

CADERNO DIREITO GV

V. 1, N. 6 Julho 2005

ISSN 1808-6780

**Julho 2005
São Paulo – SP**

**Publicação Bimestral da Fundação Getúlio Vargas
Escola de Direito de São Paulo (DIREITO GV)**

TIRAGEM: 500 EXEMPLARES

**© CDG - Cadernos Direito GV, JULHO 2005 – São Paulo
Ed. Fundação Getúlio Vargas
ISSN 1808-6780
BIMESTRAL**

**Revista da Escola de Direito de São Paulo
(DIREITO GV) da Fundação Getúlio Vargas**

EDITORES

Julho, 2005, José Rodrigo Rodriguez.

INCLUI BIBLIOGRAFIA

1. DIREITO – PERIÓDICOS. I. São Paulo. DIREITO GV
Todos os direitos desta edição são reservados à ED. FGV.

DISTRIBUIÇÃO

Comunidade científica: 500 exemplares

REVISÃO

Ana Mara França Machado (estagiária)
DEG-FGV-EAESP

PRODUÇÃO INDUSTRIAL

Impressão e acabamento: Gráfica FGV
Data da Impressão: Setembro/2005
Tiragem: 500

PERIODICIDADE

Bimestral

CORRESPONDÊNCIA

Rua Rocha, 233, 7º andar – Bela Vista
CEP 01330-000 – São Paulo – SP - Brasil
Tel: (11) 3281-3304 / 3310
Email: revistadireitogv@fgvsp.br

CADERNO DIREITO GV

V. 1, N. 6 Julho 2005

ÍNDICE

Apresentação	4
Programa do Seminário	5
Contratos	8
Sociedade Empresarial	22
Sociedade Limitada	37
Títulos de Crédito	47
Responsabilidade Civil	54

APRESENTAÇÃO

A Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas e a seção paulista da Ordem dos Advogados do Brasil organizaram, no período de 18 a 22 de agosto de 2003, o I Simpósio OAB-SP e FGV-EDESP sobre Direito Empresarial e o Novo Código Civil, com a finalidade de promover o debate em torno das questões polêmicas suscitadas pela recodificação do direito privado. Durante quatro dias, pesquisadores e profissionais do direito reuniram-se para discutir o novo regime jurídico das sociedades empresariais, das sociedades limitadas, dos títulos de crédito, dos contratos mercantis e da responsabilidade civil da empresa, realizando o ideal historicamente esposado pela FGV de congregar a academia e o mundo do trabalho para refletir a realidade nacional.

Em sua curta existência, a nova Escola de Direito de São Paulo vem atuando no sentido de configurar um *locus* privilegiado para a interlocução entre os mais diferentes segmentos, construindo conhecimento aplicado sobre os temas que preocupam à sociedade brasileira contemporânea. Tal esforço careceria de sentido se não fosse articulado com uma política de publicação do conteúdo desses encontros, democratizando e socializando os resultados obtidos. Por essa razão, a Coordenadoria de Pesquisa e Publicações da FGV-EDESP vem publicando a transcrição dos eventos promovidos pela instituição, de forma a atingir o máximo de interessados possível.

Embora a publicação da transcrição de eventos seja pouco usual no mercado editorial brasileiro, crê a Escola de Direito de São Paulo ser essa uma importante iniciativa para que a sociedade brasileira tome conhecimento do teor dos debates sobre os novos temas o mais prontamente possível, sem esperar pelo processo, muitas vezes lento e tortuoso, da elaboração e publicação de artigos científicos e livros que venham a sintetizar, sempre posteriormente, os resultados dessas discussões. Assim sendo, encontra-se aqui mais uma modesta contribuição da FGV-EDESP à livre circulação de idéias, na forma da transcrição desse memorável evento, cuja organização conjunta com a OAB-SP muito nos honrou. Esperamos, desse modo, estar contribuindo efetivamente para a construção e disseminação de um conhecimento jurídico à altura dos desafios do nosso tempo.

PROGRAMA

Coordenação Geral

Dra. Eunice Aparecida de Jesus Prudente
Secretária Geral Adjunta da OAB SP

Dr. Rui Celso Reali Fragoso
Conselheiro e Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB

Dr. Eduardo Samek
1º Secretário Geral Adjunto da OAB SP

Prof. Antônio Angarita
Vice-Diretor da Direito GV

Abertura: 18 de agosto (2ª feira) - 19h

Conferência de Abertura

Prof. Miguel Reale (*FDUSP*)

Contratos: 18 de agosto (2ª feira) - 19h

Princípios Gerais dos Contratos no Novo Código Civil

Dr. Carlos Alberto Ferriani (*PUC-SP*)

Mecanismos de Reequilíbrio Contratual - Lesão e Onerosidade Excessiva

Dr. Carlos Alberto Cruz (*Advogado*)

Função Social dos Contratos

Dr. Ronaldo Porto Macedo Jr. (*Direito GV- FDUSP*)

Coordenação dos Trabalhos

Dr. Rui Celso Reali Fragoso (*Ex-Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo – SP e Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/SP*)

Sociedade Empresarial: 19 de agosto (3ª feira) - 19h

Sociedade Simples

Dr. Francisco Antônio Feijó (*Conselheiro da Associação dos advogados de São Paulo*)

Sociedades Não Personificadas

Dr. Luiz Fernando Mussolini Jr. (*advogado*)

Empresa e Empresário

Prof. Antônio Angarita (*Vice-Diretor da Direito GV*)

Coordenação dos Trabalhos

Dr. José Manssur (*Conselheiro efetivo OAB/SP*)

Sociedade Limitada: 20 de agosto (4ª feira) - 19h

Nova Sociedade Limitada: uma Visão Generalista

Dr. Adalberto Simão Filho (*Mestre e Doutor em Direito Empresarial pela PUC/SP, professor Titular da UNIFMU/USP, vice-presidente do Instituto Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor em Internet - IBCI*).

Das Deliberações dos Sócios

Dra. Viviane Muller Prado (*Direito GV*)

Administração das Sociedades Limitadas

Dr. Francisco Satiro (*FDUSP*)

Coordenação dos Trabalhos

Dr. Aldimar de Assis (*Conselheiro OAB*)

Títulos de Crédito: 21 de agosto (5ª feira) - 19h

Teoria Geral dos Títulos de Crédito e as Inovações do Novo Código

Dr. Marcelo Mansur Haddad (*Advogado – professor FGV*)

Títulos de Crédito Eletrônicos

Desembargador Newton de Lucca (*Juiz do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*).

Títulos de Crédito Típicos e Atípicos

Dr. José Luis Toro da Silva (*advogado e presidente do Instituto Brasileiro de Direito da Saúde Suplementar - IBDSS*)

Coordenação dos Trabalhos

Dr. Nelson Miyahara (*Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB SP*).

Responsabilidade Civil: 22 de agosto (6ª feira) - 19h**Inovações sobre a Responsabilidade Civil no Novo Código**

Dr. José Luiz Gavião de Almeida (*FDUSP*)

A Culpa no Novo Código Civil

Dra. Regina Beatriz Tavares da Silva (*GVLaw*)

A Responsabilidade Civil Objetiva no Novo Código Civil

Dra. Flávia Portella Püschel (*Direito GV*)

Coordenação do Trabalhos

Dra. Tallulah Kobayashy de A. de Carvalho (*Conselheira efetiva da OAB-SP*)

As falas dos palestrantes Carlos Alberto Ferriani, Carlos Alberto Cruz, Francisco Antônio Feijó, Francisco Satiro, Newton de Lucca e Regina Beatriz Tavares da Silva não constam desta publicação por falta de autorização.

I SIMPÓSIO OAB-SP E FGV-EDESP SOBRE DIREITO EMPRESARIAL E NOVO CÓDIGO CIVIL

18 a 22 de Outubro de 2003

1º DIA

TEMA: Contratos

Antônio Angarita – Bom dia a todos. Fui professor da FGV durante 40 anos e agora estou vinculado à Escola de Direito que a Fundação está desenvolvendo em São Paulo. É fácil perceber que a nossa escola provavelmente não encontrará nenhum paralelo na boa ventura que tem nesta noite, em que se inaugura um seminário sobre tema de tão grande importância para os senhores advogados e interessados, em partilha com a seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, aqui representada pelo professor Fragoso.

Bem, temos a grande honra de receber, neste momento, o professor Miguel Reale, que dispensa qualquer tentativa de qualificação, mas que traz, em sua grande bagagem pessoal, o fato de ter sido um inspirador, batalhador e organizador final do Código Civil já em vigor.

Finalizo com essas palavras simples, mas emocionadas, e passo a palavra para o professor Rui Fragoso, para que dirija os trabalhos. Muito obrigado.

Rui Fragoso – É com grande satisfação que recebi a incumbência de, em conjunto com a Fundação Getúlio Vargas – e sua esperada Escola de Direito – realizarmos esse primeiro Simpósio sobre Direito Empresarial e o Novo Código Civil.

Compõe a mesa a professora Eunice Aparecida de Jesus Prudente e os expositores Ronaldo Porto Macedo Jr. e Carlos Alberto Cruz. Um ponto principal nesta noite, para todos nós advogados e estudiosos do Direito, é a presença daquele que é considerado o maior jurista brasileiro entre nós, o professor Miguel Reale – coordenador do Novo Código Civil, que necessitou de muito empenho e vigor para ser aprovado e que começou a vigir em 11 de janeiro deste ano.

Portanto, é com grande satisfação que a OAB e a FGV – através de sua nova Escola de Direito, que em breve estará acenando uma nova possibilidade de formação dos cursos jurídicos em São Paulo – têm o privilégio de abrir este seminário e ouvir o professor Miguel Reale.

Miguel Reale – Caros colegas, amigos e componentes da mesa, boa noite. É com grande prazer que aceitei o convite destas duas instituições para vir aqui hoje – a Ordem dos Advogados do Brasil, da qual faço parte dos quadros há 70 anos, e a FGV, conhecida em todo o Brasil pela capacidade extraordinária em sua missão de ensino e pesquisa.

Desejo, antes de mais nada, felicitar os organizadores deste simpósio por ter-lhe dado o nome de Direito Empresarial e o Novo Código Civil. Nessa síntese está, de fato, uma das novidades do Novo Código. Há muitos anos, como sabem os advogados aqui presentes – e passam a saber os estudantes de Direito que carinhosamente saúdo – que se desejava proceder a uma reforma do Código Civil. Não que este – que acabou sendo revogado em 2002 – não tenha seus altos méritos. Ao contrário, sempre fui admirador da obra do eminente juriconsulto Clóvis Bevilacqua e cujo ponto de vista lingüístico teve a colaboração inestimável de Rui Barbosa.

É uma obra que dignifica o pensamento nacional e que, sem dúvida nenhuma, em seus 86 anos, foi um instrumento de aproximação dos brasileiros na sociedade civil e da realização de grandes sentenças e decisões no plano da atividade profissional entre os chamados operadores. Mas o tempo é inexorável. O século passado foi de profundas transformações como plano histórico, com a ocorrência de duas grandes guerras mundiais, que alteraram a face do Mundo. Dois conflitos de sacrifícios imensos que acabaram transformando as nações e anunciando aquilo que seria hoje o início de uma realidade que não se pode vencer: a da globalização.

Além do mais, esse código sofreu o impacto das transformações científicas e tecnológicas, das ciências físicas e naturais que transformaram o mundo e deram início à era da informática e cibernética. Diante dessas transformações fundamentais, havia necessidade de uma nova codificação, que tem a distingui-la dois fatos que, para mim, são fundamentais.

