11 Orlando Gomes, naquela passagem que transcrevemos no item 18.2, acima, já apontava que, na abertura de crédito, a utilização do crédito aberto poderia dar-se por terceiro, no caso dos "créditos documentados". Transcrevamos de novo o trecho em foco:

"Finalmente, a disponibilidade ocorre em favor do próprio cliente ou de terceiro por ele indicado, podendo o crédito, nesta última hipótese, ser confirmado pelo banco se a soma creditada comportar saque mediante a apresentação dos documentos comprovantes de operação comercial realizada entre o cliente e o terceiro."

20.12 Retomando a linha de raciocínio, temos então que, quando um importador celebra com um banco um contrato pelo qual o banco se obriga a emitir carta de crédito, a favor de exportador estrangeiro, de modo a viabilizar uma importação, a natureza desse contrato é a de uma abertura de crédito.

20.13 No que o banco cumprindo a sua obrigação, emite a carta de crédito, a favor do exportador, o banco não se torna credor, ainda do importador nacional pelo valor respectivo. Mais tarde, no entanto, o banco (ou o "confirmador",¹⁴ no exterior), honra a carta; faz isso acolhendo (após conferir a documentação de embarque das mercadorias) o saque do exportador (sobre o crédito a ele aberto); no que o faz, o

14. É comum que o exportador estrangeiro exija, para seu maior conforto, que a carta de crédito seja "confirmada" por banco de sua confiança, que opere na sua praça; no caso, o saque será acolhido pelo "confirmador", que se tornará credor do banco brasileiro (nascedo então mais uma relação creditícia).

banco se torna credor, então, do importador brasileiro. O crédito tanto poderá ter de ser liquidado de pronto, quanto poderá sê-lo a prazo (o que é o mais comum), consoante dispuser o contrato entre as partes.

21. A legitimidade de o banco emitir carta de crédito para cobrir importações feitas por "leasing" a ele "ligada"

21.1 De tudo quanto já tínhamos visto até a Seção 18, acima, havíamos concluído que o que se veda, quanto a pessoas "ligadas", é apenas a concessão de "empréstimos ou adiantamentos"; que empréstimos é expressão que se decompõe em comodato e mútuo; que a abertura de crédito, consoante a doutrina, é figura jurídica distinta da do mútuo; também não seria, por outro lado, um adiantamento; logo, não estaria vedada.

21.2 Nas considerações de ordem eminentemente prática que tecemos na Seção 19, todavia, concluímos que não seria prudente que um banco se aventurasse a celebrar, com empresa "ligada", contrato de abertura de crédito pelo qual o creditado pudesse, ele próprio, sacar dinheiro do banco. Não que esse pormenor fizesse diferença, do ponto de vista estritamente jurídico, como frisamos; mas, pelos motivos práticos ali arrolados, conviria não confrontar o Bacen com uma operação que tal.

21.3 Num contrato pelo qual um banco se obrigasse, entretanto, a emitir carta de crédito para cobrir importação a ser feita por Leasing "ligada", não iria mesmo ocorrer esse saque de dinheiro pelo próprio creditado, que reputamos inconveniente. Com muito maior razão, portanto, não vemos impedimento legal algum a que o banco celebre tal tipo de contrato.

21.4 Conviria que as condições da operação fossem estritamente as de mercado, aquelas que o banco estipulasse, usualmente, em negócios semelhantes com a clientela, quanto a valores, prazos, custos e garantias. Ou seja, ao operar com a Leasing, o banco deveria evitar condições de favorecimento.

21.5 Ainda numa consideração de ordem eminentemente prática, se o banco quiser reduzir ainda mais a probabilidade de atritos com o BACEN, talvez considerasse prudente que o contrato prevísse que a Leasing deveria liquidar o débito de pronto (ao invés de conceder prazo para isso), tão logo honrada a carta de crédito. É certo que a viabilidade da operação ficaria bastante diminuída. Porém, se o banco quiser adotar um enfoque extremamente cauteloso, talvez então houvesse por bem limitar a abertura de crédito a Leasing aos casos em que essa última pudesse proceder a tal liquidação pronta.

22. O ambiente de excepcionalidade que sempre favoreceu as operações com empresas de "leasing" "ligadas"

22.1 A Lei n. 6.099, de 12.9.1974, que dispunha sobre "o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil" e dava outras providências, estabelecia:

"Art. 8.º O CMN poderá baixar resolução disciplinando as condições segundo as quais as instituições financeiras poderão financiar suas coligadas ou interdependentes, que se especializarem em operações de arrendamento mercantil."

22.2 O Regulamento anexo à Resolução n. 980, de 13.12.1984, dispôs então que:

"Art. 19 — As instituições financeiras em suas operações com sociedades de arrendamento mercantil coligadas ou interdependentes, relativas a empréstimos, financiamentos, repasses de recursos e prestação de garantias, bem como de aquisição de direitos creditórios com coobrigação de cedentes, devem obedecer, cumulativamente, às seguintes condições:

a) os encargos devem ser os normalmente cobrados em operações da espécie realizadas com terceiros; (...)"

22.3 Ou seja, abriu-se uma exceção à proibição genérica de empréstimos a empresas "ligadas", para o caso especial de essas serem empresas de "leasing".

22.4 Com o advento da Lei dos "Crimes de Colarinho Branco", o CMN entendeu que essa exceção não poderia manter-se na sua amplitude original, porquanto a nova lei teria alterado o art. 8.º da Lei n. 6.099/74, que lhe dava embasamento. O dispositivo do MNI pertinente à exceção ora em exame (2.1.1.20) tem hoje a seguinte redação:

"20 — As instituições financeiras em suas operações com sociedades de arrendamento mercantil coligadas ou interdependentes, relativas a empréstimos, financiamentos, repasses de recursos e prestação de garantias, bem como de aquisição de direitos creditórios com coobrigação de cedentes, devem observar, além do disposto na Lei n. 7.492, de 16.6.86, que os encargos são os normalmente cobrados em operações da espécie realizadas com terceiros (Res. 980 — RA-art. 19-a)."

22.5 Entenda-se esse dispositivo da seguinte forma, então:

— uma instituição financeira não pode contratar "empréstimos, financia-

mentos e repasses"¹⁵ com empresas de "leasing" controladas por ela ou:

- pelo seu controlador; ou
- por um seu administrador; ou
- por um membro de um conselho estatutário seu; ou
- por ascendentes, descendentes, parentes na linha colateral até o segundo grau, consanguíneos ou afins do controlador, ou dos administradores ou membros de conselhos citados, eis que todas essas pessoas são expressamente arroladas pela lei penal em questão.

22.6 A *contrário sensu*, todas as demais "leasings" "ligadas" podem receber "empréstimos, financiamentos ou repasses" das instituições financeiras com que tenham "ligação" (por exemplo, uma "leasing" de cujo capital um banco tenha 20%, mas não o controle, direta ou indiretamente).

22.7 Curiosamente, a Resolução n. 1.775, de 6.12.1990 — posterior, portanto, à Lei dos "Crimes de Colarinho Branco" — vedava a aquisição de debêntures de emissão de empresa "ligada", exceto se essa "ligada" fosse uma empresa de "leasing". Ora, se se entende (sem entrar no mérito de se tal entendimento está correto ou não) que adquirir debêntures é sinônimo de fazer empréstimo, e se não se pode emprestar a "leasings" controladas, então também não se poderia adquirir debêntures dessas "leasings". Porém, até hoje esse dispositivo da Resolução em tela (que

15. Nem "adiantamentos" (palavra que não consta do dispositivo em foco do MNI, mas sim da Lei dos "Crimes do Colarinho Branco"). Por outro lado, reproduzimos aqui a expressão contida no item citado do MNI (2.1.1.20), *ipsis litteris*, sem entrar no mérito da inclusão, nela, da palavra "financiamentos" (v. item 18.4 do presente estudo).

nem poderia ter sido baixado, a prevaler aquele entendimento) não foi revogado, constando ainda, aliás, do "Ementário das Normas em Vigor", do BACEN, divulgado pelo "BÉCEBÊ" — Informativo Econômico Financeiro".

22.8 Por outro lado, proíbem-se fianças ou avais a pessoas "ligadas" (proibição constante não da lei, como já salientamos, mas sim de meras Resoluções), como se vê no MNI, 2.1.10.8. No entanto, excepcionam-se da proibição (MNI, 2.1.10.9) fianças ou avais a empresas de "leasing" "ligadas".

22.9 Em suma, sempre houve — e continua a haver — um ambiente de excepcionalidade a favorecer as operações de instituições financeiras com empresas de "leasing" a elas "ligadas". Já concluímos, na Seção anterior deste trabalho, que um banco pode emitir carta de crédito para cobrir importação a ser feita por empresa a ele "ligada"; tanto mais — sentimo-nos confortáveis em aditar, agora — se tal "ligada" for uma empresa de "leasing".

23. Resumo e conclusões

23.1 A Lei Bancária veda às instituições financeiras conceder "empréstimos ou adiantamentos" a pessoas "ligadas" (art. 34), cominando penas à transgressão. A Lei dos "Crimes de Colarinho Branco" considera infrações penais esses mesmos "empréstimos ou adiantamentos" a certas pessoas "ligadas" (art. 17), puníveis com a privação da liberdade.

23.2 O art. 34 da Lei Bancária sempre sofreu críticas acerbas da doutrina, muitos condenando a pura e simples vedação citada, ao invés de se coibir apenas o abuso (Seção 5 do presente estudo). Porém, em vez de se corrigir o que tanto se criticava, o que

se fez foi aumentar ainda mais o rigor punitivo, com a referida lei penal. Tal lei mereceu uma unanimidade de crítica. O próprio Congresso a aprovou com constrangimento — e o Executivo a sancionou a contra-gosto (Seção 6). É que já havia um anteprojecto de lei, elaborado por uma “Comissão de Notáveis”, bem mais abrangente e racional — mas que nunca chegou sequer a ser transformado em projecto e encaminhado ao Legislativo (Seção 7).

23.3 Há no Congresso um projecto de lei complementar, regulamentando o SFN. O projecto — para o qual o próprio BACEN deu sugestões — muito se assemelha ao anteprojecto citado no item anterior, no que respeita à disciplina das operações de crédito com pessoas “ligadas”. Não as veda, *tout court*; as revés, limita o seu montante global, proíbe que tenham condições de favorecimento e inclui, no rol das contratadas com pessoas “ligadas”, as celebradas com interpostas pessoas, as dissimuladas e as “trocas de chumbo” (Seção 8). Enfim, todos — até o BACEN — concordam com que a lei que temos não é boa — mas é a que temos, ainda. Resta ver, então, como cumpri-la, em sua irracionalidade, da forma mais correcta possível (Seção 9).

23.4 As normas restritivas e as punitivas interpretam-se estritamente, dizem a doutrina e os tribunais — até os próprios tribunais administrativos (Seções 10 e 11). Não pode o intérprete, a pretexto de comunicar-se com o “espírito da lei”, nela pretender enxergar mais do que a sua letra comporta; não pode — as palavras são de Carlos Maximiliano — fazer uma autêntica reforma da lei, sem alterar o texto (Seção 12).

23.5 O que se veda — tanto na Lei Bancária quanto na dos “Crimes de

Colarinho Branco” — é a concessão, a pessoas “ligadas”, de “empréstimos ou adiantamentos”; só isso; não são todas e quaisquer operações de crédito”, com tais pessoas, que são proibidas (seção 13). Empréstimos são o comodato (que não interessa ao presente parecer) e o mútuo (Seção 14). Adiantamentos é palavra sem significado jurídico bem definido, mas uma pesquisa do seu uso em vários ramos do Direito, inclusive no Bancário, dá bem a medida do que significa (Seção 15) — e afinal não significa, no seu emprego quanto às actividades próprias dos bancos, muito mais do que modalidades de mútuo (item 15.9, especificamente).

23.6 Sendo assim, vedados a pessoas “ligadas”, por lei, são apenas os adiantamentos (como tais consagrados na praxe bancária) ou os mútuos. Só esses, então, são puníveis com as penas das duas leis citadas. Pode o CMN, no uso dos seus poderes de disciplinar o crédito, vedar outras operações que julgue inconvenientes, quando feitas com tais pessoas. Mas não pode estender a tais outras operações as penas da lei (Seção 16). Há base jurídica sólida para uma defesa competente contra eventuais autos de infração lavrados pela fiscalização bancária, em muitos desses casos (item 16.8, especificamente).

23.7 Os “Contratos Bancários” evoluíram tanto que passaram a constituir tipos jurídicos próprios, diz a doutrina, distintos do mútuo tradicional (Seção 17). Em especial, a abertura de crédito (Seção 18) — que interessa mais de perto ao nosso estudo — tem feição própria, irreduzível a outra figura jurídica do Direito contratual” (Orlando Gomes).

23.8 Por todo o exposto até aqui, não são vedadas as aberturas de crédito a

peçoas “ligadas” — assim como os financiamentos e os descontos — embora esses dois últimos conceitos sejam frequentemente distorcidos, na praxe bancária, e confundidos por muitos autores (a partir daquela distorção), de modo que algumas vezes o que se faz, com esses nomes, na verdade não passa de meros mútuos (vedados, portanto). (Final da Seção 18, ainda).

23.9 A despeito da crítica doutrinária, o BACEN sempre interpretou ampliativamente a expressão “empréstimos ou adiantamentos”. Os bancos, que sempre procuraram evitar confrontos com o BACEN (tanto mais nas primeiras décadas da vigência da Lei Bancária, dado o momento político de então), não discutiam. Firmou-se, daí, uma “tradição” interpretativa, naquele sentido — errada, à evidência, e a perseverança no erro não o convalida. O que fez o BACEN foi o que a doutrina condena; a pretexto de interpretar o “espírito da lei”, reformou-a, “corrigiu-a”, ignorou o texto legal e fez valer o que nele gostaria de ver escrito. (Seção 19)

23.10 Enfim, a abertura de crédito a pessoas “ligadas” não é vedada, na lei atual. Pode até vir a sê-lo, quando se alterar a lei (consoante projetos já existentes). Mas por enquanto não é. Porém, há uma longa “tradição” do BACEN de entender o contrário. De um ponto de vista eminentemente prático, talvez um banco cauteloso haja por bem considerar desaconselhável passar a praticar tal tipo de operação com essas pessoas, ao menos quando, pelo contrato, o creditado fique habilitado, ele próprio, a sacar dinheiro do Banco.

Seria certo que o BACEN, em tomando conhecimento do fato, impugnaría a operação e, em muitos casos, dela daria conhecimento ao Ministério Público, para o competente procedimento criminal. O banco teria uma linha de defesa a desenvolver, como vimos, mas cabe ponderar bem sobre se vale a pena, ou não, correr os riscos. (Seção 19)

23.11 No contrato entre um banco e um importador, com vistas à abertura de carta de crédito para cobrir uma importação, o que se passa entre eles é uma abertura de crédito, cujo objeto não é viabilizar ao creditado sacar dinheiro do banco; o objeto é fazer com que o banco abra um crédito a favor do exportador estrangeiro (um outro crédito, distinto do aberto ao importador). (Seção 20)

23.12 Não há vedação legal alguma a que um banco emita cartas de crédito para cobrir importações de uma empresa “ligada” (Seção 21), tanto mais se tal empresa “ligada” for uma empresa de “leasing”, porquanto sempre houve, quanto a empresas de “leasing” “ligadas”, um ambiente de excepcionalidade que as beneficia (Seção 22). As condições da operação deveriam ser as de mercado, sem qualquer favorecimento (item 21.4). Se quiser ser muito conservador, a reduzir ainda mais a possibilidade de atritar-se com a fiscalização, o banco poderia limitar essas operações às hipóteses em que fosse viável contratar que a Leasing liquidaria o seu débito como o banco de pronto, ao invés de conceder-lhe prazo para tal liquidação, tão logo honrada a carta de crédito, no exterior (item 21.5).

AS SOCIEDADES LIMITADAS E O PROJETO DO CÓDIGO CIVIL

EGBERTO LACERDA TEIXEIRA

As sociedades limitadas — nosso tema central — tiveram sua origem legislativa na última década do século XIX, na Alemanha, através da lei de 20 de abril de 1892, várias vezes alterada no decurso do tempo. A nova sociedade — G. M. B. H. visava preencher o vazio existente entre as coletivas, as solidárias e as comanditárias, de um lado, e as anônimas de outro. O objetivo principal declarado, era o de proteger os pequenos empresários com a norma da limitação da sua responsabilidade pessoal.

Queremos enfatizar que a origem legislativa coube à Alemanha, embora na Inglaterra já se tivesse, em meados do Século XIX, reconhecido o princípio da responsabilidade limitada dos sócios.

O saudoso professor Sylvio Marcondes, um dos eminentes relatores do Projeto do Código Civil, sustenta que a primeira tentativa séria de instituição das sociedades limitadas no Brasil aparece no Projeto Inglês de Souza, de novo Código Comercial em 1912, o qual permaneceu sem andamento no Congresso Nacional. Parece-nos que essa falta de agilidade legislativa é vício antigo, que todos nós reconhecemos, no caso do atual Projeto do Código Civil...

Finalmente, em 1918, sob alegação de que não se podia retardar por mais tempo a adoção das sociedades limitadas, o deputado gaúcho Joaquim Luis Osório, destacou do trabalho de Inglês de Souza, um projeto isolado sobre a matéria. Este recebeu tratamento especial e rápido na Câmara e no Senado,

culminando com a sanção presidencial do Decreto 3.708, de 10 de janeiro de 1919.

As sociedades por quotas de responsabilidade limitada — comumente designadas simplesmente “sociedades limitadas” — tiveram em 1919 origem modesta que não deixava antever-lhe vida longa e vitoriosa. O Decreto 3.708, de 10 de janeiro de 1919, lacunoso, conseguiu o milagre de completar 76 anos de vigência como o tipo societário mais difundido e aceito no país. A que devemos esse êxito extraordinário? Por estranho que possa parecer, cremos que a pobreza do diploma de 1919 é que levou a doutrina e a jurisprudência dos tribunais e a flexibilidade do Registro de Comércio, a explorar a potencialidade latente da nova sociedade.

A antiga e vulnerável classificação rígida de sociedades de pessoas de um lado, e de sociedades de capital de outro, mostrou-se incapaz de agasalhar a contento geral a nova sociedade limitada. Em lugar de acentuar-lhe o caráter híbrido, favorecemos o seu “particularismo” que justifica sua vitoriosa caminhada.

O artigo 1.º do Decreto 3.708, de 1919, declara que “além das sociedades a que se referem os artigos 295, 311, 315 e 317 do Código Comercial poderão constituir-se sociedades por quotas de responsabilidade limitada”. E o artigo 2.º refere-se ainda a que “o título” constitutivo regular-se-á pelas disposi-

ções dos artigos 300 a 302 e seus números do Código Comercial.

A interpretação do artigo 1.º autoriza-nos a concluir que, legislativamente falando, não se pode subordinar, *a priori*, a sociedade limitada à disciplina rígida de nenhuma das modalidades societárias até então acolhidas pelo Código Comercial. Boa parte da doutrina brasileira entendeu, então, que as sociedades limitadas eram exclusivamente sociedades mercantis, não admitidas sua aplicação às sociedades civis. Nem mesmo essa explícita incorporação ao rol das sociedades mercantis de então, resistiu à força inovadora do direito brasileiro. Na verdade, nos tempos atuais, existe grande número de sociedades limitadas de caráter civil fora da jurisdição das Juntas Comerciais. Foi a criação consuetudinária que firmou entre nós a existência das sociedades limitadas civis.

Ademais da elasticidade funcional das limitadas, aproveitou-se largamente do sempre lembrado e discutido artigo 18 do Decreto de 1919. Dada a sua extraordinária influência no desenvolvimento do novo tipo societário, permitimo-nos lembrar-lhes o inteiro teor:

“Art. 18. Serão observadas quanto às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da lei das Sociedades Anônimas”.

Esse art. 18 tem dado margem a interpretações divergentes na doutrina e na jurisprudência em consequência da locução restritiva, “e na parte aplicável”. De simples fonte supletiva das omissões do contrato ou estatuto social da Limitada, e na parte aplicável, a lei das sociedades anônimas teria força supletiva, e na parte aplicável, também nas omissões da legislação das limitadas, respeitado sempre o seu particularismo.

Antes de abandonarmos, por ora, o velho decreto de 1919, gostaríamos de acentuar apenas dois de seus dispositivos, que adaptados aos tempos modernos, contribuíram decisivamente, para o enriquecimento de nossa experiência societária. Assim, o art. 8.º do decreto de 1919 prevê a aquisição, pela própria sociedade limitada, de quotas liberadas, desde que o faça com fundos disponíveis e sem ofensa do capital social. Aí está a gênese das ações de tesouraria das sociedades anônimas (Lei 6.404, art. 30, § 1.º, *b*).

O art. 15 do mesmo Decreto de 1919 autoriza, de forma genérica, o recesso dos sócios que divergirem da alteração do contrato social das limitadas e o reembolso da quantia correspondente ao seu capital. Esta matéria acha-se hoje amplamente disciplinada e ampliada na Lei 6.404/76, e objeto de apreciável produção doutrinária e jurisprudencial.

Passemos, agora, ao exame das sociedades limitadas no Projeto do Código Civil já aprovado na Câmara dos Deputados e aguardando há anos a morosa tramitação no Senado Federal. Os primeiros trabalhos da Comissão Elaboradora e Revisora do Projeto, integrada por ilustres professores e juristas sob a presidência do eminente mestre Miguel Reale, remontam a década de 60. De lá para cá, muitos e exaustivos estudos e seminários foram realizados em todos os quadrantes do País, com repercussão em emendas oferecidas à Comissão Especial da Câmara dos Deputados, presidida por Tancredo Neves.

O Projeto do Código Civil tem, entre seus “pontos altos de revisão”, a clara distinção entre associações e sociedades sendo estas sempre de fins econômicos abrangendo as civis e as empresariais. “Considera-se empresário” — dizia o artigo 1.027 do anteprojeto de 1972 — quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de

serviços. As sociedades empresariais abrangem as de nome coletivo, em comandita simples e as limitadas. As Anônimas, inicialmente catalogadas no Anteprojeto, foram dele destacadas para corporificar-se na Lei 6.404, de 1976. As sociedades civis tem seu principal exemplo na sociedade simples, inovação do Projeto.

O Projeto do Código Civil inova substancialmente o estatuto jurídico das atuais sociedades por quotas de responsabilidade limitada. A diferenciação começa, pela denominação, que passa a ser "sociedade limitada" como usualmente já são conhecidas. O decreto 3.708, de 1919 possui apenas magros 19 artigos. O Projeto do Código Civil reserva-lhes 32 artigos e numerosos parágrafos e incisos. O mais importante, todavia, está na substituição da fonte supletiva atual (sociedades anônimas) pelo singelo artigo 1.056 do Projeto a saber: "a sociedade limitada rege-se, nas omissões deste capítulo IV, pelas normas da "sociedade simples". Esta mudança radical em relação ao regime atual merece cuidadosa meditação. A sociedade simples — sujeita ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas — iria assim suprir as omissões de uma sociedade empresarial por excelência... O que é curioso.

Inicialmente, confirmamos, pela *práxis* atual, mais afinidade supletiva das limitadas pelo estatuto legal das anônimas. Por isso, teríamos preferido que a norma de 1919 continuasse a prevalecer.

Por outro lado, para abrandar o aparente retrocesso, devemos ter em vista que o Projeto dedica às limitadas tratamento muito mais extenso e abrangente que o regime lacunoso de 1919, em virtude da absorção de muitos institutos das anônimas. Cumpre-nos, pois, centrar nossa atenção no texto integral do capítulo IV para saber se ele satisfaz,

ou não, as necessidades jurídicas e práticas atuais.

Antes de fazê-lo, todavia, permitam-nos a ousadia de dizer-lhes que gostaríamos, de *lege ferendissima*, que o estatuto da limitadas constasse de lei especial, independente e destacada do Código Civil, como já aconteceu com as Sociedades Anônimas. Na verdade, projetos de lei nesse sentido têm sido elaborados em Brasília, mas, infelizmente, sem aceitação geral das entidades jurídicas e empresariais consultadas. A nossa posição baseia-se no fato de a revisão, modificação e atualização de artigos de lei específica são, normalmente, muito mais simples e rápidas do que alterações no bojo de códigos. É a experiência nacional e internacional que nos convence nesse particular.

Vamos indicar, ainda que concisamente, algumas inovações e algumas omissões do texto da "Sociedade Limitada" no Projeto do Código Civil.

1. *Quotas. Pluralidade.* O art. 1.058 do Projeto declara que o capital social divide-se em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio, mas, em qualquer caso, as primitivas são distintas das posteriormente adquiridas.

Aceita-se, assim, a inovação da possibilidade de quotas de cada sócio, o que não era previsto no decreto de 1919. A pluralidade de quotas facilita a sua cessão a sócios e a terceiros e o mecanismo dos aumentos de capital.

O parágrafo 1.º exige a solidariedade de todos os sócios pela exata estimação dos bens conferidos ao capital social. É um progresso.

Esclarece o parágrafo 2.º, do mesmo artigo, ser vedada contribuição que consista em prestação de serviços, o que afasta as limitadas das Sociedades Simples.

No caso de condomínio de quota, os direitos a ela inerentes somente podem

ser exercidos pelo condômino representante, ou pelo inventariante do espólio de sócio falecido.

2. *Quotas. Cessão.* O art. 1.060 do Projeto diz que na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independente de audiência dos outros, ou a estranho se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social. E fica, assim ao alvedrio do contrato a regulamentação final dessa delicada matéria, omissa no decreto de 1919.

A cessão da quota terá eficácia quanto à sociedade e terceiros, a partir da “averbação” do respectivo instrumento, subscrito pelos sócios anuentes — diz o parágrafo único do artigo 1.060.

3. *Quotas Preferenciais.* O Projeto não contempla a existência de quotas preferenciais que, após dura peleja acadêmica, acabaram por ser aceitas pela doutrina e pelo próprio Registro do Comércio. O Projeto deveria, assim, inserir essa conquista em seu texto final perante o Senado. As quotas preferenciais acomodam interesses legítimos de sócios, facilitando a composição das chamadas “joint ventures”.

4. *Quotas. Usufruto.* A doutrina e o Registro do Comércio de São Paulo, pelo que sabemos, com alguns temperamentos, aceitam a instituição do “usufruto” de quotas o que proporciona saudável solução a problemas societários e familiares. O usufrutuário terá o direito de voto e a percepção dos lucros sociais. O Projeto deveria reconhecer, portanto, o usufruto de quotas.

5. *Quotas. Penhora.* Tem havido certo dissídio acerca da possibilidade de ocorrer penhora de quotas das limitadas. A tendência, todavia, mesmo na jurisprudência é no sentido afirmativo. O Projeto é silencioso nesse particular.

6. *Administração.* Fica aberta, na redação do Projeto, a possibilidade de se conferir a administração da limitada a pessoas jurídicas. No decreto 3.708/19 o ponto é omissivo mas a jurisprudência tranqüila e assentada tem permitido que a “gerência” seja ocupada por sócios pessoas jurídicas nacionais ou estrangeiras, mediante delegação de poderes a pessoas físicas residentes no País, nos termos do art. 13. A inovação do Projeto merece aprovação.

7. No Projeto, a sociedade limitada é administrada “por uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado” (art. 1.063), podendo “o contrato permitir administradores estranhos à Sociedade” (art. 1.064). Enfraquece-se, pois, o uso da atual delegação de poderes, mas amplia-se convenientemente o campo da seleção dos administradores da limitada. É um ponto positivo.

Se o contrato permitir administradores estranhos à sociedade, a sua designação dependerá da aprovação unânime dos sócios, enquanto o capital não estiver integralizado. Uma vez integralizado o capital, a aprovação dependerá de votos correspondentes, no mínimo, a 3/4 do capital.

8. *Art. 1.066. Administradores. Destituição e Renúncia.* O Projeto cuida, extensamente, do processo de destituição e renúncia de administradores assim preenchendo séria lacuna da legislação atual.

A cessação do exercício do cargo de administrador deve ser “averbada” no Registro das Empresas até dez dias seguintes ao da ocorrência.

Quanto à renúncia ela se torna eficaz perante a sociedade, desde o momento em que esta toma conhecimento da comunicação escrita do renunciante. Em relação a terceiros, os efeitos da renúncia dependem de sua averbação e publicação.

9. *Conselho Fiscal*. Art. 1.069. O Projeto concede ao Contrato Social, ou à assembléia geral dos cotistas, a faculdade de instituir Conselho Fiscal, cuja regulamentação segue, claramente, o paradigma das sociedades anônimas. Não vemos conveniência nessa onerosa novidade. Bastaria que o Projeto tornasse obrigatória a contratação de serviços de auditoria independente externa, nas limitadas de médio ou de grande porte. A dificuldade prática que vislumbramos, nesse assunto, é estabelecer os parâmetros diferenciadores de limitadas de grande, de médio e de pequeno porte.

10. *Assembléia Geral dos Sócios* (Arts. 1.074 a 1.082). Neste ponto o Projeto supre total omissão do Decreto 3.708/19. Na verdade, a legislação atual das limitadas nada dispõe a respeito do assunto, deixando, a inteiro critério dos sócios, no contrato social, e à força supletiva das sociedades anônimas, o preenchimento desse estranho vácuo.

O texto do Projeto nos arts. 1.074 e seguintes tem forte inspiração no regime das anônimas. Podemos, contudo, antever certos problemas procedimentais quanto à forma de convocação das assembléias, se houver silêncio do contrato nessa matéria. Para evitar os inconvenientes do modelo do anonimato, seria prudente que o Projeto instituisse, como regra, a convocação pessoal dos sócios quotistas, uma vez que o sistema de convocação por editais, muito dispendioso, não seria adequado a esse tipo societário, quando pequeno o número de sócios.

11. *Aumento ou Redução de Capital* (Art. 1.083). O Projeto do Código resolveu, e bem, legislar sobre o aumento e a redução do capital para ocupar o espaço vago deixado pelo Decreto 3.708/19. Cabe, atualmente, às partes contratantes prever no “estatuto social” as

condições em que se pode aumentar ou reduzir o capital da limitada. No Projeto são traçadas normas gerais do assunto: (1) a regra — salvo o disposto em lei especial — é que o aumento pressupõe a integralização anterior das quotas; (2) os sócios gozarão do direito de preferência para subscrever o aumento, na proporção das quotas de que sejam titulares, admitida a cessão desse direito; (3) a redução do capital, já integralizado, em havendo perda, será realizada com a diminuição proporcional do valor nominal das quotas, sujeita a ata da assembléia respectiva à “averbação” no registro das Empresas; (4) a redução do capital, se excessivo em relação ao objeto da sociedade, opera-se normalmente, mediante restituição aos sócios de parte do valor das quotas e consequente diminuição proporcional do seu valor nominal.

“Dispõe o art. 1.086 — § 1.º — que no prazo de três meses, contado da data da publicação da ata de assembléia que aprovar a redução, o credor quirografário, por título líquido anterior a essa data, poderá opor-se ao deliberado.

Aqui também se faz referência à publicação da ata mas não se especifica o seu processo. A omissão é lamentável.

12. *Direito de retirada ou recesso* (Art. 1.080). Como já mencionamos, no venerando decreto 3.708/19 o art. 15 pioneiramente reconheceu, aos sócios quotistas que divergirem da alteração do contrato social, a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembolso da quantia correspondente ao seu capital na proporção do último balanço aprovado.

Se o direito de recesso está plenamente expresso nesse art. 15, a maneira de exercê-lo é esquecida. Amparado no art. 18 do mesmo decreto 3.708/19, a lei das sociedades anônimas tem prestado valioso concurso aos redatores do

contrato social das limitadas. Com efeito, o art. 45 da Lei 6.404/78 estabelece as normas para determinação do valor do reembolso de acordo com o último balanço aprovado pela assembléia geral, o qual, em nenhum caso, será inferior ao valor patrimonial líquido das ações.

A mesma Lei 6.404/76, contém norma muito importante ao facultar, ao acionista, o pedido de levantamento de balanço especial, atualizado, se a deliberação da assembléia ocorrer mais de sessenta dias após o encerramento do último balanço apurado.

