

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 ADMINISTRADORES 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 CONCESSÃO 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 MINORITÁRIOS — 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 MERCOSUL	107
— Karin Grau-Kuntz e Newton Silveira	
ATUALIDADES	
CÓDIGO E NORMAS DE CONDUTA DO SISTEMA FINANCEIRO PORTUGUÊS E COMUNITÁRIO	127
— Armindo Saraiva Matias	
CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTABELECIDA ANTES DO ADVENTO DA LEI NOVA. DIREITO APLICÁVEL	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

Atualidades

CONCEITO DE PREPOSTO

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

1. Os dicionaristas não têm sido felizes ao traçar o conceito de preposto.

Veja-se, por exemplo, a definição de De Plácido e Silva, segundo a qual só seria preposto o locador de serviços com poder de representação. Compare-se essa definição com o que dizem o Código de Processo Civil (art. 149, parágrafo único), o Código Tributário Nacional (art. 135, II) e a Consolidação das Leis do Trabalho (art. 843, § 1º).

Os conceitos de preposto, utilizados nesses códigos, não conferem entre si. Assim como não conferem com o uso do termo "preposto" no art. 1.521, III, do Código Civil, ou nos arts. 74 e ss. do Código Comercial.

O termo "preposto" — impõe-se a conclusão — é equívoco. A análise desses usos mostrará que eles são aplicações particulares do conceito geral de preposto; que a aplicação mais comum desse conceito encontra-se no sistema de responsabilidade (civil, comercial e tributária); e que seria um erro tomar-se pelo conceito geral alguma de suas aplicações particulares.

2. Em sentido etimológico, *prepor* (*prae-ponere*) é pôr algo, ou alguém, antes (ou à frente) de algo ou alguém.

Esse o sentido geral, de que derivam os demais. Para efeitos jurídicos, preponente é quem põe outro em seu lugar; preposto é quem foi posto, pelo preponente, em seu próprio lugar. Ou seja, o agir do preposto é, para algum, ou para todos os efeitos, agir

do preponente: *qui mandat, ipse fecisse videtur*.

Como tal se entendem os empregados em sentido estrito (aqueles com quem há relação de emprego), o mandatário, o comissionário, o locador de serviços, o representante comercial, o agente; ou seja, todo aquele que age no lugar do preponente, enquanto age em lugar do preponente.

Para efeito de responsabilidade, uma primeira distinção: entre aquele que age no lugar do preponente e em nome do preponente (v.g. o empregado, o mandatário) e aquele que age no lugar do preponente mas não em seu nome (v.g. o comissionário — e, em alguns casos, o locador de serviços — o representante comercial, o agente). Em todos esses casos, note-se, houve outorga de poder pelo preponente; embora não necessariamente de poder de representação. Outra distinção a ser feita é entre o preposto que age no lugar e em nome do preponente sob sua dependência (o empregado) e o que age no seu lugar e em seu nome, mas sem relação de subordinação (o mandatário). Por último, pode importar distinguir o laço eventual entre preponente e preposto, e o vínculo permanente que os una.

3. O primeiro uso desse termo em Português, ainda com sua forma latina (*preposito*), é o anotado por frei Joaquim de Santa Rosa Viterbo (*Elucidário das Palavras, Termos e Frases que em Portugal Antigamente se Usaram*, Porto-Lisboa, Livraria Civilização, ed. crítica, 1966): "primeiro prelado, e como geral em um só

mosteiro, e todas as suas granjas, igrejas e residências.”¹

Essa a acepção registrada por Rodrigo Fontinha (*Novo Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, Porto, Ed. Domingos Barreira): “antigamente, o prelado de alguns conventos.”

O mesmo Fontinha assinala, para “prepor”: “pôr antes, antepor, preferir; nomear ou indicar alguém para dirigir ou chefiar um serviço”. E para “preposto”: “colocado à frente de um negócio”.