O primeiro é que se trata de um Código elaborado à luz de paradigmas e princípios fundamentais do chamado culturalismo. O primeiro deles é o princípio da ética, seguido pelo da socialidade e, depois, da operabilidade. O que quero dizer, com essa transformação de um Código em razão de princípios é que, como diz o grande filósofo Thomas Kuhn, as grandes transformações das ciências

ocorrem com a mudança dos paradigmas, diretrizes centrais dos princípios básicos e diretores. Entre eles está o da eticidade.

Quem conhece o Código Civil de 1916, como os velhos e novos advogados aqui presentes, sabe que ele realizou o grande sonho de realizar um Direito e de resolver as questões da matéria tão somente à luz de categorias jurídicas. Não sou absolutamente contrário às categorias jurídicas, mas também não posso compreender que um Código que esteja em ação em uma sociedade civil, possa desprezar outros valores que não o jurídico. E o valor fundamental que o jurista deve cultivar é o da ética e da moral, que tem, como princípio fundamental, o da boa fé ao qual dediquei um artigo.

Esta idéia da boa fé é básica e se entranha na codificação nova, no sentido de estabelecer a responsabilidade não apenas daqueles que realizam um contrato, mas no exercício objetivo do contrato da sua destinação avançada objeto do pacto da avença.

O segundo princípio é o da socialidade. Porque nós não vamos considerar como principal personagem do código o sujeito de direito em abstrato mas, ao contrário, a pessoa humana na sua compreensão. Razão esta pela qual o código começa na parte geral, com a enunciação do Direito da personalidade. Custa entender como um Código pudesse silenciar sobre essa matéria. Os direitos da pessoa humana, os direitos pessoais e fundamentais em razão dos quais o Código existe, não figuram do Código revogado. E essa é uma diferença básica e fundamental.

Quanto ao princípio da operabilidade, vou deixar para o cuidado daqueles que vão tratar dos assuntos em particular a respeito dos contratos e diferentes formas de sociedades que foram compostas.

Por qual motivo felicitei os organizadores por falarem em Direito empresarial? Porque, entre as grandes transformações havidas no mundo todo, foi o alargamento do Direito comercial, que é um Direito corporativo. Ele surge no fim da Idade Média e início da Idade Contemporânea, através das corporações de ofício na Itália e países que seguiram o exemplo do Direito comercial italiano.

É um Direito corporativo dos comerciantes, já que a atividade era a grande vanguarda da atividade econômica daquela época. Mas, com o advento sobre tudo da idade Moderna, a partir do século XVIII até o XX, deu-se a revolução industrial. E projetou-se a atividade econômica no plano da indústria sobretudo com o vapor primeiro, seguido pela eletricidade e, mais tarde, todas as formas de atividade eletrônica que transformam a fisionomia de nosso planeta.

Então, o Direito comercial continuará a existir, e será preservado o nome histórico de Direito comercial. O Direito comercial de hoje será, em sua substância, o Direito empresarial de hoje. O que se estuda, na FGV, não é o Direito do comerciante, mas sim o direito e deveres do industrial, do prestador de serviços públicos e privados, de maneira que é toda uma nova visão do mundo que surge, implicando por conseguinte na existência de um novo Código.

Não se muda de Código como se muda de roupa. Mas se muda quando as circunstâncias históricas, sociais e tecnológicas assim impõe, pela necessidade de realização dos ideais humanos. Gostaria ainda de explicar que o Código relativo às empresas, chama-se Direito da empresa.

Houve uma comissão revisora e elaboradora do Código Civil, da qual fui presidente. Convidei os juristas de minha confiança e já projetados no cenário cultural brasileiro para compor essa comissão. E, para tratar do Direito de empresa, foi convidado o grande mestre da faculdade de Direito do Largo São Francisco, o professor Sílvio Marcondes, que acabara de publicar vários ensaios sobre o Direito das empresas, reunidos em uma obra fundamental, chamada de Princípios de Direito Mercantil de 1960. Lembro aos meus colegas, aqui presentes, que se saberá bem pouco a respeito do Direito da empresa sem ler o livro fundamental do Marcondes. Ou seja, um ano depois de ter sido constituída a comissão que iria trabalhar cerca de 30 anos.

Ora, a necessidade de um Novo Código surgiu logo depois da revolução de 1930, que alterou toda a estrutura técnico-científica brasileira. Foi nesta época que se tentou, pela primeira vez, uma solução para a problemática civil brasileira com uma idéia, a meu ver, errônea, de separar o direito das obrigações do restante do Código.

Foi nomeada uma comissão de juristas o mais alto porte, como Orozimbo Nonato, Hahneman Guimarães e Philadelfo de Azevedo, de maneira que não obstante a grandeza destes mestres, houve uma reação por parte da elite jurídica nacional, e o projeto não foi avante. Passado alguns anos, voltou-se novamente à idéia de reformar o Código Civil. Desta vez, foram constituídas duas comissões. Uma delas foi reduzida à figura excepcional do grande mestre baiano Orlando Gomes, autor de obras clássicas e fundamentais, sobretudo em matéria de contratos.

Uma outra comissão foi presidida por Caio Mário da Silva Pereira, que os presentes advogados devem conhecer através de seu famoso curso de Direito civil e que tinha, entre seus membros, o próprio Sílvio Marcondes, ao qual fiz referência. Mas, mais uma vez, praticou-se o erro de dividir o

Código em duas partes: a primeira relativa à família, ao direito das coisas e direito sucessório, sem a parte geral que, ao meu ver, é um primor e grande realização que devemos ao gênio incomparável de Teixeira de Freitas e, de outro lado, um Código das obrigações que ocupava todo o cenário, de ponta a ponta.

Mais uma vez, houve reação contra essa solução artificial do problema, como se ele consistisse em dividir o Código Civil para torná-lo adequado à nossa época. Diante do fracasso dessas duas tratativas, quando fui convidado pelo presidente da República e o ministro de então, o professor Gama e Silva, para dirigir os trabalhos de revisão do Código Civil, optei por uma solução diversa. Reconhecer os méritos inegáveis do Código de 1916 e atualizá-lo e reestruturá-lo. A princípio, quero dizer que pensávamos que seria uma tarefa fácil, a mera correção de lacunas, preenchimento de vazios, atualizar preceitos e disposições. Mas, aos poucos, compreendemos que a sociedade brasileira tinha passado por uma transformação tão profunda que era necessário fazer prevalecer a elaboração do projeto sobre a mera revisão.

Como uma das condições fundamentais era tomar conhecimento da sociedade brasileira tal como ela era, observamos que, quando o Código foi elaborado, em fins do século XIX, o País tinha apenas 42 milhões de habitantes e 80% de sua população vivendo no campo. Não era um país das cidades, mas do campo. Ao contrário, o Novo Código precisava ser de um país não mais agrário, mas sim que se projetava no mundo na atividade econômica citadina. E a cidade está mais aberta ao progresso do social.

Houve então necessidade de inserir-se, no Código, o Direito das empresas. As empresas vêm dar uma nova coloração ao Código Civil. Por empresas, entendemos duas coisas distintas e complementares. No Código Civil, a empresa não é inicialmente uma organização ou entidade – os italianos criaram uma palavra para indicar aquilo que chamamos de empresas, que traduzimos por atividades negociais.

Antes de mais nada, com efeito, a empresa designa uma atividade negocial organizada, no sentido da produção e circulação de bens e serviços. O primeiro sentido da palavra empresa é, portanto, o da atividade que dá lugar à criação de novos valores econômicos. Mas a empresa também é a organização objetiva desta atividade. É, digamos, a estruturação da atividade negocial.

Ora, a empresa, no Novo Código, só se refere à sociedade. Uma das inovações do Novo Código é acabar com a sinonímia do código anterior, das palavras associação e sociedade. No Código antigo, tanto se fazia em falar em sociedade como em associação. No novo, a associação é somente para fins civis, sociais, religiosos, artísticos e assim por diante. A sociedade, ao contrário, tem sempre um fim ou atividade econômica. A empresa, portanto, é uma organização societária que tem, por fim, realizar valores econômicos. Feita essa distinção entre associação civil e sociedade, as sociedades são examinadas por dois ângulos diferentes – as chamadas personalizadas e não personalizadas.

Mas essa é uma diferenciação de ordem formal. O mais importante é a diferença entre sociedade simples e empresária. Um dos problemas mais difíceis de ser compreendido pelos que se lêem o Código Civil é conceituar a sociedade simples, que é econômica mas não personificada.

A empresa, por conseguinte, vem dominar o mundo econômico, porque temos a empresa comercial, industrial e de serviços, quer seja mantida pelo poder público ou pelos particulares. Então, temos aí uma novidade maior. Por que essa inserção do Direito empresarial no corpo vivo do Direito civil? É que o Direito das obrigações estabelece as relações de encontro de vontades, no sentido de se agrupar duas ou mais pessoas da sociedade para a realização de um empreendimento de natureza econômica.

Pois bem, esclarecido esse ponto, podemos dizer que a empresa é a obrigação estruturalizada, ou Direito obrigacional visto no campo das relações de vontades visto, agora, pelo seu conteúdo e sua finalidade fundamental. Uma sociedade, por conseguinte, não é senão a estrutura e personificação objetiva daquele ente que as partes tiveram em vista realizar determinada finalidade chamada de objeto de ação da empresa. Esta é a transformação fundamental, de maneira que houve acerto absoluto quando se chamou de Direito empresarial. Este conserva, no entanto, a denominação clássica anterior que vem desde a Idade Média, que é o Direito comercial.

Alguém poderia, então, questionar: por que, então, não se fez um Código da empresa separado do Código civil? É que isso representaria uma perda de uma grande realização da experiência jurídica brasileira. E também houve a interferência de um fator histórico da maior importância; o Brasil era governado, no setor comercial, por um Código elaborado em 1850 que, com o correr do tempo, perdeu substância e passou a ser uma obra obsoleta, de tal maneira que, quando os advogados

propunham as ações e os juízes, quando as outorgavam, apoiavam-se mais sobre o Código Civil que sobre o Código de Comércio.

Então, essa atitude que estou declarando fez com que surgisse, na experiência jurídica brasileira, uma identificação entre regra econômica e civil. Normas civis e comerciais influenciaram-se mutuamente. Em outras palavras, o Direito civil foi tornando-se cada vez mais Direito econômico e o Direito comercial, cada vez mais se civilizou. Então, estão vendo que houve uma transformação. E chegamos aqui àquela afirmação tão acertada de um de meus grandes colaboradores falecidos, Agostinho Alvim, que sempre dizia: “Direito Civil não se inventa”.

Quando vejo certas propostas de reforma do Código e emendas, que mandaram para a Câmara dos Deputados e Senado, tenho certeza que é dos inventores do Código Civil. Mas este não se inventa; a experiência do Direito Civil é a própria experiência humana no plano das situações de fundo. O Código Civil, meus caros colegas e estudantes, é a Lei Matriz. Depois da Constituição, que é a lei do cidadão, do componente organizador do Estado, o Código civil é a constituição do homem comum, é a lei da Sociedade Civil. São estruturas e conceitos diferentes que os filósofos alemães souberam disciplinar de maneira muito importante a distinção entre regras de ordem econômica e civil, que se fundiram em razão do caráter obsoleto do Código de 1960.

Então, mantivemos a estrutura do Código passado, mas enriquecido com um horizonte novo e fundamental. Em um livro dedicado ao Código Civil e organizado por três ministros do Superior Tribunal de Justiça, existe um trabalho sobre o sentido da empresa. Aconselho aos senhores que tiverem a oportunidade de ter esse livro, o Novo Código Civil e sua interpretação, que foi publicado pela LTR.