O Projeto do Código, em seu art. 1.080, supre a deficiência do decreto de 1919, a saber:

“Quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentir, o direito de retirar-se da Sociedade, nos trinta dias subseqüentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no art. 1.034”.

A referência ao art. 1.034, relativo à Sociedade Simples não é inteiramente satisfatória, motivo pelo qual defendemos a posição de que as limitadas devem ter, nas anônimas, e não nas sociedades simples, a força supletiva necessária.

Existe interessante diversidade de tratamento da natureza jurídica do recesso ou retirada de quotista, ou de acionista, no estatuto das sociedades limitadas e nas anônimas, em caso de transformação.

Aceita-se, com tranqüilidade, que os acionistas das sociedades anônimas não podem estatutariamente renunciar ao direito de retirada na transformação destas em limitada, ao passo que, os quotistas das limitadas podem validamente renunciar, no contrato social, ao direito de retirada em caso de transformação em sociedade anônima. É o que dispõe claramente o art. 221, parágrafo único da Lei 6.404/76.

13. *Acordo de Quotistas.* Uma pergunta que se repete com freqüência é a de saber, se no mundo das limitadas, há lugar para o equivalente aos Acordos de Acionistas. Trata-se, como se sabe, de instituto novo no Brasil, peculiar e restrito às anônimas, com poder de execução específica em juízo. Entendemos, assim, que tais acordos não se aplicam tecnicamente às limitadas.

Ocorre, todavia, que a redação hábil do contrato social das limitadas, fugindo aos padrões sintéticos habituais, pode proporcionar aos quotistas algumas vantagens assemelhadas às reconhecidas nos Acordos de Acionistas. Cuidem, pois, os redatores do contrato das limitadas de elaborar essas regras supletivas no silêncio da lei.

14. *Fonte Supletiva.* Voltamos, mais uma vez, ao problema da fonte supletiva das omissões do regime legal das sociedades limitadas. O art. 1.056 do Projeto, como já assinalado, diz que “a sociedade limitada rege-se, nas omissões deste capítulo, pelas normas da sociedade simples”.

É flagrante a diferença entre esse dispositivo do Projeto e o art. 18 do Decreto 3.708/19. Neste último, se afirma que no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, serão observadas as disposições da lei das sociedades anônimas. A idéia inicial, pelo menos, até que a doutrina moderna a ampliasse, era no sentido de restringir-se a aplicação subsidiária apenas nas omissões do contrato social.

Já no Projeto, a referência supletiva é de lei para lei, isto é: o que for omissivo no Código, quanto ao Capítulo das limitadas, será preenchido pelas normas da sociedade simples. Isto exige mais acuidade dos redatores do Contrato Social da limitada, procurando ampliar o seu campo de atuação societária.

15. *Amortização de Quotas.* Silenciou o Projeto sobre a possibilidade de as quotas das sociedades limitadas serem objeto de amortização, bem disciplinadas no regime das anônimas. Reza o art. 44, § 2.º, da Lei 6.404, que a “amortização consiste na distribuição aos acionistas, a título de antecipação, e sem redução do capital social, de quantias que lhes poderiam tocar no caso de liquidação da companhia”. O § 3.º do mesmo artigo esclarece que a amortização pode ser integral ou parcial, e abranger todas as classes de ações ou só uma delas.

Essa norma das anônimas seria de difícil aplicação na amortização parcial nas limitadas, visto que as quotas não são identificadas por numeração, como acontece com as ações das anônimas. Nestas a identificação facilita o recurso ao sorteio previsto em lei, e inaplicável nas limitadas.

16. *Sociedades simples.* Na justificacão do Projeto do Código Civil, cresce de importância a criação da “sociedade simples” cujo escopo é a realização de operações econômicas de natureza não empresarial. Como tal, não se vincula ao Registro das Empresas, mas sim ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Assim, nos termos do Projeto, a Sociedade Simples não fica subordinada às normas relativas ao empresário. Desaparece, então, o velho “ato do comércio” substituído pelo conceito de empresa.

Lembremos, todavia, mais uma vez, o caráter supletivo atribuído às sociedades simples nas omissões da lei das limitadas.

Destacamos alguns dispositivos do capítulo do Projeto do Código referente à Sociedade Simples, merecedores de menção:

a) o contrato social das Simples pode prever a prestação de serviços por parte

dos sócios — o que não é possível nas limitadas (Art. 1.000, V);

b) as modificações do contrato social indicadas no art. 1.000 incisos I e IV exigem consentimento unânime de todos os sócios (Art. 1.002);

c) o sócio cuja contribuição consista em serviços não pode, salvo convenção em contrário, empregar-se em atividade estranha à sociedade, sob pena de ser privado dos seus lucros e de ser excluído da sociedade;

d) no caso de empate em deliberação social, a decisão sufragada por maior número de sócios prevalece e se o empate persistir, decidirá o juiz (Art. 1.013, § 2.º);

e) o excesso por parte dos administradores da Sociedade Simples, somente pode ser oposto a terceiros, se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses (art. 1.018):

e.1) se a limitação de poder estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade.

e.2) Provando que limitação era conhecida do terceiro;

e.3) tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade;

f) se os bens da sociedade simples não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária (Art. 1.026);

g) o sócio admitido em sociedade simples, já constituída, não se exime das dívidas sociais anteriores à admissão (Art. 1.028);

h) os herdeiros do cônjuge de sócio, ou o cônjuge do que se separou judicialmente, não podem exigir desde logo a parte que lhes couber na quota social, mas podem concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade (Art. 1.030);

i) se a sociedade for por prazo determinado o sócio só pode retirar-se da sociedade provando judicialmente justa causa (Art. 1.032);

j) a retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade (Art. 1.035).

17. O nosso propósito em mencionar alguns dispositivos da disciplina da sociedade simples no Projeto do Código foi o de fazer com que os redatores de contratos sociais das limitadas se inspirem nesses dispositivos como modo de melhor disciplinar os direitos e deveres dos quotistas. Essa observação dos préstimos do modelo das Sociedades Simples não nos leva, ainda, a aceitar o poder supletivo das Simples nas omissões do contrato ou da lei das Limitadas. O ideal seria que essas mesmas normas, com os temperamentos devidos, fossem aproveitadas no capítulo das limitadas ou em lei indepen-

dente das limitadas, se for o caso. Continuamos a pensar que o sistema do Decreto 3.708/19 ainda é o que mais nos parece aconselhável: manter a aplicação subsidiária da lei das sociedades anônimas nas omissões do regime das sociedades limitadas, no que for aplicável.

Ao encerrar estes modelos comentários ao capítulo das limitadas no Projeto do Código Civil, pretendemos resumir nossa posição quanto ao tema central da palestra.

A promulgação de novo estatuto das sociedades limitadas, quer no bojo do Código Civil, quer preferencialmente como lei autônoma, constitui reclamo geral, para tranqüilidade jurídica e negocial de um grande número de empresários, advogados e magistrados. Confiamos que o Congresso Nacional (o Senado em especial) mostre-se sensível ao delicado problema, tão longamente procrastinado e hibernado em Brasília.

É o que esperamos ver concretizado.
São Paulo, 7 de junho de 1995.

A FRAUDE NO NEGÓCIO JURÍDICO SUBJACENTE E SEUS EFEITOS QUANTO AO CRÉDITO DOCUMENTÁRIO

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

1. Introdução — 2. A Brochura n. 500, da Câmara de Comércio Internacional, como fonte de obrigatoriedade no campo do direito brasileiro — 3. A utilização do Crédito Documentário na Compra e Venda Internacional — 4. A abstração e a autonomia do Crédito Documentário — 5. A formalização do Crédito Documentário: requisitos e conseqüências jurídicas — 6. O afastamento da fraude no negócio jurídico subjacente.

1. Introdução

Tem chegado ao conhecimento do mercado a prática de fraudes em operações de compra e venda internacional garantidas por Cartas de Crédito. Em vista desses fatos, cogita-se a respeito das suas conseqüências jurídicas, indagando-se, por exemplo, se e em que condições os bancos seriam obrigados a deixar de honrar Créditos Documentários por eles emitidos ou confirmados; as empresas importadoras poderiam interromper o processo de pagamento de tais Créditos; existiria responsabilidade pelos bancos quanto à recusa em reportar-se aos fatos relacionados com o negócio de base, uma vez noticiadas de irregularidades quanto a eles; etc.

O presente trabalho objetiva trazer alguma luz sobre o assunto, no que diz respeito, principalmente, às questões da autonomia e da abstração do Crédito Documentário e ao funcionamento do instituto, vinculado ao tema central da obrigação dos bancos quanto ao exame dos documentos, sob o seu aspecto meramente formal. Para esse efeito será necessário verificar-se, inicialmente, qual o regime jurídico ao qual os Créditos Documentários estão sujeitos.

2. A Brochura n. 500, da Câmara de Comércio Internacional, como fonte de obrigatoriedade no campo do direito brasileiro

A Constituição Federal de 1988 agasalha, em seus arts. 5.º, II, e 170, parágrafo único, os princípios de liberdade de ação e de liberdade de iniciativa, ao dispor que:

“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei; e

É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Por sua vez, o Direito Comercial, fundamentado na liberdade constitucional acima referida prevê, além dos contratos nominados, tratados pelo Código próprio e por diversas leis extravagantes, a existência dos chamados contratos inominados ou atípicos, criados a partir da autonomia privada (Cf. Waldirio Bulgarelli, *Contratos Mercantis*, Atlas, 7.ª ed., S. Paulo, p. 85), entre os quais coloca-se o Crédito Documentário.

Para Luiz Gastão Paes de Barros Leães, o Crédito Documentário corresponde a uma codificação de usos vigentes, adotada nas praças internacionais, destacando que, no direito brasileiro, inclui-se entre os chamados usos normativos, ou seja, aqueles previstos em lei e que retiram sua eficácia da própria lei que os prevê ou manda aplicar ("O Uso das Cartas de Crédito Comerciais como Instrumento de Garantia", *RDM* 15-16/57).

A esses usos normativos faz menção o Código Comercial Brasileiro, em seus arts. 131, n. 4, 154, 168, 179, 186, 201, 207, n. 2, e 291.

Na falta, portanto, de ordenamento jurídico específico, o Crédito Documentário pode ser entendido como fonte de obrigatoriedade a partir do art. 131, IV do Código Comercial, onde se prevê a possibilidade do reconhecimento da existência de institutos de Direito Mercantil, criados a partir de costumes, inclusive na esfera internacional, uma vez que inexistem restrições a esse respeito. Neste caso, prevalecem os usos e costumes, tais como postos em vigor pelos interessados.

Verifica-se, dessa maneira, que as obrigações decorrentes do Crédito Documentário estão fundamentadas na autonomia privada e se revestem, portanto, de coercibilidade jurídica nos casos de seu inadimplemento.

A matéria é disciplinada atualmente pela Brochura n. 500, publicação da Câmara de Comércio Internacional que, sob essa rubrica, editou as Regras e Usos Uniformes Relativos a Créditos Documentários, Revisão 1993, tendo como princípio fundamental o da autorregulação (Cf. Rômulo Francisco Vera Del Carpio, *Carta de Crédito e UCP 500*, Ed. Aduaneiras, S. Paulo, 1994, p. 8).

Dentro desse contexto, verifica-se que os direitos e obrigações das partes, relativamente a determinada relação

jurídica de Crédito Documentário entre elas celebrada, nasce, em cada caso concreto, da assinatura de contrato escrito, expressamente submetido às cláusulas correspondentes, costumando-se fazer no seu texto expressa menção às Regras e Usos Uniformes Relativos aos Créditos Documentários, Revisão 1993, Brochura n. 500, as quais, assim, passam a fazer parte integrante do acordo. O mencionado contrato suporta a emissão da correspondente Carta de Crédito, de responsabilidade do banco.

3. A utilização do Crédito Documentário na Compra e Venda Internacional

As Cartas de Crédito têm sido largamente utilizadas como instrumento afastador de riscos quanto ao inadimplemento de contratos de compra e venda internacional.

Nessa esfera, os riscos comumente já presentes na compra e venda interna agravam-se em enorme medida, tendo em vista a distância entre as partes, as variações cambiais, as alterações no quadro político etc. Na pessoa do comprador, tais riscos dizem respeito à efetiva entrega da mercadoria, no tempo, lugar e modo estabelecido, bem como pelo preço fixado. Pensando-se no vendedor, esses riscos dizem respeito à desistência do negócio pelo comprador, uma vez iniciada a fabricação e à falta de pagamento do preço, uma vez que a mercadoria tenha sido entregue efetivamente (Cf. Waldírio Bulgarelli, "O Crédito Documentado Irrevogável. Um novo Título de Crédito?", *RDM* 32/57).

Entre os diversos mecanismos jurídicos criados no direito internacional para obviar os riscos acima referidos, encontra-se o crédito documentário.

As partes, comprador e vendedor, inicialmente estabelecem todas as cláusulas relacionadas com o contrato de

compra e venda entre eles celebrado que, para os efeitos deste estudo, será designado como negócio jurídico subjacente ou outras expressões equivalentes. Nessa fase, o comprador deve cercar-se de maiores garantias do que o vendedor, tendo o cuidado de certificar-se da idoneidade deste ou de fiscalizar o embarque, uma vez que, conforme será visto adiante, o sistema de Crédito Documentário não o exime de riscos relacionados com fraude na execução do acordo, inclusive a falsificação ideológica da documentação a ser apresentada pelo último.

Chegadas as partes em concordância quanto aos elementos comuns da compra e venda internacional, restar-lhes-á estabelecer o esquema de pagamento, no caso através da utilização de Carta de Crédito, conforme requerido pelo vendedor. Isto implica na escolha de um banco, pelo comprador — mediante a outorga das adequadas garantias —, o qual aceitará emití-la em favor do vendedor, para pagamento contra a entrega dos documentos especificamente nela designados.

O banco emitente, expedida a Carta de Crédito, solicita que o beneficiário seja avisado no seu domicílio por outro banco, o qual, eventualmente, podem também confirmar o crédito ao exportador.

O fluxo genérico da operação, conforme sua seqüência, pode ser esquematizado na forma abaixo:

a) o Banco avisador/confirmador entrega a Carta de Crédito ao exportador;

b) o Exportador despacha a mercadoria;

c) o Exportador apresenta os documentos de embarque ao Banco Avisador/Confirmador;

d) esse Banco, tendo recebido os documentos, confere-os formalmente e, encontrando-os de acordo, paga/aceita/

negocia/compromete-se a pagar no prazo, conforme a hipótese;

e) o Banco avisador/confirmador remete os documentos ao Banco emitente (solicitando reembolso, caso o pagamento tenha sido feito a vista);

f) o Banco emitente examina os documentos recebidos e, se os encontra de acordo com as estipulações da Carta de Crédito, reembolsa o Banco avisador/confirmador ou compromete-se a pagar no vencimento daquela;

g) o importador paga ao Banco emitente, a vista, ou no prazo convenicionado;

h) o Banco emitente entrega os documentos ao comprador;

i) de posse dos documentos, o comprador retira a mercadoria.

Há diversas modalidades de Crédito Documentário, interessando-nos no caso o da espécie irrevogável, pelo qual o Banco emitente compromete-se, de forma irrevogável, a pagar ao beneficiário a importância estabelecida, bastando, para tanto, que este apresente a documentação previamente estabelecida, no prazo de validade daquele documento. Nesse caso, o vendedor resguarda-se de quaisquer problemas que lhe pudessem causar o inadimplemento do comprador por desistência do negócio, dentro de um dos exemplos possíveis.

Na hipótese do crédito irrevogável, perde o cliente o direito ao seu cancelamento, mesmo que surjam problemas no adimplemento do negócio jurídico fundamental. Esse fator, é extremamente importante, pois, ao emitir uma Carta de Crédito na modalidade irrevogável, um banco compromete-se, de forma inafastável, perante o seu correspondente Confirmador/Avisador ou junto ao beneficiário, a partir do momento em que, após examinar os documentos enviados por este último, os dá por bons, afirmando encontrarem-se em perfeita ordem formal.

Jurisprudência levantada no direito comparado esclarece de forma definitiva a natureza e os efeitos do Crédito Documentário Irrevogável, segundo abaixo (Cf. Lígia Maura Costa, *O Crédito Documentário e as Novas Regras e Usos Uniformes da Câmara de Comércio Internacional*, Saraiva, S. Paulo, 1994, p. 5, nota n. 11):

a) Inglaterra — *Sovereign Bank of Canada v. Belhouse Dillon & Co.* (1911) 23 K.B. 413: “quando um cliente obtém de um banco a emissão de um crédito documentário irrevogável em favor de um terceiro, ele não poderá mais obrigar o banco a cancelar o crédito”;

b) Itália — *Corte di Cassazione*, 14 de março de 1957, in *B.B.T.C.*, II, 1957, p. 492: “o compromisso do banqueiro num crédito irrevogável é independente de uma vontade contrária do tomador do crédito”.

4. A abstração e a autonomia do Crédito Documentário

Verifica-se, conforme ensinam os doutrinadores, que, no Crédito Documentário, os bancos encontram-se completamente desligados do negócio jurídico subjacente, o qual nunca os pode afetar do ponto de vista econômico-jurídico. As garantias representadas pelo Crédito Documentário são denominadas abstratas, como forma de caracterizar-se a sua independência em relação ao contrato de base (Henry Lesguillons, “As garantias bancárias: tendências atuais”, in *As Garantias Bancárias nos Contratos Internacionais*, Saraiva, S. Paulo, 1985, p. 4).

Segundo Lígia Maura Costa, a posição do banqueiro em uma operação de Crédito Documentário é caracterizada pela neutralidade absoluta, a qual elimina os riscos, assegurando a solidez necessária à instituição de crédito (Ob. cit., p. 2).

Pode-se dizer que a Carta de Crédito ocupa, quanto a uma compra e venda internacional, o mesmo papel jurídico de uma duplicata aceita, nos negócios internos. No caso da primeira, o aceite (no caso, a confirmação) por parte do Banco, dá-se em uma única circunstância, ou seja, aquela correspondente à completa conformidade dos documentos que anteriormente haviam sido designados como a condição para o aperfeiçoamento da obrigação do banqueiro.

Na hipótese em que o Banco acuse discrepância nos documentos, ele terá o pleno direito de recusar-se ao pagamento. A entrega dos documentos, tal como originariamente estabelecida, corresponderá ao cumprimento de uma condição resolutiva expressa e essencial.

Em vista da completa abstração quanto ao negócio jurídico subjacente e da extrema formalidade, existentes nas Cartas de Crédito Documentário, pode-se tomá-las como verdadeiros títulos de crédito (Cf. Lígia Maura Costa, ob. cit., p. 8. Nesse sentido, vide também Waldirio Bulgarelli, ob. loc. cit.).

A autonomia e abstração do Crédito Documentário em relação ao negócio jurídico subjacente são essenciais ao instituto, impedindo qualquer discussão sobre aquele, como causa econômico-jurídica do negócio. Esse é o sentido do art. 3.º, da Brochura n. 500:

a) Os créditos, por sua natureza, são transações distintas dos contratos de vendas ou de outro(s) contrato(s) dos quais possam se originar e os bancos não estão de modo algum vinculados ou obrigados por tais contrato(s), mesmo que qualquer referência ao(s) referido(s) contrato(s) esteja contida no crédito. Conseqüentemente, o compromisso de um banco de pagar, de aceitar e pagar saque(s) ou de negociar e/ou cumprir qualquer outra obrigação sob o crédito, não se acha sujeito a pleitos ou defesas por parte do tomador do crédito, decor-

rente de seus relacionamentos com o banco emitente ou com o beneficiário.

b) Em nenhuma circunstância pode o beneficiário valer-se das relações contratuais existentes entre os bancos ou entre o tomador do crédito e o banco emitente.

A abstração em causa dá ao beneficiário toda a segurança de que ele necessita, sendo, ao mesmo tempo, destinada a proteger o tomador do crédito. O único limite que se coloca quanto à abstração do envolvimento do banco está nos documentos a serem apresentados pelo beneficiário os quais, na sua adequação formal, comprovam a boa execução do contrato comercial originador do crédito.

Nesse sentido já decidiu o Tribunal Federal Suíço, J.T., 1975, I, p. 326 e 336: "a obrigação decorrente do crédito documentário tem, portanto, um caráter abstrato e está sujeita ao rigor dos documentos (Cf. Lígia Maura Costa, ob. cit. p. 4, nota 10).

5. A formalização do Crédito Documentário: requisitos e conseqüências jurídicas

A emissão da carta de crédito coloca-se como o efetivo início da operação de crédito documentário. Sua realização está subordinada exclusivamente às instruções presentes em uma proposta formal prévia, as quais determinam a sua natureza, modo, lugar da realização, duração, montante e os documentos a serem exigidos do beneficiário. No pedido de abertura estarão presentes as condições para que o beneficiário exija o pagamento e o banqueiro, conseqüentemente, libere-se de sua obrigação de pagar.

O banqueiro, no sistema de Crédito Documentário, ignora o negócio jurídico subjacente, devendo considerar apenas os documentos mencionados na ordem de abertura de crédito.

Esse é o ponto reforçado pelo art. 4.º da Brochura n. 500, *verbis*:

"Em operações de crédito, todas as partes interessadas lidam com documentos e não com mercadorias, serviços ou outras atividades a que possam estar relacionados os documentos".

No exame dos documentos, o banqueiro coloca-se diante das seguintes obrigações (Cf. Lígia Maura Costa, ob. cit., pp. 33 e ss.):

a) De natureza positiva — deve efetuar um estudo cuidadoso da expressa conformidade dos documentos com as estipulações presentes na Carta de Crédito.

b) De natureza negativa — tem o dever de recusar os documentos que não estejam formalmente em conformidade com os termos da Carta de Crédito.

A apreciação da conformidade dos documentos (autenticidade aparente) é feita pelo banco baseada no critério de um cuidado razoável, segundo se verifica da leitura do art. 7.º da Brochura 500.

O critério de razoabilidade, por sua vez, diante de inúmeras dificuldades práticas experimentadas pelos banqueiros, foi dado pelo art. 13 da Brochura n. 500, segundo o qual:

"a) Os bancos deverão examinar todos os documentos estipulados no Crédito com razoável cuidado, a fim de se assegurarem se os mesmos nos seus aspectos formais, estão ou não em conformidade com os termos e condições do crédito. A conformidade aparente dos documentos estipulados com os termos e condições do Crédito será determinada pela boa técnica bancária internacional, segundo o estipulado nos presentes Artigos. Documentos discrepantes entre si serão considerados como aparentemente discrepantes com os termos e condições do Crédito.

Documentos não estipulados no Crédito não serão examinados pelos bancos.

Se estes receberem tais documentos, deverão devolvê-los ao apresentador ou reencaminhá-los sem compromisso.

b) O Banco Emitente, o Banco Confirmador, caso haja, ou um Banco Designado agindo em nome deles, deverá cada um deles *dispor de um tempo razoável, não maior do que sete dias úteis após a data de recebimento dos documentos, para examinar os mesmos e determinar se devem aceitar ou recusar os documentos, informando devidamente a parte da qual os recebeu (grifos nossos)*".

Do ponto de vista da obrigação negativa, o princípio fundamental do Crédito Documentário está, como já se viu acima — e nunca será demais reforçar —, na autonomia do instituto relativamente ao contrato que originou o Crédito. Dessa maneira, a verificação dos documentos pelo banqueiro não pode estender-se às ocorrências prejudiciais ao interesse do cliente, porventura ali verificadas. A sua qualidade de terceiro em relação ao contrato comercial é fator técnico-jurídico próprio ao Crédito Documentário, que o proíbe diretamente de fazer tal tipo de investigação, mesmo se para tanto for demandado pelo cliente. Nesse sentido, veja-se Lígia Maura Costa, ob. cit., p. 59, onde, na nota 172, estão relatados alguns casos de jurisprudência no direito comparado:

"a) Em razão do caráter autônomo do envolvimento que o banco assumiu, ele não precisava se informar sobre a execução do contrato de base (Com., 24.11.87, D.S., 1987, I.R., p. 247);

b) o banco... deve, ao receber os documentos solicitados, pagar o vendedor independentemente de qualquer litígio relativo à venda (Cass. Com., C, 7.10.87, J.C.P., 1987);

c) o banqueiro deve somente verificar a regularidade dos documentos, ele não

pode verificar sua conformidade com a mercadoria" (R.T.D. Com., 1976, p. 387).

No Crédito documentário, é essencial a segurança absoluta oferecida ao beneficiário, fundamentada na autonomia do crédito, quando considerado em relação ao negócio jurídico subjacente. Nesse campo, o banqueiro não pode contrariar a natureza irrevogável do crédito, sob pena de perder totalmente a sua credibilidade internacional. Nenhuma exceção, presa ao contrato de base, pode ser alegada por ele ou contra ele.

A doutrina é torrencial no sentido do descabimento de medidas judiciais destinadas a impedir o pagamento do crédito, nos casos em que não há desconformidade quanto aos documentos. Se usada pelo tomador do crédito, elas têm sido consideradas como repreensíveis, considerando-se que, correndo os riscos relacionados com o adimplemento do negócio fundamental, ele deverá ser a vítima da abstração e do rigor formal do instituto. É como se ele estivesse procurando revogar as regras do jogo depois que a partida já havia começado.

Desde 1952 que Escarra levantava-se contra a utilização de uma medida cautelar para o fim de impedir o pagamento de um crédito, afirmando que esse fato modificaria os princípios universalmente admitidos no campo dos créditos irrevogáveis (J. Escarra, *Cours de Droit Commercial*, 2.^a ed., Sirey, 1952, n. 1.407, p. 994).

Assumindo o prejuízo de uma operação comercial, o comprador (tomador da Carta de Crédito) terá meios jurídicos, vinculados ao contrato celebrado, para dele se ressarcir. Evidentemente, ele poderá minimizar esses riscos por meio de providências acautelatórias diversas, de natureza negocial e jurídica, assunto que refoge ao objeto das presentes considerações.

Quanto ao beneficiário, este tem a única obrigação de apresentar os documentos em adequação formal com a Carta de Crédito. Com relação àquele, tem crescido nos últimos anos o problema da fraude documentária, cujo efeito sob o Crédito Documentário deve ser cuidadosamente examinado.

Confirmando a abstração e a autonomia do instituto, o art. 15 da Brochura n. 500 dispõe expressamente que:

“Os bancos não assumem obrigação ou responsabilidade pela forma, vigência, exatidão, autenticidade, falsificação ou efeito legal de qualquer(qualquer) documento(s), ou pelas condições gerais e/ou particulares estipuladas no(s) mesmo(s) ou a eles superpostas; tampouco assumem qualquer obrigação ou responsabilidade pela descrição, quantidade, peso, qualidade, estado, embalagem, entrega, valor ou existência das mercadorias representadas por quaisquer documentos, ou pela boa-fé ou atos e/ou omissões, solvência, desempenho ou conceito dos consignadores, dos transportadores, dos transitários de carga, dos consignatários ou dos seguradores das mercadorias ou de qualquer outra pessoa, seja quem for”.

A fraude documentária, implicando em uma alteração da verdade dos fatos, somente pode ser considerada pelos bancos se estiver refletida nos documentos postos sob o seu exame. Conseqüentemente, sua existência quanto ao negócio de base não afeta o Crédito, sem que assim ela se mostre nos documentos, onde é preciso que esteja materializada, sob o aspecto formal.

Se os documentos apresentam enunciados desprovidos de sinceridade, de forma evidente e incontestável, aí sim ela deve ser tomada em conta pelo banqueiro para negar-se a efetuar suas obrigações quanto ao crédito. No entendimento da doutrina, ela deve estar

irrefutavelmente comprovada, a partir do rigor formal — e tão somente formal — com o qual os documentos devem ser examinados (Cf. Lígia Maura Costa, ob. cit., p. 117).

É dentro desse entendimento que se coloca a jurisprudência no direito comparado, como pode ser visto em uma decisão tomada a partir de denúncia de fraude: “temos somente uma alegação de fraude”, de acordo com o que foi alegado no caso *Discount Records Ltd. v. Barclays Bank Ltd.* (1975) 1 All E. Rep. 1.071, onde a corte negou a possibilidade de não cumprimento pelo banco de suas obrigações quanto ao Crédito Documentário.

E ainda, “a prova da fraude deve ser clara”, conforme a decisão no caso *Boliventer Oil S.A. v. Chase Manhattan Bank N.A.* (1984) 1 W.L.R. 392. Não é suficiente, para que dela surjam efeitos, que seja simplesmente alegada.

A esse respeito, destaque-se a expressão que ficou célebre, cunhada por Vasseur, a respeito da fraude a ser relevantemente considerada pelo banqueiro (M. Vasseur, *Rapport de synthèse*, in *Les garanties bancaires dans le contrats internationaux* (Colloque de Tours, Feduci, 1980, p. 349): a fraude deve ser de tal monta, que ela “*crève les yeux*”.

E nunca é demais repetir que se trata da fraude documentária, presente e visível no exame dos documentos. Nunca se cuida, no caso, de fraude quanto ao negócio jurídico subjacente. A falsidade ideológica, portanto, não pode afetar a obrigação do banco de honrar um Crédito Documentário. Nesses casos, o exame dos documentos, nos seus aspectos externos, não indica o vício que inquinou o negócio de base, qualquer que seja a causa, inexecução total ou parcial.

O ponto central do Crédito Documentário está na proteção dos interesses do vendedor, de forma a que, uma vez

cumprida a sua parte no negócio fundamental, encaminhados os documentos correspondentes ao banco, ele não deixará de receber o valor do seu crédito.

6. O afastamento da fraude no negócio jurídico subjacente

Na medida em que se alastram fraudes no campo do negócio de base, o instituto de Crédito Documentário tem sofrido ataques de variada natureza, principalmente tentativas de se tentar sua permeabilidade por aquele. Se isso vier a ser aceito pelos tribunais, o desaparecimento dessa modalidade de garantia bancária dar-se-á muito rapidamente.

A proteção desejada quanto ao importador, nas situações de fraude, pode ocorrer, principalmente, sob duas formas. Em primeiro lugar, a fraude poderá ser afastada por meio de um exame mais profundo do perfil econômico do exportador, no seu país, devendo verificar-se a idoneidade da empresa, sua

tradição no mercado internacional, sua solvabilidade, quem são os seus representantes legais e quais os poderes estatutários de que dispõem etc. Esses cuidados certamente teriam afastado a maior parte das fraudes que têm concretamente ocorrido. De outro lado, se um exportador não apresenta todos os requisitos de segurança necessários à garantia do importador, e ainda assim houver interesse em negociar-se com ele, deverá o segundo certificar-se do adimplemento do negócio subjacente, fazendo acompanhar o embarque da mercadoria por pessoa de sua confiança e o adequado encaminhamento dos documentos correspondentes ao banco. Dessa maneira, haverá certeza quanto à veracidade substancial e formal dos documentos que serão utilizados para o pagamento do Crédito Documentário.

A proposta acima representa uma forma bastante simples, a nosso ver, para que o instituto possa continuar servindo à realização segura de negócios na esfera internacional.

INEXISTÊNCIA DE “PARTICIPAÇÃO RECÍPROCA INDIRETA” ENTRE SOCIEDADES COLIGADAS

NELSON EIZIRIK

Advogado no Rio de Janeiro

1. Vem sendo objeto de alguma discussão, particularmente no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários, a questão referente à eventual existência, em nosso direito societário, de vedação à “participação recíproca indireta” entre sociedades coligadas.

2. A Lei das S.A., em seu art. 244, *caput*, proíbe expressamente a participação recíproca entre uma sociedade anônima e suas coligadas ou controladas.

3. Nesse sentido, assim dispõe o *caput* do art. 244 da Lei das S.A.:

Art. 244 — É vedada a participação recíproca entre a companhia e suas coligadas ou controladas.

4. A Lei das S.A., ao vedar a participação recíproca entre a companhia e suas coligadas e controladas, teve por objetivo, conforme a Exposição Justificativa elaborada pelos autores do Anteprojeto, preservar a integridade do capital social na sua função de garantia dos credores.

