

Dco.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico
e financeiro

106



Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XXXVI (Nova Série)
abril-junho/1997

 **MALHEIROS
EDITORES**

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série - Ano XXXVI — n. 106 — abril-junho de 1997

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)
PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,
HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,
JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, ANTONIO MARTIN

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de
MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP: 04531-940

São Paulo, SP - Brasil - Tels. 822-9205

820-9718 - 820-5549 - Fax. 829-2495

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros
Diretora: Suzana Fleury Malheiros
Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato

Assinaturas e comercialização:
CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE
LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. 289-0811 - Fax. 251-3756

Composição: EDITORA FRASE LTDA.
Impressão: GRÁFICA E EDITORA FCA
(FUNDAÇÃO DE CIÊNCIAS APLICADAS)

SUMÁRIO

DOCTRINA

A TEORIA DA APARÊNCIA E O DIREITO BANCÁRIO	7
— Arnaldo Wald	
ACORDO DE ACIONISTAS	20
— Modesto Carvalhosa	
SEGURO DE DANO MORAL RESULTANTE DE ACIDENTE COM VEÍCULO AUTOMOTOR	25
— Rachel Sztajn	
ATUAÇÃO ESTATAL E ILÍCITO ANTITRUSTE	35
— Calixto Salomão Filho	
RESPONSABILIDADE DO CONTROLADOR, DOS SÓCIOS E DOS ADMINIS- TRADORES DE EMPRESAS DE CONSÓRCIOS, SUA APRECIÇÃO À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR	48
— Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa	
ASSEMBLÉIA DE COTISTAS NA SOCIEDADE LIMITADA — Aplicação da legislação societária	53
— João Luiz Coelho da Rocha	
A INTRODUÇÃO NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO DO REQUISITO DA ATIVIDADE INVENTIVA COMO CONDIÇÃO LEGAL PARA A CON- CESSÃO DE UMA PATENTE DE INVENÇÃO	58
— Gustavo José Ferreira Barbosa	
DA OBRIGATORIEDADE POR PARTE DO ADQUIRENTE DO CONTROLE DE SOCIEDADE POR AÇÕES DE CAPITAL ABERTO DE FAZER SIMULTÂNEA OFERTA PÚBLICA, EM IGUAIS CONDIÇÕES, AOS ACIONISTAS MINORI- TÁRIOS — ART. 254 DA LEI 6.404/76 E RESOLUÇÃO CMN 401/76 — É EFETIVO MECANISMO DE PROTEÇÃO AOS MINORITÁRIOS?	83
— Roberta Nioac Prado	
A EXAUSTÃO DO DIREITO DE MARCAS NA UNIÃO EUROPÉIA E O MER- COSUL	107
— Karin Grau-Kuntz e Newton Silveira	

ATUALIDADES

CÓDIGO E NORMAS DE CONDUTA DO SISTEMA FINANCEIRO PORTU- GUÊS E COMUNITÁRIO	127
— Armindo Saraiva Matias	
CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ES- TABELÉCIDA ANTES DO ADVENTO DA LEI NOVA. DIREITO APLI- CÁVEL	149
— Vera Helena de Mello Franco	

A DESINTERMEDIÇÃO NA OFERTA DE CRÉDITO E O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL: EXAME DO TEMA E POSSÍVEIS CONCLUSÕES	154
— Cassio M. C. Penteado Jr.	
O ICMS E OS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. NÃO-INCIDÊNCIA	164
— João Luiz Coelho da Rocha	
CONCEITO DE PREPOSTO	169
— Sérgio Sérvulo da Cunha	
AS CENTRAIS DE RISCO E O SIGILO BANCÁRIO	174
— Carlos Alberto Hagstrom	
ANOTAÇÕES SOBRE A LEGITIMAÇÃO PARA REQUERER A APURAÇÃO DE HAVERES	178
— José Alfredo Ferrari Sabino	
 MERCOSUL	
MERCOSUL — NORMAS DE IMPLANTAÇÃO — FORÇA VINCULANTE...	185
— José Alfredo Borges	
 DOCUMENTOS	
THE CLAYTON ACT — CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS ..	197

COLABORAM NESTE NÚMERO

ARMINDO SARAIVA MATIAS

Professor na Universidade Autónoma de Lisboa.

ARNOLDO WALD

Advogado. Professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Ex-Procurador Geral do Estado da Guanabara. Ex-Presidente da CVM.

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Livre-Docente e Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

CARLOS ALBERTO HAGSTROM

Ex-Procurador do Banco Central. Advogado em Brasília.

CASSIO M. C. PENTEADO JR.

Advogado em São Paulo. Professor da FMU/SP.