Quero, com isso, saudar aqueles que me ouvem e desejar que esse simpósio seja cada vez mais enriquecido e trazendo uma colaboração inestimável ao País, através do que a Ordem dos Advogados do Brasil – seccional São Paulo – é capaz de realizar, sobretudo em conexão com a Fundação Getúlio Vargas – exemplar no campo do ensino das ciências humanas e econômico-financeiras – vamos então para a próxima parte deste trabalho.

Tive a honra de participar dos trabalhos que vão mostrar em que panorama surge o Direito da empresa e o seu destino a ser realizado. Muito obrigado.

Rui Fragoso – É sempre muito bom ouvir e aprender com o Professor Miguel Reale. Somos felizes por conviver à sua época. Professor Reale, muito obrigado.

Rui Fragoso – Tenho a satisfação de anunciar que a próxima palestra ficará a cargo de Ronaldo Porto Macedo Jr., que integra o Ministério Público do Estado de São Paulo, é Promotor de Justiça, pesquisador da FGV e mestre e doutor em filosofia de Direito. Portanto, é uma grande satisfação para a Ordem dos Advogados do Brasil e para a Fundação Getúlio Vargas, contarmos com a brilhante participação de Porto Macedo, a quem passo imediatamente a palavra.

Ronaldo Porto Macedo Jr – Boa-noite a todos. Para mim é imensa satisfação participar deste painel, organizado pela OAB e Escola de Direito da FGV, a qual tenho tido a honra de participar desde sua formação.

O tema que me compete falar é um dentre os princípios mais importantes do Direito Contratual, que é o da função social do contrato. Entre os três princípios que formam o tripé principiológico mais importante do Direito Contratual – da proibidade, boa-fé e função social – este último é o menos estudado e que mais comumente é confundido com os demais. É curioso lembrar que, preparando esta palavra, revi boa parte dos textos que foram produzidos sobre a função social do contrato, e chega a ser surpreendente o quão vagos são esses artigos e as considerações. Chego a dizer que boa parte da doutrina que procura tratá-lo me parece também bastante indeterminada. É um desafio grande, então, em pouco tempo falar de um assunto que ainda está a merecer um aprofundamento teórico que não houve.

É interessante notar que a idéia de função social do contrato ou das instituições de Direito privado permite uma abordagem interna ou externa. Esta última está relacionada às funções sócio-econômicas ou políticas que determinado instituto de Direito privado pode ter na organização de uma determinada sociedade. Sobre esse tema, há um trabalho do marxista austríaco Karl Renner, chamado a Função Social das Instituições de Direito Privado.

Nesse trabalho, datado do início do século passado, Renner buscava salientar em que medida as instituições do Direito privado burguês eram essenciais. Basicamente, digo que uma das contribuições relevantes desse trabalho está no fato de que ele reconhece que a função social da propriedade não pode ser tratada em abstrato, ou seja, a propriedade dos bens de produção é distinta do ponto de vista funcional da propriedade dos bens de consumo. Razão pela qual a propriedade

não poderia ser descrita apenas através de uma função, conforme a propriedade a que se está a referir se encontraria uma função predominante.

Essa idéia não chega a ser nova, uma vez que a nossa própria Constituição Federal distingue dois tipos de propriedade. Nós temos um conceito de propriedade do bem de fruição e também aquela ligada ao exercício da atividade econômica produtiva e que está referida no artigo 170 da Constituição. Em poucas palavras, temos uma distinção funcional relevante entre a propriedade de uma casa – ou de um bem de consumo – e a propriedade de uma empresa ou banco que, evidentemente, não se submete ao mesmo tipo de regime jurídico.

Ora, esse conceito e a distinção funcional que se pode fazer do conceito de propriedade trazem, a meu ver, uma conseqüência relevante para o tema principal que vou desenvolver hoje, de como o conceito jurídico funciona dentro da sistemática de nosso ordenamento. Um primeiro ponto a constatar é que não devemos falar de uma única função social do contrato. Certamente, o contrato de consumo se distingue dos contratos relacionados à atividade produtiva ou à produção de bens. Mas vou falar sobre isso mais adiante.

Se vamos, portanto, acolher essa idéia de que a função social do contrato vai ser analisada como um princípio geral do Direito, nada mais oportuno do que lembrar de uma observação do ex-ministro do STJ, Ruy Rosado Aguiar, publicada em um artigo¹. Nesse trabalho, o professor Aguiar chama a atenção para o fato que a aplicação das cláusulas gerais do Novo Código Civil vai demandar um imenso esforço de sofisticação intelectual e aprimoramento dos juízes. Basicamente, ele diz que o Novo Código, fortemente impregnado de princípios e dependente da invocação desses princípios, vai exigir um novo tipo de juiz.

É interessante constatar isso que, a meu ver, reporta-se a um dos grandes temas jurídicos contemporâneos, que é a questão da análise, compreensão e interpretação dos princípios gerais do Direito. Se formos, hoje, a uma livraria, veríamos que nas prateleiras de Direito Constitucional, boa parte do que lá encontramos refere-se aos princípios constitucionais de alguma coisa. Se formos à prateleira de Direito Civil, veremos que há um crescimento dos títulos sobre princípios gerais do Direito. Contudo, não há um entendimento claro e nem uma sofisticação teórica homogênea sobre o que entender por princípios e como interpretá-los.

¹ R. R. de AGUIAR JÚNIOR, *Projeto do Código Civil – As obrigações e os contratos*, Revista dos Tribunais, v. 750, abril, 1998, p. 113-120

Cito um comentário que faz um conhecido jurista sobre a parte principiológica do Código de Defesa do Consumidor, texto que foi muito festejado por suas inovações principiológicas. Esse comentador diz, ao analisar o artigo 4º desse Código: “Na realidade, trata-se de norma programática e sem nenhuma cogência, costume que se apossou de nossos legisladores, o de normatizarem intenções, desejos e palavreados pomposos, mas destituídos de qualquer significado prático desde a época do autoritarismo e que continua a se manifestar, infelizmente, em diversas legislações, em especial no nível federal. O que na realidade convém sublinhar é que a norma sem sanção, embora norma, é ineficaz. Portanto, não se deve perder tempo com essa disposição, posto que a norma não tem eficácia ou consequência prática²”.

Essa observação me parece interessante pelo fato que ela revela de maneira nua e crua aquele que é um posicionamento bastante aceito no nosso meio jurídico. Outros juristas ou operadores do Direito talvez não digam com essas palavras o que esse professor disse, mas é certo que isso, de alguma forma, habita o imaginário de boa parte de nossos juristas. Ou seja, a idéia de que princípios são imperativos éticos, mas vagos e de difícil aplicação.

Ora, é interessante notar que, se há, por um lado, esse tipo de posicionamento, existe outro que festeja a vinda desses princípios e promove aquilo que chamaria de “farra principiológica”. Ou seja, procura encontrar soluções para diversos problemas jurídicos na invocação da Constituição, como se lá houvesse possibilidade para se encontrar todas as saídas. É interessante que esse uso festejado se faz, fundamentalmente, na utilização desses princípios como lugares-comuns retóricos, ou palavras de ordem que são facilmente compostas e visando consagrar determinados objetivos morais. Faz-se um tipo de interpretação principiológica bastante descomprometida com a construção consistente de algum critério de interpretação que apresente algum grau de objetividade e universalidade.

De um lado há aqueles de rejeitam e, de outros, os que festejam. Mesmo no debate teórico, vemos frequentemente que a definição do que são princípios varia. Teríamos de um lado, por exemplo, um tipo de utilização dos princípios à maneira de um Ronald Dworkin ou Robert Alexy, que procuram identificar um estatuto lógico dos princípios que os distinguiria de uma regra de Direito. E, basicamente, procuram identificar que princípios não são normas genéricas, mas funcionam de maneira logicamente distinta das regras. Um princípio não exclui um outro ao colidir com outro,

² T. MUKAI in Código de Defesa do Consumidor, Juarez Oliveira (org.), São Paulo, Saraiva, 1991.

mas demanda algum tipo de processo de convívio sem que a afirmação ou validade de um princípio invalide o princípio que se opõe a ele.

Outros filósofos, como Aulus Arnio e Friedrich Müller, vão dizer que os princípios não têm essa natureza lógica e distinta das regras. Outros, ainda, dirão que os princípios têm a mesma forma de regras jurídicas, apenas tendo dimensão mais genérica e, por outro lado, tanto princípios quanto regras demandam algum tipo de harmonização, porque envolvem algum tipo de interpretação e regra para verificar como colidem ou não colidem.

Bem, dito isso, lembraria que o Código Civil diz que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Acredito que, de certa maneira, essa idéia de limitação de função social ao contrato já era preexistente no sistema jurídico brasileiro. Se observarmos o que diz o Artigo 170 da Constituição, veremos que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social, observado os seguintes princípios: função social da propriedade, livre concorrência e defesa do consumidor.

Ora, o reconhecimento de que a ordem econômica se limita pelo reconhecimento de que existe um princípio da defesa do consumidor e outro da concorrência, a meu ver, aponta para uma das direções anteriores ao Novo Código Civil e que impunha algum tipo de limitação à liberdade de contratar. De que forma? Como mencionei, Karl Renner fazia distinção entre propriedade dos bens de produção e dos colocados no mercado do consumo.

E o código de Defesa do Consumidor é freqüentemente chamado de micro sistema de Direito privado porque ele regula com princípios e ponderações principiológicas distintas as relações contratuais que ocorrem no mercado de consumo. De alguma forma o Código Civil manteve a autonomia e campo temático próprio das relações de consumo no Código de Defesa de Consumidor.

O que entendo é que a afirmação desse princípio, se por um lado não trouxe nada de essencialmente novo, ofereceu, por outro lado, uma categoria dogmática retoricamente poderosa para que o reconhecimento dessa função social viesse a ser afirmado no campo das relações contratuais. Que tipos de efeitos ou ponderações? A meu ver, esse é um dos grandes segredos do Código, ou da maneira pela qual se operam os princípios. Estes criam aberturas retóricas para que se possa analisar, no caso concreto, quais são os impactos reais de determinado tipo de relação contratual, para que se possa compará-los à função que o sistema jurídico previu para eles.

Darei dois exemplos básicos. Um dos princípios básicos do Direito contratual básico é o da relatividade do contrato, ou seja, a idéia de que os efeitos de uma relação contratual não podem nem prejudicar nem beneficiar terceiros. Os efeitos não podem extrapolar as partes contratantes. Ora, esse conceito era diretamente derivado de uma das premissas básicas do Direito Contratual, segundo a qual é a convenção que forma a lei entre as partes. Esta idéia se completa na idéia da autonomia da vontade, ou seja, da promessa reciprocamente trocada como elemento fundamental de uma relação contratual.

O que podemos perceber é que o conceito de função social do contrato nos permite considerar que os efeitos que uma relação contratual pode produzir entre terceiros devem ser levados em consideração perante terceiros difusamente distribuídos. Basta ver, por exemplo, como o Código de Defesa do Consumidor tratou a questão da responsabilidade objetiva do fornecedor. Ou seja, em uma relação contratual, eu compro um produto de meu fornecedor, entrego a um terceiro, que verifica um tipo de vício nesse produto e pode acionar as responsabilidades contratuais do fornecedor, mesmo que com ele não tenha tido nenhum tipo de relação contratual. Desta forma, existe uma obrigação derivada de um contrato de consumo que se projeta perante terceiros.

Parece-me que também no âmbito dos contratos regidos pelo Código Civil, esta possibilidade de ampliação também vem se verificando. Um caso interessante sobre isso é um julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de 1999 – o agravo de instrumento nº 99004384 de Araranguá. Neste caso, houve situação interessante. O Tribunal julgou procedente uma ação indenizatória proposta pela vítima de um segurado diretamente em face da companhia seguradora. Ou seja, a situação é de que há uma vítima de um segurado, e, neste caso, o Tribunal reconheceu que a vítima do segurado poderia acionar diretamente a seguradora, mesmo não tendo alguma relação contratual com a empresa.