5. As normas que vedam as participações recíprocas entre a companhia e suas coligadas e controladas visam, assim, evitar o aguçamento do capital social.

6. Outro objetivo das normas que impedem a participação recíproca, conforme refere a doutrina, é o de evitar problemas de natureza política, que podem resultar do exercício do direito de voto por parte das sociedades que

participam do capital de outras. Nesse sentido, considera-se que, se fosse permitida a utilização do direito de voto por ambas as sociedades em que há participação recíproca, ocorreria anulação da influência de uma sociedade sobre outra; daí as legislações societárias vedarem em geral o direito de voto da sociedade controlada que possui ações na controladora.¹

7. Tais normas, dada sua feição repressiva, evidentemente não se aplicam a todas as situações de participação recíproca, mas tão-somente àquelas em que se verifica a ocorrência de controle ou de coligação entre as companhias envolvidas.

8. Os conceitos de controle e de coligação estão claramente estabelecidos na Lei das S.A. Assim, quando a Lei veda a participação recíproca entre a companhia e suas controladas e coligadas, evidentemente tal proibição aplica-se apenas quando caracterizado o controle ou a coligação tal como definidos pela Lei das S.A.

9. Com efeito, tratando-se o controle e a coligação de conceitos perfeitamente definidos na Lei, não pode o intérprete, por definição, utilizar outras noções (econômicas, financeiras, contábeis etc.) de controle ou de coligação, nem inter-

1. Fran Martins. *Comentários à lei das sociedades anônimas*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, v. 3, p. 262.

pretar os conceitos legais de maneira ampliativa ou extensiva.

10. A Lei das S.A., em seu art. 116, considerou como acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da Assembléia Geral e o poder de eleger a maioria dos administradores; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

11. A caracterização do controle, nos termos da Lei das S.A., pressupõe, assim, além da maioria dos votos, o uso efetivo de tal poder para dirigir os negócios da companhia.

12. Assim, considera-se, em nosso sistema jurídico, que o controle acionário constitui um poder de fato, não um poder jurídico; com efeito, nasce do fato da reunião, numa mesma pessoa ou grupo de pessoas, da quantidade de ações cujos direitos de voto, uma vez exercidos no mesmo sentido, formam a maioria das deliberações na Assembléia Geral. Conforme ressalta a doutrina, o acionista controlador não é sujeito ativo do poder de controle; detém esse poder enquanto é titular do bloco de controle, ou seja, da quantidade de ações que lhe assegurem o número suficiente de votos para lograr a maioria nas deliberações sociais e dirigir os negócios da companhia.²

13. Entre nós, portanto, é plenamente reconhecida a circunstância de consti-

tuir o controle acionário uma situação de fato, a depender de caracterização caso a caso, tendo em vista o grau de dispersão acionária em determinada companhia.

Assim, o controle acionário tanto pode ser exercido com mais da metade do capital votante como com um percentual de 30%, 20% ou menos das ações com direito de voto, desde que o acionista com tal montante de ações presente, de fato, o poder de comandar os destinos da companhia e de eleger a maioria dos administradores.

14. Embora não constitua a situação mais usual, entre nós, dada a concentração do poder de controle, é plenamente admitida a ocorrência de controle acionário com percentual de ações votantes inferior a 50%, conforme já vimos a oportunidade de analisar.³

15. O controle pode ser direto, quando caracterizada a estrutura de poder na estrutura interna da companhia, caso em que tal relação de poder se estabelece entre o acionista controlador — elemento dessa estrutura — e os órgãos da companhia.

16. Pode ainda ocorrer o controle indireto, o qual é modalidade de poder dentro de uma estrutura de sociedades: no caso, a relação de poder não integra a organização interna de uma companhia, mas vincula o papel de acionista controlador de uma sociedade aos órgãos de administração de outra.⁴ Assim, se A controla B, que por sua vez controla C, ocorre o controle indireto de A com relação à C, posto que os órgãos de administração de C, de fato, estarão

3. Cf. nosso artigo, baseado em dados levantados pela CVM, intitulado "O mito do controle gerencial. Alguns dados empíricos". *Revista de Direito Mercantil*, n. 66, abr.-jun./87, p. 103.

4. José Luiz Bulhões Pedreira. *Finanças e Demonstrações Financeiras da Companhia*. Rio, Forense, 1989, p. 312.

2. José Luiz Bulhões Pedreira. *Alienação de Controle de Companhia Aberta* in Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, *A Lei das S.A. (pressupostos, elaboração, aplicação)*. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1992, p. 701.

submetidos, embora indiretamente, às determinações de A.

17. A Lei das S.A., em seu art. 243, § 2.º, reconhece expressamente a existência das duas modalidades de controle: o direto e o indireto. Com efeito, ali está disposto que:

“§ 2.º — Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, *diretamente ou através de outras controladas*, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”. (grifamos)

18. Já o conceito de coligação é estabelecido, na Lei das S.A., não como uma relação de fato, como um poder, mas em função da titularidade de um determinado percentual de ações. Assim, existe coligação sempre que uma companhia detiver 10% ou mais do capital social de outra, sem que se caracterize a situação de controle.

19. Nesse sentido, dispõe o § 1.º do art. 243 da Lei das S.A. que:

“§ 1.º São coligadas as sociedades quando uma participa, com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la”.

20. A Lei não cogitou da possibilidade de coligação indireta, seguindo, no particular a orientação do direito comparado, especialmente do direito italiano.

21. Com efeito, o art. 2.359 do Código Civil Italiano, com a redação dada pela Lei de 9 de abril de 1991, admitiu a possibilidade de controle direto e indireto. Com relação à coligação (*collegamento*), silenciou sobre a possibilidade de seu exercício indireto.

22. A jurisprudência dos tribunais firmou-se no sentido de que, silenciando o Código sobre a possibilidade de coligação indireta, não pode ser cogitada

a sua existência, para qualquer efeito legal.⁵

23. Nesse sentido, o Tribunal de Milão teve o ensejo de decidir, por duas ocasiões, que não existe, juridicamente, a coligação indireta, enfatizando os acórdãos que:

“Il codice civile, mentre ammette esplicitamente il controllo indiretto tramite società controllate, non ammette escludendolo con il silenzio, il collegamento indiretto. Il collegamento è infatti una partecipazione minoritaria che non attribuisce influenza dominante di tal che appare ragionevole che, in assenza di un potere decisivo determinante, il legislatore non abbia considerato la collegata come uno “strumento” nelle mani della società partecipante, poiché le scelte e i comportamenti della partecipante sono a lei propri e non riferibili ad altro soggetto (Trib. Milano 6 novembre 1986, Giur. comm., 1987, II, 412).

Non è rilevante, alla stregua della definizione di società collegata contenuta nell’art. 2.359, 2.º comma, c.c., il collegamento c.d. indiretto, cioè realizzato tramite una o più società controllate (Trib. Milano, 19 dicembre 1986, Foro it., 1987, I, 3.162).

24. A Lei das S.A., em seu art. 243, § 1.º, seguindo no particular a orientação do direito italiano, igualmente excluiu, com o silêncio, a coligação indireta.

25. Com efeito, embora tenha previsto, expressamente, a possibilidade do controle indireto, a Lei silenciou a respeito da eventual caracterização de uma coligação indireta. Daí pode-se concluir, sem maiores esforços hermenêuticos, que o legislador excluiu, para todos os efeitos, a possibilidade de se cogitar de uma situação de coligação, por exemplo, entre A e C, quando A é

5. Vincenzo Scaleze. *Codice Delle Società*, Milão, Dott. A. Giuffrè Ed., 1991, p. 267.

coligada de B, que por seu turno é coligada de C.

26. Inexistindo a coligação indireta, mas tão-somente a direta, é de todo evidente que não se pode cogitar de participação recíproca entre sociedades que não são diretamente coligadas. Assim, se A é coligada de B e esta é coligada de C, não há qualquer vedação legal à participação de C no capital de A. Tal vedação somente poderia ser cogitada se houvesse uma relação de controle, caso em que a Lei admite a sua ocorrência de maneira indireta.

27. Nesse sentido, a doutrina tem enfatizado, entre nós, que a proibição da participação recíproca não se aplica ao caso da chamada coligação indireta.

28. A propósito da inexistência da vedação às participações recíprocas entre empresas que não participam diretamente uma no capital da outra comentou-se que:

“A nova proibição (o art. 244) aparentemente não alcança, todavia, as empresas com vínculo indireto de coligação. Assim, se a empresa A possui participação na empresa B e esta na empresa C, C poderá, em tese, participar de A, pois o art. 244 não se referiu à coligação indireta e já vimos que o art. 243, § 1.º, só conceitua como coligadas as empresas com participação direta uma na outra”.⁶

29. Em estudo especializado sobre a contabilidade das sociedades anônimas chegou-se à idêntica conclusão, entendendo seus autores que:

“Note-se que uma empresa é coligada de outra sempre que tenha uma participação de, no mínimo, 10% do capital da outra, mas desde que não seja uma participação acionária grande a

ponto de controlá-la. No que se refere à definição de coligada, a lei não fez qualquer referência a tipos de ações de que se constitui a participação, podendo ser ações ordinárias com direito a voto e mesmo ações preferenciais, com ou sem esse direito, ou mesmo com outras restrições. Cabe ainda notar que a menção da lei é genérica em termos da participação, abrangendo as sociedades como um todo, podendo, portanto, ser Sociedades por Ações ou Limitadas. *A lei não faz menção sobre participações indiretas, concluindo-se que as empresas são coligadas somente por participações diretas*⁷ (grifamos).

30. Assim, não há qualquer dúvida sobre a licitude da participação de uma empresa no capital de outra quando inexistente, entre elas, qualquer vínculo direto de coligação.

31. Com efeito, nosso direito societário, da mesma forma que ocorre no direito italiano, silenciou inteiramente sobre a possibilidade de coligação indireta. Trata-se de noção que, embora possa ser eventualmente utilizada em análises de natureza econômica, financeira, ou outras, simplesmente inexistente no universo jurídico.

32. Assim, inexistindo juridicamente a coligação indireta, não se pode cogitar de qualquer vedação à participação recíproca entre empresas que, não mantendo entre si qualquer relação de controle, também não apresentam participações acionárias diretas uma na outra.

33. É de todo evidente, assim, que seria inteiramente ilegal, caracterizando o abuso de poder, o eventual ato de autoridade administrativa que resolvesse vedar a aquisição de ações por parte de uma companhia, fundamentado na ocorrência de coligação indireta.

6. Arnoldo Wald. “Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova lei das sociedades anônimas”, *Revista dos Tribunais*, v. 500, jun./77, p. 24.

7. Sergio de Iudícibus. Eliseu Martins, Ernesto Rubens Gelbcke. *Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações*, São Paulo, Atlas, 1981, 2.ª ed., p. 154.

DOCTRINA

O MODERNO DIREITO CONCURSAL

JORGE LOBO

"Il tema dei fallimenti é um problema insoluto e insolubile."
(Caveri)

"Não importa qual seja esse movimento, dia virá em que
teremos necessidade de valores novos." (Nietzsche)

"Sapere aude" (Horacio)

I — O Direito Comparado — II — As dificuldades das empresas em crise e a solução legal no Brasil: a) causas externas; b) causas internas ou imputáveis às próprias empresas ou aos empresários; c) causas acidentais — III — Finalidade do moderno Direito Concursal — IV — A empresa privada de interesse público — V — A reorganização da empresa privada de interesse particular, econômica e financeiramente viável, da empresa privada de interesse público, da empresa de economia mista e da empresa pública — VI — Meios para reorganizar as empresas em crise — VII — Procedimentos de reorganização das empresas em crise: a) Procedimentos para-falimentares; b) Procedimentos pré-concursais; c) Procedimentos pré-falimentares; d) Procedimentos pós-falimentares — VIII — Conclusão.

I — O Direito Comparado

A imperiosa necessidade de repensar-se o Direito Falimentar, preso, ainda, ao modelo herdado do Direito Medieval, não é proclamada apenas por estudiosos brasileiros, mas sentida por juristas de todos os países do ocidente, o que provocou uma ampla discussão sobre o conceito, a estrutura e a função de antigos e novos institutos e suscitou um movimento revisionista na Alemanha, Áustria, Espanha, Estados Unidos da América, França, Inglaterra, Itália e Portugal.

A Áustria, com a Lei de 1.7.1982; os Estados Unidos da América, com a reforma do The Bankruptcy, em 1978, 1984 e 1985; a Inglaterra com o Insolvency Act, de 1986; a França, com a Lei 84-148, de 1984, denominada

"prevenção e regulamento amigável das empresas em dificuldades", e a Lei 85-98, denominada "saneamento e liquidação das empresas"; a Itália, com o Decreto-lei 602, de 1978, e a Lei 95, de 1979, denominada "administração extraordinária das grandes empresas", e Portugal, com o Decreto-lei 11/66, empenharam-se na criação de regras jurídicas objetivando a preservação da empresa, econômica e financeiramente viável, assim como a conservação da empresa produtiva é o fim do Anteprojeto de Lei Concursal da Espanha, elaborado por uma Comissão de Juristas presidida por D. Manuel Olivencia Ruiz, entregue ao Ministério da Justiça em 27.6.1983; o Projeto do Prof. Piero Pajardi da Reforma da Lei de Falências da Itália e o Trabalho da Comissão de Juristas da Alemanha, que se encerrou

em 1985, diplomas, projetos e estudos de que damos ampla notícia em nosso livro *Direito Concursal*, Ed. Forense, no prelo, que, a nosso ver, com o devido respeito que nos merecem seus conspícuos autores, não atendem, também, às necessidades e aos reclamos das empresas em crise, razão pela qual propomos uma disciplina diferente da matéria, como se irá constatar no decorrer deste trabalho.

II — As dificuldades das empresas em crise e a solução legal no Brasil

Se as dificuldades das empresas fossem sempre as mesmas, as soluções não seriam difíceis, pois, diagnosticadas as causas, bastava combatê-las com remédios jurídicos específicos, constituindo-se em erro crasso considerar a impontualidade ou a cessação de pagamentos ou a insolvência as causas das crises das empresas, pois estas não são mais do que efeitos de causas mais variadas e complexas, porquanto as verdadeiras causas das crises das empresas são de várias ordens, podendo-se classificá-las grosso modo em:

a) causas externas:

1. aperto da liquidez dos bancos;
2. redução de tarifas alfandegárias;
3. liberação das importações;
4. mudanças nas políticas cambial, fiscal e creditícia;
5. criação de impostos extraordinários;
6. surgimento de novos produtos;
7. queda da cotação dos produtos agrícolas nos mercados internacionais;
8. retração do mercado consumidor;
9. altas taxas de juros;
10. inadimplemento dos devedores, inclusive do próprio Estado.

b) causas internas ou imputáveis às próprias empresas ou aos empresários:

1. sucessão do controlador;
2. desentendimento entre sócios;
3. capital insuficiente;
4. avaliação incorreta das possibilidades de mercado;
5. desfalque pela diretoria;
6. operações de alto risco;
7. falta de profissionalização da administração e mão-de-obra não qualificada;
8. baixa produtividade;
9. excesso de imobilização e de estoques;
10. obsolescência dos equipamentos;
11. redução das exportações;
12. investimentos em novos equipamentos.

c) causas acidentais:

1. bloqueio de papel moeda no BACEN;
2. maxidesvalorização da moeda nacional;
3. situação econômica anormal da região, do país ou do mercado consumidor estrangeiro;
4. conflitos sociais.

Diante de tão diferentes causas, que atingem a empresa; os acionistas empresários; os acionistas rendeiros; os acionistas especuladores; os empregados; os fornecedores; as instituições financeiras; os consumidores; o crédito público; o Poder Público e a coletividade como um todo, qual a solução prevista no Decreto-lei 7.661/45 para evitar a derrocada da empresa em crise?

Apenas a concordata preventiva da falência, solução que, se, em 1945, era a única cogitável, atualmente deixa muito a desejar, pois em desacordo com a finalidade precípua do moderno Direito Concursal.

III — Finalidade do moderno Direito Concursal

Como sabido, o Direito Falimentar, em seus primórdios e durante séculos, tinha por finalidade exclusivamente atender aos interesses dos credores, mesmo com sacrifício da liberdade, da saúde e até da vida do devedor.

Em 428 a.C., surgiu a *cessio bonorum*, com a *Lex Poetelia Papiria*, imprimindo um abrandamento sensível nos meios de execução das dívidas do devedor insolvente, porquanto a execução não mais poderia recair sobre a pessoa do devedor, mas apenas sobre o seu patrimônio. Essa modificação no sistema de execução coletiva das dívidas, através da *cessio bonorum*, inspirou o legislador medieval a criar o instituto da moratória e da concordata preventiva da falência,¹ que, a sua vez, perduraram também por muitos séculos, chegando aos nossos dias.

A moratória e a concordata preventiva da falência fizeram surgir uma situação inusitada no processo de insolvência, pois não mais se buscava apenas a satisfação dos credores, mas a composição entre devedor e seus credores.

Com o tempo, verificou-se que a moratória e a concordata preventiva da falência, na forma de acordo entre devedor e seus credores, não atendiam às necessidades do devedor, cumprindo, então, mudar, de novo, o sistema, para tornar, independente da vontade dos credores, obrigatória a dilação dos prazos de pagamento das dívidas do devedor e até mesmo a remissão parcial, o que veio a ocorrer com a concordata preventiva da falência imposta pelo juiz, pelo simples fato de o devedor preencher determinados requisitos expressa-

mente previstos em lei. Neste momento, passa, então, a ser a concordata preventiva da falência deferida em benefício do devedor, com efeitos reflexos sobre os direitos do credor.

Porém, mais uma vez, foi necessário mudar o sistema, para adaptá-lo às necessidades, anseios, interesses e desejos surgidos por força de uma nova doutrina econômica, a do neo-liberalismo, e uma nova doutrina jurídica, a da intervenção do Estado no domínio dos contratos, da propriedade, das relações entre os particulares em geral.

Nessa nova fase, não mais se busca proteger apenas os interesses do devedor e/ou os dos credores, mas, também, os superiores interesses da empresa, dos seus empregados e da comunidade em que ela atua, pois as dificuldades econômicas, financeiras, administrativas, gerenciais e técnicas da empresa não mais preocupam apenas ao devedor ou ao devedor e a seus credores, como, por igual, ao Poder Público e à sociedade, sendo certo que, além e acima do interesse privado do devedor e dos credores, há o interesse público e social de saneamento, preservação e desenvolvimento da empresa financeira e economicamente viável.

Por isso, ao final de perfunctória análise da evolução histórica do problema da crise da empresa, chega-se à conclusão que, em nome do interesse público e do interesse social, o legislador e o juiz devem, nos limites de suas atribuições e poderes, zelar pela recuperação da empresa, de suas atividades e do emprego, mesmo que tenham de sacrificar, se necessário, os interesses do devedor e dos credores, momentaneamente.

Com esse *desideratum*, as leis mais recentes em matéria falimentar procuraram criar novos instrumentos, para propiciar a determinadas empresas condições de sair do estado de crise, denominados:

1. Alfredo Rocco, *Il Concordato nel fallimento*, apud Rubens Requião, *Curso de Direito Falimentar*, Saraiva, 1992, 2.º v., p. 8.

- a) procedimentos para-falimentares;
- b) procedimentos pré-concursais extrajudiciais;
- c) procedimentos pré-falimentares judiciais; e
- d) procedimentos pós-falimentares judiciais, de que damos apurada notícia em nosso *Direito Concursal*, Forense, no prelo, e, também, sumariamente, no item VII deste trabalho, todos, repita-se alto e bom som, elaborados tendo por escopo principal, por finalidade precípua, fazer prevalecer o interesse público e social da preservação, reorganização e recuperação da empresa privada de interesse público, da empresa de economia mista e da empresa pública, objetivos, frise-se, que as citadas leis e, inclusive, projetos e anteprojetos não lograram alcançar, por se manterem arraigados aos princípios clássicos do *Direito Concursal*, o que nos leva a afirmar e a propor que a disciplina da crise:

- a) da empresa privada de interesse particular econômica e financeiramente viável;
- b) da empresa privada de interesse público;
- c) da empresa de economia mista; e
- d) da empresa pública deve ser objeto do *Direito da Crise Econômica da Empresa* e não do *Direito Falimentar*.

IV — A empresa privada de interesse público

Desde logo, fique assentado que há nítida distinção entre empresas que devem ser socorridas e salvas e empresas que devem perecer, bem como que, a nosso juízo, inspirados em Norberto Bobbio e na sua famosa lição sobre a gênese dos direitos, o *Direito da Crise Econômica da Empresa*, diverso, por sua natureza e finalidade, do *Direito Falimentar*, é um direito de 3.ª geração, pois os seus titulares não são as pessoas

físicas e/ou jurídicas do devedor e seus credores, mas os grupos humanos, a coletividade, a nação, o que nos leva a concluir que a solução do problema não está nem no plano jurídico, nem no filosófico (natureza e fundamento), mas no plano político, porquanto, se, como já demonstrado, a função primária do concurso falimentar era a satisfação dos credores através da liquidação dos bens do devedor e a partilha do seu produto entre os credores segundo o princípio da *pars conditio creditorum*, de caráter nitidamente privado, depois de muitos séculos passou a ser:

1. a defesa do interesse público do Estado na manutenção da atividade produtiva e do emprego da classe trabalhadora;

2. a defesa do interesse social da própria coletividade em que a empresa tem sede, filiais, agências, sucursais e departamentos.

Destarte, se a solução para a crise da empresa está no plano político, é mister:

1. distinguir o interesse privado da liquidação da empresa insolvente do interesse público da conservação da empresa viável;

2. deixar evidenciado que a empresa privada de interesse público, a empresa de economia mista e a empresa pública devem beneficiar-se de ajuda especial, por razões de ordem econômica e social; e

3. ter em mente que a “empresa privada de interesse público é a entidade industrial, comercial, financeira e de prestação de serviços que, por sua decisiva importância para a economia nacional ou regional ou pelo elevado número de empregados, transcende à mera significação de empresa privada”.²

2. Angel Jose Rojo Fernandez — Rio, “El estado de crisis económica”, in *La Reforma del Derecho de Quiebra*, Madrid, Ed. Civitas, 1982, p. 135.

V — A reorganização da empresa privada de interesse particular, econômica e financeiramente viável, da empresa privada de interesse público, da empresa de economia mista e da empresa pública

De início, cumpre-nos reiterar nossa discordância com os principais modelos do Direito Comparado, em especial o da legislação francesa e o do Projeto de Reforma da Legislação Falimentar Espanhola, segundo os quais a finalidade da Lei de Falências não deve ser a liquidação do patrimônio do devedor, mas a recuperação da empresa por todos os meios possíveis,³ daí pregarem que deve existir, em todo processo concursal, uma fase preliminar de verificação da viabilidade do reerguimento da empresa, ainda que, desde o início, salte aos olhos a evidentiíssima situação de irremediável insolvência do devedor.

A nosso ver, a disciplina da crise da empresa privada de interesse particular deve ser objeto de diferentes diplomas, conforme a empresa seja ou não econômica e financeiramente viável.

Quando inviável o prosseguimento das atividades da empresa, a lei deve prever, desde logo, a sua liquidação, em livro especial no Código de Processo Civil, como uma simples execução coletiva do patrimônio do devedor insolvente e irrecuperável, ou em lei específica apenas da disciplina da falência, estabelecendo-se, em primeiríssimo lugar, de forma clara e categórica, que o devedor, se não efetuar o pagamento de suas dívidas líquidas, certas e exigíveis no prazo de sessenta dias do primeiro protesto, está obrigado a declarar-se falido, sob pena de ser considerado objetivamente responsável pelos prejuízos causados a seus credores e de

ficar impossibilitado de exercer direitos, tendo as normas dessa disciplina caráter exclusivamente jurídico-processual, sopesando o juiz os interesses privados do devedor e seus credores segundo os princípios da Justiça Comutativa, com respeito aos privilégios e preferências legais, limitando-se o Estado a ser um mero regulador do conflito judicial entre as partes.

Quando viável o reerguimento da empresa em crise, lei especial, que poderia denominar-se “Lei de Reorganização da Empresa”, disporia, em título especial, sobre a crise da empresa privada de interesse particular, compondo-se os interesses das partes ainda segundo os cânones da Justiça Comutativa, com normas de caráter jurídico-processual e também econômico, com a intervenção mínima dos credores, com a adoção do que hoje se chama em França de dirigismo do Judiciário, realizado por uma magistratura econômica, consciente de seus deveres e responsabilidades em um momento de profunda transformação das condições de vida do homem em sociedade, devendo a lei prever procedimentos extrajudiciais e procedimentos judiciais e fixar como meios de recuperação os comuns ao Direito Concursal.

A “Lei de Reorganização da Empresa” cuidaria, ainda, em título especial, da empresa privada de interesse público, da empresa de economia mista e da empresa pública em crise, para disciplinar a sua reorganização econômica, financeira, administrativa e técnica, em que se priorizaria a recuperação da empresa de interesse público e social relevante mesmo que em detrimento de direitos, privilégios e preferências de seus credores, na esteira dos cânones da Justiça Distributiva e das normas de Direito Público, cedendo os direitos do devedor e seus credores diante do interesse maior dos empregados e da coletividade, devendo a nova disciplina:

3. Rodrigo Uria, “Reforma del Derecho Concursal”, in *La Reforma Del Derecho de Quiebras*, cit., p. 417.

1. ser orientada por razões de ordem econômica e não jurídico-processual;
2. prever procedimentos administrativos, procedimentos extrajudiciais e procedimentos judiciais, conforme a solução alvitrada para resolver a crise, e
3. fixar como meios de recuperação os comuns ao Direito Comercial e medidas diversas de administração pública da economia, como veremos a seguir.

VI — Meios para reorganizar as empresas em crise

Devido à complexidade das modernas empresas nacionais e multinacionais, a prática exigiu que, além das tradicionais soluções da moratória e da concordata preventiva da falência da empresa, fossem pensados novos mecanismos de saneamento e reorganização.

Quando uma empresa não tem mais condições de se autofinanciar, quer pelo aporte de recursos dos próprios sócios, quer pela capitalização através de novas ações ou debêntures; quando uma empresa não mais consegue financiamento bancário, por representar um grande risco para o mutuante; quando uma empresa passa por dificuldades gerenciais, em virtude da sucessão do controlador, ou de incompatibilidade dos controladores e administradores, ou de desídia, incapacidade ou improbidade dos controladores e administradores, as técnicas de aquisição e fusão, respectivamente *acquisition* e *merger* (em inglês) e, ainda, a *joint-venture* (em inglês), literalmente, “união de risco”, podem ser a saída para a crise.

Através das técnicas de aquisição e fusão, uma empresa compra outra após complexíssimo processo de verificação da situação financeira, operacional, de produção, de mercado e da estrutura organizacional da empresa a ser adquirida, formalizando-se o negócio mediante um contrato *pro-forma*, “base para a negociação final”, seguindo-se, então, a

execução de um “plano de transição”,⁴ findo o qual a empresa adquirida ou fusionada passará à condição de novo membro do grupo econômico.

Quanto à técnica de *joint-venture*, ela visa à associação, muitas vezes estimulada pelos governos, de duas empresas com o objetivo de unir forças para o desenvolvimento e execução de um projeto específico.

Além das técnicas de *aquisição*, *merger* e *joint-venture*, outros meios existem para socorrer a empresa, econômica e financeiramente viável, que se encontre em temporária situação de crise, conforme dá conta o eminente Prof. Nelson Abrão,⁵ alicerçado em autorizadas vozes no estrangeiro, ao esclarecer que, na Alemanha Federal, na Holanda, na Inglaterra, até 1971, por exemplo, instituições públicas concedem linhas de crédito de médio e longo prazos para as empresas em dificuldades financeiras com o propósito de dar-lhes condições de se recuperarem.

Além do financiamento estatal, outra forma de intervenção do Poder Público tem sido muito eficaz: trata-se de garantias concedidas pelo Estado aos bancos particulares, para que estes financiem as empresas deficitárias, formando-se um consórcio entre os bancos e o Estado.

Ainda é o Estado quem acode as empresas insolventes nos casos de estatização, quando a empresa se torna pública, e de promulgação de leis especiais de auxílio, quando a empresa se transforma no único fornecedor dos órgãos públicos.

O mais eficaz meio extrajudicial de reorganização e recuperação da empresa

4. V. W. Ramussen, *Aquisições, Fusões e Incorporações Empresariais*, Ed. Aduancira, 1989, pp. 51-144.

5. *O Novo Direito Falimentar*, Ed. Revista dos Tribunais, pp. 57-72.

tem sido, todavia, o realizado por órgãos públicos, criados para adquirir o controle da empresa, saneá-la e finalmente revender as ações ao investidor do mercado, de que são exemplos marcantes o IRI (Istituto per la Ricostruzione Industriale) da Itália; o NEB (National Enterprise Board) da Inglaterra; o Societé Nationale d'Investissement da Bélgica; o FIDG (Financieringsmaatschpyy Industrieel Garantie Fond) da Holanda; o Foir Teorant da Irlanda; as holdings industriais da Alemanha; o IDF (Institut pour le Développement Industrial), os CIASI (Comités Interministériel pour l'Aménagement des Structures Industrielles) e os CODEF (Comités Départementaux pour le Financement) da França.

Em nosso Anteprojeto de Lei de Reorganização da Empresa, previmos, no art. 80, os seguintes meios de reorganização da empresa:

I — Aumento do capital social, inclusive mediante capitalização de créditos;

II — Cessão compulsória, total ou parcial, de quotas ou ações dos sócios ou acionistas;

III — Cessão da empresa, total ou parcial, inclusive para sociedade constituída pelos credores;

IV — Cessão, permuta ou locação ou extinção de estabelecimentos;

V — Venda, permuta ou locação de bens ou direitos;

VI — Moratória, com correção monetária mitigada;

VII — Remissão parcial de dívidas;

VIII — Substituição, temporária ou definitiva, de um ou mais administradores;

IX — Associação, incorporação, fusão ou cisão da empresa;

X — Suspensão ou rescisão de contratos de trabalho, assegurados os direitos dos empregados;

XI — Novos empréstimos e financiamentos e manutenção dos fornecimentos, mediante concessão de privilégios especiais;

XII — Benefícios fiscais e creditícios, oriundos da União Federal, estados e municípios, e empréstimos e financiamentos especiais a médio e longo prazos, oriundos de sociedades de economia mista ou empresas públicas, já existentes ou especialmente criadas por lei para esse fim, mediante garantia real de quotas ou ações que compõem o capital social e, se necessário, garantia fidejussória e real de outros bens dos sócios majoritários ou acionistas controladores ou de terceiros;

XIII — Alienação do controle da empresa para órgão, entidade ou empresa já existentes ou especialmente criados com a finalidade de reorganizar as empresas em estado de crise econômica e, depois de saneadas, vendê-las em público leilão.

VII — Procedimentos de reorganização das empresas em crise

Não há dúvida que os procedimentos tradicionais de salvação da empresa em crise, como, por exemplo, a concordata preventiva da falência no Brasil; a suspensão de pagamentos de 26.7.1922 na Espanha; a administração controlada de 1942 na Itália; o "deed of arrangement" na Inglaterra e a "corporate reorganization" anterior a 1978 nos Estados Unidos da América do Norte, não atendem à modificação radical ocorrida na concepção do direito de insolvência, que, na lição de Massaguer Fuentis, era, nos primórdios, um direito destinado a salvaguardar os interesses dos credores, depois, os interesses do devedor, mais tarde, os interesses da economia nacional, para, finalmente, assegurar, por todos os meios e modos possíveis, os interesses

sociais,⁶ o que fez surgir, nas palavras de Angel Rojo Fernandez-Rio, uma “nova filosofia do Direito Concursal”, um “direito vivo da crise econômica”,⁷ um “Direito da Empresa em Crise”,⁸ produto das transformações da realidade econômico-social do mundo moderno, que obriga os juristas, conforme recomenda Joaquim Garrigues, a saírem de seus confortáveis gabinetes de estudo, contemplarem os fatos reais, para servir a um ideal de Justiça,⁹ e a engendram novos procedimentos de reorganizar-se a empresa em crise, como assinalamos em nosso *Direito Concursal*, t. I, Cap. I, itens 10 e ss.