Esse significado de preposto como alguém “colocado à frente de um negócio” equipara-o ao “institor”: “aquele que é escolhido pelo proprietário ou pela direção de uma empresa para gerir superiormente os negócios atinentes a essa empresa” (idem). Cândido de Figueiredo considera o preposto “o mesmo que institor”. E Silveira Bueno diz ser, preposto, o “colocado à frente de, indicado, nomeado chefe de alguma administração, cargo ou função”.

Daí a confundir-se o preposto com o feitor (gerente) ou o mandatário foi um passo. Teixeira de Freitas, com evidente despreocupação científica, consigna: “preposição, de ordinário, é o contrato pelo qual um preposto figura como mandatário do preponente” (*Vocabulário Jurídico*).

4. Por três razões o Código Comercial brasileiro (1850) cuida dos prepostos: para a) estabelecer o conteúdo dos seus poderes (arts. 76, 77 e 85); b) disciplinar suas relações com os respectivos preponentes (arts. 78 a 84) e c) fixar a responsabilidade do preponente, em face de terceiros, por atos do preposto (art. 75).

O art. 78 designa os prepostos como “agentes de comércio”, e o art. 75 define-

os ostensivamente ao dizer que “os preponentes são responsáveis pelos atos dos feitores, guarda-livros, caixeiros e outros quaisquer prepostos praticados dentro de suas casas de comércio, que forem relativos ao giro comercial das mesmas casas, ainda que se não achem autorizados por escrito”.

Prepostos, portanto, são os feitores, os guarda-livros e os caixeiros. Mas não só estes: também quaisquer outros submetidos a regime assemelhado.

Daí haver Antônio Bento de Faria (*Código Comercial Brasileiro Anotado*, Rio, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1912, p. 44) considerado como prepostos os auxiliares do comerciante que dele dependem; são prepostos os auxiliares que se acham “imediatamente subordinados ao patrão ou dono do negócio; não têm a qualidade de comerciante, só agem em nome e por conta de outrem”.

Nesses artigos do Código Comercial, mais do que nos artigos do Código Civil pertinentes à locação de serviços, encontra-se a raiz do que se chamaria, posteriormente, relação de emprego, ou contrato de trabalho. Estabeleceu-se o conceito de “preposição comercial” como correspondente à relação entre patrão e empregado, ao vínculo durável, com dependência ou subordinação (v. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. 48, §§ 5.130 e ss.). Pontes ressalta que “muitos prestam serviços sem serem empregados, sem a inculcação na empresa ou na própria residência de quem concluiu o contrato. Emprego supõe permanência, ou, pelo menos, propósito bilateral de permanência” (idem, t. 47, § 5.048.3).

O sentido da “preposição comercial” está nítido nesse texto de José Xavier Carvalho de Mendonça: “Para o expediente do negócio ou da casa comercial, o comerciante não pode prescindir de auxiliares dependentes, sob as suas ordens e direção. Tais auxiliares denominam-se prepostos comerciais ou empregados no comércio. O

1. *Proposto* é forma arcaica de preposto, usada, por exemplo, por José da Silva Lisboa, nos seus *Princípios de Direito Mercantil*, Lisboa, Imprensa Régia, 1815: “os seguradores não respondem pelos fatos dos comissários, agentes ou propostos dos segurados; porque estes devem a si imputar o fazer uso do ministério de pessoas capazes de faltarem a seu dever por negligência, ou fraude” (t. I, p. 64).

Código Comercial retirou os prepostos da parte propriamente contratual, colocando-os a par dos comerciantes (arts. 35 e 74 e ss.), ao contrário de outros códigos que os consideram mandatários” (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. II, Rio, Livraria Ed. Freitas Bastos, 1933, p. 434).