Vejam o que dizia parte desse acórdão: “De fato, não se ignora o princípio de Direito civil, segundo o qual o contrato em regra só produz efeitos entre as partes nele avençadas. Menciona-se de regra, porquanto no caso vertente, há que se abrir uma relevantíssima exceção, a fim de se contemplar uma avença que, por sua irrecusável importância no contexto social nos dias hodiernos, precisa e deve se tratada de modo diverso. A função social do seguro e, pois, o fundamento primordial e inafastável para o agasalhamento da tese tendente a viabilizar, em juízo, o caso de seguro facultativo, o acionamento direto da seguradora para os limites do contrato de modo solidário com o segurado ser satisfeita a indenização pertinente”.

O que esse caso demonstrava? Reconhecia que os limites da relação contratual poderiam ser expandidos para além das partes contratantes e em obediência ao princípio da função social do contrato, levando-se em consideração o tipo de objeto e a natureza do contrato envolvido, que visava fundamentalmente proteger as vítimas. O que fez, portanto, o Tribunal? Projetou para além das partes contratantes um efeito levando em consideração, portanto, essa função social do contrato.

Dou um outro exemplo. Uma das questões mais interessantes que vem sendo discutidas no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é a de hipóteses da ilegalidade de contratos de exclusividade. Por quê? Simplesmente porque estes tipos de contratos geram efeitos sociais danosos, como a limitação do Direito da Concorrência. Trata-se de um efeito geral difuso, como uma espécie de desvirtuamento da função do contrato, que passa a adquirir uma finalidade anti-competitiva. Ora, a competição é um princípio constitucional.

Há um caso muito interessante, ainda sem julgamento concluído no CADE³, acerca de cláusulas de exclusividade do Shopping Center Iguatemi com relação a uma série de lojas de grife que só podem se instalar lá. O que se discute? Justamente o efeito e desvirtuamento da função social do contrato, que passa a ser violador da ordem econômica.

Falar de princípios é entrar em um tema movediço. Cada vez mais, falar desse assunto é, a um só tempo, inevitável, mas implica também exigir, do operador do Direito, uma sofisticação teórica maior. Isso, sob pena de desavergonhadamente afirmarmos que os princípios não servem para nada, não passando de palavras bonitas. Ou, envergonhadamente, dizermos que são belos e importantes, mas não conferirmos a eles nenhum tipo de eficácia ou impacto jurídico.

Segundo ponto é que, se falamos de uma função social da propriedade, temos de determinar o que ela estabelece e reconhece quando se verifica o funcionamento real das relações contratuais. O procedimento interpretativo que olha para a Constituição e de lá deduz os princípios morais desejados, significa, a meu ver, uma primariedade do ponto de vista hermenêutico. Ele não se coaduna com o objetivo do próprio legislador e ao criar “conceitos indeterminados”, especialmente princípios, nem com as possibilidades que o intérprete do Direito tem para aplicar esses princípios com uma certa consistência teórica.

³ Processo Administrativo nº 08012.009991/98 (Shopping Center Iguatemi)

E, por fim, parece-me que é importante notar que o fenômeno da contratação, cada vez mais, vem revelando que as fontes promissórias do contrato não são nem exclusivas e nem tão determinantes quanto a teoria clássica do Contrato queria imaginar. A teoria contratual clássica firmava-se na idéia que a fonte da obrigação era a promessa trocada entre as partes; daí o princípio da autonomia da vontade. O que se vem observando no campo do Direito contratual, de maneira geral, é que cada vez mais fontes não-promissórias, mas derivadas dos usos e costumes, expectativas recíprocas geradas ou dos princípios da ordem constitucional, demandam um tipo de interpretação do Direito menos formalista e vai recorrer cada vez mais aos princípios. A meu ver, o Novo Código Civil criou uma abertura para que se dê maior importância à essa dimensão relacional, ou do contrato como um conjunto de obrigações derivadas não apenas da promessa, mas também de outras fontes. Essa abertura, e as oportunidades hermenêuticas, poderão ser ou não utilizadas. Quero chamar atenção, contudo, que na minha concepção, o conceito de função social do contrato abre oportunidade para exploração conseqüente, relevante e distinta das categorias da boa-fé e probidade.

Agora, para fazermos isso, temos de nos valer de mecanismos um pouco mais sofisticados e, acima de tudo, começarmos a entender o que é um princípio. Muito obrigado.

Rui Fragoso – Parabéns ao professor pelo brilhantismo de sua exposição.

Eunice Prudente – Gostaria de cumprimentar os colegas advogados e pesquisadores, além do nosso ilustre membro do Ministério Público, pelos ensinamentos que foram aqui transmitidos. Sem dúvida alguma, começamos muito bem o curso, valorizado pela colaboração dos juristas que passaram aqui à mesa.

Gostaria de, em nome da diretoria da OAB, agradecer à FGV – em especial na pessoa do professor Angarita – a oportunidade desse trabalho em conjunto pela advocacia paulista. E, em nome do Dr. Carlos Miguel Aidar, presidente da seccional paulista da OAB e de toda a diretoria, enviarei um abraço aos colegas advogados e estudantes. Aguardo a presença de todos amanhã, para a continuidade dos trabalhos. Muito obrigada.

2º DIA**TEMA: Sociedade Empresarial**

Mestre de Cerimônias - A seccional São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil e a Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da FGV, têm a honra de recebê-los para o segundo dia do I Simpósio sobre Direito Empresarial e Novo Código Civil. Iniciando a composição da mesa diretora, preside neste ato o excelentíssimo conselheiro da OAB-SP, José Mansur. Na qualidade de expositores, estão o excelentíssimo vice-diretor da EAESP e anfitrião desta casa, o professor-doutor Antônio Angarita, além do conselheiro e presidente do Tribunal de Ética e Disciplina da seccional da OAB-SP, dr. Francisco Antônio Feijó. E, como último expositor, o Sr. juiz do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo, vice-reitor e professor titular em Direito Tributário e Planejamento Tributário do Centro Universitário Álvares Penteado – Unifecapi, professor Luiz Fernando Mussolini Jr. Com a palavra, o sr. José Mansur.

José Manssur – Gostaria de cumprimentar a todos, ilustres Professores que compõem a mesa e os presentes, e pedir uma licença. A de prestarmos um minuto de silêncio em decorrência do falecimento, vítima de um brutal atentado no Iraque, do embaixador brasileiro Sérgio Vieira de Mello, que estava a serviço da ONU em um trabalho extraordinário de tentar restaurar a paz em uma situação de conflito. Creio que os senhores não de convir que foge a um sentimento de conformismo admitirmos que no alvorecer de um novo milênio, ainda tenhamos de conviver com atos dessa natureza.

Em homenagem à memória desse Digno brasileiro, morto à serviço da paz, é que convidaria a todos para observarem um minuto de silêncio.

A Seccional Paulista da OAB sente-se extremamente honrada de poder, em parceria com a Escola de Direito de São Paulo, da FGV, participar de tão relevante Simpósio a respeito do Novo Código Civil Brasileiro. Confesso a todos que hoje, já pela manhã, pensava no que lhes poderia dizer para início desse segundo dia de trabalho. E deparei-me com um trecho do discurso proferido pelo Professor Nakano que, quando inaugurava a Faculdade de Economia da FGV, dizia estarmos vivenciando um período, na história das nações, de reflexão de novos pensamentos e idéias. Posso dizer aos senhores que, se assim é no campo da Economia e da Administração, de igual modo, o é também, no campo do Direito.

Nosso Código Civil, monumento de autoria de Clóvis Beviláqua, que vigeu a partir de 1916 e até 11 de janeiro deste ano, refletia o momento político em que fora concebido – fim do século XIX e início do século XX – período no qual predominava uma sociedade patriarcal, sendo que, no concernente às relações contratuais, o princípio vital era o da observância das avenças, tal como haviam sido concebidas pelas partes. A partir da 2ª Guerra Mundial, começou a haver uma evolução no sentido de adequar os contratos à realidade vigente no momento exato de sua execução. O Brasil, a partir de 1975, sentiu a necessidade de adotar um Novo Código, confiando a tarefa ao nosso maior jurista, o Professor Miguel Reale, que organizou o código com o auxílio de outros ilustres Mestres que honram as letras jurídicas nacionais.

Findo o notável trabalho e eis que estamos diante de um Novo Código que, fundamentalmente, se alicerça em três princípios básicos, como os senhores ouviram na palestra de ontem: o princípio da operabilidade – a norma deve ser efetiva; concebida para ser aplicada ao caso concreto; princípio da eticidade – as normas de conduta, fundamentalmente, hão de estar - e sempre - plasmadas pelos princípios da boa-fé e o princípio da socialidade, este realçando as funções sociais do contrato e da propriedade. Estes princípios, certamente, serão, também, exaltados nos temas que iremos hoje ouvir, oportunidade em que será acentuada a nova concepção da empresa em sua primordial função de geradora de riquezas e empregos, devidamente adequada à realidade presente, ao momento atual em que vivemos. Posto isso, vamos dar início aos trabalhos de hoje, ouvindo a palavra do mestre de todos nós e dessa Casa, Professor Antônio Angarita.

Antônio Angarita – Minhas primeiras palavras devem vir no sentido de sentir-me muito honrado de compartilhar esta mesa com professores e parceiros tão ilustres. Eu, que lecionei na FGV nos últimos 40 anos, retorno agora com a tarefa de instituir uma escola de Direito que está sendo cuidadosamente preparada em moldes que permitirão que essa escola possa partilhar do mesmo prestígio de outras grandes escolas de São Paulo.

A exposição que vou fazer pode ser anotada como uma continuação quase natural da fala ilustre do professor Miguel Reale nesta sala. O professor nos dizia que saudava a OAB e a FGV por ter colocado na alta visibilidade de um seminário como esse, a questão do Direito da empresa e do empresário para a reflexão dos juristas, professores e estudantes. Estamos vivendo a mesma euforia intelectual daquele momento que se punha em marcha o primeiro Código Civil, em 1917. Os jovens senhores e senhoras que começam sua carreira jurídica agora, devem comemorar este fato histórico de, daqui por diante, conviver com uma lei tão moderna e ambiciosa como o Código Civil.

Meu tema é um tema que tem que ser tratado em generalidades, porque reúne duas palavras muito antigas do nosso diálogo cotidiano e que, no entanto, adentram o Código Civil disputando com outras palavras e deslocando tantas outras para fora da lei. Trata-se do empresário e da empresa. A primeira indagação de ordem geral é saber qual será a vantagem prática de se substituir, no Código, a palavra comerciante pela palavra empresário e também a Sociedade Anônima por empresa. Essa indagação de ordem prática vai desdobrar-se em todos os estudos possíveis sobre o empresário e a empresa. Se é verdade que a palavra empresário torna-se substituta da palavra comerciante, não há problema, uma vez que esse foi, durante muito tempo, o ponto mais importante da atividade econômica. Todos sabemos que a atividade do comerciante sempre foi tão importante que esse profissional desenvolveu seu próprio Direito, próprios tribunais e legislação.

Por outro lado, a palavra empresário faz parte do nosso colóquio. Esta conotou muito positivamente, já que tinha a ver com empreendedor, grande tomador de risco. Ser empresário supunha aplausos.