Esses procedimentos podem ser classificados em:

- a) para-falimentares;
- b) pré-concursais;
- c) pré-falimentares; e
- d) pós-falimentares.

A) Procedimentos para-falimentares

Os procedimentos para-falimentares ou administrativos processam-se extrajudicialmente, têm uma ativa e decisiva participação da autoridade pública no seu desenvolvimento e visam criar condições de a empresa potencialmente importante para o Estado recuperar-se, partindo da idéia de que, para obviar as crises das empresas, em particular das grandes empresas, é indispensável prover a sua refinanciamento, o que, as mais das vezes, só é possível fazer-se através do Poder Público, pois, é curial que, entrando em dificuldades, a empresa fica sem meios de obter empréstimos e

6. *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986, p. 9.

7. Art. cit., p. 127.

8. Bavetta, *Il diritto dell'impresa in crisi*”, *Dir. Fall.*, 1988-I, p. 351.

9. *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Madrid, 1971, Introducción.

financiamentos e até mesmo de comprar a crédito, de que são exemplos, na Itália, o Decreto-lei 602, de 5.10.1978, e a Lei 95, de 3.4.1979, modificada em 1980 e 1982.

De acordo com as leis italianas, em especial a lei “sobre a administração extraordinária das grandes empresas” (Lei 95, de 1979), procura-se salvar as empresas importantes para a economia do país que já receberam créditos especiais do governo e facilitar o seu pré-financiamento, ficando a cargo do Ministério da Indústria nomear um super-comissário, como substituto dos órgãos sociais, incumbindo de reestruturar a empresa e apresentar um plano de reorganização, para ser submetido à autoridade administrativa encarregada do procedimento. O plano deve prever as garantias estatais para as dívidas contraídas pelo comissário e o modo e o prazo de pagamento aos credores.

B) Procedimentos pré-concursais

Dentre os procedimentos pré-concursais mais comuns, destaca-se, sem dúvida, o acordo pré-concursal, que foi definido por Rouillon desta forma: “o acordo pré-concursal é o contrato celebrado por uma parte — devedora — com outra — credor ou credores —, a fim de superar dificuldades econômicas e financeiras de caráter geral, ou a cessação de pagamentos, podendo estipular-se qualquer objeto lícito para esses fins”.¹⁰

Rocco, a seu turno, considera-o “um contrato entre o devedor comum e os credores individualmente, antes da declaração da falência ou de qualquer procedimento judicial, com o fim de modificar as relações jurídicas creditórias entre o devedor e os credores singulares signatários do acordo, de modo a fazer

10. *Reformas al Régimen de los Concursos*, Buenos Aires, 1986, p. 107.

cessar o estado de falência ou evitar sua declaração judicial.¹¹

Ripert conceitua-o como “um procedimento essencialmente contratual, facultativo, despojado de formalismo e confidencial”,¹² e Marcel Bayle, “um procedimento contratual e confidencial, sob o comando de um conciliador, para evitar a cessação de pagamentos, e a fim de promover a reorganização da empresa”.¹³

O acordo pré-concursal tem natureza contratual, pois se aperfeiçoa pelo mútuo consenso das partes, não as impulsinando qualquer coação estatal, mas tão-somente o propósito de compor, da melhor maneira possível para todos, o conflito real ou potencial de interesses entre o devedor e seus credores e, até mesmo, de credores entre si, preservando-se, ademais, o interesse social, através da manutenção das atividades empresariais.

É extrajudicial, porque celebrado sem a participação ou interferência do Poder Judiciário.

É consensual, porque se conclui pela simples manifestação de vontade das partes prescindindo de qualquer formalismo.

É oneroso, porque há vantagens recíprocas para os contratantes; para o devedor, eventual redução das dívidas, dilação de prazos ou medidas outras que lhe atenuem as obrigações, possibilitando-lhe continuar a desenvolver as suas atividades; para os credores, o robustecimento de suas respectivas posições, de forma a incrementar as possibilidades de efetivo recebimento dos seus créditos.

11. “Il Concordato nel Fallimento e Prima del Fallimento”, *Tratado teórico e práctico*, Torino, 1902, p. 220.

12. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, Paris, LGDJ, tomo II, p. 707.

13. “De intérêt du reglement amiable”, in *Revue de Droit Commercial et de Droit Économique*, Paris, Sireym, 1988, p. 3.

É informal, porque às partes é facultado regularem seus interesses da maneira que lhe aprouver.

É preventivo, porque visa prevenir a falência.

É individual, porque só obriga os signatários, em função do princípio da relatividade, segundo o qual os efeitos dos contratos se circunscrevem, afora expressa disposição legal, às partes que o celebram.

É aberto, porque os credores não signatários podem a ele aderir quando quiserem.

São pressupostos do acordo pré-concursal:

a) um devedor em estado de crise econômica;

b) credores que aceitem, no todo ou em parte, a proposta de composição formulada pelo devedor para superar as dificuldades em que se encontrava;

c) um plano de reorganização, que demonstre ser econômica e financeiramente viável a recuperação.

O acordo pré-concursal tem por objetivo evitar a declaração da falência e criar condições de o devedor reorganizar-se e recuperar-se, como diz Rocco, “de forma privada e amigável, sem dispêndio, sem demora e, especialmente, sem a embaraçante publicidade de um procedimento judicial”.

Para a sua aplicação prática, permitimo-nos sugerir a discussão das seguintes idéias básicas:

1.^a — Ser extrajudicial, com a finalidade de obter-se economia de custo e tempo; preventivo, para evitar a declaração de quebra, mesmo depois de ter havido protesto; informal, com plena liberdade de as partes convencionarem o que melhor lhes aprouver, consoante os princípios da soberania dos sujeitos privados, da autonomia da vontade das partes e da disponibilidade dos direitos patrimoniais; individual, para só obrigar

os signatários, e aberto, para possibilitar futuras adesões.

2.^a — Antes de propor o acordo a seus credores, a empresa deve:

a) elaborar demonstrações financeiras, que expressem com clareza a sua situação patrimonial, submetendo-as a auditor independente;

b) elaborar relatório sobre os negócios sociais e os principais fatos administrativos dos três últimos exercícios;

c) elaborar lista nominativa de todos os credores, inclusive fiscais e parafiscais, especificando as respectivas garantias, se houver, e reavaliar as contas do ativo permanente; e

d) pela maioria de seus sócios, reunidos em assembléia geral, aprovar a proposta de acordo.

3.^a — A proposta de acordo, a ser submetida aos credores, deve especificar:

a) a natureza das dificuldades e os meios e modos de superar a crise;

b) se o ativo é superior ao passivo exigível;

c) se oferecerá garantias reais;

d) se pretende obter apenas moratória ou também remissão parcial das dívidas, especificando as condições e prazo de pagamento e se a proposta compreende as dívidas vencidas ou também as vincendas, podendo a proposta abranger outras medidas de reorganização, como, v.g., aumento do capital social mediante capitalização de créditos; cessão da empresa, total ou parcial; cessão, permuta, locação ou extinção de estabelecimentos; venda, permuta ou locação de bens ou direitos;

e) se concorda que os credores nomeiem um profissional de reconhecida idoneidade moral e financeira e capacidade técnica para assistir a direção da empresa; e

f) se o objetivo é a reorganização e saneamento da empresa ou apenas liquidar o passivo exigível.

4.^a — Cumpridas essas três etapas, a empresa deve convocar os credores, por carta, com aviso de recebimento, para se reunirem em assembléia geral, em local, dia e hora designados com antecedência, de pelo menos, dez dias.

5.^a — Reunidos em assembléia geral, os credores deliberarão, por maioria de dois terços, sobre a proposta de acordo da empresa, lavrando-se a respectiva ata.

6.^a — Ao deliberarem em assembléia-geral, os credores decidirão também a respeito da suspensão das ações e execuções contra a empresa e da continuação dos fornecimentos e financiamentos.

7.^a — A ata da assembléia-geral de credores e a ata da assembléia dos sócios serão arquivadas no Registro do Comércio.

C) *Procedimentos pré-falimentares*

Os dois modelos que têm merecido maiores encômios no mundo ocidental são o norte-americano e o francês.

O norte-americano, conforme acentuado por Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, "abre ao devedor a possibilidade de prosseguir em seus negócios, reestruturando-se e buscando a reabilitação",¹⁴ "sem dispor de seus bens (ou, pelo menos, não da totalidade deles) e, principalmente, mantendo sua atividade negocial. Para tanto, deverá ele reestruturar-se, e reprogramar o pagamento de suas dívidas, de modo a poder voltar à normalidade, após cumprido um plano de reorganização. A opção é ampla o suficiente para abranger, de um lado, todo o seu ativo, e, de outro, todo o seu passivo, aí incluídos os credores com garantia e os quirogras

14. "A empresa em crise no Direito Francês e Americano", São Paulo, Dissertação de Mestrado, 1987, p. 17.

fários, bem como seus acionistas ou sócios. Os interesses de todos esses deverão ser satisfeitos, na medida e nos termos constantes do plano. E, posteriormente, fará jus o devedor a uma "vida nova", sem preocupar-se com as obrigações antes contraídas".¹⁵

O direito francês, sem dúvida o que melhor disciplina os procedimentos pré-falimentares, possui uma variada gama de meios de recuperação da empresa em crise.

Na França, a Lei 84/148, denominada "prevenção e regulamento amigável das empresas em dificuldades", prevê mecanismos de recuperação extrajudiciais, como a "prevenção-gestão" e a "prevenção-alerta", e, se persistirem as dificuldades, a designação, pelo juiz, de um conciliador, para encaminhar um acordo entre o devedor e seus credores, enquanto a Lei 85/98 cuida do "saneamento e a liquidação judicial da empresa", tendo por finalidades precípuas:

- a) a salvaguarda da empresa;
- b) a manutenção das atividades e do emprego; e
- c) o levantamento do passivo, iniciando-se com a apresentação de um plano de recuperação, que será objeto de exame durante o período de observação, podendo prever a continuação da empresa ou a sua cessão. A lei criou

dois tipos diferentes de procedimentos, tendo em conta o número de empregados e o faturamento bruto da empresa, aplicando-se o procedimento simplificado às empresas que empreguem até 50 assalariados ou tenham um faturamento de até vinte milhões de francos anuais e o procedimento comum ou geral às demais, caracterizando-se o procedimento simplificado pela rapidez, simplicidade e pouca onerosidade.

D) Procedimentos pós-falimentares

Além dos procedimentos acima citados, que visam a recuperação da empresa, temos, ainda, mesmo após decretada a falência, na lei brasileira, por exemplo:

- a) a concordata suspensiva (art. 177 da Lei de Falências); e
- b) a organização de sociedade para continuação de negócio do falido (art. 123, § 1.º, da Lei de Falências).

VIII — Conclusão

No momento em que se discute, no Brasil, em geral, e, na Câmara dos Deputados, em particular, a reforma do Decreto-lei 7.661, de 1945, fazemos votos que o legislador, inspirando-se no moderno *Direito Concursal*, elabore uma lei que atenda aos anseios e reclamos da sociedade brasileira.

15. Ob. cit., p. 35.

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO SIGILO BANCÁRIO

RÉGIS DE OLIVEIRA

1. Relatório — 2. Competência da Comissão de Constituição e Justiça e Análise Inicial do Problema ora Analisado.

1. Relatório¹

1. Encaminhou S. Exa. o Exmo. Sr. Presidente da República a esta Casa Projeto de Emenda Constitucional, objetivando alteração no § 1.º do art. 145 da Constituição, cujo teor atual é o seguinte:

“§ 1.º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando a administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei. O patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

2. Através da Emenda proposta, objetivamente dar o referido dispositivo a seguinte redação:

“§ 1.º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, sendo facultado à fiscalização tributária e previdenciária, nos termos da lei a requisição e acesso a informações sobre o patrimônio, os rendimentos e as operações financeiras e bancárias dos contribuintes, sendo responsáveis civil, criminal e adminis-

1. Parecer apresentado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

trativamente pela garantia de sigilo dos dados que obtiver e atendido o disposto no art. 5.º, XII.”

3. Observa-se que a pretensão é de alterar o texto em ponto central, qual seja, o de outorgar à administração tributária e previdenciária a possibilidade de acesso a elementos financeiros, informações existentes em repartições bancárias e requisitar tais dados. Ademais, há também acesso e informações patrimoniais.

4. Neste último caso, há que se distinguir uma coisa e o acesso a requisição de documentos que constam de critérios de Registro de Imóveis, onde são registrados todos os bens imóveis do Brasil e, outra bem diversa é o acesso a declaração de bens apresentada por qualquer brasileiro a Receita Federal, juntamente com a declaração de rendimentos. O acesso a primeira é amplo, público de vez que públicos são os registros ali efetuados e, pois, não há quebra de privacidade dos declarantes. Outra, é o acesso a dados reservados encaminhados à Receita Federal, como complemento à declaração de renda. Estes são sigilosos, somente podendo haver quebra, nos termos que serão analisados no parecer.

2. Competência da Comissão de Constituição e Justiça e Análise Inicial do Problema ora analisado

5. Compete à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, nos exatos

termos do inciso III do art. 32 do Regimento Interno, o exame dos aspectos constitucional, legal, jurídicos, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões e no item "b" lê-se que também compete à mesma Comissão a "admissibilidade de proposta de emenda à Constituição".

6. O exame da constitucionalidade de uma emenda pressupõe a análise dos pressupostos lógico-jurídicos de sua admissibilidade. Cabe à Comissão verificar:

- a) o poder de iniciativa;
- b) a inexistência de vedações constitucionais; e
- c) a ausência de evidência de intervenção federal, de estado de defesa ou do estado de sítio § 1.º do art. 60 da Constituição da República.

7. A proposta de emenda foi encaminhada pelo Presidente da República, nos exatos termos do inciso II do art. 60 da Constituição Federal. Inequívoco que tinha legitimidade para fazê-lo, diante da clareza da norma, que atende a letra a.

8. Não há qualquer ruptura constitucional que inadmita a formulação da emenda. Há vigência plena da Constituição, nenhuma intervenção patológica ocorre e, pois, não há o inadimplemento retro aludido, sob letra c.

9. Impede analisar, por último, se a proposta esbarra no § 4.º do art. 60 da Constituição da República, ou seja, se está abolindo um dos direitos e garantias individuais.

10. O questionamento é de suma importância, uma vez que se admite que possa o constituinte derivado restringir direitos, admite-se que possa eliminá-los. A luta pelo direito é longa. A acomodação dos direitos não se faz sem sangue. A conquista é dura e a custa do sacrifício de muitos. As liberdades públicas inadmitem concessões. Guerra para obtê-las e mantê-las suplanta interesses menores ou mesmo causal e

momentaneamente convenientes. Não se pode negociar com a liberdade e as garantias dos cidadãos. Ninguém tem direito de fazê-lo nem detêm em sua mão a possibilidade de detrisgência.

11. Daí que as liberdades individuais coletivas e públicas duramente conquistadas e arrancadas devem ser mantidas a qualquer custo. Merece, por isso, interpretação generosa, visão exegética ampla, colocando-se a hermeneuta em posição sobranceira de estar injetando não pela glória passageira de interesses excusos, mas pela contemplação soberana do povo de um Estado. Especialmente do nosso, que atravessou período ditatorial, apenas suplantado pela luta anônima de heróis sem rosto.

12. É com esta visão que se vê interpretar o problema ora colocado à decisão desta Comissão de Constituição e Justiça.

13. O direito comparado. Na Alemanha não há regra específica, nem definição legal para o segredo bancário, mas sua existência é reconhecida, bem como aceita pela doutrina e jurisprudência. Decorre de direito costumeiro, somente podendo ser quebrado por expressa disposição legal (J. Barmann. "Le secret bancaire en Allemagne Fédérale", in *Rapport*, p. 15 e ss). Na Bélgica há proibição, somente sendo viável a derrogação do segredo pela Justiça Penal e pelo Fisco, que somente tem acesso às informações bancárias diante do processo pendente (Herion. "Le secret bancaire en Belgique", *III Rapport*, pp. 51/75). Na Itália, os documentos somente podem ser examinados pelos juizes. Não há acesso por parte das autoridades administrativas (idem, p. 129). Na Holanda, da mesma forma, o sigilo apenas cede ante ordem da autoridade judicial ou penal (Muller, idem, pp. 99/117). Na França, a violação do segredo ocorre ante órgãos do poder público que alegam interesses superiores aos dos particulares, não se admitindo a quebra

diante de normas administrativas (Gavalda Stouflet, *idem*, pp. 77/97).

14. Em Portugal, o sistema é rigoroso e não aceita a quebra, como se vê de decisão do Supremo Tribunal de Justiça, em "Scientia Jurídica", tomo XXIV, ns. 166-168, de 1980.

15. Remeto os interessados para a pesquisa de Carlos Alberto Hagstrom, in *Revista de Direito Mercantil*, v. 79, pp. 34/79. Conclui o autor que há algumas regras:

- a) observância escrupulosa do segredo bancário;
- b) o segredo não é absoluto;
- c) as derrogações decorre de previsões legais expressas;
- d) o normal é que cedam ante determinações judiciais, ou, quando provierem de autoridade administrativa, exigem o processo já instaurado.

16. O problema do Brasil. Dispõe o inciso A do art. 3.º da Constituição da República que:

"São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

17. Em excelente análise do problema, Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que, embora os autores não vejam diferença entre intimidade e vida privada, afirma que "intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros" ("Sigilo de dados: o direito à privacidade e os outros limites à função fiscalizadora do Estado") (in *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 1, pp. 141/154, em especial p. 143). A intimidade, então, é o ser consigo cognoscente que se quer conhecer. É o voltar-se a si. É a introspecção. O exemplo típico é o diário. As próprias

idéias ainda não divulgadas. O comportamento dentro do quarto.

18. A vida privada afirma Tércio Sampaio "envolve a proteção de formas exclusivas de convivência (*idem*, *ibidem*). É situação de interação. É o ser relacionando-se com outros, no universo, mais ou menos amplo. Em princípio, afasta-se o terceiro. Não é o ser social. É um relacionamento bilateral, a dois, que pode mudar, dependendo da situação em que se encontra. No tempo, o segundo pode ser diferente.

19. O ser, aqui, entra em relação, mas escolhe seu parceiro, que varia em função do tempo e do espaço. Entretanto, tanto quanto no direito à intimidade, não quer ser violado. Quer manter seu segredo.

20. Diante do fato da mutação social e da necessidade de que o outro guarde o segredo (bancário, por exemplo), o sistema jurídico protege, através de seus princípios e normas, o direito de quem quer manter sigilo sobre um dos aspectos ou dimensões de sua personalidade.

21. Daí surge o direito ao sigilo bancário.

22. O direito indiscriminado de todos terem acesso aos dados e informações pode causar terríveis males aos cidadãos. Mesmo porque, a proposta constitucional não identificou, nem discriminou qualquer restrição a que agentes tributários e previdenciários possam ter acesso a dados individuais. Não vai longe a lição de Spinoza que afirmou: "tem sido a mesma cantiga de todos os que tem sede do poder absoluto, afirmar que os interesses do Estado exigem que seus assuntos seja tratados em segredo. Mas, quando mais esses argumentos se disfarçam sob a marca do bem público, mais opressiva é a escravidão a que conduzirão. É melhor que deliberações corretas sejam conhecidas do inimigo do que escondidos dos cidadãos, os segredos maléficos dos tiranos. Aqueles que podem tratar secretamente dos

assuntos de uma nação, têm-na inteiramente sob sua autoridade; e, assim como conspiram contra o inimigo em tempo de guerra, o fazem contra os cidadãos em tempo de paz”.

23. Possibilitar que o Estado tenha acesso indiscriminado a todos os dados e informações bancárias podem transformar o Estado em monstro, qual Leviatã de Hobbes, ou mais modernamente em “Admirável Mundo Novo”, de Huxley ou, também “1984” de Georges Orwell.

24. O sigilo faz parte de uma sociedade civilizada. Todo homem tem-no como privacidade.

25. Por “right of privacy”, *Dicionário Jurídico* de Black define-se como o “direito de evitar a interferência dos órgãos governamentais no tocante a relações ou atividades pessoais, à liberdade do indivíduo de fazer escolhas fundamentais no tocante a si mesmo, a sua família e suas relações com terceiros” (*apud* Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição*, 1.º v., p. 79).

26. No mesmo sentido ensina Alan Westin que “privacidade é a pretensão do indivíduo, grupos ou instituições de decidir por si, quando, como e até que ponto uma informação sobre eles pode ser comunicada a outrem” (*Privacy and Freedom*, Atheneum, New York, 1970, p. 7).

27. Celso Bastos dá o conteúdo à expressão de “área de manifestação existencial do ser humano” (*Comentários à Constituição de 1988*, v. 2, p. 63).

28. Incisivamente, Arnaldo Wald afirma que se pode “dizer que o direito à privacidade abrange a indevassabilidade dos dados econômicos referentes ao indivíduo, aos quais alude expressamente o art. 5.º, inciso XII da Constituição...” (“O sigilo bancário no Projeto de Lei Complementar de Reforma do Sistema Financeiro e na Lei Complementar n. 70”, *in Revista de Informação*

Legislativa, n. 116, pp. 233/252, especialmente p. 242).

29. O que se pretende tutelar, em verdade nos incisos X a XII do art. 5.º da Constituição da República é o direito a evitar que Estado invada o espaço íntimo de alguém. É a garantia das liberdades e dos direitos individuais, ou seja, de fazer tudo que a lei não proíba. Dentro dos modais deânticos, os modais “é permitido que”, “é proibido que” ou “é obrigado que” esgotam todas as alternativas legais, na preciosa lição de Lourival Vilanova (*As estruturas normativas e o sistema de direito positivo*, Ed. Revista dos Tribunais). Não há outra alternativa possível. Se a Constituição, expressamente, assegura o direito à privacidade, não há como se possibilitar a alteração do disposto, diante do que dispõe o § 4.º do art. 60 da Constituição da República.

30. Direito absoluto ou relativo. A doutrina tem firmado o caráter do direito à privacidade. Pode-se colocar o problema de ser este direito de cunho absoluto ou relativo. Por exemplo, o inciso XII ao tratar do sigilo de correspondência, não abre qualquer exceção. Em consequência, isso torna violável. Não há como querer devassá-lo a qualquer pretexto. Já o sigilo das comunicações telefônicas admite que, por ordem judicial, possa ele ser quebrado. É o que se pode constatar da expressão “salvo”, no último caso, por ordem judicial...”.

31. Ao examinarmos o inciso X, do art. 5.º da Constituição Federal, não se apura a mesma exceção. Como interpretar, então, o rigor da norma, para dizê-lo relativo e não absoluto, como a primeira vista parece?

32. É que todo o conjunto de princípios e normas forma um sistema. Este, normativo, tem que ser harmônico, plano e consistente, de forma a inadmitir lacunas e antinomias. Em consequência, o conjunto dos princípios e das normas

leva-nos à conclusão de que os interesses privados albergados no sistema cedem, dependendo das circunstâncias, ante interesses públicos também colocados no sistema. As finalidades públicas e privadas não podem contrapor-se, de forma a serem conflituosas. Ao contrário, as normas tendem à harmonização. Daí que os princípios que asseguram direitos individuais têm, sobre si, os interesses públicos que estão, em ordem de escala, em nível superior. Por isso que se diz que é relativo o sigilo bancário.

33. Daí a lição precisa de Juarez Tavares que “o sigilo bancário constitui, na verdade, o que doutrina chama de direito individual relativo, isto é, sua proteção deve ceder diante do interesse público relevante e maior a exigir a divulgação dos dados individuais desde que, entretanto, assegurados o devido processo legal e todas as garantias de preservação de vida privada (“A violação do sigilo bancário em face da proteção da vida privada” in *Rev. Bras. de Ciências Criminais*, v. I, pp. 105/111, especialmente 107).

34. É também a orientação perfilhada pelo ex-Ministro Paulo Brossard (ob. cit., p. 373), ao afirmar que o direito “admite temperamentos”.

35. Vê-se, em consequência, que é possível a quebra do sigilo bancário, só que diante de hipóteses rigorosas à vista de procedimento instaurado, seja ele inquisitorial o judiciário. É possível a quebra por determinação judicial (*Rev. For.*, v. 143/159, *Rev. Dir. Adm.*, v. 45/291, rel. Ministro Luiz Galloti, *Rev. For.*, v. 82/332).

36. O problema à luz da atual Constituição. Ao longo da exposição, percebe-se que todos os autores inserem o direito ao sigilo bancário no direito à privacidade, tal como consta do inciso X do art. 5.º da Constituição da República.

37. De outro lado, somente pode haver a quebra do sigilo bancário nos exatos “limites e necessidades da imputação que se faz ao acusado” (Juarez Tavares, ob. cit., p. 110). O devido processo legal significa o respeito aos princípios elementares de justiça, de proteção dos direitos individuais e, também de procedimento específico, na forma estabelecida em lei. Imprescindível a inexistência de um “processo” ou “inquerito” para possibilitar a “quebra”, evitando-se abusos do poder. É, aliás, o que prevê o inciso LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal”.

38. A norma, como se sabe, alcança todos os casos de liberdade individual, somente podendo sofrer restrições, uma vez atendido o devido processo legal, o que constitui inequívoco à arbitrariedade.

39. Coube à Corte Suprema americana dar enfoque adequado a tal restrição. O Juiz Rutledge em “Thomas Collins” deixou firmado que é difícil saber onde termina a liberdade individual e onde começa o poder do Estado. No confronto das liberdades individuais e do interesse público, pode-se afirmar que “qualquer tentativa de restringir estas liberdades devem ser justificadas por evidente interesse público, ameaçado não por um perigo duvidoso e remoto, mas por um perigo evidente e atual” (Leda Boechar Rodrigues, *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*, Rio, Forense, 1958, p. 272).

40. Assenta-se, pois, o direito ao sigilo bancário no inciso X do art. 5.º da Constituição da República e o devido interesse público relevante e maior a exigir a divulgação dos dados individuais, desde que, entretanto, assegurados o devido processo legal e todas as garantias de preservação da vida privada” (Juarez Tavares, “A violação ao sigilo bancário em face da proteção da

vida bancária" in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. I, pp. 105/111).

41. No mesmo sentido a lição de Sérgio Covello ("O Sigilo Bancário como proteção à intimidade", in *Rev. dos Tribunais*, v. 648/29). Afirma o autor ser "certo que o sigilo bancário não é absoluto. Ele possui limites legais e naturais que lhe estabelecem contornos. Em nosso ordenamento, o sigilo cede ante o Poder Judiciário, ante o fisco e ante as comissões parlamentares de Inquérito" (p. 29).

42. Se a lição da doutrina é assente, vêm ela acompanhada da jurisprudência (*Rev. Trim. de Jur.* 59/571, rel. Min. Djaci Falcão; *Rev. Forense*, v. 143/154, rel. Min. Nelson Hungria, *Rev. Trim. de Jur.*, v. 110/195, rel. Min. Cordeiro Guerra). Mais recentemente, o eminente Ministro Carlos Velloso afirmou que o sigilo bancário não é "um direito absoluto, devendo ceder, é certo, diante do interesse público, do interesse da justiça, do interesse social" (*Rev. Trim. de Jur.*, v. 148/366, em especial 367). O segredo há de ceder, confirma o eminente Ministro, entretanto "na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei" (ob. cit., p. 368).

43. No mesmo sentido a decisão do Ministro Aurélio Alencar ao afirmar que o sigilo pode "ser afastado mediante a aplicação do que se contém na parte final do preceito, conforme a expressão "salvo" no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal" (*Rev. Trim. de Jur.* v. 148/369).

44. O Ministro Carlos Velloso insiste que "o segredo bancário somente pode ser afetado diante, por exemplo, de um procedimento criminal ou de um inquérito policial formalmente instaurado em que haja indiciamento do acusado, com a indicação do delito praticado, com, pelo menos, um início de prova relati-

vamente à autoria e à materialidade" (*Rev. Trim. de Jur.*, v. 148/370).

45. O Ministro Celso de Mello acompanha a orientação do Supremo Tribunal Federal ao afirmar que "o direito à inviolabilidade dessa franquia individual ostenta, no entanto, caráter meramente relativo. Não assume e nem se reveste de natureza absoluta. Cede, por isso mesmo, às exigências impostas pela preponderância axiológica e jurídico-social do interesse público" (ob. cit., p. 371). Processo legal tem amparo no inciso LIV do mesmo dispositivo mencionado. Ambos têm guarida constitucional no que se denomina de "Dos Direitos e Garantias Fundamentais" do Título II e Capítulo I da Constituição.

46. De outro lado, o § 4.º do art. 6.º da Constituição da República dispõe que:

"§ 4.º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I —

II —

III —

IV — os direitos e garantias individuais".

47. Ora, se o direito ao sigilo bancário é uma das manifestações do direito à privacidade e se este, embora admita contemporizações, é um dos direitos individuais, inadmissível falar-se na possibilidade de ser tal direito revisto.

48. O Ministro Carlos Velloso faz residir "no inciso X, do art. 5.º da Constituição, o sigilo bancário, que tenho como espécie de direito à privacidade" (*Rev. Trim. de Jur.*, v. 148/370).

49. A nulidade de emenda que atinge cláusula pétrea.

50. Adverte Gomes de Canotilho que o poder de revisão é restrito. Estamos diante de poder constituinte derivado que, por si só, contém limitações. A Constituição impõe limites formais a saber, em relação ao titular do poder de

revisão e ao *quorum* qualificado para que ela se opere. Dispõe, também, de limites temporais (realizar-se-à, por exemplo, em tal prazo...) e limites materiais que podem ser expressos ou tácitos.

51. No caso que se examina, os limites são materiais e expressos, já que, em relação ao titular o projeto de emenda está adequado (inciso II do art. 60 da Constituição Federal). Os limites expressos estão consolidados no § 4.º do art. 60 da Constituição e de conteúdo material, uma vez que se refere, no caso em tela, aos direitos individuais. Como diz Gomes Canotilho, "limites expressos são os limites previstos no próprio texto constitucional. As Constituições selecionam um leque de matérias, consideradas como o cerne da ordem constitucional, e furtam essas matérias à disponibilidade à do poder de revisão (*Direito Constitucional*, Almedina, 1991, p. 1.135). Como diz o mesmo autor, a Constituição não amarra gerações futuras de alterarem seus rumos, mas objetiva dar-lhe garantias de que se sustentem e de que não sejam alteradas suas disposições perenes.

52. Em sendo assim, não há como se alterar a matéria constante no inciso IV do § 4.º do art. 60 da Constituição da República, em face de o sigilo bancário e patrimonial encontrar-se garantido pelo inciso X do art. 5.º do mesmo texto.

53. Daí a segura orientação de Gomes Canotilho no sentido de "dada a existência de limites formais e materiais, as leis de revisão que não respeitarem esses limites serão respectivamente inconstitucionais sob o ponto de vista

formal e material" (ob. cit. p. 1.145). A seguir, afirma o mestre lusitano que "dificuldades surgirão ainda quando as leis de revisão, sem estabelecerem alterações formais, atribuem diferentes efeitos jurídicos aos preceitos constitucionais originários (por exemplo, introdução de mais limites inerentes aos direitos fundamentais ou alargamento de leis restritivas dos direitos fundamentais). Não obstante se entender que os limites materiais de revisão se referem aos princípios, independentemente da sua expressão concreta na Constituição, parece que o núcleo essencial, tal como o legislador constituinte o definiu, e o sistema geral de regulamentação do exercício, se devem inserir na garantia material prevista no art. 288 para os direitos, liberdades e garantias (ob. cit., pp. 1.145 e 1.146).

54. Violar os princípios constantes do texto constitucional. Acrescenta Manoel Gonçalves Ferreira Filho que "se os violar, estará praticando ato inconstitucional, suscetível de impugnação através do controle de constitucionalidade" (*Comentários à Constituição Brasileira*, Saraiva, 2.ª ed., 1974, p. 18).