GUSTAVO JOSÉ FERREIRA BARBOSA

Advogado no Rio de Janeiro.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Advogado. Mestre e Doutor em Direito Comercial pela USP. Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP. Ex-Procurador do Banco Central do Brasil.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

JOSÉ ALFREDO BORGES

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador da Fazenda do Estado de Minas Gerais. Advogado em Belo Horizonte.

JOSÉ ALFREDO FERRARI SABINO

Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro.

KARIN GRAU-KUNTZ

Pequisadora no Max-Planck-Institut fuer auslaendisches und internationales Patent, Urheberund Wettbewerbsrecht (Muenchen). Mestranda na Faculdade de Direito de Munique (Ludwig-Maximilians-Universitaet).

NEWTON SILVEIRA

Doutor em Direito Comercial e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Secretário Geral Adjunto do IIDA-Instituto Interamericano de Direito do Autor. Advogado e Procurador junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

RACHEL SZTAIN

Livre-Docente e Professora Doutora de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

ROBERTA NIOAC PRADO

Advogada. Pós-graduanda em Direito Comercial na Faculdade de Direito da USP.

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

Advogado.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Professora Assistente Doutora da Faculdade de Direito da USP. Advogada em São Paulo.

MODESTO CARVALHOSA

Advogado em São Paulo

Doutrina

RESPONSABILIDADE DO CONTROLADOR, DOS SÓCIOS E DOS ADMINISTRADORES DE EMPRESAS DE CONSÓRCIOS. SUA APRECIÇÃO À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Introdução — A estrutura do sistema de consórcio — O regime legal das empresas de consórcio — As empresas de consórcio e o direito do consumidor.

Introdução

Quando terminei a elaboração da minha tese de doutoramento, mais tarde publicada pela RT como *Responsabilidade Civil Especial*, o Código de Defesa do Consumidor estava tendo a sua aprovação ultimada pelo Congresso. Por esse motivo, e também pelo fato de ter autolimitado o meu trabalho, o tema acima não foi abordado à luz da defesa do consumidor. Torna-se oportuno, agora, retomá-lo sob essa ótica.

A atualidade da matéria reside no fato de que as empresas de consórcio ainda resistem bravamente às mudanças surgidas na economia nacional após a edição do "Plano Real" e a consequente estabilidade da moeda. Enquanto ainda forem elevados os juros bancários nos financiamentos para a aquisição de bens duráveis e os prazos dos planos de consórcios forem menores do que aqueles oferecidos pelas instituições financeiras para a mesma finalidade, as empresas daquele ramo continuarão tendo um importante espaço no mercado, a fim de proporcionar seja aquela finalidade atingida, por parte dos consorciados, e para a proveitosa atuação dos seus titulares.

A estrutura do sistema de consórcio

Em sua origem remota — provavelmente verificada entre descendentes de imigrantes japoneses — os consórcios surgiram espontaneamente como uma forma de autofinanciamento: os interessados organizavam-se por prazo definido e em grupos de número variado de participantes, reunindo as suas poupanças, as quais iam sendo distribuídas por sorteio e/ou lance vencedor, conferindo-se a administração do patrimônio comum a alguns deles, utilizando-se, para tanto, do instituto do mandato.

No entanto, logo surgiram empresas especializadas em arregimentar pessoas interessadas na compra de um tipo de bem durável — principalmente automóveis — por esse sistema, invertendo-se o processo: era delas mesmas que partia a iniciativa de formar os grupos de consorciados, para tanto utilizando-se maciçamente do recurso à publicidade. Portanto, as empresas de consórcio passaram a exercer uma atividade profissional organizada, assumindo riscos no mercado pela gestão dos seus administradores.

O regime legal das empresas de consórcio

Os prejuízos que muitas dessas empresas causaram aos seus participantes, caracterizados, principalmente, pelo desvio dos recursos dos grupos de consórcios, levaram o legislador a baixar a Lei 5.868, de 20.12.71, a qual estabeleceu os critérios para o exercício dessa atividade.

Em primeiro lugar, ela subordinava-os à necessidade de autorização prévia para funcionamento por parte do Ministério da Fazenda (art. 7º), dependente da prova de capacidade financeira, econômica e gerencial da empresa, além dos estudos de viabilidade econômica do plano e das formas e condições de emprego das importâncias a receber (art. 8º). No exercício de suas atribuições, o Ministério da Fazenda poderia:

- a) fixar limites de prazos e de participantes, normas e modalidades contratuais;
- b) fixar limites mínimos de capital social;
- c) estabelecer percentagens máximas permitidas a título de despesas de administração; e
- d) exigir que as respectivas receitas e despesas fossem contabilizadas destacadamente das demais.

Evidentemente, para o eficiente exercício das incumbências acima referidas, o Ministério da Fazenda deveria realizar uma permanente fiscalização sobre esse "mercado", fato que, infelizmente, não ocorreu com a constância e eficiência desejadas.