E com relação à empresa? Neste caso, a análise não é tão simples, já que é rica do ponto de vista teórico e de controvérsias. De todo o modo, o que se quer reconhecer na empresa é que ela não é só uma atividade especulativa, mas um forte instrumento de produção. Não é à toa que textos recentes e com grande prestígio acadêmico pretendem substituir o Direito Comercial, cujo foco é o comerciante, pelo Direito da Produção, que tem foco na empresa. Esse conflito de inteligência ainda não está pacificado, uma vez que há boas razões para que se pense que o Direito da produção sobreleva o Direito comercial, como também ótimas razões para se defender que o Direito comercial sobreleva o Direito da produção.

A verdade é que a empresa, sem pedir licença a ninguém, começou a ocupar espaços cada vez mais largos nas doutrinas jurídica, econômica ou social. Um dos modos de olhar a empresa a uma certa distância não resolve nenhum problema – a família é uma organização social, como também a Igreja o é. Então, quando o cidadão diz que a empresa é uma organização social, quer dizer que ali estão alojadas as forças sociais que reproduzem a grande sociedade – os interesses, os grupos de pressão e os compromissos de bem servir a sociedade, como também bandidos ou heróis. Afirmar que a empresa será uma organização social para pôr um ponto final na elaboração sobre ela não é, na minha opinião, satisfatória.

Se pede-se a contribuição de economistas, estes dirão coisas que são quase platitudes, como “a empresa é organização dos fatores da produção”. E, com isso, desejariam ter colocado um ponto final na elaboração da empresa.

A contribuição da sociologia para definir o que é empresa é correta, mas incompleta. A da economia é correta, mas incompleta. E o Direito, como surge nisso? Sabemos que na nossa disciplina, o nosso saber tem a ver com a sociedade dos homens, uma vez que o Direito nunca será um ato isolado e supõe o outro. O Direito, com a existência de um homem só, é um absurdo.

Para alguns teóricos de grande valor, o Direito assume a definição da empresa porque não precisa preocupar-se muito com ela e tem um sucessor natural para compreender o problema desta, que são as questões da sociedade. E, dentre os modelos da sociedade que serão examinados ao longo deste seminário, existe uma grande sociedade que é o modelo mais ambicioso da atividade econômica, que é a Sociedade Anônima.

Não creio que isso também seja uma solução. Isso porque a Sociedade Anônima tem uma existência no mundo do Direito, e nela se encontra um sistema de poder, de interesse e de decisões. Ou seja, nunca encontrarei, no nosso mundo, uma Sociedade Anônima, uma vez que é uma criação jurídica. No máximo, encontraria o estatuto da Sociedade Anônima, escrito por algum jurista ou advogado.

O máximo que encontraria, saindo desse mundo unidimensional, é a sede social, que pertence a uma outra categoria jurídica, que é o estabelecimento. A minha empresa pode ser composta de muitos estabelecimentos e, cada um deles, com uma vocação de produção diferente.

O que falta para encontrarmos a empresa, e não mais a sociedade nem o estabelecimento? Falta acrescentar duas coisas, que são o trabalhador – sem o qual a empresa não vai ao mercado – e a organização. E aí vamos encontrar de novo a figura do empresário, que vai cercar-se de pessoas habilitadas profissionalmente e intelectualmente e vai dizer qual a organização de sua empresa. Se pegarmos duas empresas do setor financeiro, como o Banco Itaú e Bradesco, veremos que têm estatutos que são muito parecidos. Qual a diferença? É a organização que há no banco do Setúbal e a do Bradesco. É isso que dá fisionomia aos bancos.

O que proponho é que o fenômeno empresário e empresa adentra o Código Civil atual e precisamos nos preparar-nos para entendê-las e poder responder, por exemplo, a pergunta sobre qual é a

vantagem prática do Código do professor Miguel Reale colocar as palavras empresário e empresa no seu trabalho.

Para recuperar essas noções que passei a vocês, vamos fazer uma leitura e análise do artigo 966, que fala do empresário, e do artigo que fala da sociedade empresária. O que diz o primeiro artigo? Diz assim: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para produção ou criação de circulação de bens e serviços”. Se fecharmos e abriremos os olhos, parece o artigo 3, 4 ou 5 do velho Código de 1850, que é, ao invés de empresário, comerciante.

A abertura desse artigo 966 colocou o empresário como profissional. Não sei o que é um empresário profissional. Reconheço um engenheiro como um profissional, assim como um advogado ou professor. Em um livro do Galgano, diz-se que um empresário, há muitos anos, não era mais do que uma espécie de gato moderno, já que empreendia a organização do trabalho. E a empresa, ou sociedade empresária, também não é profissional. E como se resolve isso? Precisa-se registrar a sociedade empresária, que é personificada. Bem, como o tema que os organizadores deste seminário me passaram é deste tipo, não posso fazer uma leitura complacente com isso. Acho que um dos modos de respeitar o trabalho de uma pessoa ausente é fazer uma boa crítica dele. Assim, uma das boas formas de respeitarmos o Código é mostrar que esses pequenos problemas e atrapalhões cabem à doutrina e ao juiz, que vão construindo, sobre este Código, um novo Direito Civil que tanto precisamos.

Essas reflexões que proponho a vocês são quase do livre pensar; as pessoas têm o direito de discordar, como atitude intelectual sadia. Acho que a surpresa que a empresa vai nos pregar ainda vai longe. Hoje, em uma aula de universidade, os professores ficam condenados a falar algumas palavras da moda, como globalização. E, pelo menos em princípio, o agente da globalização é a empresa, e não o Estado nacional. O negócio globalizado, na velocidade da Internet, é produto da empresa. Já há autores que dizem que a empresa, na verdade, vai ao mercado através dos contratos, para comprar insumos e devolver produto acabado. Vai ao mercado para obter financiamento e devolver juros e principal. Pois bem, um dos contratos que a empresa se serve para ir ao mercado é o de sociedade. É certo que o Código Civil vigente fala, entre as sociedades não personificadas, na sociedade comum e na conta de participação. Há textos de professores ilustres dizendo que a sociedade comum não é nada mais, do que trazida para a lei as velhas sociedades regulares ou de fato. E manteve uma forma resistente que é a conta de participação, que acaba sendo um instrumento mais financeiro do que jurídico e muito útil.

Acabei de ler, recentemente, recortes que dizem que, nos Estados Unidos, o Pentágono está contratando empresas de guerra. A quantidade do orçamento destinado a essas empresas é uma fábula. Estamos aturdidos em ver a volta do mercenário militar, ou seja, é uma guerra terceirizada. Não surpreenderia ver que ações dessas empresas teriam grande sucesso na bolsa de valores de Nova Iorque. Por outro lado, esse mesmo jornal diz que já está em fase de aprovação um Código de Ética das multinacionais. Fico totalmente descrente disso. Como constranger os padrões éticos de uma empresa que terá ao seu lado outra que vai fazer guerra e matar pessoas?

Então, queria deixar essa reflexão para vocês. Muito obrigado a todos.

José Manssur – A próxima palestra, do Professor Luís Fernando Mussolini Jr., terá como tema as Sociedades Não Personificadas. O Ilustre Jurista é Professor de Direito Tributário, Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo e é Vice-Reitor do Centro Universitário Álvares Penteado. Tenho o privilégio de passar a palavra ao Professor, que nos brindará tal qual fez o Professor Angarita, com elucidativa conferência a respeito de tema da maior relevância.

Luiz Fernando Mussolini Jr. – Dr. José Mansur e Francisco Feijó, meus senhores e senhoras, em primeiro lugar, gostaria de agradecer a honra do convite para participar deste evento. Para mim, falar para um auditório destas dimensões é bastante envaidecedor.

Seria demais audaciosa a tentativa de um profissional cuja formação e experiência é na área do Direito Público, dissertar, como se dominasse, sobre tema próprio de outro campo de cogitação, sem se valer dos conhecimentos produzidos por especialistas. Assim é que o presente trabalho tem lastro quase que exclusivo nas obras dos Professores Sérgio Campinho, Luiz Antonio Soares Hentz, Francisco Martins e Silvio de Sálvio Venosa.

O Código Civil de 2002 classifica as sociedades em personificadas e não personificadas, isto é, dotadas e não detentoras de personalidade jurídica. Entre as segundas, que constituem o objeto da presente abordagem, elencou as sociedades em comum e as sociedades em conta de participação.

Seguindo a trilha do Professor Sérgio Campinho, via que nos parece adequada ao presente contexto, trataremos de tais figuras societárias sob a ótica da chamada sociedade empresária. Como acentua o Professor Luiz Antonio Soares Hentz, o tratamento normativo da sociedade em comum pelo novo Estatuto Civil parece derivar da sensibilidade do legislador ante os reclamos da doutrina, no sentido

de ser necessário disciplinar a atividade empresarial dita irregular, pela ausência de constituição formal da sociedade e, ipso facto, da não aquisição de personalidade jurídica.

A teor do que se extrai do enunciado do artigo 986 do Código Civil, a sociedade em comum é toda aquela que não tem seus atos constitutivos inscritos no registro competente. Aqui surgem primeiras indagações: a) o gênero sociedade em comum compreende tão só aquelas que tenham seus atos constitutivos escritos e não arquivados, ou abrange aquelas que resultem apenas de atividade comercial em comum, exercida com *animus* societário? b) ou será, ainda, que também engloba as sociedades chamadas pela doutrina de irregulares?

Preferimos, nesse passo, assumir a posição do Professor Fran Martins, que tipifica as primeiras como sociedades de fato, reservando a qualidade de irregulares para aquelas sociedades que se organizam legalmente, arquivam seus atos constitutivos no Registro Público das Empresas Mercantis, adquirindo, pois, personalidade jurídica, mas que, a *posteriori*, praticam atos que desfiguram, desnaturam o tipo social.

Deixa o mestre como exemplo o caso de uma sociedade em comandita simples, constituída por prazo determinado, cujo funcionamento ultrapassa o termo temporal sem que tenha havido renovação do contrato social. Nessa situação hipotética, tem-se que a sociedade passa a funcionar irregularmente, como consequência perdendo os sócios comanditários o benefício de limitação de sua responsabilidade, restando, pois, ilimitadamente responsáveis.

Figura, ainda, o caso de uma sociedade que opera sem cumprir quaisquer das obrigações impostas por lei, não possuindo os livros obrigatórios, deixando de levantar o balanço anual etc. Assim, entendemos que as sociedades em comum são aquelas sociedades de fato que, formalizados ou não os seus atos constitutivos, não conquistam personalidade jurídica em razão da falta de assentamento dos mesmos no registro próprio.

Ressalvamos que, em sentido contrário, está o enunciado do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, cujos termos são os seguintes: "A sociedade em comum compreende as figuras doutrinárias da sociedade de fato e da sociedade irregular".

Exceção à regra emanada do artigo 986 do Código Civil está no texto do próprio dispositivo, que exclui a sociedade por ações em organização, isto por força da disciplina que lhe é peculiar, contida na Lei 6404/76, Capítulos VII e VIII.

Desta sorte, a sociedade por ações em formação, enquanto perdurar esse processo, não pode ser considerada como sociedade de fato. Ela adquire personalidade jurídica com sua constituição na forma da lei, sendo certo que se os atos respectivos não forem arquivados, os seus primeiros diretores, como regra, serão considerados responsáveis, pessoal e ilimitadamente, pelas obrigações, sendo certo que nenhuma companhia pode funcionar sem que os mesmos tenham sido arquivados e publicados (artigos 94 e 99 da Lei nº 6404/76).