55. Cabe à Câmara Federal, como órgão de recepção das emendas constitucionais, realizar o primeiro exame sobre a constitucionalidade da emenda. Cabe-lhe verificar não só a legitimidade da iniciativa, mas também efetuar o exame da contrastabilidade da propositura com o texto normativo. No entanto, a pretensão de reforma cede ante a existência da cláusula pétrea que garante a inviolabilidade do texto.

56. Em sendo assim, não há como deixar prosseguir a emenda, atacada de vício insanável (*nulitatis insanabilis*).

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA UTILIZAÇÃO DO "TRUST" NO DIREITO BRASILEIRO

ARNOLDO WALD

Advogado em São Paulo e no Rio de Janeiro

1. Do objeto do estudo — 2. Da transposição de institutos jurídicos estrangeiros — 3. O "Trust" no Direito Anglo-saxão — 4. O "Trust" e o Direito Brasileiro — 5. Institutos de Origem Romana Similares ao "Trust" — 6. As diversas soluções referentes aos negócios fiduciários no Brasil — Vantagens e Desvantagens: 6.1 A solução societária; 6.2 O fideicomisso; 6.3 O usufruto; 6.4 Da Comissão Mercantil; 6.5 A fundação; 6.6 Do Negócio Fiduciário; 6.7 A procuração em causa própria — 7. Conclusão.

1. Do objeto do estudo

1. Poucos institutos tem sido examinados e discutidos, em todos os países, durante os últimos anos, com a intensidade com a qual se examinou os diversos aspectos do *trust*. Uma ampla biografia se desenvolveu, tanto dentro como fora dos países da *common law*, dividindo-se os juristas, advogados e homens de negócios quanto à necessidade ou utilidade de incluir o instituto nas legislações que não o conhecem.

2. Na França, projeto de lei ainda não aprovado criou uma forma *sui generis* de *trust* denominado *fiducia*, com algumas particularidades que se poderiam justificar naquele país, havendo todavia reservas por parte da administração e, em particular, do fisco, quanto à sua adoção.

3. A prática bancária internacional fez com que se admitisse o *trust* implantado em outros países, dando-lhe todos os efeitos adequados, sem todavia admiti-lo expressamente e de modo geral em nossa legislação.

4. Por outro lado, em determinados casos, como no dos fundos imobiliários,

a instituição financeira que administra fundos alheios tem verdadeira natureza de *trustee*, embora como tal não seja reconhecida. Podemos dizer que, em certo sentido, como um dos personagens de Moliere que falava em prosa e verso, sem sabê-lo, utilizamos o *trustee*, sob a denominação de agente fiduciário sem querer admitir a sua existência no direito brasileiro.

5. Os mecanismos criados recentemente tanto pelo legislador como pela prática bancária nos encorajaram todavia a examinar a matéria dedicando-lhe o presente estudo.

2. Da transposição de institutos jurídicos estrangeiros

6. O ordenamento jurídico de um país é antes de tudo um complexo lógico de normas. Mais importante do que se permitir ou se proibir este ou aquele determinado comportamento, é integrar-se o Direito de um povo de forma lógica e coerente, de maneira que se impeça a contestação ao sistema em decorrência de contradições internas, garantindo, assim, a segurança jurídica.

7. Para atingir os seus objetivos primordiais de distribuir a justiça e assegurar a ordem jurídica, é fundamental que as leis e o Direito, como um todo, sejam aceitos e legitimados pelos indivíduos. É o que só ocorre na medida em que se reconhece a existência de uma estrutura global coordenada que faça sentido e não se apresente como sendo uma colcha de retalhos constituída por normas inconsistentes ou contraditórias.

8. É comum ver-se, em institutos jurídicos estrangeiros, soluções para problemas locais. A importação de tais institutos, porém deve ser cautelosa, pois eles freqüentemente se baseiam em experiências e *background* culturais, idéias e conceitos totalmente estranhos ao universo em que se pretende aplicá-los, o que pode causar determinados problemas e uma fase de incerteza e insegurança até que as novas práticas se consolidem e a jurisprudência se sedimente na matéria.

9. A recepção, ou transposição, de um instituto estrangeiro necessita pois, de um exame em profundidade, especialmente quando a formação cultural e a técnica jurídica do país de origem e do que recebe a nova sistemática não são as mesmas.

10. Em texto clássico, transcrito em exórdio do presente estudo, Tullio Ascarelli comprovou que a diferença de linguagem é algumas vezes um maior obstáculo do que as próprias estruturas jurídicas, para que se chegue a um consenso no plano internacional. E, aliás, os comparatistas modernos tiveram o ensejo de evidenciar que existem, muitas vezes, analogias nas soluções consagradas nas várias legislações, embora utilizando técnicas e meios distintos para chegar às mesmas. É ainda Ascarelli que lembra que, mesmo entre países culturalmente próximos uns dos outros, como o Brasil e a Itália, a aparente identidade das normas pode ensejar

interpretações e aplicações diversas (Tullio Ascarelli, *Ensaio e Pareceres*, p. 413).

11. Se a lição do eminente mestre italiano se aplica em relação a dois direitos do mesmo sistema, inspirados em idêntica escala de valores e formação ideológica, *a fortiori* os seus ensinamentos incidem e se justificam quando se compara disposições de um país da *common law* e as de outro de direito escrito.

12. Também é preciso salientar, que existe, entre o Brasil e os Estados Unidos, uma diferença de técnica contratual e legislativa. Assim, na América do Norte, os contratos, como as leis, têm a característica de serem minuciosos e prolixos, esclarecendo a doutrina que a preocupação pela minúcia é decorrente da padronização das transações de rotina, com a tendência a empregar linguagem já consagrada em controvérsias anteriores, em virtude do desejo de evitar incertezas, especialmente nos casos que envolvem mais de um Estado. Reconhece-se, ainda, que a importância dada aos precedentes judiciais na *common law* influencia os juristas no sentido de prevenir, mediante cláusulas próprias, situações que já surgiram em litígios específicos suscitados no passado. Opõe-se, assim, tradicionalmente, o casuísmo dos contratos, das normas e das decisões norte-americanas, que, geralmente, são analíticos e exemplificativos, à generalidade das leis e disposições judiciais ou contratuais oriundas de países de direito escrito, que se inspiram nos princípios consagrados nos Códigos. Poder-se-ia dizer que se trata, no fundo, da diferença entre as mentalidades concreta e abstrata, indutiva e dedutiva, história e lógica. Essa situação se reflete nos próprios métodos da pedagogia jurídica, pois, no mundo anglo-saxão, o estudo do direito se fundamenta na análise do fato e da decisão judicial, no *case*

system, enquanto nos países de normas escritas o ponto da partida do raciocínio jurídico é sempre o conhecimento e a compreensão da regra legal.

13. Acresce que, no direito anglo-americano, a importância é dada à relação criada entre as partes e não ao contrato em si, como bem lembra Phanor J. Eder ao escrever que: "Once a legal relationship has been created as the result of a contract, we are inclined to give greater importance to that relationship than to the contract itself. In the Latin-American Codes, the chapters are entitled, for instance, Sale, Lease Surety, Agency. In our digests, we are more apt to find the phrases "vendor and purchaser", "landlord and tenant, "master and agent", "principal and surety", "principal and agent". It is the relation so created, rather than the contract itself, that tends to fix, by operation of law, the respective rights and duties of the parties. In Latin-American law, as in all Romanist systems, the chief role in securing and effecting the will of the actor is played by the legal transaction". (Phanor J. Eder, *A comparative survey of anglo-american and latin-american law*, N. York University Press, 1950, p. 56).

14. Ao contrário, no direito brasileiro, prevalece a estrutura contratual, com a aplicação das normas expressas e das normas legais, inclusive permissivas, que, em virtude do sistema, se consideram incorporadas no instrumento, que não as afastou expressamente.

15. Há, pois, um diferença básica no modo da concepção e elaboração dos contratos que decorre da própria manifestação e formação do direito e da educação do jurista. A diferença de linguagem existente entre o contrato americano e o contrato brasileiro não se limita ao uso de palavras em línguas diferentes. O espírito de ambos os direitos sendo distinto, é evidente que tanto a terminologia jurídica como os

princípios aplicáveis refletem essa divergência.

16. Ora, o *trust* constitui, como sabemos, um instituto tipicamente vinculado ao sistema da *common law*, asseverando-se até que é "o anjo-da-guarda do anglo-saxão, que o acompanha em tudo que é lugar, impassível desde o seu berço até o seu túmulo" (Pierre Lepaulle, *Traité théorique et pratique des trusts*, Paris, 1932, p. 114). Afirmou-se, por outro lado, que se trata da mais importante e mais original das criações dos juristas ingleses (F. W. Maitland), estando vinculado à estrutura dualista do direito anglo-americano, baseado, simultânea e complementarmente, na *common law* e na *equity*.

17. Nas últimas décadas, o *trust* passou a assumir uma maior relevância, tanto nos países que sofreram a influência direta ou a colonização inglesa, como também em numerosos outros de formação vinculada ao direito romano. Não só na África do Sul, na Luisitânia, no Canadá, mas também e, sob diversas formas, na Suíça, na Alemanha e em vários países latino-americanos, como o Panamá, o México e a Venezuela e, ainda, na Etiópia, no Japão, no Liechtenstein e no Luxemburgo, foram introduzidas técnicas de negócios fiduciários inspiradas no *trust*.

18. Até a França, que é muito conservadora no plano jurídico, já está propondo a inserção no velho Código de Napoleão de um capítulo referente à fidúcia, comprovando assim a inadiabilidade de uma reforma legislativa que introduza o instituto na sociedade contemporânea.

19. Por outro lado, o crescimento do comércio internacional e a internacionalização progressiva dos negócios bancários, assim como a maior importância desempenhada pelas instituições financeiras, tanto na gestão de fortuna, como nas participações acionárias, tornaram a

utilização do *trust* um verdadeiro e inadiável imperativo.

20. Toda uma literatura se desenvolveu, nos últimos anos, em relação ao *trust* e ao negócio fiduciário, que ressurgiu, procurando, nas suas fontes romanas, a forma de um instituto novo e moderno, com funções totalmente diferentes daquelas que teve no passado. Constitui, aliás, uma das consequências do misoneísmo dos juristas a estruturação de novos institutos sob formas e estruturas de institutos antigos, que desapareceram e perderam a sua razão de ser. Na realidade, como veremos, o negócio fiduciário moderno nenhuma ou muito pouca relação tem com o seu antepassado usado pelos romanos.

21. Assim, devido à imensa praticidade do *trust* e à sua expressiva significação econômica, a sua adaptação a sistemas jurídicos diversos, como o nosso, está sendo objeto de numerosos estudos.

22. Não é um desafio simples, muito embora seja importante. O escopo do presente trabalho é justamente analisar as possibilidades e dificuldades de se instituir um tipo de *trust* no Brasil, com ou sem legislação específica para este fim.

3. O "Trust" no Direito Anglo-saxão

23. A primeira coisa a se fazer é estudar as peculiaridades do *trust* nas legislações onde ele existe, para, depois, vermos de que formas se pode adaptá-lo ao Direito brasileiro.

24. Todos os estudiosos do assunto iniciam a explicação do *trust* pela história do Direito na Inglaterra medieval, que proporcionou o surgimento de um sistema jurídico *sui generis* que é a chamada *common law*, direito costumeiro, baseado nos precedentes judiciais, que foi adotado pelos reis ingleses, na Idade Média. Esse direito afastou-se

bastante do antigo Direito romano, cuja influência marcante fez-se sentir no continente europeu, especialmente na fase do Renascimento, quando, pela segunda vez, dominou o mundo, na lição de Ihering.

25. Com o passar do tempo, os tribunais ingleses começaram a desenvolver regras cada vez mais elaboradas, porém pouco flexíveis. O excessivo formalismo passou a ser uma grave restrição à distribuição da justiça, razão pela qual o rei, através do *chancellor*, que era responsável pelas petições dirigidas diretamente ao monarca, começou a dar outras soluções aos problemas que se apresentavam. O fundamento era a *equity* (equidade). Criaram-se, assim, dois sistemas judiciários, um do *common law* e outro da *equity*, que permaneceram estanques até meados do século passado, quando foram unificados (v. Derek Roebuck, *The Background of the Common Law*, Oxford University Press, 1988, pp. 73-74).

26. Em certo sentido, a diferença entre a *common law* e a *equity* correspondeu à existente, no direito romano, entre o tradicional direito civil (*ius civile*), de um lado, e, de outro, o *ius gentium*, comum aos romanos e aos estrangeiros, e o direito pretoriano, surgido nos tribunais para corrigir as eventuais iniquidades do direito escrito. A *fiducia cum amico* surgiu no direito romano como uma técnica para suprir a inexistência, na época, da cessão de crédito, do mesmo modo que a *fiducia cum creditore* foi uma das primeiras formas do direito de garantia.

27. No sistema peculiar da dualidade do Direito, torna-se possível a formulação de esquemas que são dificilmente aceitáveis na nossa concepção tradicional.

28. Orlando Gomes explica o nascimento do *trust* com base na distinção de *common law* e *equity*:

“Há que partir da peculiar distinção do Direito inglês entre a *common law* e a *equity*. No Sistema da *common law*, as obrigações nascem unicamente dos contratos e delitos (*torts*). Da entrega de bens a pessoa de confiança, para que os gerisse durante certo tempo, não nascia a obrigação jurídica de restituí-los, originando-se apenas, para o fiduciário, um dever de consciência. O negócio baseava-se, portanto, puramente na confiança, já que a restituição, pelo Direito comum, era judicialmente inexigível. Mas, pela *equity*, o dever de consciência comportava cumprimento coativo. O transmitente era considerado titular de direito fundado na equidade (*equitable right*), podendo, por conseguinte, apelar para a Corte da Chancelaria a fim de constranger o fiduciário a devolver os bens. Podia obter mandado *sub poena*, pelo qual se procedia ao seqüestro, dos bens, ordenada a prisão do fiduciário em caso de retenção.

A posição do fiduciário (*trustees*) encarava-se, diferentemente nas duas jurisdições. Para os tribunais comuns, era ele o único e verdadeiro proprietário dos bens, enquanto para a Corte da Chancelaria, não passava de simples intermediário, ou, quando muito, proprietário provisório. Tinha este um direito legal (*legal right*) e o beneficiário, a quem deveria entregar os bens, um direito de equidade (*equitable right*), e, como prevalecia a equidade no conflito com a lei, o direito do beneficiário assegurava-se pelo recurso à Corte da Chancelaria.

Por força dessa duplicidade, admitiu-se o desdobramento do direito, ficando o título da propriedade (legal title) com o fiduciário (*trustee*) e o domínio útil (beneficial use), com o beneficiário. Posteriormente, pelo Statute of Uses, conferiu-se título legal ao beneficiário, subsistindo, entretanto, o conflito entre os tribunais em relação ao *trust* especial. Afinal, com a condensação da

jurisprudência da Corte de Chancelaria no *Trustees Act*, em 1893, o instituto tomou seus contornos decisivos”. (Contrato de Fidúcia (*trust*), in RF 211/12.)

29. O *trust* é, portanto, em linhas gerais, a transferência da propriedade de bens a um administrador, por um determinado período de tempo, em certas condições, para que o patrimônio seja gerido e reverta em favor de um beneficiário, que pode, inclusive, ser o proprietário original.

30. A relação jurídica tem três faces, como anotou Sizino Rodrigues:

“A relação jurídica criada pelo *trust* é tripartida: uma das partes é o seu criador ou instituidor, chamado “grantor”; a outra é o depositário da confiança, a quem passa o título legal, chamado *trustee*, e a terceira é aquela em benefício de quem o *trust* é instituído, chamada *ceui que trust* ou, melhor, *beneficiary*. (Os *Trusts em face do Direito Brasileiro*, in RF XCIX/315.)

31. De fato o *trust* é um negócio construído em torno da confiança (*trust*) que o *grantor* (ou *settlor of trust*) deposita no *trustee*. A titularidade da propriedade se desdobra em duas pessoas, sem que haja condomínio, numa situação que lembra a superposição de propriedades, que existia no “anfiteatro enfitêutico” medieval. O *settlor* mantém um direito obrigacional e o título do *trustee* é um direito real mas condicionado pelas regras e objetivos do *trust* que se estabeleceu.

32. Com efeito, muito embora os *Judicature Acts* de 1873 tenham fundido os tribunais de *common law* e de *equity* num único aparelho judiciário, o Direito inglês permaneceu dual, tanto com regras de uma origem como de outra. Como assinala Derek Roebuck (ob. cit., p. 78), continuam a existir dois sistemas, como fica evidenciado pela distinção entre *legal ownership* e *equitable ownership* no caso do *trust*.

33. Nos Estados Unidos, que herdaram a tradição jurídica inglesa, o *trust* se desenvolveu sobremaneira, especialmente com a criação do *trustee* profissional, remunerado pelo seu serviço. (v. José Tomaz Nabuco, *Trusts e Trustees — sua origem e natureza*, in RF XCVI/267.)

34. Poder-se-ia até dizer que não há como conceber, nem compreender, todo o desenvolvimento da civilização americana, especialmente nos campos da cultura, da pesquisa, das universidades e das fundações, nos planos da saúde e da filantropia, e, especialmente, na área bancária e negocial, sem reconhecer o papel primordial que nela desempenhou o *trust*.

35. Alguns diplomas recentes vem definindo com maior clareza os elementos essenciais do *trust*, como a conferência internacional realizada em Haia em 1984, sobre Direito Internacional Privado em matéria de *trust*, ou o *Recognition of Trusts Act* de 1986, na Inglaterra (v. Jeffrey Hackney, *Understanding Equity and Trusts*, Fontana, Press, 1987, pp. 27-28). São eles:

a) os bens formam uma massa separada do resto do patrimônio do *trustee*;
b) os bens ficam em nome do *trustee*;
e

c) o *trustee* tem o poder (e o dever) de administrar os bens de acordo com as condições estabelecidas no *trust*, sendo responsável pela sua gestão.

36. Várias são as utilizadas práticas do *trust*, desde negócios simples até a administração de grandes fortunas, e efetivação de disposições testamentárias, a representação dos interesses de debenturistas ou acionistas de sociedades ou mesmo a prática de atos de liberalidade.

37. Este engenhoso instituto jurídico, entretanto, é tão ligado ao Direito em que foi criado que tem sérios problemas de adaptação a outros sistemas jurídicos.

4. O “Trust” e o Direito Brasileiro

38. Como já vimos, o fundamento básico do *trust*, sem o qual ele não pode existir, é a dupla propriedade dos bens, num esquema de alta maleabilidade, mas, ao mesmo tempo, com segurança para todas as partes envolvidas no negócio.

39. Ocorre que, nos direitos de origem romana, prevalece o princípio da unicidade do domínio e da incindibilidade do direito subjetivo do proprietário, não podendo terceiros exercer em nome próprio direito de ação relativo à pretensão de outrem.

40. Assim, em nosso Direito, a propriedade é una, ainda que exercida por diversos titulares. Como já tivemos a oportunidade de assinalar, uma das características da propriedade é a exclusividade, “por não se admitir que mais de uma pessoa possa exercer o mesmo direito sobre determinado objeto. No caso do condomínio, o que ocorre não é a propriedade de diversas pessoas sobre o mesmo objeto, mas a de cada condômino sobre uma fração ideal do objeto em condomínio” (Arnoldo Wald, *Direito das Coisas*, RT, 7.ª ed., p. 106).

41. Assim, não é fácil conceber, no Direito brasileiro tradicional, a duplicidade da propriedade, como ocorre no *trust* embora já exista uma situação análoga — mas não idêntica — na alienação fiduciária em garantia.

42. Efetivamente, no direito anglo-americano, a *equitable ownership* detida pelo beneficiário é a sua garantia maior de que o *trust* será administrado no seu interesse, permitindo-lhe a tomada de medidas drásticas para a defesa de seus direitos. Como anotam David B. Parker e Antony R. Mellows:

“If the trust is not being properly administered, the beneficiary can take steps to compel its proper administra-

tion, and in any case may take certain action to preserve his position. Ultimately, however, the destiny of the trust may lie in his hands, for if various conditions are fulfilled, he can bring the trust to an end even if this appears contrary to the wording of the trust instrument." (*Law of Trusts*, Sweet & Maxwell, 1966, p. 303).

43. No Direito brasileiro, em virtude da exclusividade da propriedade, se alguém transfere um bem a outrem, ainda que com cláusula de retransmissão a um terceiro, ou de reversão a ele mesmo, o direito daí decorrente é pessoal, e não real, e, portanto, resolve-se em perdas e danos, embora reconheça a nossa legislação a propriedade resolúvel (art. 525 do Código Civil).

44. Admite-se, em nosso direito, o negócio fiduciário, que se distingue do *trust*, pois, como afirma Orlando Gomes:

“De construção semelhante, mas sem ter igual eficácia, é o negócio fiduciário admitido nos sistemas jurídicos de filiação romana.

Caracteriza-se pela excedência do meio sobre o fim, desdobrando-se em negócio dispositivo e obrigacional. Compõem-se, assim, de dois elementos: a transmissão real de um direito e a obrigação do adquirente de restituí-lo. Mas, ao contrário do que ocorre no *trust*, o titular do direito a ser restituído não pode compelir o fiduciário a fazê-lo, nem lhe cabe reivindicá-lo de terceiro que o adquiriu. Em suma, o negócio translativo não é limitado inteiramente pelo negócio obrigacional. Acontece, ainda, que, se o adquirente se dispuser a restituir o bem recebido, terá de realizar novo negócio translativo.

Assim, os dois contratos, o que cria a obrigação de transferir e o que origina a obrigação de restituir, conservam sua individualidade, produzindo, cada qual, seus efeitos próprios, de modo indepen-

dente, fundidos, porém, num só negócio pela *causa fidúciae*.

(...) a obrigação de reverter o bem transferido corresponde a simples direito pessoal do fiduciante, que não tem, por sua natureza, suficiente força para atrair ao patrimônio do credor o bem que alienara. Corre ele, em consequência, manifesto risco, porquanto se o fiduciário não proceder com lealdade, nenhuma possibilidade terá de que volte a seu domínio o bem transmitido com a cláusula de reversão.” (ob. cit., p. 12 — grifamos)

45. Outra dificuldade que existe no direito brasileiro decorre do art. 591 do CPC que reza que:

“O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.”

46. Assim, salvo estipulação legislativa em contrário, qualquer bem do devedor pode, em tese, ser objeto de execução, não havendo como opor a qualquer credor do fiduciário o contrato existente entre ele e o fiduciante.

47. Conclui-se que, transferida a propriedade de certos bens a um fiduciário e passando este a ser o dono exclusivo de tal patrimônio, os bens passariam a estar expostos a qualquer execução de dívidas do fiduciário, com as quais fiduciante e beneficiário nenhuma ligação têm. Da mesma forma, estariam sujeitos a uma eventual falência do fiduciário (art. 39 da Lei de Falências) pois, a falência compreende todos os bens do devedor.

48. Esses riscos não existem no *trust* dos países do *common law* em virtude tanto da dupla propriedade, quanto do princípio de que os bens dados em *trust* formam uma massa separada do resto do patrimônio do *trustee*.

49. Não há dúvida que se poderia evitar, em parte, tal risco com a inclusão de cláusula de impenhorabilidade do bem,

mas tal regime poderia impedir, na prática, uma ágil e eficiente administração dos mesmos, que, em última instância, é o objetivo principal do negócio, sendo difícil, assim, a transmissão do *trust* para o direito brasileiro sem legislação própria.

5. Institutos de Origem Romana Similares ao “Trust”

50. Como assinalamos, o Direito romano conhecia a figura do contrato de fidúcia, pelo qual uma das partes, o fiduciário, recebia da outra, o fiduciante, uma coisa, e assumia a obrigação de lhe dar uma certa destinação ou restituí-la ao fiduciante.

51. A estrutura da fidúcia do Direito romano era bastante semelhante à do negócio fiduciário. Duas eram as funções básicas do contrato:

- a) a garantia real conferida ao credor (*fiducia cum creditore*); e
- b) o meio de realização da transferência de um determinado objeto a terceiro (*fiducia cum amico*).

52. Com o decorrer do tempo, o surgimento de novas formas contratuais, como o penhor, de um lado, e o comodato, de outro, fez com que a fidúcia desaparecesse, especialmente em função do seu excessivo formalismo.

53. Hoje, em vários países nos quais o Direito tem raízes romanas, existe a tendência de se adaptar o *trust* aos seus sistemas jurídicos, sob a forma de negócio fiduciário, partindo, principalmente, de dois pontos:

- a) a liberdade de contratar, ressalvadas as normas de ordem pública; e
- b) a adaptação dos princípios do *trust* a institutos derivados da antiga fidúcia.

54. A maioria dos países do sistema romano-germânico consagra a autonomia da vontade e tem regras semelhantes à do art. 82 do nosso Código Civil, pelo qual sendo as partes capazes, o objeto lícito e a forma prescrita ou não defesa

em lei, qualquer ato jurídico é válido. Salvo disposição legal imperativa em contrário, pode-se fazer qualquer tipo de contrato, assegurando-se não somente a liberdade de contratar (ou não contratar), mas, ainda a liberdade contratual, que consiste na escolha das formas e dos instrumentos contratuais (típicos ou atípicos, nominados ou inominados) e das cláusulas a serem neles inseridas.

55. Como já vimos, porém, o *trust* parte de conceitos estranhos a estes sistemas jurídicos, e, portanto, necessita de expressa previsão legal para poder existir. Alguns países assim fizeram, como o Japão, o Panamá e o Luxemburgo, que incorporaram, de forma praticamente integral, o instituto.

56. Na França está em vias de ser votado um projeto de lei, apresentado pelo Ministério da Justiça, que possibilita atingir os resultados práticos do *trust*. Trata-se de um projeto definindo o contrato de *fiducie*, que já existia no Direito francês como contrato inominado (v. Claude Witz, *La Fiducie en Droit Français*, Economica, 1980), mas que, agora, recebe novas características, como a previsão da separação dos bens (transferidos ao fiduciário) do resto de seu patrimônio.

57. De fato, desde que a França assinou a convenção de Haia sobre Direito Internacional Privado, em matéria de *trust*, o país estava na curiosa situação de, a partir da ratificação do tratado, reconhecer em *trust* instituído no exterior, ao passo que seria proibido contratá-lo no próprio país (Frédéric Peltier, *La Fiducie — Perspectives pour les Banques*, in *Banque & Droit* n. 12, jul.-ago./90, p. 168).

58. Na Suíça, onde a grande importância das entidades bancárias faz com que haja um interesse efetivo em se aproveitar das vantagens econômicas proporcionadas por um tal instituto jurídico, o *trust* é inviável na sua forma anglo-americana, muito embora, como

salienta Dominique Alois Dreyer, nada impeça a sua adoção por meio de modificações da legislação (*Le Trust en Droit Suisse*, Librairie e L'Université de Genève, 1981, p. 44) ou, de acordo com a legislação vigente, como simples contrato fiduciário.

59. O Tribunal Federal Suíço, julgando o caso *Harrison v. Crédit Suisse* (v. Daniel Guggeheim, *Les contrats de la Pratique Bancaire Suisse*, Librairie de L'Université de Genève, 1981, pp. 251-252), tomou um posicionamento interessante. Embora, reconhecendo inexistir o *trust* no Direito suíço, reconheceu a validade do contrato, que chamou de "combinação de atos jurídicos", por ter constatado que, no caso, não houve violação de nenhum preceito de ordem pública.

60. O fato é que também a Suíça conhece e pratica de modo amplo, especialmente no setor bancário, o chamado "contrato fiduciário", muito embora não seja regulado pelo Código de Obrigações. Há discussão na doutrina e na jurisprudência, para saber se, em caso de falência do fiduciário, os bens sob sua administração fariam parte da massa (Gauch, Schlupe e Tercier, *Partie Générale du Droit des Obligations*, Tomo I, Editions Schulthess, 2.^a ed., p. 739). A maioria da doutrina entende que sim, o que, como á foi exposto, é contrário ao espírito do *trust*.

61. Na Itália, apesar de algumas opiniões em contrário, também se aceita, em geral, o negócio fiduciário, que Alessandro Bertini, classifica como de efeito real-obrigatório (*I Negozi Fiduziari di Preparazione dell'Adempimento*, Giuffrè, 1940, p. 5). O efeito real é a transferência da titularidade do direito e o feito obrigatório (ou obrigacional) é aquele a cargo do acipiente, que deve usar o direito transferido de um determinado modo, de acordo com as instruções por ele recebidas do fiduciante.

62. No Direito alemão, o art. 185 do BGB (Código Civil) permite que uma pessoa, que não é titular de direito sobre um bem, possa dispor do mesmo, quando autorizada pelo legitimado. No caso, porém, que se assemelha ao de mandato, a disposição se dá por meio de representação e não em nome próprio.

63. Esta representação difere da titularidade fiduciária. Karl Larenz lembra uma decisão dos tribunais alemães que define como relação fiduciária aquela em que o fiduciante confia ao fiduciário um objeto de seu patrimônio para administração, em nome próprio, mas em benefício alheio (*Derecho Civil — Parte General*, Edersa, 1978, tradução de Miguel Izquierdo, p. 764). O fiduciário tem obrigação de não se afastar dos fins para os quais o negócio foi feito e, na maioria das vezes, de prestar contas e devolver o bem no fim do prazo estabelecido (Karl Larenz, *ob. cit.*, p. 765). O que nasce daí, porém, é apenas uma obrigação, que se resolve em perdas e danos.

64. No Brasil, vários são os contratos típicos existentes com fundo fiduciário. A maioria deles, porém, especialmente os que não foram objeto de regulamentação legal específica, apresenta problemas para a persecução dos objetivos que se atingem através de um *trust*, como veremos no próximo capítulo. Por este motivo, o Projeto do Código de Obrigações pretendeu criar o contrato de fidúcia, que nada mais seria do que a introdução do *trust* no Direito brasileiro.

65. De acordo com a definição do art. 672 do Projeto (de 1965), ocorreria a fidúcia quando uma das partes, recebendo, da outra, bens móveis ou imóveis, assumisse o encargo de administrá-los em proveito do instituidor ou de terceiro, tendo a livre administração deles, mas sem prejuízo dos direitos do beneficiário.

66. Conforme anotou o relator do projeto, nem todos os elementos do *trust* de origem inglesa seriam adotados. Exigir-se-ia, por exemplo, sempre um contrato escrito, e, no caso de imóveis escritura pública e registro, ao passo que no *trust* original admite-se que os direitos do beneficiário sejam regulados em documento secreto (verbete *Fidúcia e Negócio Fiduciário*, in Enciclopédia Saraiva do Direito, 1977, vol. 37, p. 200). Estabelece-se, porém, no Projeto, a idéia do patrimônio separado (os bens dados em fidúcia não se misturam com o resto do patrimônio do fiduciário), que é essencial ao instituto.

67. O contrato de fidúcia concebido e regulado no Projeto do Código de Obrigações não é o ideal, mas, certamente, seria melhor e mais eficiente, na maioria dos casos, do que qualquer dos instrumentos hoje existentes.

6. As diversas soluções referentes aos negócios fiduciários no Brasil — Vantagens e Desvantagens

Diversos são os negócios fiduciários no Direito brasileiro, e já há algum tempo vem se tentando viabilizar, através deles, um contrato que gere os efeitos de um *trust*.

69. Examinaremos sucessivamente a solução societária, o fideicomisso, o usufruto, a comissão mercantil, a fundação, o negócio fiduciário e, finalmente a procuração em causa própria, deixando-a para ser estudada em último lugar e detendo-nos, mais profundamente, em relação à mesma, por ser uma das opções inovadoras e fecundas do estudo que nos foi apresentado.

6.1 A solução societária

70. Como é público e notório, o Citibank vem oferecendo um serviço pelo qual afirma se atingem os efeitos do *trust*. O negócio se dá através da

criação de sociedades administradas pelo banco, mas cujo capital pertence ao cliente, que disciplina os limites da administração.

71. As vantagens apregoadas pelos criadores do sistema seriam uma boa dose de privacidade, a revogabilidade a qualquer tempo e a prestação de contas constante ao cliente, além da agilidade de uma administração profissional e da possibilidade de organização da sucessão ainda em vida (*Citibank cria Administração de Fortunas*, matéria de Flávia Varella, in *Folha de S. Paulo*, 14.8.90, caderno Negócios, p. 4).