A mesma lei autorizou o Conselho Monetário Nacional — CMN a intervir nas operações em causa (art. 9º), para os seguintes efeitos:

- a) restringir os limites e modalidades das operações de consórcios, bem como discipliná-las e proibir novos lançamentos;

- b) exigir garantias ou formação de reservas técnicas, fundos especiais e provisões, sem prejuízo das reservas e fundos determinados em leis especiais; e

- c) alterar o valor de resgate nos casos de desistência ou inadimplemento do participante.

Por sua vez, ao Banco Central do Brasil cabia intervir nas empresas de consórcios e decretar a sua liquidação extrajudicial, na mesma forma e nas mesmas condições previstas na legislação especial, aplicável às instituições financeiras (art. 10). Essa regra colocou as administradoras de consórcios, do ponto de vista da intervenção do Poder Público, inicialmente sob a égide da Lei 1.808/53, substituída, posteriormente, pela Lei 6.024/74.

A aplicação da legislação interventiva não tinha em vista estender às administradoras de consórcios o sistema de responsabilidade civil especial previsto na Lei 6.024/74 — por existirem regras próprias sobre o tema na Lei 5.768/71, sobre as quais falar-se-á logo abaixo —, mas tão-somente objetivava o efeito de adotar-se o procedimento estabelecido na primeira, para o fim de se fazer a identificação das causas de quebras ocorridas e promover a apuração da responsabilidade cabível.

Dessa maneira, decretada pelo Banco Central do Brasil a intervenção, a liquidação extrajudicial ou a falência de uma empresa administradora de consórcios, àquele órgão incumbiria proceder a um inquérito, onde seriam apuradas as causas que levaram a empresa a tal condição e a responsabilidade dos seus administradores (Lei 6.024/74, art. 42).

A propósito, verifica-se ter havido, inicialmente, uma subordinação dicotômica das empresas administradoras de consórcios a órgãos públicos, pois a autorização prévia para o funcionamento e a fiscalização permanente estava a cargo do Ministério da Fazenda. De outro lado, a intervenção era de responsabilidade do Banco Central do Brasil, que aguardava,

para tanto, solicitação formal originada do órgão fiscalizado.

Esse sistema apresentou enormes falhas quanto ao seu funcionamento eficaz, evidenciadas claramente quando do episódio da quebra do consórcio Almeida Prado, um dos maiores do País, à época. O inquérito realizado naquele consórcio comprovou a existência do funcionamento de mais de 700 grupos não autorizados e a costumeira prática do desvio dos recursos pertencentes aos diversos grupos, muitos deles formados por consorciados-fantasma (se eu bem me recordo, alguns corredores da Fórmula 1 eram "fregueses" daquele consórcio, como Emerson Fittipaldi e Nelson Piquet). Essa sempre foi uma atitude generalizada dos administradores dessas empresas, que, misturando indevidamente os interesses dos grupos com os da própria empresa administradora — e, mais ainda, os do seu titular —, usavam os recursos disponíveis na condição de "lastro" livremente utilizável, segundo eles, a permitir uma "alavancagem" de suas operações para outros ramos de atividades.

A quebra do consórcio Almeida Prado foi uma das causas determinantes de uma revisão do sistema até então vigente, tendo a Lei 8.177, de 1.3.91, art. 33, passado para o Banco Central do Brasil as atribuições de autorização prévia para funcionamento, de fiscalização e de aplicação das penalidades cabíveis quando da quebra de empresas administradoras de consórcios. Com isso, a subordinação destas passou a ser de responsabilidade de um único órgão, sistema mais coerente e mais adequado para a finalidade de se policiar melhor o mercado de consórcios.

É oportuno registrar não ter sido pacífica a outorga de tais funções ao Banco Central do Brasil. Em primeiro lugar, não se trata de atribuição própria de bancos centrais, tendo aquele órgão recebido mais uma atividade atípica, entre outras que já exercia. Sob outro ângulo, tendo em conta a existência de administradoras de con-

sórcios desde as grandes capitais até as pequenas cidades do interior do País, a plena eficiência da atuação do BCB na autorização prévia para funcionamento, na fiscalização, na aplicação de penalidades e na intervenção dependeria da conferência de meios materiais e humanos que nunca lhe foram concedidos.

A responsabilidade civil e as penalidades aplicáveis às empresas administradoras de consórcios são previstas nos arts. 10 a 14 da Lei 5.768/71, observando terem os arts. 12 a 14 recebido nova redação pela Lei 7.691, de 15.12.88.

A responsabilidade civil é apurada, conforme visto acima, por meio de inquérito a cargo do BCB e se configura pelas regras estabelecidas no art. 11 da lei supramencionada.