Implicação prevista no conseqüente da norma para a existência, in concreto, de uma sociedade em comum ou sociedade de fato, carente de personalidade jurídica, tal como definida na antecedente normativo, está em que serão aplicáveis as disposições específicas dos artigos 987 a 990 do Código Civil, e, subsidiariamente e na medida da sua compatibilidade com essas regras, aquelas outras referentes às chamadas sociedades simples. Desta sorte, e nos termos da parte final do artigo 987 do Código Civil, os terceiros que estabelecem relações jurídicas com a sociedade em comum poderão fazer a prova da sua existência, a da sociedade, por qualquer meio de prova em direito admissível.

Sobra claro que o legislador, aliás, sensatamente, quis privilegiar os terceiros que transacionam com a sociedade em comum, simplificando o *modus probandi* de sua existência, para que possam mais comodamente acioná-la ou agir em face dos sócios com maior eficácia. De outra banda, os sócios, quer no campo das suas relações interpessoais e mútuas, seja no plano das suas relações com terceiros, somente através da prova escrita poderão fazer evidência de existir a sociedade. É o que se retira da parte inicial do enunciado do artigo 987 do Código Civil. O Professor Sérgio Campinho vislumbra nesse ponto - na forma de prova da existência da sociedade em comum - um claro desestímulo para a manutenção de sociedades de fato.

A presumida intenção do legislador em que não prosperem as sociedades de fato mais avultaria na definição normativa da responsabilidade pelas dívidas, posta no artigo 990 do Código Civil, que será imputável solidária e ilimitadamente a todos os sócios, não tivesse sido adotado - o que, à primeira vista, pode parecer conflitante com a *mens legis* - o critério de ser subsidiária tal responsabilidade, que se expressa em conferir aos sócios o benefício de ordem previsto no artigo 1024 do mesmo Estatuto, daí que seus bens particulares só podem ser alcançados por dívidas da

sociedade depois de executados os bens sociais, exceção feita ao sócio que contratou pela sociedade.

O Professor Sérgio Campinho sublinha, de maneira percuciente, que se a sociedade que chama irregular, e que apelidamos de fato, não tem personalidade jurídica, não se encontra justificativa lógica-jurídica para a adoção da responsabilidade apenas subsidiária. Afirmo, e com ele concordamos, que, diante desse quadro, seria mais plausível que todos os sócios, e não somente aquele que contratou pela sociedade, devessem ter responsabilidade pessoal direta, vale dizer, que pudesse ser irrogada e executada independentemente da prévia exaustão do patrimônio social.

Com efeito, se o escopo foi o de inibir a prática empresária a latere legis, mais eficaz, em tese, seria a norma, se a conduta indesejada fosse reprimida com forma mais aguda de responsabilização. Todavia, se a tanto não chegou o novo Código Civil, a realidade está em que o sistema jurídico de direito posto desde antes já continha prescrições que induziam e induzem o não exercício puramente de fato da atividade empresarial, isto ao cominar certas restrições à sociedade empresária despida de personalidade jurídica.

Entre elas, o Professor Sérgio Campinho destaca: a) a vedação do acesso à concordata, posta no artigo 140, I, do Decreto-Lei nº 7.661/45, conquanto esteja sujeita à falência, como se vê do artigo 8º, III, do mesmo diploma legal; b) a falta de legitimidade para requerer a falência de outro empresário, como decorre do artigo 9º, III, "a", da chamada Lei de Falências; c) a inexistência de proteção ao nome empresarial, nos termos do artigo 33 da Lei nº 8.934/94 ; d) a impossibilidade de requerer proteção para a marca que venha a adotar na distinção de seus produtos ou serviços, por força do artigo 128 da Lei nº 9.279/96; e) a vedação à contratação com a administração pública, a teor do artigo 28, III, da Lei nº 8.666/93; Quanto aos bens e dívidas sociais, estes constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum, na dicção do artigo 988 do Código Civil.

Indaga-se, na busca da significação de cada um dos termos desse enunciado e dele como um todo, a razão pela qual o legislador fez uso dos adjetivos sociais e especiais, para qualificar os bens e dívidas da sociedade em comum como partes constitutivas de um certo patrimônio. Quer nos parecer que o motivo foi caracterizar a existência de um conjunto autônomo de bens e dívidas, diferenciado dos bens e dívidas pessoais de cada um dos sócios.

Essa idéia parece ter confirmação na regra que impõe a responsabilidade apenas subsidiária dos sócios pelas obrigações da sociedade de fato, exceção feita àquele que contratou pela mesma.

Importante observar, para a correta compreensão das normas que se edificam a partir dos enunciados dos artigos 988 e 989 do Código Civil, que, como observa o Professor Sílvio de Salvo Venosa, o termo bens tem significação extensa, englobando coisas e direitos, sob diversos aspectos.

O artigo 83, III, do Código Civil é explícito ao considerar como bens móveis, para os efeitos legais, os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações. Assim sendo - e raciocínio contrário poderia levar a conclusões absurdas - não há dúvida de que os créditos, por exemplo, que forem detidos pela sociedade em comum contra terceiros integram o seu chamado patrimônio especial, e respondem, tal como as coisas e os demais bens em comum havidos, pelos atos de gestão efetivados por qualquer dos sócios, observada a exceção posta no artigo 999 do mesmo Código. Esse último dispositivo estatui que os bens da sociedade em comum são atingíveis pelos credores em função de obrigações assumidas como decorrência de atos de gestão de qualquer dos sócios, mas excepciona a situação em que exista ajuste formal limitativo dos mesmos - como na hipótese de já haver sido firmado e ainda não registrado o contrato social - desde que o pacto seja conhecido ou deva ser conhecido por quem transaciona com sociedade em comum. Louvável a preocupação do legislador, mas parece ser remota a concreção das figuras de exceção.

Em breve conclusão sobre esse tópico, ousamos assertir que a normatização da sociedade de fato, o que se fez pela disciplina das relações interna *et* externa *corpore*, é providência saudável, especialmente na preservação dos lícitos interesses daqueles que com ela transacionam, mormente dentro da realidade sócio-econômica do País, em que grande parte das atividades empresariais se desenvolve informalmente, por causas e razões macroeconômicas que descabe aqui considerar.

Ademais, foram suficientemente felizes os autores da *lex*, pois, como vimos, há notória intenção de se induzir a formalização, que tende a conferir a indispensável segurança jurídica às relações econômicas. O que não deixa de ser híbrido sob a ótica estritamente legal - fazer quase sujeito de direitos quem não tem personalidade jurídica - embute a inteligente intenção de institucionalização.

Também foi elencado como tipo de sociedade não personificada aquela em conta de participação, cuja disciplina está nos artigos 991 a 996 do Código Civil. A formação dessa espécie societária dá-se por contrato (artigo 993 do Código Civil) - que, a rigor, não pode ser visto como contrato social

stricto sensu, mas, em verdade, como contrato de participação - sendo a sociedade, entretanto, não possuidora de personalidade jurídica, não estando subsumida às formalidades de constituição que subordinam o nascimento das sociedades em geral, podendo ser provada a sua existência por todos os meios lícitos (artigo 992 do Código Civil). Como se depreende do enunciado do artigo 991 do Estatuto Civil, a sociedade em conta de participação engloba dois tipos de sócios, quais sejam o sócio ostensivo e o sócio oculto ou participante.

O primeiro é aquele que vai explorar, em nome individual e sob sua exclusiva e ilimitada responsabilidade, o objeto social do contrato de participação, na dicção do Professor Sérgio Campinho. De seu lado, o sócio oculto, que usualmente é prestador de recursos, busca a participação nos frutos da exploração econômica, sem assumir, todavia, junto aos terceiros, os riscos implícitos do desenvolvimento do negócio. A sua responsabilidade pela álea negocial é pré-quantificada, ficando limitada à prestação pela qual se obrigou diante do sócio ostensivo, nos termos exclusivos do ajuste que convencionaram (artigo 991 e seu parágrafo único, do Código Civil). Destarte, afirma-se, e justificadamente, que a sociedade só existe entre os sócios e não perante terceiros. Tanto é que se colhe das partes iniciais dos textos do artigo 993, caput, e do parágrafo único do artigo 991, do Código Civil.

Em verdade, as relações obrigacionais entre os sócios ostensivo e oculto são reguladas pelas cláusulas do contrato de participação. A sociedade não se apresenta em face de terceiros. Apenas o sócio ostensivo é quem aparece, concretizando os negócios em seu nome próprio e bancando os riscos dos maus resultados da empreitada negocial. Sublinhe-se, mais uma vez, que os prováveis azares do sócio ostensivo são ilimitados, enquanto que os do oculto são limitados. Os terceiros não poderão agir contra o sócio oculto, mas tão só em face do ostensivo.

A hipótese de o sócio oculto participar das relações estabelecidas pelo sócio ostensivo com terceiros é conduta indesejada pelo legislador, sancionada com a fixação da responsabilidade solidária do sócio oculto pelas obrigações em que, indevidamente, intervir (segunda parte do parágrafo único do artigo 993, do Código Civil).

Contudo, e como é de lógica estrita, não se priva o sócio oculto do direito de fiscalizar a gestão dos negócios da sociedade. Não há vedação de que coabitem vários sócios ostensivos e mais de um sócio oculto no seio de um único contrato de participação. Caso positivo, o pacto deverá ser

expresso na fixação da participação de cada um dos sócios ostensivos na exploração do negócio social, bem ainda o desenho das responsabilidades internas dos diversos sócios ocultos.

Como fez o Professor Sérgio Campinho, a partir dos traços básicos já declinados, a sociedade em conta de participação pode ser conceituada como um contrato associativo ou de participação, por via do qual uma ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, se propõem e obrigam a explorar uma ou mais atividades econômicas, buscando proveito comum ser partilhado, sem embargo de fazê-lo sob o nome e a responsabilidade individual daquele que praticar as operações, obrigando-se este perante terceiros para a concretização do objeto contratual.

Como já dissemos, a constituição de uma sociedade em conta de participação independe de qualquer formalidade e sua existência pode ser evidenciada por quaisquer dos meios válidos de prova. Não se submete, pois, à forma que a lei preceitua para a geração de uma sociedade regular. Isso inobstante, não pode ela ser comparada à uma sociedade de fato. Em verdade, existe só entre os sócios e não em face de terceiros. Conseqüência lógica está em que não tem a face de uma sociedade, muito mais se enquadrando como um contrato associativo ou de participação.

Importante frisar que, bem ao contrário do que se dá na sociedade de fato, entre os contratantes dessa modalidade não há a exteriorização de um *animus* societário, da livre deliberação de ser sócios. Moto dos contratantes, o que os anima, é, no fundo, a oportunidade que vislumbram, circunstancialmente, momentaneamente, de explorar um bom negócio. Essa a razão pela qual o Código Comercial (artigo 325) apelidou o tipo societário como sociedade acidental ou momentânea; isto não implica que não possa existir em caráter duradouro, o que, entretanto, seria atípico, fugindo ao seu standard, que consiste em estar voltada e organizada para uma ou certas operações.

Espancando as dúvidas preexistentes sobre a possibilidade de seu instrumento contratual ser levado a registro, o Código Civil, no artigo 993, não veio vedá-la, ressalvando que tal evento, se concretizado, não confere personalidade jurídica à sociedade. Por força do que se retira do artigo 994, caput, do Código Civil, os aportes dos sócios ostensivo e oculto constituem um patrimônio especial, a exemplo do que se diz para o acervo da sociedade em comum, consubstanciando o objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais. A partir do § 1º do mesmo artigo 994, vê-se que a especialização patrimonial, isto é, sua diferenciação dos patrimônios particulares dos contratantes da participação, só entre eles produz efeito, regra que reafirma a existência de sociedade somente como liame entre os mesmos.