72. O grande atrativo deste esquema é a sua flexibilidade, sendo cada sociedade montada de acordo com o interesse do cliente, que poderá, eventualmente, até ter várias sociedades, de conformidade com os seus interesses. Apresenta, ainda, a vantagem de o cliente sentir-se seguro, por ter meios jurídicos de fazer valer a sua vontade expressa nos documentos societários. É ainda a solução que mais se aproxima da noção do “patrimônio separado”, pois os bens ficam em nome da nova sociedade que é criada e na qual o instituidor mantém uma posição de controle.

73. Por outro lado, é indiscutível que as sociedades em geral estão sujeitas a dois graves inconvenientes, que são a burocracia de registros, escrita contábil, etc. e uma considerável carga tributária.

74. É verdade, também, que a disposição dos bens em caso de morte do cliente não é assunto tão simples, posto que a participação na sociedade deverá ser abrangida no inventário.

6.2 O fideicomisso

75. O fideicomisso é outro instituto que apresenta pontos de contato com o *trust*. Pelo art. 1.733 do Código Civil, o testador pode deixar um bem a determinada pessoa, o fiduciário, para que este, em determinado prazo ou condi-

ção, transmita o bem a outrem. A propriedade do fiduciário é do tipo resolúvel (Arnoldo Wald, *Direito das Coisas*, cit., p. 168), passando ao fideicomissário, por ocasião do advento do termo ou condição.

76. O caso do fideicomisso é bastante interessante porque a propriedade do fiduciário, embora resolúvel, é plena. Ademais, o fideicomissário pode tomar medidas conservatórias necessárias ao resguardo dos seus direitos, bem como reaver o bem quando implementado o termo ou condição, mesmo que este tenha sido alienado a terceiros (Arnoldo Wald, *Direito das Sucessões*, RT, 7.^a ed., p. 167).

77. Embora entendamos que pode haver doação com cláusula de fideicomisso, ou seja, admitamos a sua instituição por ato *inter vivos* e essa também seja a posição do Supremo Tribunal Federal, não podemos considerar a matéria como totalmente mansa e pacífica, em virtude de algumas decisões recentes em sentido contrário dos tribunais locais, que não foram reformadas pelo Superior Tribunal de Justiça.

78. O esquema jurídico do fideicomisso, porém, é rigidamente previsto em lei, para casos específicos. Se feito de forma modificada para se atingir os efeitos de um "*trust*" *inter vivos*, corre o risco de vir a ser impugnado judicialmente por alegações de que seria um testamento por via oblíqua, sem atendimento das exigências legais.

6.3 O usufruto

79. Igualmente o usufruto pode proporcionar certas condições para se obter resultados próximos aos do *trust*. De acordo com a definição do art. 713 do Código Civil, o usufruto é o "direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade".

80. Entre os seus atrativos, poderíamos destacar justamente a sua temporariedade, já que o usufruto se institui por tempo limitado, além de se extinguir, também, no caso de cessação da causa que o originou (Código Civil, art. 739, III). Ademais, o nu-proprietário, de quem é retirada a administração dos bens, tem direitos que o resguardam (Código Civil, art. 729).

81. Há, evidentemente, dificuldades nessa solução. Muito embora o usufrutuário tenha o uso e gozo da coisa, dela, em tese, não pode dispor e tal fato limita, de certo modo, a administração dinâmica dos bens.

82. Não se esqueça, também, que no *trust* a administração do patrimônio se dá em favor de um terceiro beneficiário, ao passo que o usufrutuário a faz em seu próprio interesse. Seria necessário um contrato em apartado para definir os direitos do beneficiário, contrato este com efeitos meramente obrigacionais, a menos que se cumule o usufruto com o fideicomisso. Cabe salientar que, em certos casos, o usufruto tem sido eventualmente utilizado para a gestão de empresas, como ocorreu no caso das ações do Crefisul.

6.4 Da Comissão Mercantil

83. Existe ainda a comissão mercantil, instituto disciplinado nos arts. 165 e ss. do Código Comercial. Trata-se de representação sem mandato, na qual o comitente não aparece, agindo o comissário em seu próprio nome por conta do comitente.

84. Na comissão mercantil, porém, não se transfere o bem ao comissário, como no caso do *trust*, no qual o *trustee* se investe na propriedade. O comissário, entretanto, responde por perdas e danos na hipótese de não seguir as instruções recebidas.

85. Pelo art. 185 do Código Comercial, se as contas prestadas ao comitente

não estiverem perfeitas, o comissário pode ficar sujeito a processo criminal por furto. Por outro lado, se revogado o mandato antes do prazo convencional, sem culpa do comissário, é ele credor de pelo menos metade da comissão convencional (art. 188 do Código Comercial).

86. Não podemos esquecer, porém, que além de ser igualmente disciplinada de forma rígida, a comissão mercantil se limita a negócios mercantis, ao passo que o *trust* tem um alcance muito mais amplo. Dificilmente se caracterizará a mera administração do patrimônio como um negócio tipicamente comercial. De qualquer modo, cabe lembrar que a gestão fiduciária, realizada pelos bancos, aplica os princípios da comissão mercantil.

6.5 A fundação

87. Orlando Gomes lembra a sugestão de alguns no sentido de se chegar ao efeito do *trust* através da criação de uma fundação (ob. cit., p. 14). Como o próprio jurista aponta, porém, trata-se de “engrenagem demasiadamente complexa para ser usada no interesse particular de uma pessoa” constituindo solução excepcional, inclusive em virtude do fato de serem as fundações sujeitas à fiscalização do Ministério Público, o que, em certos casos, pode inviabilizar o negócio, retirando-lhe a flexibilidade necessária.

6.6 Do Negócio Fiduciário

88. Por fim, não podemos deixar de lado o já citado negócio fiduciário atípico, ou seja, o contrato inominado, não proibido em lei mas tampouco por ela regulado. Sua vantagem primordial é a flexibilidade, posto que a ausência de regras definidas impõe como únicos limites os princípios gerais do nosso

ordenamento jurídico e a vontade das partes.

89. Muito se discutiu se o negócio fiduciário seria realmente válido ou se não passaria de simulação. A questão foi bem analisada por J. M. de Carvalho Santos nos seguintes termos:

“14. Negócios fiduciários. Embora tenham alguma semelhança com os simulados deles diferem, porque são realmente concluídos pelas partes (...). No negócio fiduciário, sem dúvida, verifica-se a transferência do direito, mas é subtraída ao adquirente o exercício de determinada faculdade, conservado, pois, intato o conteúdo do direito. É o que se dá, por exemplo, com o sujeito que adquire a plena titularidade do direito, mas se obriga para com o transmitente a não exercer determinada faculdade: adquire v.g., a propriedade, mas se obriga a não usar da coisa, ou a não aliená-la, ou a restituí-la, ou, ainda, a transferi-la a outrem. É uma limitação fundada, como observa Barassi, somente sobre o honesto e escrupuloso cumprimento desta obrigação de abstenção; não atinge a essência ou substância do direito e repousa sobre a confiança no adquirente.” (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. II, Freitas Bastos, 3.^a ed., pp. 385-386.)

90. De fato, a diferença do negócio fiduciário com o simulado é que, no primeiro, as partes têm, efetivamente, a intenção de atingir determinado objetivo. Existe um contrato cujo conteúdo é verdadeiro. Várias são as decisões dando pela validade de negócios fiduciários, distinguindo-os da simulação, como os acórdãos encontrados na RT 291/363, 292/504, 295/190, 351/453 e RF 218/164.

91. Aliás, o Supremo Tribunal Federal já teve o ensejo de distinguir o negócio fiduciário, da transferência do bem para fins de garantia, considerando que o pacto comissório, proibido no caso da execução de garantias, não é

vedado quando se trata de negócio realizado na base da fidúcia.

92. É fundamental, entretanto, a advertência de que a limitação ao direito transferido em caráter real é de cunho meramente obrigacional *intra partes*, sendo, pois, inoponível a terceiros. O ato que extrapole tal limitação não é nulo, nem anulável, apenas gera a responsabilidade civil, como qualquer outro ato ilícito contratual, resolvendo-se em perdas e danos. Nas palavras de Pontes de Miranda, “o direito à restituição (do bem) é pessoal, salvo onde a lei já tornou real o direito à restituição” (*Tratado de Direito Privado*, vol. III, ed. cit., p. 126). Com efeito, no caso da alienação fiduciária em garantia, por exemplo, criou-se no direito pátrio um direito real de recuperação do bem em favor do credor.

93. No plano teórico, talvez houvesse a possibilidade de imaginar um negócio jurídico mais complexo, combinando o negócio fiduciário com a transferência da propriedade resolúvel, mas tratar-se-ia de um sistema que não parece se coadunar com a dinâmica da gestão de fortuna.

94. Apesar do exposto, o negócio fiduciário inominado tem os seus atrativos, especialmente em virtude de poder ser montado caso a caso, de acordo com as intenções específicas das partes. Sendo o fiduciário instituição financeira de idoneidade reconhecida, os riscos para o fiduciante serão inexistentes ou sensivelmente reduzidos, podendo ser-lhe interessante fazer o negócio.

6.7 A procuração em causa própria

95. Outro meio de introduzir uma forma negocial similar ao *trust* em nosso direito, consiste na utilização da procuração em causa própria. Trata-se de negócio com forma de mandato, mas que encerra em si a alienação de direito.

96. Como já tivemos a oportunidade de escrever:

“A procuração *in rem suam* constitui uma verdadeira ficção jurídica que corresponde a necessidades sociais do direito romano e atende ainda hoje a determinadas razões de ordem fiscal. Em virtude da procuração em causa própria ou da procuração como condição de contrato, verdadeiro mandato de simples execução de negócio já concluído (v.g., procuração dada ao comprador ou à pessoa por ele indicada para assinar a escritura definitiva quando o vendedor já recebeu o preço), desaparece o interesse econômico do mandante.” (Arnoldo Wald, *Obrigações e Contratos*, 9.ª ed., RT, p. 359.)

97. Pontes de Miranda faz uma importante síntese para a compreensão do instituto ao esclarecer que “o poder de representação em causa própria é como qualquer outro poder de representação; apenas o outorgado o exerce em seu próprio interesse”. (*Tratado de Direito Privado*, Borsoi, 2.ª ed., vol. 43, p. 143.) Esta definição é de fundamental importância para o nosso estudo, como demonstraremos a seguir.

98. Enquanto no *trust*, o *trustee* age em nome próprio e no interesse do beneficiário, na procuração em causa própria a situação se inverte, com o mandatário agindo em nome do mandante, mas no seu próprio interesse.

99. Considera-se a procuração em causa própria como um negócio abstrato, válido independentemente da existência ou não de um negócio subjacente, ou até subjacente, esclarece Pontes de Miranda (ob. cit., § 4.699, 2, p. 143). E o negócio abstrato não tem sido bem aceito pelo direito brasileiro e, especialmente, pela nossa jurisprudência.

100. Efetivamente, a doutrina nunca simpatizou com a procuração em causa própria, que Clovis Bevilacqua considerou como sendo “desnaturadora do

mandato" (*Código Civil Comentado*, V, p. 64) e que para J. X. Carvalho de Mendonça não passava de "velhíssimo traste que a concepção moderna da obrigação repele e condena" (*Tratado de Direito Comercial*, Livro IV, Parte II, p. 251), considerando o eminente comercialista que ela penetrara no Código Civil "sorratamente".

101. Por sua vez, Washington de Barros Monteiro lembra que a procuração em causa própria tem sido considerada como capa de muitos abusos e fonte inesgotável de contendas judiciais, concluindo que:

"Tantas são as questões controvertidas no estudo do mandato em causa própria que melhor seria expungilo definitivamente do direito" (*Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações*, 10.^a ed., Saraiva, 1975, p. 271).

102. Por sua vez, Silvio Rodrigues informa que a procuração em causa própria é outorgada no interesse exclusivo do mandatário, sendo essa a justificação de sua irrevogabilidade e da manutenção da sua validade após a morte do mandante. A *contrario sensu*, se a procuração é dada no interesse predominante do mandante, como acontece no *trust*, não continuaria a ser regida pelos mesmos princípios (Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, vol. 3, 4.^a ed., 1972, S. Paulo, Saraiva, 129, p. 284, *in fine* a 288).

103. A jurisprudência dominante tem reconhecido que a procuração em causa própria não se extingue com a morte do mandante (RE 83.946-PR, Rel. Ministro Moreira Alves, in *Jurisprudência Brasileira*, vol. 38, p. 92). Mas há decisões isoladas em sentido contrário, não se podendo isoladas em sentido contrário, não se podendo considerar a matéria como sendo massa e pacífica. Assim, Washington de Barros Monteiro entende que, embora irrevogável, a procuração em causa própria pode ser revogada, desde que o mandante componha as

perdas e danos (ob. e loc. citados). O mesmo autor pondera que variam as opiniões em relação à extinção do mandato pela morte do mandante, embora prevaleça o entendimento negativo (ob. e loc. citados).

104. A matéria não deveria ensejar dúvidas diante do texto expresso do inciso I do art. 1.317, do Código Civil e há jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considerando nula revogação da procuração *in rem suam*, por ter objeto impossível (RE 107.981-60, Rel. Ministro Francisco Rezek, in RTJ, 120/388). Mas, como pondera Pontes de Miranda, há julgados que preferem abandonar os textos legais vigentes para ficar com a doutrina francesa de Laurent e Planiol, que se manifesta diante de uma legislação diferente da nossa (ob. e vol. citados, § 4.699, 2, p. 147 *in fine* e 148).

105. De qualquer modo, se dúvidas surgem quanto à procuração em causa própria, quando concedida no interesse exclusivo do mandatário, a questão se torna muito mais complexa e as soluções se tornam inseguras quando, na realidade, o interesse não é do mandatário, mas do mandante. Efetivamente, embora a nossa legislação não tenha adotado a teoria da causa dos negócios jurídicos, a jurisprudência tem discutido a causa da procuração e, em alguns casos, não vislumbrando um fundamento para considerá-la em causa própria, tem admitido a sua revogação (*Revista Forense*, vol. 88, p. 525).

106. Manuel Inácio Carvalho de Mendonça explica a irrevogabilidade do mandato em causa própria pela existência de um contrato bilateral, explícito ou implícito, que existiria entre as partes (*Contratos no Direito Civil Brasileiro*, I, 255). Assim, a *contrario sensu* se não houver o contrato, conclui-se que a irrevogabilidade não mais se justificaria.

107. Aliás, também no direito comparado, o mandato irrevogável não tem sido bem recebido, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência, levando um eminente professor francês a afirmar que a irrevogabilidade do mandato é grave e inútil, grave por sacrificar os interesses do mandante e inútil pois as suas finalidades podem ser obtidas com a aplicação dos princípios da responsabilidade civil e do mandato aparente (Roger Perrot, *Le mandat irrévocable*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant* de 1954, p. 455).

108. Dentro deste contexto, não há dúvida que a procuração em causa própria pode ser um instrumento útil para a gestão de fortunas, desde que não haja o risco de surgir um litígio no qual outros interessados possam vir a discutir a validade do mandato e sua causa. O estudo que nos foi apresentado lembrou a necessidade de ressaltar e respeitar os direitos dos herdeiros necessários, mas o mesmo princípio também se aplica a herdeiros legítimos (não necessários) ou até a herdeiros testamentários (nomeados em testamento anterior à concessão do mandato em causa própria) que, eventualmente, poderão alegar legítimo interesse em anular o mandato em causa própria quando não houver operação subjacente que a justifique.

109. Os tribunais também poderão considerar que a procuração em causa própria não pode substituir o testamento, não servindo assim de instrumento para, por via oblíqua, partilhar os bens do *de cujus* ou destinar alguns dos mesmos a determinada pessoa.

110. Há um exemplo recente que é público e noticiado pela imprensa (razão pela qual a ele aludimos), que evidencia a fragilidade do mandato em causa própria, se tivesse sido utilizado no caso. Trata-se da partilha de um patrimônio importante deixado por um banqueiro que, no seu testamento, privilegiou a esposa em detrimento de

filhas adotadas, que já tinham sido contempladas em vida. Havia um testamento anterior feito em favor dos netos que ficou sem efeito com a nova disposição de última vontade. O litígio já abrange nesta altura ações de nulidade de testamento, nulidade de registro de filiação, reconhecimento da validade de adoção revogada etc... É incontestável que, no caso, uma procuração em causa própria não teria condições de resistir a longos pleitos. E mesmo se, no fim, o documento viesse a ser reconhecido, o decurso do tempo do litígio já teria feito com que perdesse a sua flexibilidade e vantagem.

111. Justificam-se, pois, plenamente, as ponderações de alguns ilustres advogados do Unibanco quando enfatizam a necessidade de cautelas no uso do instrumento, o que se justifica pela sua precariedade pois, destinado a uma finalidade (atender aos interesses exclusivos do mandatário), não pode ser utilizada fácil e impunemente para outra (gerir o patrimônio do mandato no seu interesse), sem que venha a ocorrer a sedimentação de uma construção jurisprudencial ou uma modificação legislativa.

7. Conclusão

112. De todo o exposto, ressalta que um *trust* verdadeiro, com todas as suas características, só poderá ser instituído no Brasil em virtude de lei específica, seguindo-se o exemplo francês e do Luxemburgo e adotando-se um aprimoramento do texto do Projeto de Código das Obrigações, que trata da matéria e ao qual já aludimos.

113. Por enquanto, efeitos similares podem ser buscados especialmente através da formação de sociedades, de negócio fiduciário inominado da comissão mercantil, do fideicomisso e da procuração em causa própria e até, em certos casos, do usufruto.

114. Também devem ser sempre levados em conta os efeitos tributários dos negócios, que podem torná-los onerosos ou desinteressantes. Ademais, se é possível a manutenção de algum tipo de sigilo sobre as operações não se deve esquecer que, nos casos de imóveis, ações etc., será sempre indispensável o registro das transferências.

115. Por outro lado, haverá sempre o problema da legítima dos herdeiros necessários e de eventuais terceiros (herdeiros legítimos e até testamentários) que, dependendo da situação, poderão reivindicar a anulação de determinados atos por suposta violação de seus direitos ou desobediência das formalidades legais. A sucessão será quase sempre potencialmente complicada, podendo tornar-se litigiosa.

116. De qualquer modo, traçadas estas linhas gerais, não existe uma possibilidade só. Cada caso é um caso, e as várias formas jurídicas expostas podem apresentar, eventualmente, vantagens umas sobre as outras.

117. Em relação a bens que se encontram no exterior, nada impede que seja constituído um *trust* fora do Brasil, de acordo com a legislação local, seja do país em que se situam os bens, seja de outro, pois, normalmente, mesmo quando não se conhece o *trust* na legislação local as autoridades e a comunidade bancária admitem o *trust* constituído em outro Estado, como válido e legítimo. Essa regra não se aplica ao Brasil, mas prevalece na Europa e em outros países.

118. Finalmente, a elaboração de um texto legal específico sobre o *trust* não nos parece descabida e apresenta indiscutível oportunidade, num momento no qual este instituto é introduzido na maioria das legislações e a sua falta prejudica a atuação dinâmica dos bancos brasileiros, especialmente numa fase de ampla reorganização empresarial, de abertura para o capital estrangeiro e de

mudança de gerações dos empresários com reflexos em sociedades, que estão profissionalizando o seu *management*. A modernização do Brasil e a sua aspiração de pertencer ao primeiro mundo justificam a consagração, pelo nosso direito, de novos instrumentos jurídicos, como é o caso do *trust*.

119. Acresce que a existência, no direito brasileiro, da alienação fiduciária em garantia, e o bom funcionamento dos agentes fiduciários, tanto nas execuções de créditos hipotecários, como no caso de emissão de debêntures, comprovam que não há incompatibilidade entre o nosso sistema jurídico e o anglo-americano. Também a existência de um conjunto de bens separados do resto do patrimônio do titular e afetados a uma finalidade própria já não mais repugna ao legislador. De fato, ampliamos o bem de família e advoga-se a criação da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada, que já existe em numerosos outros países. Não há mais razão para excluir a possibilidade de formar um patrimônio separado com os bens dados em *trust*.

120. Parece-nos até que, do mesmo modo que, há cerca de trinta anos, a iniciativa privada encaminhou ao Banco Central o projeto de introdução no direito brasileiro da alienação fiduciária, que veio a ser regulamentada posteriormente, aproveitando-se projeto da ADECIF, a Febraban poderia, agora, propor ao Governo e ao Congresso Nacional a elaboração de um projeto de lei sobre o *trust*, que seria da maior utilidade, tanto para os particulares, como também para as entidades estatais e até para o atual programa de privatização, incluindo-se normas a este respeito, seja em lei própria, seja até na nova regulamentação das instituições financeiras, que está sendo objeto de projeto em tramitação na Câmara dos Deputados.

ATUALIDADES

CÉDULA DE PRODUTO RURAL — CPR — Novo título circulatório (Lei 8.929/94)

PAULO SALVADOR FRONTINI

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo. Membro do Instituto Jurídico da Associação Comercial de São Paulo.

1. Recente lei nacional, n. 8.929, de 22.8.94, introduziu na legislação brasileira um novo título, a Cédula de Produto Rural — CPR.

Interessante: a sigla CPR foi oficializada no corpo da própria lei, aparecendo sucessivas vezes ao longo do texto. Sinal dos tempos.

2. Parece-nos, em princípio, que esse novo documento circulatório, eis que dotado de cláusula “à ordem”, e pela própria lei identificado como título líquido e certo, constitui nova espécie do gênero conhecido como títulos representativos de mercadorias. Situa-se, assim, no mesmo rol onde se encontram o conhecimento de depósito (Decreto 1.102 de 21.11.1903), os conhecimentos de transporte de mercadoria por terra, água ou ar (dec. n. 19.473 de 10.12.30), o conhecimento de frete não à ordem (Decreto 20.454 de 29.9.31), o conhecimento de transporte Intermodal (Lei 6.288 de 11.12.75) e, nos usos internacionais, o conhecimento marítimo (cf. J. Vicente Campos, *O conhecimento na navegação internacional*, RDM 2/33).

Como se sabe, um dos benefícios da existência de títulos representativos de mercadorias está no fato de possibilitarem a chamada venda contra documento. É que se o título, por força de lei, representa a mercadoria, que somente através dele, título, pode ser negociada, a comercialização daquela (fisicamente alocada dentro do armazém, do trapiche,

do cofre de carga — “container”, — do navio etc.) faz-se à vista tão-somente dos documentos que incorporam em si as coisas nele especificadas. Daí resultam as evidentes vantagens dessa sistemática, não apenas por facilitarem ou possibilitarem operações que, de outro modo, não se realizariam, como porque outorgam, ao detentor legítimo do título, a possibilidade de realizar seu valor, vendendo a mercadoria mesmo quando esteja fisicamente longe (p. ex., a bordo de um navio, ou de um “container” em trânsito). Vale lembrar, também, que, no caso do conhecimento de depósito, é possível, através do co-respectivo *warrant*, dar a mercadoria em garantia real de financiamento obtido sobre ela.

3. A Lei 8.929 surgiu de projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo. Da análise das razões governamentais, inspiradoras da proposição, destacam-se aspectos financeiros, relacionados à finalidade de ajudar o financiamento da safra agrícola, já que, paralelamente às linhas oficiais de crédito rural, significativamente, alimentadas por bancos oficiais, muitas vezes com caráter de subsídio, dispõem, os produtores rurais, suas associações ou cooperativas, da possibilidade de vender antecipadamente a safra, ou parte dela, mediante a emissão da CPR. O tomador da cédula, a seu turno, estando na posse da mesma, poderá, como seu legítimo titular, e mediante endosso, negociá-la, com ter-

ceiro, especialmente em bolsa de mercadorias. Fundos de *commodities*, um produto financeiro tão em moda nos dias atuais, poderão investir no papel. Vemos, assim, ao simples enunciado dessas razões, que a CPR abre um novo canal de acesso dos produtores, no caso de gêneros primários, ao mercado financeiro.

E disso bem cuidou a lei, prevendo que a CPR poderá ser negociada nos mercados de bolsas e de balcão, mediante prévio registro em sistema de liquidação financeira autorizado pelo Banco Central (“Cetip”).

É a chamada mobilização da riqueza constante de bens corpóreos, que se instrumentaliza em papéis negociados no mercado financeiro, antes mesmo de sua materialização física! Releva notar, entretanto, que, ao vencimento da obrigação, essa riqueza (o produto rural) deverá existir e ser entregue. A prática talvez inove nesse ponto, face a aspectos altamente especulativos do mercado de *commodities*, mas o que ressalva da lei é esse aspecto.

4. De fato, o ponto mais significativo da cédula de produto rural está na circunstância de que, ao criá-la, o emitente formula promessa pura e simples de entregar o produto nela mencionado no local combinado e nas condições de entrega estabelecidas, dentro das especificações de quantidade e qualidade também indicadas no título.

Assim, na verdade, a cédula de produto rural — CPR — é título representativo da promessa de entregar, em data futura (ou seja, no vencimento da cártula) o produto rural indicado, na quantidade e qualidade especificadas.

Não consubstancia, portanto, obrigação pecuniária. A CPR não constitui documento de dívida a ser paga, no vencimento, mediante cumprimento de prestação de entregar certa soma em dinheiro. Nesse ponto reside sua mais expressiva diferença perante a Nota

Promissória Rural (Dec.-lei 167, art. 42), que é promessa de pagamento em dinheiro. Pelo contrário, representa obrigação de entregar, em data futura (a do vencimento do título) o produto objeto da obrigação, na quantidade e qualidade indicadas. Tanto isso é verdade que, para cobrança da CPR, cabe ação de execução para entrega de coisa incerta (art. 15). É o que resulta, aliás, e naturalmente, do fato da CPR ser título líquido e certo, exigível pela quantidade e qualidade do produto nela previsto. O conceito de coisa incerta é o mesmo do Direito Civil: “a coisa incerta será indicada, ao menos, pelo gênero e quantidade” (art. 874 do CC), também consagrado na legislação processual (CPC, art. 629).

Em outras palavras, a CPR é título representativo de mercadoria futura, ainda inexistente no momento de criação do documento. Vencida a obrigação, o emitente (devedor) deve entregar a quem se apresentar como legítimo detentor, o produto especificado, conforme a quantidade e qualidade mencionadas na cártula.

5. Sem dizê-lo expressamente, a lei dá a entender que, em caso de inadimplemento, o credor não poderá exigir do emitente-devedor pagamento em dinheiro. Isso decorre, parece-nos, do propósito de impedir a distorção da finalidade do novo papel, que é, justamente, o de facilitar o financiamento do plantio da cultura correspondente ao produto. O legislador pretendeu criar um instrumento apto a estimular atividade de criação de produtos rurais de largo consumo e ampla comercialização. E para reforço desse propósito, obstando a emissão de qualquer CPR simulada (“cédula fria”), determinou que o emitente sempre responde pela evicção perante o credor, e não pode, outrossim, invocar em seu benefício, para a hipótese de não ser entregue o produto no vencimento, nem a ocorrência de caso

fortuito, nem a de força maior (art. 11). Deixa assim de ter aplicação, no caso, a regra geral do art. 1.058 do CC, pela qual o caso fortuito ou de força maior libera o devedor da obrigação de cumprir a prestação descrita no título.

Ademais, e reforçando a natureza real da obrigação (entregar produto com existência corpórea, transmitindo seu domínio, ao invés de quitar obrigação de pagamento em dinheiro), a CPR pode ver-se reforçada por garantias cedulares, consistentes em hipoteca cedular, penhor cedular ou alienação fiduciária (art. 5.º). Quer dizer que, sobrevindo inadimplência por parte do emitente-devedor, o credor, além de promover a execução para entrega de coisa incerta, provavelmente com pedido liminar de busca e apreensão, poderá, ainda, enquanto insatisfeito, executar a garantia real (hipoteca ou penhor), ou recuperar a posse do bem objeto de alienação fiduciária cedular em garantia. E somente neste caso, ao cabo desse sinuoso caminho processual, poderá satisfazer-se em seu crédito pelo desembolso financeiro que teve ao tomar a CPR. Oportuno anotar que, especialmente em razão das garantias cedulares, a cédula de produto rural, para ter eficácia contra terceiros, deve ser inscrita no cartório de Registro de Imóveis do domicílio do emitente (art. 12) e, se a garantia for de hipoteca, far-se-á “averbação” (leia-se, registro) na matrícula do imóvel hipotecado. Idêntica previsão consta da lei para o caso da garantia real consistir em penhor.

E o produto objeto da promessa de futura entrega constante da cédula, pode ele ser priorizado em favor do credor através de algum registro? A resposta é negativa. O que a lei diz, simplesmente, é que o emitente responde, sempre, pela evicção, não podendo, assim, desonerar-se dessa responsabilidade, conforme salientado nas linhas atrás (retro, acima, neste n. 5, primeiro parágrafo).

6. Consta da lei: “Aplicam-se à CPR, no que forem cabíveis, as normas de direito cambial” (art. 10), observadas modificações desde logo enunciadas. Dizem estas respeito à necessidade dos endossos serem sempre completos — o que sugere a impossibilidade de endosso parcial (de parte do produto rural) — e de endosso em branco; os endossantes não são garantes da entrega do produto, mas respondem tão-somente pela existência da obrigação, o que aproxima esse “endosso” da cessão de crédito (Código Civil, art. 1.073). Finalmente, “é dispensado o protesto cambial para assegurar o direito de regresso contra avalistas” (art. 10, III). Fica aí consignado, em síntese, que o credor tem a seu favor a desnecessidade de, no prazo legal, apontar e protestar o título, para viabilizar o exercício do direito de crédito contra o avalista ou qualquer coobrigado anterior. Em relação ao devedor principal, como sabemos, e é próprio da legislação cambial, nunca há necessidade de protesto para executá-lo judicialmente, preceito que se aplica ao emitente da CPR.

Fique, porém, bem claro que, aplicando-se à CPR as normas de direito cambial, e sendo o avalista, dentro da legislação cambial, equiparado ao avalizado (Lei Uniforme de Letras de Câmbio, art. 32), a coobrigação que o avalista assume é a de entregar, no vencimento, igual quantidade e qualidade de produto, caso o emitente não o faça.

6.1 Essa observação, porém, não impedirá que a CPR seja reforçada por garantia pessoal, tipo fiança. A lei abriu espaço para isso, ao estabelecer que sem caráter de requisito essencial, a CPR poderá conter outras cláusulas lançadas em seu contexto, as quais poderão constar de documento à parte, com a assinatura do emitente, fazendo-se na cédula menção a essa circunstância (art. 3.º, § 1.º). Ora, o documento

à parte, referido nesse dispositivo, poderá ser um instrumento de garantia fidejussória, pelo qual terceiro, fiador (e seu cônjuge, se casado for), assume coobrigação de entregar o produto ao credor-portador da CPR, na data e local constantes da cédula. Só que essa fiança nada acrescentará à figura do aval, pois o avalista, na CPR, já é garante da obrigação de entregar o produto. Assim, a utilidade que podemos enxergar na avença de uma fiança está na possibilidade do fiador ser garante da liquidação final da obrigação, mediante pagamento, em dinheiro, do valor do produto, à época do vencimento do título. Essa hipótese sobremodo se reforça se considerarmos, como já foi dito linhas atrás (n. 6, supra), que, na cédula de produto rural, o endossante não é garante da entrega do produto.

Evidentemente, a questão desde logo se antecipa como polêmica. Mas, conhecendo-se a tradição de nossas praças comerciais, em tema de garantias creditícias, não é difícil supor que a fórmula será tentada.