Nas disposições acima referidas, o Código Comercial utiliza o termo “preponente” como correlato a “preposto”, e reserva o termo “comitente” para designar aquele que entrega “comissão” (v. arts. 165 a 190, relativos à comissão mercantil). Em seu sentido mais amplo de direito privado, o termo “comitente” é próximo ao termo “preponente”. “Comitente é a pessoa que, por livre nomeação ou mera designação de fato, encarrega outra de um serviço qualquer ou comissão, quer gratuita, quer retribuída, no seu próprio interesse, quer permanente, quer ocasional” (João M. Franco e Herlander A. Martins, *Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos*, Coimbra, Almedina).

Tanto o preponente quanto o comitente entregam incumbência, ou dão autorização para a prática de algum ato; a diferença está em que o preposto recebe poder (autorização) para a prática de atos compreendidos na esfera de direitos do preponente; ou seja, não tem como agir licitamente, no caso, sem essa autorização.

5. Diz o art. 1.521 do Código Civil brasileiro que “são também responsáveis pela reparação civil”(…) III — O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele”.

Essa redação, que veio do projeto original de Clóvis Beviláqua (art. 1.644), passou incólume pelo projeto revisto (art. 1.815), pelos debates e votações na Câmara e no Senado. Durante a longa tramitação do projeto ninguém se preocupou com ela, embora trouxesse inovação substantiva ao sistema da responsabilidade aquiliana.

São duas as fontes imediatas dessa redação: o *Esboço* de Teixeira de Freitas, em

seu art. 3.665, e o Código Civil francês, em seu art. 1.384. O primeiro considerou responsáveis pelo ilícito também “os amos e patrões, quanto ao dano causado por seus criados, domésticos e prepostos em geral, no exercício das funções em que os empregaram ainda que tais empregados sem ordem deles, ou fora de suas vistas, cometam o dano”. E o segundo diz que são responsáveis “os patrões e os comitentes, pelo dano causado por seus domésticos e prepostos nas funções em que foram empregados”.

Conclui-se, desses textos, que amos e patrões são preponentes; e que criados, serviçais e empregados são prepostos; mas que, no gênero “preposto” inclui-se uma outra espécie de prepostos, os “prepostos em geral”, que têm relação com um “comitente”.

6. O sentido que se dá ao termo “preposto”, na interpretação desse artigo, tem variado de autor para autor, conforme o fundamento que atribua à responsabilidade pelo fato de outrem. Ou seja: não é o significado do termo “preposto”, previamente conhecido, que determina a compreensão do texto, mas a compreensão do texto — com o atendimento à sua finalidade — é que tem determinado, af, o que podemos designar como um conceito *ad hoc* de preposto.

Assim, para quem considera a culpa *in eligendo* como o fundamento da responsabilidade pelo fato de outrem, a tendência é valorizar-se, na definição de “preposto”, que tenha sido escolhido, encarregado ou nomeado pelo responsabilizando; prepostos, em tal caso, seriam também o mandatário e o comissionário. Se o autor considera, como fundamento da responsabilidade pelo fato de outrem, a culpa *in vigilando*, a tendência é considerar como preposto todo aquele que exerce função sob a vigilância, as ordens ou a dependência do responsabilizando, o que excluiria o mandatário e o comissionário.

E assim por diante, conforme se tenha como fundamento daquela responsabilidade

de a vantagem do responsabilizando (*cujus commoda eius incommoda*), o fato da representação — que confundiria as duas personalidades (v. Alvino Lima, *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*, Rio, Forense, 1973, p. 73) — a garantia (idem, p. 77), ou o risco. Sempre que se distende a responsabilidade pelo fato de outrem, distende-se o conceito de preposto. Tribunais franceses, na aplicação do supracitado art. 1.384, têm entendido como preposto o filho, o irmão, o amigo do proprietário de um automóvel, ou a mulher de um comerciante que o ajuda (v. *C. Civil*, ed. Dalloz, 1971-1972, p. 593).

Essa fluidez do conceito, assim como a multiplicidade das teorias, decorre da necessidade de se formular o elemento compreensivo de todos os casos concretos de responsabilidade pelo fato de outrem, de se identificar a razão comum que justifique a decisão semelhante (*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*).