Em primeiro lugar, ela alcança os diretores, os gerentes, os sócios e os prepostos com função de gestão na empresa administradora de consórcios, sendo, portanto, de grande amplitude, estendida, ainda, às pessoas que exerceram a atividade de administração de consórcio sem a devida autorização prévia (art. 12, parágrafo único).

As penalidades previstas são as seguintes (art. 12 da Lei 5.768/71, com a nova redação que lhe deu a Lei 7.691/88):

a) multa igual ao valor total dos bens, direitos ou serviços que constituírem objeto da operação, não inferior a 500 (quinhentas) vezes o maior salário mínimo vigente no País (a referência ao salário mínimo foi posteriormente revogada, como se sabe, tendo ele deixado de ser referência para efeitos legais deste tipo), e

b) proibição de realizar aquelas operações durante o prazo de 10 (dez) anos.

Quanto à própria empresa, não tendo ela cumprido o plano de consórcio, ficará sujeita, cumulativamente, às seguintes penalidades:

a) cassação da autorização para funcionamento;

b) proibição da realização de nova operação pelo prazo de 5 (cinco) anos, e

c) multa igual a 50% (cinquenta por cento) do valor dos bens, direitos ou serviços que constituírem o objeto da operação.

Finalmente, o descumprimento aos termos da lei, do seu regulamento ou de atos normativos destinados a complementá-los sujeita o infrator à multa de 40 (quarenta) vezes o maior salário mínimo do País (vide observação acima).

Todas as pessoas acima relacionadas são consideradas depositárias, para todos os efeitos legais, das quantias recebidas pela empresa na sua gestão, até o cumprimento da obrigação por ela assumida. De outra parte, respondem solidariamente para com o prestamista *pelas obrigações contraídas na sua gestão*.

Coloca-se o problema, evidentemente, dessa responsabilidade quanto aos sócios minoritários não administradores. O texto da lei é claro em incluir os sócios como sujeitos passivos da aludida responsabilidade, sem qualquer restrição. No entanto, como regra de equidade, o Judiciário deverá verificar se houve ou não participação, conhecimento ou omissão do sócio minoritário nas causas geradoras da quebra da administradora da qual participe, para o efeito de estabelecer ou não, quanto a ele, a referida responsabilidade.

As empresas de consórcio e o direito do consumidor

Diante desse quadro de responsabilidade civil, combinado com a aplicação de penas privadas, na forma de multas, cabe, agora, verificar a questão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às empresas administradoras de consórcios.

À luz daquele diploma legal, não há nenhuma dúvida no sentido de que a administradora de consórcios seja *fornecedor*, nem de que o consorciado seja *consumi-*

dor, nos termos dos seus arts. 2º e 3º, respectivamente. Assim, em tese, o Código do Consumidor aplica-se a tal atividade.

No entanto, estamos diante de dois textos legais de índole especial, cada um deles dotado de sistema próprio de apuração e efetivação de responsabilidades. Portanto, de acordo com as regras jurídicas cabíveis, deve prevalecer, para tal efeito, a Lei 5.768/71, completada pelo CDC naquilo em que este não for incompatível com a primeira.

No sentido acima, a responsabilidade civil e as penas devem seguir o rito da Lei 5.768/71, dentro do processo de apuração previsto na Lei 6.024/74. Note-se não haver diferença sensível, em prejuízo para o consumidor, entre a responsabilidade solidária estabelecida na Lei 5.768/71 e a responsabilidade objetiva pelo fato do serviço, presente no CDC. Note-se, a propósito, conforme visto acima, que o rol de sujeitos passivos da responsabilidade solidária da Lei 5.768/71 é maior do que aquela presente no CDC, tendo-se em vista o conceito de fornecedor de serviços (art. 3º, *caput* e § 2º, *c/c* art. 14).

Aliás, o conceito de prestador de serviço no CDC, e sua conseqüente responsabilidade civil, parece estar mais ligado a alguém que execute por si próprio ou por preposto algum tipo de atividade técnica do que àquele que administra qualquer tipo de atividade. É o que se constata da leitura do aludido art. 14, em que se verifica ser o prestador de serviços responsável diante do consumidor por *defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a sua fruição e riscos*. Dificilmente essa descrição aplicar-se-ia ao caso de uma empresa de consórcios.

Fica claro, no entanto, que o CDC, no campo das empresas em tela, deverá ser utilizado quanto às regras sobre a inversão do ônus da prova, a desconsideração da personalidade jurídica, as práticas abusivas, a proteção contratual, as cláusulas

las abusivas, os contratos de adesão etc. Esse instrumento será de grande utilidade na defesa dos interesses dos consorciados,

freqüentemente logrados por empresas mal-administradas ou conduzidas por administradores inidôneos.