6.2 Vale a esta altura a pergunta: se o título não vier a ser adimplido na forma normal da CPR, ou seja, mediante entrega do produto; e se, a despeito de execução judicial aforada, nem assim lograr o credor ver-se satisfeito em espécie (entrega do produto), como se quantificará a pretensão do credor? Não nos esqueçamos de que o devedor se obrigara a entregar certa quantidade de produto (“commodities”); ora, enquanto a entrega não se efetivar, o credor da CPR é apenas credor de uma prestação de entrega de coisa incerta (Código Civil, art. 874), vale dizer, titular de um crédito pessoal. Não é proprietário, pois a propriedade do produto esse credor somente vai adquirir quando houver a entrega (*traditio*). De fato, a entrega é o ato que transmite o domínio das coisas móveis (Código Civil, art. 620). Assim, o direito do credor, levado à

instância judicial, vai, em etapa final de execução, resolver-se em perdas e danos (CPC, arts. 629/631 e 627). Em outras palavras, vai, o credor, ser satisfeito (indenizado) em dinheiro. Como calcular a soma em dinheiro a que fará jus, no lugar do produto que afinal não foi entregue? Convém não esquecer que produtos agropecuários são *commodities*, como tal cotados em bolsa, com seu indissociável mecanismo de oscilações.

Reafirmamos que, nesse caso, o credor terá direito ao valor em dinheiro do produto. Mas, qual o critério para apurar esse *quantum* em dinheiro?

Creemos que a resposta está no Código de Processo Civil, ao tratar da execução por quantia certa contra devedor solvente. É que o art. 682, inserto na subseção da avaliação, deixa claro que “o valor... dos títulos de crédito negociáveis em bolsa será o da cotação oficial do dia, provada por certidão ou publicação no órgão oficial”.

Esse dispositivo é coerente com o preceito do C. Comercial destinado à fixação do preço, quando este, na compra-e-venda mercantil, não houver sido ajustado pelas partes. O preço, como sabemos, consiste em uma contraprestação em dinheiro. Se ele não houver sido acordado, o art. 193 da codificação comercial manda que as partes se sujeitem ao que for corrente no dia e lugar da entrega. Se a obrigação está sendo resolvida pela atividade substitutiva do Poder Judiciário, em processo de execução, é certo afirmar que a entrega (no caso, dinheiro em substituição ao produto) está sendo feita ao ensejo da expropriação processual, donde poder-se concluir que o preço cotado em bolsa é o valor corrente na praça.

7. Já dissemos que a CPR poderá ser emitida por produtor rural e por suas associações, inclusive cooperativas (art. 2.º). Quanto ao produtor rural e às cooperativas nada há de novo (Bulga-

relli, *Análise jurídica dos conhecimentos de depósito e warrants de emissão das cooperativas*, RDM 45/35).

A atividade agrícola, em nosso país, face à divisão do direito privado em dois grandes ramos — Direito Civil e Direito Comercial — situa-se no âmbito daquele. Com efeito, o agricultor é, antes de tudo, um criador de riqueza — um formador originário de bens materiais, situando-se no pólo inicial do circuito de circulação de riqueza. No extremo oposto, está o consumidor. Aqueles que se interpõem nesse processo, comprando dos produtores iniciais, para revender aos consumidores finais (distribuidores, atacadistas, varejistas etc.), tais são os comerciantes. Não sendo um intermediador entre a produção e o consumo, o produtor rural qualifica-se naturalmente como profissional que exerce atividade civil. Não se submete, assim, aos institutos mercantis, como o registro de comércio, nome comercial, escrituração e livros mercantis, concordata ou falência. Mas, se esse produtor rural revestir a forma de pessoa jurídica, e for sociedade anônima, qualificar-se-á como comerciante. Submeter-se-á, então, a todas as normas próprias do regime jurídico da empresa comercial.

Nesse caso, a impontualidade no adimplemento de obrigação líquida constante de CPR, ou seja, obrigação certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto (C. Civil, art. 1.533), evidenciada pelo protesto necessário (protesto para fins de falência — Dec.-lei 7.661 de 21.6.45, art. 10), configurará quadro de caracterização de falência.

7.1 Quanto às associações, que, no esquema clássico do Direito nacional, são pessoas jurídicas de direito privado, de fins não econômicos — no que se diferenciam das sociedades civis de fins econômicos — cremos que a prática mercantil, os usos da praça, a doutrina

e os pretórios definirão os reais contornos dessas entidades, quando dispuserem em seus estatutos, sobre o exercício da atribuição aqui descrita. Neste primeiro momento, logo após a promulgação da lei, pensamos que o legislador, usando o termo associação quis referir-se a sociedades civis de fins econômicos, no estilo dos agrupamentos complementares de empresas, tal como preconizados, na doutrina comercialista, por modernos doutores (Felix R. Alonso e Mauro Rodrigues Penteado).

7.2 Quem serão os tomadores-credores das cédulas de produto rural? Em primeiro lugar, as empresas da agro-indústria (os assim chamados *agro-business*). Em segundo lugar, os exportadores de produtos primários. Em terceiro lugar, as próprias cooperativas de produtores, que não se nos afiguram impedidas de assim agir. Por fim, outros intermediários que operam no ramo, alguns às vezes pejorativamente identificados como atravessadores. De qualquer forma, como a lei silencia a respeito, mostra-se aberta a possibilidade de qualquer interessado, presente e atuante no mercado, negociar o recebimento futuro de produto rural, contra a emissão de CPR.

7.3 Não vemos, porém, espaço para as Instituições Financeiras operarem no ramo, já que, por sua própria natureza, e pela legislação que as rege, fazem intermediação financeira. Vale dizer, captam poupança junto ao público, para emprestar recursos financeiros, recebendo-os sob a mesma natureza (moeda) com os acréscimos legais, ao termo final da operação. Assim, não parece fazer sentido venham as Instituições Financeiras a participar de operação de compra-e-venda de produto agro-pastoril, para entrega futura. Se essa observação se apresenta com óbvia clareza, é preciso, porém, de outro lado, considerar que, dentre as razões que ins-

piraram o projeto de lei, de que surgiu o diploma sob exame, estão aquelas relacionadas com a criação de um mecanismo paralelo ao financiamento de safra via crédito rural (supra, n. 3). Ademais, se o instituto da alienação fiduciária em garantia é próprio das Instituições Financeiras, por que des-ponta esse instituto dentre as formas de garantia cedular previstas na lei (supra, n. 5)? A resposta mínima, que se pode dar a essa indagação, é de que o legislador não quis fechar as portas de acesso à CPR às Instituições Financeiras, as únicas que podem operacionalizar suas garantias através de alienação fiduciária. Afinal, as administradoras de consórcios para compra de bens duráveis, que não são Instituições Financeiras, foram a estas equiparadas, por construção pretoriana do Supremo Tribunal Federal, tudo para o fim de poderem servir-se da alienação fiduciária em garantia (cf. RDM 37/163), onde consta a íntegra do acórdão pioneiro, com anotações que, à época, fizemos. Posteriormente, a “lei do colarinho branco”, enquadrou as administradoras de consórcios como entidades equiparadas às Instituições Financeiras).

Assim, há aí um outro ponto ensejador de dúvidas. O tempo saberá esclarecê-las.

8. Tais são as observações que, desde logo, esta novel lei sugere sejam feitas.

Criando a CPR (cédula de produto rural), o legislador enriquece a já expressiva experiência brasileira no ramo dos chamados títulos circulatórios destinados aos produtores, de que são exemplos os títulos de crédito rural, industrial, comercial, de exportação e cooperativos (respectivamente, Dec.-lei 167, Dec.-lei 413, Lei 6.840, Lei 6.313 e Lei 5.704). Estes são títulos de crédito, mas não deixam de ser títulos circulatórios. A CPR — cédula de produto rural — é título circulatório, representativo de mercadoria, mas não deixa de apresentar feições de um originalíssimo título de crédito, em que a prestação a cargo do devedor, nesse papel cambiarriforme, consiste na obrigação de entregar produto rural a ser produzido, e ainda inexistente no momento de emissão da cártula.

Terminamos estas anotações, invocando a sempre renovada pujança do Direito Comercial para exportar seus institutos, fazendo-os emigrarem para outros ramos do Direito. No caso, uma inédita combinação de título de crédito com mercado de capitais, figuras jurídico-mercantis, migram para o Direito Rural, sem perderem, todavia, sua nacionalidade de origem!

JURISPRUDÊNCIA

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE — TRIBUTÁRIO — IMPOSTO DE RENDA — LEI 7.713/88 — ART. 35 — ACIONISTA — LUCRO NÃO DISTRIBUÍDO — INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA

EDUARDO SALOMÃO NETO

Doutor em Direito Comercial pela Fac. de Direito da USP.
Advogado em São Paulo

(COLABORAÇÃO DO TRF)

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE — Tributário — Imposto de Renda — Lei 7.713/88 — Art. 35 — Acionista — Lucro não Distribuído — Inconstitucionalidade Declarada — Se lucro realizado pela empresa, a ser distribuído aos sócios, é nova hipótese de incidência, estamos diante de imposto de competência residual da União, reclamando, pois, a edição de Lei Complementar, nos termos do art. 154, I, da CR. A sociedade é pessoa diversa de seus sócios. Ao encerrar seu balanço, o lucro realizado será ou não distribuído aos acionistas, dependendo do que for decidido em assembléia, não existindo, assim, para o acionista, disponibilidade econômica ou jurídica imediata, não tipificando renda para a pessoa física. A hipótese de incidência criada, lucro líquido apurado, não se compadece da sistemática da Lei das Sociedades Anônimas. A Lei 7.713/88, em seu art. 35, ao pretender tributar o lucro líquido apurado, ainda não distribuído aos acionistas, entra em testilha com o Texto Constitucional de 1988, especialmente com o art. 153, III. Não há, ainda, nos termos em que postulado pelo Código Tributário Nacional (art. 43), aquisição de disponibilidade, quer jurídica quer

econômica. Reconhecida e declarada a inconstitucionalidade da expressão “o acionista”, contida no art. 35, da Lei 7.713, de 22.12.88 (TRF — 3.ª Região; Arg. de Inc. em AMS n. 50.900-0-SP; Rel. Juíza Lucia Figueiredo; j. 1.2.95; maioria de votos).

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, decidiu o Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, em Sessão Plenária, por maioria e pelo quórum qualificado, declarar a inconstitucionalidade da expressão “o acionista”, do art. 35, da Lei 7.713/88, nos termos do voto da Sra. Juíza-Relatora, com quem votaram os Srs. Juízes Diva Malerbi, Aricê Amaral, Pedro Rotta, Peixoto Júnior, Andrade Martins, Salette Nascimento, Roberto Haddad, Ramza Tartuce, Homar Cais, Annamaria Pimentel e Silveira Bueno, vencidos os Srs. Juízes Theotônio Costa, Oliveira Lima, Souza Pires, Jorge Scartezzini e Márcio Moraes, que rejeitavam a inconstitucionalidade argüida, nos termos da ata de julgamento que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 1 de fevereiro de 1995 (data do julgamento) — Juiz OLIVEI-

RA LIMA, pres. da sessão — Juíza LUCIA FIGUEIREDO, relatora.

O Sr. Juiz-Presidente: O presente Mandado de Segurança funda-se basicamente na inconstitucionalidade do art. 35, da Lei 7.713, de 22.12.88, assim redigido:

“Art. 35. O sócio-quotista, o acionista ou o titular da empresa individual ficará sujeito ao Imposto sobre a Renda na fonte, à alíquota de 8% (oito por cento), calculado com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base.”

Diz a impetrante que referido artigo acaba por tributar lucro ainda não distribuído aos acionistas, baseando-se, portanto, em mera ficção de disponibilidade de renda. Entende que essa renda somente estará disponível ao sócio na medida em que a sociedade distribuí-la, pagando ou creditando à disposição de cada sócio. Caso assim não fosse, afrontar-se-ia o princípio da autonomia patrimonial, onde há distinção do patrimônio e a vontade dos sócios e da sociedade.

Assim, conclui a impetrante que o art. 35, da Lei 7.713/88 afronta o art. 145, § 1.º da CF, pois não observa a capacidade contributiva dos sócios.

No julgamento encerrado em 12.5.93, considerando que o lucro realizado da pessoa jurídica não tipifica renda para a pessoa física, pois não entra na disponibilidade jurídica imediata dos sócios (art. 202, da Lei 6.404/76), a Turma, por maioria, reconheceu a inconstitucionalidade da palavra “acionista” contida no art. 35, da Lei 7.713/88, por afronta especialmente do art. 153, III do Texto Básico, determinando o encaminhamento do processo para apreciação do Plenário desta Corte, nos termos do art. 441, do CPC e art. 174 do RI, em acórdão desta forma ementado, *verbis*:

“Tributário — Imposto de Renda — Lei 7.713/88. Art. 35 — Inconstitucionalidade — Preliminar de ilegitimidade de parte no que se refere à pessoa jurídica, a empresa, fonte retentora, rejeitada. Pretende-se tributar lucro realizado pela pessoa jurídica e, ainda, não auferido pelo sócio. Legitimidade, pois, da pessoa jurídica, vez que estabelecida relação jurídica entre esta e o Fisco. O conceito de ‘renda’ não pode ser aleatoriamente fixado pelo legislador ordinário, pena de infligir maus-tratos à Constituição. O fato imponível acontecido para pessoa jurídica não pode se estender à pessoa física.

O lucro, realizado pela pessoa jurídica, não significa, necessariamente, renda da pessoa física, quer econômica ou jurídica. Não se concebe tributação de fato futuro e incerto. Inconstitucionalidade do art. 35 da Lei 7.713, de 22.12.88, reconhecida pela maioria, com determinação de encaminhamento ao Plenário nos termos do art. 441 do CPC e 174 do RI desta Corte”.

O Ministério Público Federal, às fls. 174/180, em parecer da lavra do Dr. Coriolano de Góes Neto, opinou pelo acolhimento da presente Arguição de Inconstitucionalidade.

Desta forma, encaminho os autos à V. Exa. para que seja determinada a inclusão em pauta, nos termos do § 1.º, 1.ª parte, do art. 171, do RI deste Tribunal, solicitando a distribuição do presente relatório entre os Juízes componentes da Corte (art. 171, § 1.º, 2.ª parte, do RI/TRF da 3.ª Região), remetendo-se, outrossim, cópia do parecer ministerial.

VOTO — A Exma. Sra. Juíza Lucia Figueiredo (relatora): O fulcro desta arguição é o art. 35 da Lei 7.713/88, que dispõe:

“O sócio-quotista, o acionista ou o titular da empresa individual ficará sujeito

ao Imposto sobre a Renda na fonte, à alíquota de 8% (oito por cento), calculado com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base.”

Discute-se, pois, se o lucro não distribuído aos sócios e tão-somente apurado na pessoa jurídica poderia ser objeto de tributação na fonte “na data de encerramento do período-base”.

O MM. Juiz *a quo*, em sua sentença, fl. 08, entendeu:

“O lucro distribuído aos sócios, sob forma de dividendos, sofre tributação na fonte, a título de antecipação, ou é tributado exclusivamente na fonte (art. 544 do RIR) e, ainda, o valor recebido pelo sócio ou acionista é tributado na cédula ‘F’, na declaração da pessoa física (art. 34). Entretanto, o art. 35 da Lei 7.713/88 traz uma nova hipótese de incidência do IR, que tem com fato gerador, tão-somente, a realização do lucro.”

Começo, pois, por verificar a possibilidade de haver nova hipótese de incidência do Imposto de Renda.

Traga-se à colação para esse mister o magistério de Roque Antônio Carrazza e, ainda, do Min. Luiz Gallotti, também citado por Carrazza.

Começemos com a lição de Roque Carrazza (nota 140, de seu livro *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 4.ª ed., Malheiros, 1993, pp. 341-344):

“(…) Equivocam-se, portanto, os juristas que sustentam que renda, para fins de tributação por via de ‘imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza’ (IR), é tudo aquilo que a lei considera renda, não sendo dado ao aplicador desta mesma lei discutir os critérios por ela levados em conta, ao cuidar do assunto. Em suma, não haveria, para estes estudiosos — que perfilham a chamada teoria da ‘conceituação legalista de renda’ — uma noção constitucional de renda e proventos de qualquer natureza. A matéria gravitaria em torno do prudente arbítrio do legis-

lador federal. A ele, sim, caberia, com total liberdade, definir a hipótese de incidência deste tributo. (...)”

E, ainda:

“A nosso pensar, o conceito de ‘renda e proventos de qualquer natureza’, constitucionalmente abonado, pressupõe ações humanas que revelem mais-valias, isto é, acréscimos na capacidade contributiva (que a doutrina tradicional chama de ‘acréscimos patrimoniais’). Só quando há uma realidade econômica nova, que se incorpora ao patrimônio individual preexistente, traduzindo nova disponibilidade de riqueza, é que podemos falar em ‘renda e proventos de qualquer natureza. (...)”

O Min. Luiz Gallotti, sempre tão citado no voto proferido no Rec. Esp. n. 71.758, também (*apud Carrazza*) observou:

“Se a lei pudesse chamar de compra o que não é compra, de importação o que não é importação, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema tributário” (RT 66/165).

Por isso mesmo, creio, entendeu S. Exa., o juiz *a quo*, encontrar-se diante de nova hipótese de incidência.

É dizer: lucro realizado pela empresa a ser distribuído pelos sócios.

Ora, se assim fosse, estaríamos diante de imposto de competência residual da União e, para este, haveria necessidade de lei complementar, nos termos do art. 154, I. Somente por isso já verificamos a impossibilidade de a Lei 7.713/88 estar criando nova hipótese de incidência. Destarte, deixamos de examinar mais detidamente este aspecto.

Prosseguimos, em conseqüência, na verificação da constitucionalidade do já referido art. 35.

Hugo de Brito Machado, com sua proficiência costumeira e referindo-se especificamente à Lei em comento, afirma:

“É razoável considerar-se desprovida de validade jurídica a exigência de imposto de renda de pessoa física dos sócios de empresa relativamente ao lucro destas que não foi distribuído. O art. 35 da Lei 7.713/88, no que tributa como renda da pessoa física o que não é disponibilidade econômica, nem jurídica, ultrapassa o âmbito desse imposto, pelo que é inconstitucional. (...)”

A questão essencial, neste caso, reside em saber se os sócios adquirem, ou não, a disponibilidade jurídica dos lucros, logo sejam estes apurados pela Sociedade. Em um sistema jurídico que atribui relevância tributária à distinção entre pessoa física, ou natural, e pessoa jurídica, a resposta negativa se impõe” (*Curso de Direito Tributário*, 5.ª ed., Forense, 1992).

Se incursionarmos, ainda, um pouco pelo direito comercial, veremos que razão assiste ao i. tributarista.

A sociedade é pessoa diversa de seus sócios. Ao encerrar seu balanço, o lucro realizado será ou não distribuído aos acionistas, dependendo do que for decidido em assembléia.

Tem-se, ainda, que deixar esclarecido que as participações nos resultados, pagas ou creditadas, podem ser tributadas.

Na primeira hipótese, estar-se-ia dentro do exato conceito do Código Tributário Nacional, do que é renda, disponibilidade econômica do contribuinte, que teve seu patrimônio acrescido. E na segunda, creditados, na esfera da disponibilidade jurídica.

Ocorre que o lucro realizado da pessoa jurídica não tipifica renda para pessoa física. Renda somente existirá na hipótese de existência de disponibilidade econômica ou jurídica.

Não há a falar de disponibilidade jurídica do acionista por força do art. 202 da Lei 6.404/76, que dispõe sobre o dividendo obrigatório.

Deveras, dispõe o *caput* do art. 202:

“Art. 202. Os acionistas têm direito de receber como dividendo obrigatório,

em cada exercício, a parcela dos lucros estabelecida no estatuto, ou, se este for omissivo, metade do lucro líquido do exercício, diminuído ou acrescido dos seguintes valores: (...)”.

Todavia, se há de atentar aos §§ 3.º, 4.º e 5.º, também transcritos:

“(...) § 3.º Nas companhias fechadas, a assembléia-geral pode, desde que não haja oposição de qualquer acionista presente, deliberar a distribuição de dividendo inferior ao obrigatório nos termos deste artigo, ou a retenção de todo o lucro.

§ 4.º O dividendo previsto neste artigo não será obrigatório no exercício social em que os órgãos da administração informarem à assembléia-geral ordinária ser ele incompatível com a situação financeira da companhia. O Conselho Fiscal, se em funcionamento, deverá dar parecer sobre essa informação e, na companhia aberta, seus administradores encaminharão à Comissão de Valores Mobiliários, dentro de 5 dias da realização da assembléia-geral, exposição justificativa da informação transmitida à assembléia.

§ 5.º Os lucros que deixarem de ser distribuídos nos termos do § 4.º serão registrados como reserva especial e, se não absorvidos por prejuízos em exercícios subsequentes, deverão ser pagos como dividendo, assim que o permitir a situação financeira da companhia.”

Quero, pois, enfatizar que o lucro realizado pela pessoa jurídica, mesmo diante da figura do art. 202 da Lei 6.404/76, não entra na disponibilidade jurídica imediata dos sócios.

O mestre Waldírio Bulgarelli, em seus *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 1978, p. 52 e ss., averba:

“(...) A doutrina dominante considera o direito aos lucros sociais (direito patrimonial, essencial) como um direito a participar dos resultados positivos e

não especificamente o de ver distribuídos os lucros, portanto, ao dividendo (...).

Trata-se, portanto, de um direito que se apresenta com duas facetas básicas: uma abstrata, ou seja, o direito aos lucros sociais; uma concreta, ou seja, o direito ao dividendo deliberado.

Dáí que se aponta a sua sujeição a duas condições: uma suspensiva, que é a efetiva existência dos lucros, decorrente da sua apuração em balanço aprovado; e outra resolutiva, ou seja, que a assembléia não distribua esse lucro de maneira diversa, remetendo-o para reservas (...).

Trata-se, portanto, de um direito condicionado a dois fatores: 1) a existência efetiva de lucros, de acordo com balanço aprovado; 2) a deliberação da assembléia-geral decidindo a sua distribuição, ou o mandamento estatutário nesse sentido (...).

Tem-se, portanto, assim, de um lado a apuração dos lucros, e de outro, a disciplina da destinação desses lucros.

A Lei 6.404 não fugiu a essa tendência, disciplinando o balanço (com as demonstrações necessárias — arts. 176 e ss.), as reservas (arts. 193 e ss.) e fixando a competência da assembléia-geral ordinária (art. 132), para deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos (...).

Além, portanto, dos casos em que a assembléia-geral pode deliberar a não-distribuição de dividendos (companhias fechadas, desde que não haja oposição de qualquer acionista presente, art. 202, § 3.º, ou em todas as companhias, desde que, no exercício social, os órgãos de administração informem à assembléia-geral ser incompatível com a situação da companhia, art. 202, § 4.º), pode-se verificar a hipótese prevista acima de a assembléia-geral destinar os lucros a reservas para contingências ou lucros a realizar, ou reter os lucros, ou então não

serem distribuídos, pela sua absorção pelas reservas estatutárias."

Rubens Requião, citado em nota de rodapé por Bulgarelli (p. 57), assevera:

"Só assim poderíamos compreender a afirmação de que a sociedade anônima é uma instituição que, uma vez criada, se deve reger não mais por regras contratuais personalistas, mas por regras éticas de superior comportamento moral. Pode-se, assim, compreender melhor, posta a questão nesses termos, teorias modernas, sustentadas por alguns autores, entusiasticamente acolhidas por executivos, dos conselhos de direção, de que a empresa, atividade exercitada pela sociedade, deve atender primeiro aos seus próprios interesses de preservação e desenvolvimento, a serviço da coletividade, para só depois se preocupar com os interesses egoísticos de seus acionistas" (*A Sociedade Anônima como Instituição*, in *Rev. Dir. Mercantil*, Nova Fase, n. 18, 1975, p. 28).

Comentando Luiz Gastão Paes de Barros Leães, afirma que este:

"adere (...) à concepção de Pontes de Miranda, dos direitos expectativos, ou seja, o direito a adquirir direito. Considera assim, o direito do acionista ao dividendo como 'direito expectativo (*spes debitum ire*): em havendo lucro, fixado pelo balanço de exercício, e determinados a assembléia-geral, o *quantum* e a maneira de sua distribuição (caso os estatutos já o não tenham feito), deixa de haver direito expectativo para nascer o direito expectado ao dividendo".

Entretanto, consta do acórdão lavrado pelo em. Juiz José Delgado, do Tribunal Regional Federal da 5.ª Região, a seguinte assertiva que se repete na inteireza do voto:

"O lucro, uma vez apurado, encontra-se na esfera de disponibilidade jurídica dos sócios, que lhe definirão o destino, portanto, a tributação neste instante não ofende a regra do art. 43 do CTN."

Ora, a assertiva feita seria de prevalecer se o art. 202 já referido obrigasse à distribuição de todo lucro como dividendo obrigatório. De conseguinte, a hipótese de incidência criada, lucro líquido apurado, não se compadece da sistemática da lei das sociedades anônimas.

O lucro realizado pela pessoa jurídica não se encontra, na hipótese, na disponibilidade jurídica do acionista.

A propósito do tema, citamos os seguintes arestos, ora dando pela inconstitucionalidade do dispositivo em testilha, ora pela constitucionalidade, como o acórdão já citado acima:

Pela constitucionalidade:

“Tributário — Imposto de Renda — Pessoa jurídica — Lucro sócio-quotista — Retenção na fonte — Lei 7.713/88, art. 35 — Constitucionalidade.

Sendo o fato gerador do imposto de renda a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos, inclusive os acréscimos patrimoniais (CTN, art. 43), o mesmo se configura na hipótese de apuração de lucro líquido pela pessoa jurídica, no tocante aos seus sócios-quotistas ou acionistas.

Para efeito de tributação do imposto de renda, bem como a sua retenção na fonte, na forma prevista no art. 35 da Lei 7.713/88, é irrelevante o fato de ser o lucro líquido distribuído aos sócios ou reinvestido na empresa. Precedentes. Improvimento do Recurso de Apelação” (TRF da 1.ª Região, 4.ª Turma, AC n. 93.01.08059-1-MG, Rel. Juiz Leite Soares, j. 25.4.94, unânime, DJ 2, de 9.5.94, p. 21.439).

“Tributário — Imposto de Renda — Art. 35 — Lei 7.713/88.

A sujeição do sócio ao imposto de renda, na fonte, à alíquota de 8% (oito por cento), calculado com base no lucro líquido apurado pela pessoa jurídica, sobre

não ofender o princípio constitucional da capacidade contributiva, é compatível com o CTN — art. 43. Apelação improvida” (TRF da 1.ª Região, 3.ª Turma, AMS n. 92.01.28484-5-MG, Rel. Juiz Fernando Gonçalves, j. 28.3.94, unânime, DJ 2, de 9.5.94, p. 21.435).

“Tributário — Imposto de Renda — Retenção quando da apuração do lucro líquido (Lei 7.713/88).

Validade. Uso do permissivo do parágrafo único do art. 45 do CTN. Apelo improvido” (TRF da 5.ª Região, 3.ª Turma, AC n. 94.05.15018-9-RN, Rel. Juiz Lázaro Guimarães, j. 16.6.94, por maioria, DJ 2, de 5.8.94, p. 4.180).

Pela inconstitucionalidade:

“Tributário e constitucional — IR — Sócios, acionistas ou titulares de empresa individual — Lucro líquido não distribuído — Lei 7.713/88, art. 35 — Inconstitucionalidade.

O Plenário desta Corte reconheceu a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei 7.713/88 (AIAMS 91.04.04947-0-RS). Apelação e remessa improvidas” (TRF da 4.ª Região, 3.ª Turma, AMS n. 94.04.17018-6-RS, Rel. Juíza Tânia Escobar, j. 31.5.94, unânime, DJ 2, de 20.7.94, p. 38.557).

“Tributário — Imposto de Renda — Tributação do sócio-quotista pelo lucro líquido da pessoa jurídica independentemente de sua distribuição — Lei 7.713/88, de 1988 (art. 35).

O fato gerador do imposto de renda é o acréscimo patrimonial mais a respectiva disponibilidade, de modo que o quotista não está sujeito a pagar esse tributo pelo lucro da sociedade antes da distribuição deste. Precedente do Plenário. Apelação e Remessa ‘Ex-Offício’ improvidas” (TRF da 4.ª Região, 1.ª Turma, AS n. 94.04.16342-2-RS, Rel. Juiz Ari Pargendler, j. 28.6.94, unânime, DJ 2, de 20.7.94, p. 38.501).

“Constitucional — Tributário — Imposto de Renda sobre lucro líquido não distribuído ao sócio ou acionista.

É inconstitucional o art. 35 da Lei 7.713, de 22.12.88 (Incidente de Inconstitucionalidade na AMS n. 91.04.04947-0). Sentença mantida" (TRF da 4.ª Região, 2.ª Turma, AMS n. 93.04.11057, Rel. Juiz Teori Albino Zavascki, j. 13.5.93, unânime, DJ de 21.7.93, p. 28.667).

"Tributário — Imposto de Renda sobre o lucro líquido — Lei 7.713/88, art. 35 — CTN, art. 43.

O art. 35, da Lei 7.713/88, é desprovido de validade jurídica porque contraria o art. 43, do CTN, posto que do fato de apurar a pessoa jurídica o seu lucro não decorre aquisição de disponibilidade econômica, nem jurídica, para seus sócios. Apelação provida" (TRF da 5.ª Região, 1.ª Turma, AMS n. 94.05.03720-0-CE, Rel. Juiz Hugo Machado, j. 17.3.94, unânime, DJ 2, de 15.7.94, p. 37.938).

"Tributário — Imposto de Renda — Pessoa jurídica — Adicional de 8% sobre o lucro não distribuído — Lei 7.713/88.

A Lei 7.713/88, ao tributar a pessoa física sobre lucro que ainda não se encontra na sua esfera de disponibilidade, viola frontalmente o CTN.

A tributação incidente sobre a pessoa física decorre necessariamente de um acréscimo patrimonial do sócio, o que não ocorre antes da distribuição dos lucros. Inexistindo acréscimo patrimonial, incorre o fato gerador do IR, impossibilitando, em consequência, a cobrança da exação. Provimento do Recurso" (TRF da 5.ª Região, 1.ª Turma, AMS n. 93.05.21702-AI, Rel. Juiz Rivaldo Costa, j. 4.3.93, DJ de 7.5.93, p. 16.820).

Posto isso, pelo meu voto, reconheço a inconstitucionalidade do art. 35, da Lei n. 7.713, de 22.12.88, no que tange aos "acionistas", única matéria examinada, pois não se compadece com a Constituição de 1988, especialmente com o art. 153, III do texto básico, por

inexistir renda disponível para pessoa física, nem econômica nem juridicamente.

Deve ser suprimido, portanto, do mencionado art. 35, o vocábulo "acionistas".

É o voto.

RETI-RATIFICAÇÃO DE VOTO —

Em virtude de erro material, reti-ratifico meu voto para que, onde se lê "acionistas", leia-se "o acionista".

Desta forma, a parte dispositiva de meu voto fica assim redigida:

"Posto isso, pelo meu voto, reconheço a inconstitucionalidade do art. 35, da Lei 7.713, de 22.12.88, no que tange ao acionista, única matéria examinada, pois não se compadece com a Constituição de 1988, especialmente com o art. 153, III do texto básico, por inexistir renda disponível para pessoa física, nem econômica nem juridicamente.

Deve ser suprimido, portanto, do mencionado art. 35, a expressão 'o acionista'." Lúcia Figueiredo.

COMENTÁRIO

1. A decisão e seus fundamentos

A decisão do Tribunal Federal Regional da 3.ª Região transcrita acima versa sobre a tributação sobre o lucro líquido das pessoas jurídicas criada pelo art. 35 da Lei 7.713, de 22.12.88, nos seguintes termos:

"Art. 35. O sócio quotista, o acionista ou o titular de empresa individual ficará sujeito ao Imposto de Renda na fonte, à alíquota de 8% (oito por cento), calculado com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data de encerramento do período-base."

Esse tributo era impropriamente declarado como incidente na fonte, embora incidisse independentemente de distribuição efetiva de lucros aos contribuin-

tes descritos no artigo anteriormente referido. O tributo deixou de ser cobrado em relação a lucros apurados a partir de 1.º.1.93, por força do art. 75 da Lei 8.383, de 20.12.91, sendo que a decisão aqui versada se refere a lucros anteriores a tal termo.