Se a própria norma não definiu o termo expressamente — como tantas vezes acontece — e se definição uniforme não é encontrada na tradição, o elemento individualizado torna-se compreensível a partir da apreensão do respectivo contexto (v. J. Habermas, *Conhecimento e interesse*, Ed. Guanabara, 1987, p. 172).

Considerando-se o termo definindo (no caso, "preposto") como uma incógnita, seu sentido será aquele que satisfizer as proposições em que esse termo opera no respectivo contexto ou sistema.

7. Nem sempre o termo "preposto" tem a ver com o sistema de responsabilidade aquiliana: pode ser que a relação envolvida seja de natureza negocial.

Aguiar Dias já chamou a atenção para a confusão que se costuma fazer, principalmente em matéria de transportes, entre esses dois sistemas de responsabilidade. Cabe a citação *ipsis litteris*, não obstante longa:

"O monumental tratado dos irmãos Mazeaud elucidada com muita precisão o ponto em que se verifica o equívoco que

tem levado muitos tribunais a aplicar o princípio delitual à responsabilidade contratual, notadamente nos transportes. A causa da confusão está em que a responsabilidade contratual, geralmente, emerge de relações entre o responsável e a vítima, com exclusão de qualquer interveniência: é o caso padrão do devedor que não cumpre a obrigação ao tempo e pela forma ajustados.

"Acontece, freqüentemente, que o contrato não é executado única e pessoalmente pelas partes contratantes, que recorrem a auxiliares, aos quais distribuem diferentes funções. Verificada a inexecução, dela emerge a responsabilidade. Sua natureza é contratual, porque deriva de relações entre contratantes. Contratual é a ação da parte prejudicada pelo inadimplemento. Acontece porém que o devedor, não se tendo pessoalmente encarregado de realizar o ato ou série de atos em que ocorreu o dano, mas havendo incumbido essa tarefa a um ou mais dependentes, até porque lhe seria impossível atender a tantos encargos simultâneos de uma empresa de largas proporções, não intervém com ação imediata e direta na produção do dano. O erro, imprevisão, negligência, imprudência, enfim, o ato de que decorreu o dano, pode ser de um dos seus auxiliares. Mas a responsabilidade, para a apuração da qual se tem em mira a inexecução do contrato, é do contratante.

"Nos transportes e em outros contratos, determinados pela crescente industrialização e pelo vulto dos negócios modernos, ocorre, assim, o que se considera a responsabilidade contratual por fato de outrem. Isso quer dizer que o responsável, contra quem age a vítima, não é o causador direto do dano, que, ao revés, resulta de ato de terceiros, cujas conseqüências devem por aquele ser reparadas" (*Da Responsabilidade Civil*, Rio, Forense, 1960, pp. 225-226).

Pontes de Miranda faz a mesma advertência, em texto mais sintético, mostrando que o disposto no art. 1.523 do Código Civil não pode ser estendido aos casos de

responsabilidade negocial (ob. cit., t. 53, § 5.502.8).

Para o figurante no negócio é indiferente se o devedor agiu por si próprio, se utilizou empregados ou outra espécie de auxiliar.

A responsabilidade negocial, à falta de disposição das partes em contrário, é sempre objetiva: “Não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos” (Código Civil, art. 1.056). A culpa a que se refere o art. 1.057 caracteriza-se com o mero descumprimento da obrigação; somente o caso fortuito ou for-

ça maior excluem o dever de indenizar (art. 1.058).

Para o caso de inadimplemento, dispõe o Código Civil português, em seu art. 800^o (atos dos representantes legais ou auxiliares): “1. O devedor é responsável perante o credor pelos atos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais atos fossem praticados pelo próprio devedor”.

Esse é, sem dúvida, o significado do termo “preposto”, sob o prisma da responsabilidade negocial.

Santos, março de 1997