Mais acentuando a natureza não tipicamente societária da sociedade em conta de participação, tem-se que sua liquidação, a do patrimônio especial original e a dos possíveis acréscimos que este merecer, está subsumida às normas próprias da prestação de contas fixadas na lei adjetiva civil (artigo 996 do Código Civil); havendo mais de um sócio ostensivo, suas contas serão prestadas e julgadas em um só processo (parágrafo único do artigo 996).

A partir da premissa de que a sociedade em conta de participação tem seus efeitos contidos no vínculo endógeno entre os sócios, não recebendo o status de pessoa apta a travar relações com terceiros, mesmo que seu ato constitutivo tenha assento no Registro Público de Empresas Mercantis, sobra claro que não será ele sujeito de falência. Quem poderá ser passível de quebra é o sócio ostensivo, seja empresário individual ou sociedade empresária, este sim que se obriga direta e pessoalmente diante dos terceiros, mesmo que no interesse de efetivação do objeto do contrato de participação.

Como empresário, o sócio ostensivo estará sujeito a ter sua falência requestada por qualquer dos seus credores, inclusive seu sócio oculto, independente da gênese dos créditos, se resultantes do contrato de participação ou do exercício de outra atividade. A falência do sócio ostensivo tem como implicação a dissolução da sociedade (artigo 994, § 2º, do Código Civil); em outras palavras, a consequência está na resolução do contrato de participação. Liquidada a conta de participação, e havendo saldo em favor do sócio oculto, tanto representará seu crédito quirografário, habilitável no passivo falimentar. De sua banda, o sócio oculto, se empresário, igualmente poderá falir, a requerimento de qualquer dos seus credores. Claro, entretanto, que o pedido de quebra não poderá ter suporte em sua condição de sócio participante, à vista de que, nessa qualidade, não se obriga pessoalmente diante de terceiros. Consequência da hipótese de falência do sócio oculto está prevista no § 3º do artigo 994 do Código Civil, sendo que o contrato social ficará subsumido às regras que disciplinam os efeitos da quebra em relação aos contratos bilaterais do falido.

Destarte, o contrato não se resolve automaticamente pela falência, podendo o síndico, se ver conveniente, exigir que o contrato seja executado, acrescentando-se os saldos devidos ao sócio participante como ativo destinado à satisfação dos seus credores (Lei de Falências, artigo 43). Poderá, também, se conveniente para a massa, optar pela resolução do contrato, com a sua denúncia e a assunção dos ônus decorrentes. A lei específica prevê a interpelação do síndico para declarar-se acerca do cumprimento ou não do contrato.

Tudo que se afirmou prevalece apenas se não houver, no contrato de participação, ajuste expresso de resolução na hipótese falimentar, pois, neste caso, decretada a quebra, o contrato estará resolvido, quantificando-se eventual e respectivo saldo em favor dos contratantes. Importante asseverar que, dada sua própria natureza, a sociedade em conta de participação não terá uma firma ou denominação social, sendo por isso chamada de oculta ou anônima; repita-se: quem negocia com terceiros é o sócio ostensivo, em seu nome pessoal.

O Código Civil não determina que o sócio ostensivo, em uma sociedade em conta de participação, seja necessariamente um empresário individual ou uma sociedade empresária, do que deriva a possibilidade de utilização dessa figura na esfera civil, sendo certo que o sócio participante que não revestir essa qualidade não estará sujeito à falência, mas, sim, à insolvência civil, nos moldes do Código de Processo Civil.

Em conclusão, e aqui assumindo a idéia do Professor Sérgio Campinho, na obra já referida, concordamos em que a sociedade em conta de participação, conquanto não seja tecnicamente uma sociedade, mais propriamente um contrato associativo ou de participação, pode servir como instrumento válido para a captação de recursos destinados aos desenvolvimento de muitos negócios, atraindo investidores para certas atividades, com a cautelosa limitação de sua responsabilidade, *business* que será executado sob o risco direto de um empresário ou sociedade empresária já existentes, partilhando-se o lucro ao final.

Perdoem-me minhas poucas habilidades de trato com essa matéria. Sou um modesto tributarista, e agradeço franca e sinceramente a atenção que me foi dispensada, bem ainda ao extremamente honroso convite que a FGV me fez. Muito obrigado.

José Manssur – Agradecemos a apresentação do Professor. Vamos passar agora às perguntas: O ilustre advogado Marcos Alberto pergunta ao professor Mussolini: a desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade em conta de participação pode afetar o patrimônio particular do sócio oculto?

Mussolini – Em primeiro lugar, a sociedade em conta de participação não tem personalidade jurídica e não a adquire ainda que seus atos constitutivos sejam registrados. De modo que a situação que se projeta me parece infactível. O patrimônio particular do sócio oculto só será atingido na hipótese de se vir a demonstrar que ele interferiu em negociação procedida pelo sócio ostensivo.

3º DIA**TEMA: Sociedade Limitada**

Aldimar de Assis - Boa-noite a todos. É com satisfação que a Ordem dos Advogados do Brasil e a Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas (FGV), dão continuidade ao terceiro dia do I Simpósio sobre Direito Empresarial e o Novo Código Civil. Sem mais delongas, vamos dar início às exposições desta noite. Nosso primeiro palestrante é o Dr. Adalberto Simão Filho, que é professor titular do curso de graduação e pós-graduação da cadeira de Direito Comercial do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UniFMU), professor-coordenador externo das cadeiras de pós-graduação em Direito Empresarial e do Trabalho da Furb-SC, além de vice-presidente do Instituto Brasileiro de Proteção e Defesa dos Consumidores em Internet (IBCI).

Adalberto Simão Filho – Muito boa-noite a todos. Vamos falar hoje sobre sociedade limitada e, para tanto, dividi a exposição em três itens a saber: regime jurídico societário, sociedade simples e empresária e, por fim, alguns aspectos da nova sociedade limitada.

O Direito da Empresa é resultante de uma mutação muito interessante, que é a da teoria dos atos do comércio para a efetiva teoria da empresa. Com isso se muda o panorama do Direito. Mas a questão é a seguinte: será que estamos vivenciando um Direito da empresa em sua essência? Parece que não, uma vez que ainda falta haver a regulação de certas leis para adaptação ao Direito da Empresa. Uma delas é a Lei de Falências⁴, que trata da questão falimentar e dos benefícios legais justamente ligados à pessoa do comerciante.

O interessante é que, nesse novo cenário que se mostra, precisaríamos saber a quem se aplicará o Direito Falimentar em uma sociedade limitada.

Bem, qual o regime jurídico que está aplicável à sociedade limitada nessa nova modelagem? A sociedade limitada vai ser regida pelo Código Civil e, na falta desse, será dirigida pelas normas da sociedade simples. Mas o contrato pode efetuar previsões de regência supletiva com base na lei de sociedade por ações, o que é uma grande novidade, por transformar a sociedade limitada em unidade fomentadora de novas ideologias de negócios, e na qual se permitem investidores internos e externos.

⁴ Posteriormente ao evento, foi editada a Lei n.11.101/05 que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária que com o Código Civil complementa a inserção do Brasil em ambiente de direito de empresa.

Para adentrarmos melhor no tema, vamos falar um pouco sobre a divisão entre sociedades simples e empresárias. Esta, segundo o Código, deve ser registrada na Junta do Comércio, e existe para o exercício de atividade econômica organizada, para produção ou circulação de bens ou serviços. Mas, quando o Código apresenta esta idéia, ele também apresenta uma exceção à esta regra, dizendo que, quem exerce profissão de natureza intelectual, artística, científica ou literária não é empresário. Sabemos, então, que certas atividades serão colocadas como sociedades simples. Do mesmo jeito que cria a exceção, apresenta imediatamente também uma contra-exceção à regra, dizendo “salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”. O Código criou uma teoria tão nebulosa quanto à teoria dos atos do comércio.

Conseguiríamos classificar as sociedades se entendêssemos com clareza o exato significado da expressão elemento de empresa. Em primeiro lugar, nos parece que, a forma como se organiza os fatores de produção, da indústria, dos serviços e relação com o Governo, a ponto de criar uma sinergia profunda, será um dos principais elementos diferenciadores da sociedade limitada. Entretanto, não resolve o caso, porque pode haver uma sociedade simples que também possua aspecto organizativo qualquer, mesmo que rudimentar.

O segundo ponto, profissionalidade, também seria característica da sociedade empresária, assim como a atividade econômica organizada e a produção e circulação de bens e serviços.

Além desses, podemos citar o elemento de empresa em espécie também como aspecto próprio da sociedade limitada. Talvez, os elementos de empresa sejam aqueles próprios da entidade empresarial e que formam o que se chama de estabelecimento comercial e empresarial. O artigo 1142 do Código Civil tem a previsão não somente do que é o estabelecimento, como também dos negócios jurídicos que podem ser realizados por esta figura. Para o Código, considera-se estabelecimento todo o complexo de bens organizados para o exercício da empresa por empresário ou por sociedade empresária, e não simples.

Na dissolução de sociedade ou falecimento de sócio, isso é muito importante, uma vez que a contabilidade das empresas, via de regra, não consegue dar valia a esse fenômeno que estamos estudando. E fazer uma valoração de cota com base no patrimônio líquido descontado não adianta, uma vez que às vezes o balanço está dissociado da realidade. E por quê? Simplesmente porque a idéia de estabelecimento não está colocada nessa situação de balanços. Nunca se verá quanto vale efetivamente uma patente, uma marca ou qualquer outro direito intangível através de uma análise

simplista de balanço. E é por isso que, quando há contendas judiciais, o advogado que conhece o conceito de imaterialidade faz milagres no Judiciário, conseguindo elevar uma cota social para que esta seja valorada para centenas de vezes a mais a depender da realidade empresarial. O que vale são os elementos de empresa.

Às vezes, temos de ajudar o cliente, por exemplo, que é um prestador de serviços e está registrado no cartório civil. Ele tem de consolidar o negócio e mudar para sociedade empresária? Sim, vá para a empresária cujo aviamento é valorável e o estabelecimento empresarial protegido por lei. Com relação ao aviamento, prevê o Código Civil no Art. 1.187 parágrafo único III que s entre os valores do ativo se pode colocar as deduções decorrentes das quantias efetivamente pagas a título de aviamento de estabelecimento adquirido de empresário ou sociedade empresária, ou seja, é uma nova realidade que precisamos tentar assimilar de forma melhor do que foi a realidade passada das sociedades limitadas.

Aí, fica a pergunta: quem vai falir, a sociedade simples ou empresária? É óbvio que é a empresária⁵ que pode pedir falência e concordata. A simples não vai à falência.

Um outro aspecto relevante é que estamos falando de uma sociedade que forma 98% das empresas brasileiras. Entre os 6 tipos nacionais, a sociedade limitada é exercida por 98% das companhias. Muitas delas são constituídas pelo tipo sociedade de pessoas, na qual preponderam as características dos sócios ou familiares. Já na sociedade de capital, o que prepondera é o dinheiro.

Se na sociedade de pessoas falece alguém ou há brigas, o ingresso de sócios não é livre, ou seja, é uma forma de proteger o quadro social. O que diz a lei? Ela mudou e, agora, pode uma sociedade de pessoas ser assemelhada a sociedade de capital em alguns casos. Se não se prevê no contrato as características de sua sociedade como sociedade de pessoas, será livre a transferência de cotas para terceiros nos termos da lei, aproximando-a da sociedade de capital.

Falando-se sobre sócios, deve-se questionar: quem pode ser sócio? Hoje em dia, uma sociedade limitada pode ser constituída por maiores de 18 anos, maiores de 16 somente com a concessão dos pais e, quanto à participação de menores, não há nada na lei que impeça, desde que o contrato esteja adequado para esta realidade.