No Acórdão em questão, discutiu-se a possibilidade de cobrança do tributo em relação a sociedades anônimas, concluindo-se por sua inconstitucionalidade em relação aos acionistas delas.

Para perfeita compreensão da decisão é preciso entender que o legislador procurou tributar não a sociedade geradora do lucro, mas seu acionista, ao qual era imputado porcentual do lucro líquido igual ao porcentual de sua participação na sociedade, independentemente de efetiva distribuição dos resultados. Em virtude da possibilidade de não ter havido distribuição do lucro ao acionista, e eventualmente de não dispor este de capacidade patrimonial para arcar com o tributo, o mecanismo de arrecadação escolhido era exigir o tributo da própria sociedade distribuidora. Para explicar e justificar isso, o legislador classificou o tributo criado como incidente na fonte, o que constitui em termos estritos um erro: de fato, não há tributação na fonte pagadora porque o Imposto sobre o Lucro Líquido (ILL), como passou a ser chamado, era cobrado mesmo em relação à parte do lucro líquido da sociedade não paga aos acionistas, mas retida para absorção de prejuízos ou constituição de reservas.

O voto da relatora, Exma. Sra. Juíza Lucia Figueiredo, partiu do pressuposto de que o Código Tributário Nacional, com apoio na Constituição Federal, permite em seu art. 43 a incidência de Imposto de Renda apenas em caso de “aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda e proventos de qualquer natureza”, como mais abaixo discutiremos pormenorizadamente. Em

vista disso, a relatora mostrou que o lucro declarado por companhia no balanço de encerramento do exercício social, nos termos do art. 202 da Lei 6.404, de 15.12.76 (Lei das S/A), não é posto à disposição dos sócios, total ou parcialmente, citando para fundamentar sua interpretação longo extrato doutrinário extraído dos *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas* de Waldírio Bulgarelli.¹

Com base em tais fundamentos, bem como em outras citações doutrinárias de menor impacto, conclui a relatora pela inconstitucionalidade do art. 35 da Lei 7.713/88, na parte em que sujeita a tributação o acionista de sociedade anônima, no que foi acompanhada pela maioria dos integrantes do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região reunidos em sessão plenária.

A decisão tomada é a nosso ver inteiramente acertada, consagrando em sede jurisprudencial a conclusão que derivaria necessariamente de estudo aprofundado da doutrina tributária. No campo societário, consagra princípio de separação patrimonial da maior importância, cuja abrangência verdadeira deve ser analisada com base na teoria institucionalista da empresa. Acreditamos que esses dois pontos merecem desenvolvimento mais pormenorizado, e passaremos a isso nos itens que seguem.

Cumpramos frisar que essa decisão foi ratificada no Recurso Extraordinário n. 172.058-2 pelo Supremo Tribunal Federal reunido em sessão plenária na data de 30.6.95.²

1. Waldírio Bulgarelli, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 1978. pp. 52 e ss.

2. Conforme relatório do escritório brasileiro Advocacia Guerra de Andrade S/C, datado de 30.6.95, não se encontrando o resultado do julgamento publicado e o acórdão respectivo redigido quando da redação destes comentários.

2. Impossibilidade legal de tributação de rendimentos não realizados

A decisão analisada impediu que recaísse tributação para o acionista sobre lucros retidos pela sociedade. A perfeita compreensão do acerto de tal posicionamento pressupõe que nos aprofundemos sobre os pressupostos da tributação pelo Imposto de Renda.

Nos termos do art. 153, inc. III da Constituição Brasileira fica a União intitulada a instituir imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

Dois teorias se põem para precisar o exato conceito de renda: a teoria do fluxo e a do acréscimo patrimonial.

A teoria da renda como fluxo corresponde ao conceito clássico e à noção geralmente aceita. Segundo tal teoria, constitui renda o valor dos bens e serviços que fluem para determinada pessoa num dado período de tempo, podendo-se computar em tais valores os serviços que um indivíduo presta diretamente a si mesmo em decorrência de sua atividade. Um destacado defensor dessa teoria foi o célebre economista americano Irving Fischer³ para quem renda é “o valor monetário do fluxo de serviços percebidos pelo indivíduo durante um certo período de tempo”. O termo serviços é usado por Fischer em seu sentido antes econômico do que jurídico, já que abrange segundo o autor não só prestações pessoais de terceiros como vantagens decorrentes de direitos reais sobre móveis e imóveis. Também Hewett⁴ teve percepção semelhante sobre a natureza da renda, definindo-a como o “fluxo de bens ou serviços percebidos por qualquer indivíduo du-

rante um período de tempo e disponível para utilização depois da dedução dos custos necessários da aquisição”.

Em oposição à teoria acima, surgiu simultaneamente a ela corrente que encara a renda como o acréscimo patrimonial de uma dada pessoa em determinado período, independentemente de fluxo de recursos. O cerne de tal concepção é refletido com precisão nas palavras de Henry Simons:⁵

“A renda pessoal pode ser definida como a soma algébrica de 1) o valor de mercado dos direitos exercidos para consumo, e 2) a modificação do valor do estoque de direitos de propriedade entre o princípio e o fim do período em questão”.

Do trecho acima citado fica claro o principal traço diferenciador entre as duas teorias. A teoria da renda como fluxo exclui do conceito o aumento de valor patrimonial de ações e participações societárias em geral em virtude da retenção de lucros não distribuídos, enquanto não realizado seu valor por falta de alienação, já que até esse momento inexistirá fluxo. Já a corrente que equipara a renda ao acréscimo patrimonial incluiria na noção de renda os ganhos não realizados com a valorização das ações e participações societárias.

O conceito teórico da renda como fluxo é na verdade o único aceitável, representando a concepção clássica e a aceção comum e econômica da palavra. A tentativa de sua ampliação de forma a abranger os acréscimos patrimoniais não realizados é que determinou o surgimento de teorias alternativas (como a do acréscimo patrimonial). Isso é bem demonstrado por José Luis Bulhões Pedreira,⁶ para quem o conceito da

3. “The nature of Capital and Income”, New York, 1906, “Encyclopaedia of Social Sciences”, no verbete “Income”.

4. “The Definition of Income and its Application in Federal Taxation”, 1925, pp. 22-23.

5. “Personal Income Taxation”, Chicago, 4.ª ed., 1962.

6. “Imposto de Renda”, Justec Editora Ltda., 1971, item 2.11 (14).

renda como acréscimo patrimonial é artificioso, partindo seus defensores “de posição preconcebida sobre quais os itens que devem ser incluídos na renda pessoa tributável, e depois procuram formular posição que compreenda esses itens e, ao mesmo tempo, exclua aqueles que no seu modo de entender não devem ser computados na determinação da renda pessoal”.

O repúdio econômico à teoria da renda como acréscimo patrimonial é seguido por idêntico repúdio na legislação brasileira. Nesses termos dispõe o art. 43 do Código Tributário Nacional que o fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade jurídica sobre renda, definida como o produto do capital, do trabalho ou de ambos, bem como sobre proventos, abrangendo outros acréscimos não compreendidos no conceito de renda. É óbvio inexistir disponibilidade, quer econômica, quer jurídica, de renda ou proventos em relação a ganhos não realizados, pois seu valor definitivo não é conhecido até o momento da obtenção de eventual lucro na alienação, na medida em que sujeito às variações do mercado. Além disso, o ganho não pode ser tido como realizado por não ser ainda passível de qualquer utilização pelo contribuinte, como lembra Alcides Jorge Costa.⁷

7. “Imposto sobre a Renda — A aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica como seu fato gerador. Limite de sua incidência”, in *Revista de Direito Tributário*, n. 40, p. 105:

“Cabe, portanto, indagar o que é disponibilidade antes de perguntar-se o que significa “econômica” e “jurídica”. Disponibilidade é a qualidade do que é disponível. Disponibilidade é aquilo de que se pode dispor. E entre as diversas acepções de dispor, as que podem aplicar-se à renda são: empregar, aproveitar, servir-se, utilizar-se, lançar mão de, usar. Assim, quando se fala em aquisição de disponibilidade de renda deve entender-se aquisição de renda que pode ser empregada, aproveitada, utilizada etc.

Em vista disso, fica patente que o objetivo do Código Tributário Nacional foi excluir o conceito de renda baseado no simples acréscimo patrimonial, que tributaria o ganho não realizado sobre o qual não se tem disponibilidade, para esposar a teoria da renda como fluxo. Essa teoria, como já foi visto, repudia que seja considerado renda o simples aumento do valor de mercado de determinados bens como ações ou participações em sociedades que retiverem lucros, antes de sua realização, até porque nesses casos inexistirá transferência (fluxo de recursos) em favor do titular do patrimônio valorizado, como aliás afirma José Luiz Bulhões Pedreira.⁸ Isso entretanto é o que o art. 35 da Lei 7.713/88 pretendeu fazer em relação a lucros societários não sujeitos a distribuição efetiva, mas apenas apurados em balanço. Nesse caso, os referidos dispositivos optaram por tributar o ganho ainda não

Parece importante essa conceituação inicial pois ela afasta, desde logo, a tributação da renda virtual ou ainda não realizada. Assim, a valorização de imóveis não pode ser tributada senão quando a renda dela decorrente possa ser utilizada, empregada etc., o que só acontece quando ela deixar de ser virtual e se torna efetiva, como numa alienação de imóvel. Ou, em se tratando de sociedade, através de uma reavaliação, em que a disponibilidade ocorre indiretamente, através das ações que o acionista recebe gratuitamente.”

8. Op. cit., item 12.11 (20):

“Pelos mesmas razões, acreditamos que não se ajusta ao conceito constitucional de renda o aumento de valor de patrimônio resultante da compra de bem por preço inferior ao seu valor. O aumento de valor do patrimônio, nesta hipótese, não tem origem em renda percebida e poupada, mas decorre de nova avaliação do bem adquirido. Enquanto o ganho de capital não for realizado pela disposição da coisa, essa diferença de valor não constitui parte da renda do contribuinte. Sem a alienação do bem, que causa a transferência de renda do adquirente para o alienante, não há renda sobre a qual possa recair o tributo.”

realizado, meramente potencial e ainda incerto, em flagrante violação ao conceito teórico de renda adotado pelo art. 43 do Código Tributário Nacional.

A impossibilidade de tributação de ganhos não realizados tem também sido afirmada pela doutrina estrangeira, principalmente italiana, a partir de outro prisma. O destaque da riqueza de sua fonte produtiva (ou seja, sua realização) é considerado um pressuposto da própria formação da renda. Nos termos em que a questão foi colocada por Luigi Nascimento,⁹ a realização faz parte da produção da renda, que não se pode considerar produzida se não é realizada. Isso implica afirmar que só pode existir renda ao final de uma operação produtiva completa, e não ao final de cada uma das fases parciais de que ela compõe.¹⁰ Tal princípio é reconhecido igualmente pela doutrina e jurisprudência, tendo uma sentença da Comissão Central, em sessão conjunta, determinado que para que haja renda realizada e tributável deve-se verificar a existência de uma dada operação produtora de riqueza em fase terminal e conclusiva.¹¹ Confrontando-se tais princípios com a modalidade de tributação de lucros vigente nos termos do art. 35 da Lei n. 7.713/88, pode-se concluir que as disposições legais visam a tributar o ganho do sócio ou acionista antes que ele se destaque da fonte que o produziu, no caso a sociedade que apurou os lucros. Isso implica surpreender no meio a operação que pode produzir a renda. Tal operação é de natureza complexa e deve

ser entendida em sua inteireza, iniciando-se com o investimento societário e terminando somente quando cada parcela de lucros respectiva ao investimento é paga ao acionista ou sócio. Por causa disso, não tem nenhum sentido e interrompe no meio uma operação produtiva a pretensão do fisco de tributar “na fonte” rendimentos não distribuídos aos sócios.

Cumpra ainda chamar a atenção para o princípio da capacidade contributiva, enunciado pelo art. 145, § 1.º, da Constituição Federal nos seguintes termos:

“Art. 145 (...).

§ 1.º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade do contribuinte...”.

A doutrina é unânime em julgar que o qualificativo “sempre que possível” refere-se ao caráter pessoal dos impostos, sendo que o respeito ao princípio da capacidade contributiva é devido de forma incondicionada.¹²

No mais, a importância do princípio da tributação segundo a capacidade contributiva é igualmente ressaltado no Direito Comparado. Nesse sentido, é encarada por autores como Dino Jarach e Griziotti como a própria causa justificadora da tributação,¹³ no sentido de que representa a razão por que determinado fato material foi escolhido pela

9. “Il Reddito nella Scienza delle Finanze e nel Diritto Tributario Italiano”, Milão, 1953, p. 159.

10. Princípio reconhecido por L. V. Berliri em seu artigo “Appunti sul Concetto di Reddito”, in “Riv. It. di Diritto Finanz.,” 1939, I, 9.

11. Dec. de 9.11.46, n. 85.001, seguido de extensa linha no mesmo sentido.

12. Veja-se nesse sentido Ives Gandra da Silva Martins, *Sistema Tributário na Constituição de 1988*, São Paulo, 1989, pp. 76-78 e Hugo de Brito Machado, *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*, São Paulo, 1989, pp. 52-54.

13. Veja-se nesse sentido Dino Jarach, *O Fato Imponível*, trad. de Dejalma de Campos, São Paulo, 1989, pp. 99 e ss. e B. Griziotti, *Riflessioni di Diritto Internazionale, Politica, Economia e Finanze*, Pavia Treves, 1936, pp. 17-18.

legislação tributária como passível de desencadear a obrigação tributária. No caso do Imposto de Renda, o respeito à capacidade contributiva se traduz na regra do art. 43 do Código Tributário Nacional de que só pode ser tributada a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica, já que só tal disponibilidade revela a existência de capacidade contributiva.

A tributação dos lucros não distribuídos, entretanto, desprezou completamente o princípio, na medida em que passa a determinar a tributação sobre meras expectativas de ganho futuro, que de forma alguma revelam capacidade contributiva. Prova disso é que a pretensão do fisco recairá sobre contribuinte que ainda não adquiriu disponibilidade dos meios financeiros que lhe permitiriam pagar o tributo, podendo-se chegar ao absurdo de ser ele obrigado a alienar em momento desfavorável suas ações ou participação societária para quitar suas obrigações tributárias, apurando prejuízo ao invés de lucro, como ressalta Klaus Tipke.¹⁴ Por mais esta razão ainda fica demonstrado ser a tributação pelo ILL dos lucros não distribuídos totalmente inconstitucional.

3. Acionista, lucro e institucionalização da empresa

O não-preenchimento dos requisitos de tributação discutidos no item 2 fica claro em vista do liame algo tênue que liga o dividendo declarado e o acionista que seria pretensamente seu titular, assunto que o acórdão desenvolve pormenorizadamente, a partir do art. 202 e respectivos parágrafos da Lei das S/A.

Nos termos do referido dispositivo, impõe-se dividendo mínimo obrigatório

de 50% do lucro líquido da companhia em caso de omissão do estatuto. Quanto ao estatuto, poderá diminuir esse limite, chegando mesmo a valor ínfimo, de acordo com a doutrina,¹⁵ desde que o faça em caráter originário, pois em caso de alteração estatutária em relação a estatuto omissivo, o dividendo mínimo não será inferior a 25%. Mais do que isso, na companhia fechada a assembléia geral poderá, não havendo oposição dos acionistas presentes, deliberar a distribuição de dividendo inferior ao obrigatório ou mesmo a retenção de todo o lucro. Mais ainda, a distribuição de dividendos em companhias aberta e fechada não é obrigatória sempre que os órgãos de administração informarem à assembléia geral ordinária a incompatibilidade de tal procedimento com a situação financeira da companhia.

Todas essas regras mostram claramente que a simples apuração do lucro societário pela sociedade anônima não implica disponibilidade dos recursos para o acionista, pois normalmente apenas o dividendo mínimo estaria a eles assegurado, o qual pode estar estatutariamente fixado em bases ínfimas. Mesmo o referido dividendo mínimo pode ser subtraído à disponibilidade dos acionistas, em caso de ser seu pagamento incompatível com a situação financeira da sociedade distribuidora.

É essa realidade que é muito bem traduzida pelo extrato da obra de

15. Nesse sentido veja-se Modesto Carvalhosa e Nilton Latorraca, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 5, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 120; e Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, v. 2, São Paulo, José Buschatsky, Editor, 1979, pp. 591-592. Em nosso entender, não há qualquer impedimento a que o estatuto preveja expressamente a inexistência de dividendo mínimo.

14. "Steuerecht", Colônia, 1987, 11.ª ed., pp. 268 e ss.

Waldírio Bulgarelli trazida à colação pela relatora, dividindo em duas facetas o direito do acionista aos lucros sociais: a primeira abrange o direito de beneficiar-se de lucros que venham a ser gerados, a segunda o direito eventual aos dividendos declarados. Cada uma dessas facetas sujeita-se a diferentes condições, no primeiro caso “a existência efetiva de lucros, de acordo com o balanço aprovado”, e no segundo “a deliberação da assembléia geral decidindo a sua distribuição”, no dizer de Bulgarelli.

Assim sendo, fica claro que só a existência de lucro nada atribui ao contribuinte em termos concretos quanto a disponibilidade de renda tributável, pendente ainda a deliberação assemblear, raciocínio este que serviu de supedâneo ao Acórdão comentado.

A possibilidade de retenção de lucros gerados, que é reconhecida na lei acionária, deve ser vista como parte da visão institucionalista da empresa, que considera a empresa como estrutura básica da sociedade cujos interesses são dignos de proteção em certa medida independente dos direitos dos sócios. De fato, admitir a possibilidade de retenção de lucros excedentes ao dividendo mínimo, bem como impedir distribuições em caso de isso atender à situação financeira da companhia, são normas tipicamente inspiradas pela concepção institucionalista, que aconselha a preservação da atividade produtiva mesmo com algum sacrifício dos sócios do empreendimento. Nesse ponto, faz sentido coligir as observações sobre o assunto do mesmo Waldírio Bulgarelli cuja doutrina inspirou o Acórdão:

“Tem sido no âmbito das sociedades anônimas que o problema dos interesses convergentes na empresa e a sua responsabilidade social têm merecido maior realce e por essa via se abriu o caminho

para uma tomada de consciência sobre o tema geral da responsabilidade da empresa.

É consabido que a questão do aparecimento da empresa, na economia moderna, se apresenta com aspecto correlato, diretamente aparentado ao fenômeno idêntico ocorrido, em geral, com as sociedades por ações; estas, as criadoras e mantenedoras daquela, mercê do seu regime jurídico, consideradas verdadeiras máquinas jurídicas, no dizer de Ripert, de captação de recursos no mercado, a tal ponto que a problemática de ambas, não raro tem sido confundida.

Foi de tal maneira espantoso o crescimento das companhias neste século que, sobretudo, no campo das empresas de maior porte, verdadeiros gigantes, chamadas por isso mesmo de macroempresas, acabou por se verificar uma separação entre a propriedade e o controle, conforme puseram em evidência, pioneiramente, Berle e Means, gerando entre outros problemas, o da proteção dos interesses dos acionistas minoritários.

A) A importância que assumiram essas empresas geradoras de produção, tributos e empregos, implicou na cogitação da existência de um interesse superior, seu, próprio, em relação ao interesse dos acionistas e dos credores, de que se fizeram intérpretes as teorias institucionalistas, principalmente, as alemãs, de W. Rathenau (*Unternehmen an sich*), de O. V. Gierke (*Person in sich*) e de Haussmann, cuja essência, apesar das divergências entre elas, está na admissão de um interesse superior da empresa.

O momento culminante do aparecimento dos interesses da empresa perante o interesse dos acionistas, surge, na prática, entre outras, por ocasião da distribuição dos lucros da companhia, apresentando-se então a opção de destiná-

los ao pagamento dos dividendos ou para as reservas, em função das necessidades da empresa.

Foram, na época imediata que precedeu à Primeira Guerra Mundial, muito comentadas as posições tomadas em relação ao dilema do autofinanciamento ou da distribuição dos lucros. Lembremos de que a Walther Rathenau é atribuída a paternidade da posição do privilegiamento da empresa, em detrimento até mesmo dos interesses dos acionistas, no que teve uma série de seguidores. Fez fortuna, nessa linha, a afirmação atribuída a um administrador da Norddentsschen Lloyde, de que: “a finalidade da sua empresa não era distribuir lucro aos acionistas, mas, de fazer os barcos navegarem no Reno”, a qual deu ensejo até a uma formosa polêmica, na qual se sobressaiu o agudíssimo estudo de A. Asquini, *I batteli del Reno*.

Essas doutrinas acabaram por perder, com o tempo, muito do seu vigor, e hoje não se exageraria afirmando que acabou por se verificar uma espécie de ajustamento, de um lado, reconhecendo-se o mérito das correntes institucionalistas quando põem em destaque o fato de as companhias constituírem um verdadeiro núcleo social sobre o qual incidem diversos tipos de interesses a que é preciso atender, e que devem sobreviver à vidas dos seus membros, e por outro, reconhecendo-se também o postulado da tese contratualista de que é preciso atender os interesses dos acionistas na busca do lucro.

As discussões sobre o chamado interesse da empresa em si, o interesse da sociedade e o interesse egoístico dos acionistas, foram superadas pela identificação de um interesse social, que certamente não é superior ou independente aos dos acionistas nem representa a mera somatória dos seus interesses egoísticos, mas que diz respeito a um

interesse geral e que sem dúvida desborda para a conservação e desenvolvimento da empresa.

Nessa linha é que caminhou a nossa Lei das Companhias (6.404, de 15.12.76), procurando conciliar os interesses dos acionistas com o interesse social, na área da distribuição de dividendos (art. 202), no campo das reservas (arts. 193 e ss.), assim como no exercício do direito de voto (art. 115), sem descuidar de prever uma série de medidas de proteção aos minoritários”.¹⁶

Nesse ponto, poder-se-ia cogitar da legitimidade de aplicação do ILL a sociedades outras que não as anônimas. Aqui é útil a reflexão de que a teoria institucionalista é proposta em relação a quaisquer empresas, conduzidas por sociedades anônimas ou por quaisquer outros tipos de sociedades. Isso recomendaria a aplicação a todas estas da consideração de que o lucro apurado não gera disponibilidade para o sócio antes de distribuído, pois de fato em todas estas sociedades seria plenamente legítima a retenção de resultados para atender, por exemplo, a peculiaridades da situação financeira do negócio. Tais peculiaridades poderiam ser a necessidade de retenção de lucros para fazer frente a novos investimentos, para prevenção contra despesas ou contingências futuras etc. A retenção de lucros seria nessas hipóteses, e muitas vezes de fato é, decidida pelos sócios com vistas a preservação da empresa. Mais ainda poder-se-ia mesmo admitir a hipótese de um deles impor sua vontade aos demais, valendo-se para tanto da Justiça, com base na teoria institucionalista. Argumentos para tanto não faltariam, entre os quais o fato de que o art. 116 da Lei das S/A estabelece para o acionista

16. Waldírio Bulgarelli, *A Teoria Jurídica da Empresa*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985, pp. 276-281.

controlador a obrigação de atender os interesses da totalidade dos acionistas, da comunidade em que atua e dos trabalhadores. Tais princípios de base institucionalista são aplicáveis às sociedades por quotas de responsabilidade limitadas por força do art. 18 do Decreto 3.708, de 10.1.1919, e por analogia às demais sociedades.¹⁷

17. A decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 172.058-2 (ver nota 2 acima) parece reconhecer isso estendendo a inconstitucionalidade do ILL em tese a sociedades por quotas que, no plano dos fatos, retenham efetivamente por disposição contratual parte dos lucros.

4. Conclusão

A decisão comentada tem fundamentos sólidos e promove a justiça fiscal no sentido de impedir a tributação de lucros não realizados pelos contribuintes. Sua importância ultrapassa entretanto o plano estritamente fiscal, constituindo análise jurisprudencial baseada em doutrina sólida a respeito do liame jurídico que liga o acionista ao lucro da companhia. Não menos importante, trata-se ainda de uma tradução jurisprudencial da visão institucionalista da empresa, que considera a sociedade dotada de interesses distintos dos de seus sócios, os quais podem mesmo justificar a retenção de lucros.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

A SOCIEDADE UNIPESSOAL

(Calixto Salomão Filho, Ed. Malheiros, S. Paulo, 1995, pp. 242)

WALDÍRIO BULGARELLI

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP

Mais uma tese acadêmica vem de ser publicada em livro; esta, entretanto, da maior qualidade, abordando o tema das Sociedades Unipessoais, pouco versado em nosso meio jurídico. Vale lembrar que desde o trabalho extraordinário de Sylvio Marcondes, datado de 1956, sob o título: *Limitação da Responsabilidade de Comerciante Individual*, poucas foram as obras editadas a respeito, verificando-se quando muito referências esparsas e episódicas, e note-se, mesmo depois que a Lei 6.404/76 consagrou legislativamente as Subsidiárias Integrais que se caracterizam por serem sociedades unipessoais.

Vê-se, assim, que o lugar comum utilizado costumeiramente para elogio de alguma obra, qual seja o de “que vem preencher uma lacuna”, neste caso, pela qualidade da pesquisa, pela profundidade das reflexões e pela acuidade da visão crítica, alcança a integridade do “topo” acima.

Enfocando o tema sobre três aspectos que não se distanciam mas se interligam, o Autor soube bem examinar as peculiaridades da Sociedade Unipessoal: vê-

a, assim, por primeiro, na fronteira do Direito Societário, para passar a examiná-la como forma organizativa da pequena e média empresa, culminando com o exame da sociedade unipessoal como forma organizativa dos grupos.

Não seria demais aqui, enfatizar que a esse plano da obra, corresponde uma pesquisa séria e ampla e um tratamento retórico preciso; sendo de ressaltar também a linguagem escorreita e discurso leve do Autor, o que torna a obra agradável de se ler.

Cabe encerrar esta notícia, com duas observações do Prof. Fábio K. Comparato que prefaciou a obra:

“O autor realizou criteriosa pesquisa de direito comparado e não hesitou em sair do campo estritamente dogmático para perquirir as funções exercidas pela sociedade unipessoal na economia hodierna.”

“Oxalá tivéssemos sempre, em nossa Faculdade, teses de livre-docência — e até de titularidade — tão solidamente construídas quanto esta tese de doutoramento.”

NOTICIÁRIO

NOTICIÁRIO DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COMERCIAL COMPARADO E BIBLIOTECA TULLIO ASCARELLI

Conforme já anunciáramos no último número desta Revista, o Instituto juntamente com Escola de Advocacia do Instituto dos Advogados de São Paulo, realizou ciclo de palestras sobre o Projeto do Código Civil brasileiro vinte anos depois, de acordo com o programa abaixo:

CICLO DE PALESTRAS

O projeto do Código Civil brasileiro vinte anos depois
(N.634-B/1975)

Promoção: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COMERCIAL COMPARADO E BIBLIOTECA TULLIO ASCARELLI E INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

PROGRAMAÇÃO

Abertura:

Dia: 23 de maio de 1995
Situação atual do Projeto do Código Civil

Prof. Miguel Reale

Dia: 24 de maio de 1995
Direito de Empresa no Projeto do Código Civil

Prof. Waldírio Bulgarelli

Dia: 25 de maio de 1995
Contratos no Projeto do Código Civil
Prof. Carlos Alberto Bittar

Dia: 30 de maio de 1995
Títulos de Crédito no Projeto do Código Civil

Prof. Mauro Rodrigues Penteado

Dia: 31 de maio de 1995
Contratos Bancários no Projeto do Código Civil

Prof. Geraldo de Camargo Vidigal

Dia: 1 de junho de 1995
Registro de Empresa no Projeto do Código Civil

Dr. João Baptista Morello Neto

Dia: 6 de junho de 1995
Contratos Atípicos no Projeto do Código Civil

Prof. Álvaro Villaça Azevedo

Dia: 7 de junho de 1995
Sociedades por Cotas no Projeto do Código Civil

Dr. Egberto Lacerda Texeira

Encerramento:

Dia: 8 de junho de 1995
Parte Geral do Projeto do Código Civil

Ministro José Carlos Moreira Alves

Local: Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Horário: 18:30 horas

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO

A

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA UTILIZAÇÃO DO "TRUST" NO DIREITO BRASILEIRO — ARNOLDO WALD, 105

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE — TRIBUTÁRIO — IMPOSTO DE RENDA — LEI 7.713/88 — ART. 35 — ACIONISTA — LUCRO NÃO DISTRIBUÍDO — INCONSTITUCIONALIDADE — EDUARDO SALOMÃO NETO, 127

ARNOLDO WALD — ALGUMAS CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA UTILIZAÇÃO DO "TRUST" NO DIREITO BRASILEIRO, 105

ARNOLDO WALD — LES GROUPEMENTS DANS LA VIE ÉCONOMIQUE, 5

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO SIGILO BANCÁRIO — RÉGIS DE OLIVEIRA, 98

C

CÉDULA DE PRODUTO RURAL — CPR — NOVO TÍTULO CIRCULATÓRIO (LEI 8.929/94) — PAULO SALVADOR FRONTINI, 121

CONVERSÃO DE AÇÕES E RELAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DIFERENCIADA — LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, 18

E

EDUARDO SALOMÃO NETO — ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE — TRIBUTÁRIO — IMPOSTO DE RENDA — LEI 7.713/88 — ART. 35, ACIONISTA — LUCRO NÃO DISTRIBUÍDO — INCONSTITUCIONALIDADE, 127

EGBERTO LACERDA TEIXEIRA — AS SOCIEDADES LIMITADAS E O PROJETO DO CÓDIGO CIVIL, 67

EMPRÉSTIMOS OU ADIANTAMENTOS A PESSOAS LIGADAS. EMISSÃO DE CARTAS DE CRÉDITO A FAVOR DE EXPORTADOR ESTRANGEIRO, RELACIONADA COM IMPORTAÇÃO FEITA POR EMPRESA DE "LEASING" LIGADA — RENATO A. GOMES DE SOUZA, 24

F

FRAUDE NO NEGÓCIO JURÍDICO SUBJACENTE E SEUS EFEITOS QUANTO AO CRÉDITO DOCUMENTÁRIO — HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, 75

H

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA — A FRAUDE NO NEGÓCIO JURÍDICO SUBJACENTE E SEUS EFEITOS QUANTO AO CRÉDITO DOCUMENTÁRIO, 75

I

INEXISTÊNCIA DE "PARTICIPAÇÃO RECÍPROCA INDIRETA" ENTRE SOCIEDADES COLIGADAS — NELSON EIZIRIK, 83

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COMERCIAL COMPARADO E BIBLIOTECA TULLIO ASCARELLI, 143

J

JORGE LOBO — O MODERNO DIREITO CONCURSAL, 87

L

LES GROUPEMENTS DANS LA VIE ÉCONOMIQUE — ARNOLDO WALD, 5

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES — CONVERSÃO DE AÇÕES E RELAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DIFERENCIADA, 18

M

MODERNO DIREITO CONCURSAL — JORGE LOBO, 87

N

NELSON EIZIRIK — INEXISTÊNCIA DE "PARTICIPAÇÃO RECÍPROCA INDIRETA" ENTRE SOCIEDADES COLIGADAS, 83

P

PAULO SALVADOR FRONTINI — CÉDULA DE PRODUTO RURAL — CPR — NOVO TÍTULO CIRCULATÓRIO (LEI 8.929/94), 121

R

RÉGIS DE OLIVEIRA — ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO SIGILO BANCÁRIO, 98

RENATO A. GOMES DE SOUZA — EMPRÉSTIMOS OU ADIANTAMENTOS A PESSOAS LIGADAS. EMISSÃO DE CARTA DE CRÉDITO A FAVOR DE EXPORTADOR ESTRANGEIRO, RELACIONADA COM IMPORTAÇÃO FEITA POR EMPRESA DE "LEASING" LIGADA, 24

S

SOCIEDADE UNIPessoal — WALDÍRIO BULGARELLI, 142

SOCIEDADES LIMITADAS E O PROJETO DO CÓDIGO CIVIL — EGBERTO LACERDA TEIXEIRA, 67

W

WALDÍRIO BULGARELLI — A SOCIEDADE UNIPessoal, 142