⁵ Com o advento da Lei 11.101/05 fica estabelecido que somente o empresário e a sociedade empresária podem gozar das recuperações extrajudiciais ou judiciais e são sujeitos à falência, salvo as exceções legais.

E sociedades estrangeiras podem ser sócias de limitada? É claro que pode ser sócia, lembrando que quem opera é a pessoa jurídica, e não a empresa estrangeira. E como a sociedade limitada aplica regras supletivas da S.A., é só fazer a previsão no contrato.

Vamos falar agora sobre casamento e sociedade. O que diz a regra? O artigo 976 disciplina que marido e mulher podem criar sociedade se não forem casados em comunhão de bens ou separação de bens. Por conta dessa regra, logo no início da vigência do Código Civil, algumas juntas comerciais do País não registravam sequer uma alteração contratual de mudança de endereço da sociedade, alegando que o casamento entre os sócios pleiteantes era por comunhão total de bens, vetando o processo. Ora, que jeito poderia ser dado para isso? Vamos imaginar: poder-se-ia mudar o regime de casamento? Abstrair da sociedade, por exemplo, o marido ou mulher e colocar no lugar outra pessoa? A terceira hipótese seria de algum dos dois vender suas cotas. Tudo isso é um absurdo. Para mim, não faz parte das modificações que precisam ser feitas no contrato social por determinação do Código Civil, alterar cláusula relativa a sócio casado em comunhão de bens ou separação total, para as sociedades já existentes, justamente porque o artigo 976 está a disciplinar sobre o futuro e não sobre o passado.

Bem, dentro do caminho da nova governança das sociedades, é interessante mencionar que o gerente virou mero preposto. Antes ele tinha cargo de destaque na sociedade limitada; hoje, é o administrador – que pode ser tanto sócio ou terceirizado – que comanda a empresa. A segunda novidade é que a deliberação pode ser por assembleia geral ou então por reunião de sócios.

Uma outra situação que gostaria de falar com os colegas é sobre cotas sociais. Há uma previsão de que o capital social se divida em cotas iguais ou desiguais. Mas, o que seria uma cota desigual? Ora, é difícil de imaginar. Fiz, então, uma classificação acerca de quatro tipos detectados de desigualdades de cotas. A primeira é em razão do valor da cota, por exemplo: se o capital social de uma empresa é de R\$ 100 mil. Este valor será dividido em duas cotas sociais onde a primeira cota pode ser de 80% do valor e, a segunda, de 20% deste valor. Essa estrutura possibilitaria definir-se claramente quem comanda, além de evitar brigas de herdeiros no caso de falecimento haja vista que a cota unitária é indivisível, gerando a obrigação de os herdeiros deterem esta cota em condomínio cuja estrutura de funcionamento para a boa gestão deve ser elaborada.

Outra desigualdade é em razão da forma de circulação da cota. Posso criar várias cotas e dizer que estas, pertencentes às pessoas A, B, e C, e não têm circulação livre se não forem oferecidas a sócio A – Todos os demais sócios precisam dar preferência de aquisição ao sócio A para fins alienatórios.

A terceira define-se como desigualdade em face do exercício regular do direito de voto. Como se precisa de 75% para poder comandar definitivamente uma sociedade limitada, uma pessoa que tenha 51% das cotas representativas do capital social, faz um acordo com outros dois sócios e cria uma desigualdade nas cotas. Ou seja, pode-se realizar na forma paralela um acordo de cotistas onde eles dizem que, em certas matérias, votarão da mesma forma que o sócio majoritário. Daí se consegue ter o comando da sociedade.

A última desigualdade é em razão dos resultados. Imagine que a sociedade limitada pode atrair investimentos. Você traz um investidor que, em contrapartida à aplicação, pede 30% dos resultados da empresa. O empresário concorda, mas diz que, ao contrário do que ele pede, oferece 10% das cotas informando que gerará uma desigualdade nestas cotas para que elas sempre reflitam os 30% do resultado pretendido pelo investidor. Amanhã, se essa sociedade se desfaz, o investidor que sempre recebeu resultados sobre 30% , receberá haveres sobre 10% em face da desigualdade criada e o empresário recebe o restante. Ou seja, ganhou quem detém mais cotas. Ganhou a empresa que foi fomentada pelo investidor e ganhou também o investidor que com uma participação de 10% recebeu sempre resultados sobre 30%.

Para finalizar, quais as tendências modernas? O ingresso de todas essas sociedades no que se convencionou chamar de ambiente de sociedade da informação. Em segundo lugar, acredito que haja possibilidade de se criar programas de governança corporativa para as sociedades limitadas iniciando-se uma nova empresarialidade eivada de padrões éticos de conduta e de responsabilidade social.

Muito obrigado pela atenção de todos. Muito obrigado.

Aldimar de Assis – Agradecemos o professor Adalberto pela brilhante e elucidativa exposição sobre esse tema complexo. Vamos agora à exposição da professora Viviane Muller Prado, que é pesquisadora em Direito dos Negócios da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, que falará sobre o tema Deliberações dos Sócios.

Viviane Muller Prado – Boa-noite a todos os presentes. Esse tema envolve, principalmente, a discussão sobre a competência dos sócios dentro da estrutura de uma sociedade limitada. Envolve também a estrutura interna da sociedade, ou seja, como se forma e funciona – qual o papel do sócio e do administrador?

Antes de entrar propriamente no novo regime do Código Civil, acho importante tratar um pouco da estrutura interna da sociedade limitada. A estrutura mínima de uma sociedade limitada possui dois órgãos: os sócios reunidos e os administradores. Enquanto os primeiros têm a função de adequar a sociedade e sua estrutura durante o passar dos anos, os segundos têm função externa, de contrair obrigações e formar direitos para a sociedade. Digo isso porque não é a exigência de deliberação dos sócios que vem engessar a sociedade; não é por isso que o Código Civil deve ser criticado. Livros de autores como Egberto Lacerda, Pontes Miranda ou mesmo Bulhões Pereira, já mostravam que os sócios tinham essa função de deliberar.

No capítulo sobre a deliberação dos sócios, o legislador trouxe todas as formalidades e passos necessários para que a vontade social seja validamente constituída. No regime anterior, Decreto 3.708/19, não estava prevista nenhuma forma especial para manifestação dos sócios – ou se obedecia ao que estava previsto no contrato social, ou então reportava-se à aplicação subsidiária das sociedades anônimas.

Bem, saindo dessa parte preliminar, vamos tratar da deliberação dos sócios na disciplina do Novo Código Civil. Existem, hoje, duas formas de deliberar. Os sócios podem fazê-lo de forma escrita ou então dentro de reunião formal. Para afastar a realização de uma assembléia e se todos os sócios concordarem, uma das formas é deliberar por escrito. É óbvio que essa tomada por escrito beneficia a sociedade, uma vez que se reduz o custo da convocação e a demora da decisão. Em sociedades em que haja sintonia entre os sócios, essa forma de deliberação funciona muito bem.

Passando agora para o processo de deliberação coletiva ou colegiada, vemos que o Código parece um pouco confuso, uma vez que diz que serão tomadas em reunião ou assembléia. Ora, a assembléia é a reunião de sócios que, obedecendo a certas formalidades, decide sobre um tema de interesse social. Apesar de os senhores já terem claro a diferença entre reunião e assembléia, há um conceito novo. O Código trouxe um conceito de reunião em seu sentido próprio e o conceito de assembléia, que também é uma reunião de sócios. Em resumo, se pressupõe que a reunião de sócios é aquela que segue a disciplina do contrato, enquanto a assembléia segue a disciplina do Código.

Deve-se evitar essa confusão terminológica, tendo em vista que é uma propriedade do Novo Código Civil.

Como já foi falado pelo professor Adalberto, para não se engessar as sociedades, é necessário tomar alguns cuidados, como colocar no contrato social regras próprias sobre a forma de deliberação dos sócios, periodicidade e forma de convocação da reunião. É muito importante analisar o tipo e estrutura societária da empresa para se tomar providências e poder elidir essas regras sobre assembléia.

Agora, vou passar a tratar das regras sobre a assembléia do Código Civil. A primeira de todas é a convocação. Esta não tem uma finalidade em si mesma, mas é formalidade que objetiva dar conhecimento aos sócios sobre a realização da reunião e permitir a participação de todos. Para a formação válida da vontade social, precisa-se cumprir uma série de formalidades na convocação, instalação e quorum de deliberação. Isso tem por fim a proteção do sócio minoritário, que não tem o controle. Têm competência para a convocação os administradores ou sócio e conselho fiscal, quando instalado.

Um ponto crítico é a convocação por publicação em jornais e outras mídias. O Código determina que as convocações devem ser publicadas ao menos três vezes, e com um prazo mínimo de oito dias para a primeira convocação e de cinco dias para a posterior. O mais importante nisso é o custo. Ainda que a sociedade tenha mais de dez sócios, a publicação é um custo injustificável, que pode ser contornado quando todos os sócios comparecem às assembléias ou quando todos declaram seu conhecimento da data e local de onde será realizada.

O Código Civil, para as sociedades que têm mais de dez sócios, conseguiu ser mais formalista que a própria lei das sociedades anônimas. Nesta, se ela tiver menos de 20 acionistas e patrimônio inferior a um milhão de Reais, a convocação pode ser por anúncio entregue a todos os sócios, além do que pode deixar de publicar os documentos da administração.

Uma outra formalidade é para instalação dessa assembléia geral. O Código estabeleceu que, para que haja deliberação válida, são necessários 75% dos sócios na primeira convocação e um número indeterminado na segunda. O problema é que, se há interesses conflitantes entre os sócios e não comparecem 75% dos sócios, as discussões acabam sendo adiadas.

Vou tratar, agora, do quorum de deliberação, que, no meu modo de ver, é um ponto crítico na nova legislação. Uma premissa é que o voto não é por cabeça, mas de acordo com o percentual de participação no capital social. E, anteriormente, o poder de decisão cabia à maioria, que poderia alterar o contrato social; o Novo Código, sem alguma razão clara, trouxe quoruns específicos para determinadas matérias. Acho que é um tema a ser discutido melhor, uma vez que existem sociedades criadas há muitos anos, nas quais um sócio detinha 51% do capital e que, agora não vai mais poder decidir sobre algumas matérias importantes.

O que se pode fazer para se tentar evitar esse quorum? Nos jornais, muitas vezes noticia-se que alguns sócios tentam comprar as quotas que faltam para que se mantenha o controle da sociedade; além disso, pode-se formar um acordo de sócios – para que se discipline o direito de voto na sociedade – ou então a transformação da sociedade em anônima.

O legislador estabeleceu algumas matérias, relevantes para a vida da sociedade, que são de competência dos sócios. Entre as matérias, estão a aprovação de contas, designação ou destituição dos administradores, modificação do contrato social, nomeação ou destituição de liquidantes e pedido de concordata. Mas, às vezes, os sócios acabam delegando ao conselho de administração essa competência; ainda não sei como a jurisprudência vai entender essa questão da possibilidade da delegação ou não de algumas competências. A manutenção dessa flexibilidade vai depender muito dos operadores do Direito.

Para concluir, o que se pode falar sobre o regime de deliberação dos sócios é que o legislador não considerou apenas a deliberação em um regime formal e presencial, mas considerou também a via escrita. Outra consideração é que se retirou a completa autonomia da alteração do contrato social; para fazê-lo, é necessário o cumprimento de algumas formalidades, que tem como objetivo a proteção do minoritário.

Bem, são essas as minhas considerações. Agradeço a todos.

Aldimar de Assis – Agradecemos a participação da Dra. Viviane, que falou tão brilhantemente sobre esse tema tão complexo. Vamos agora aos debates.

Adalberto Simão Filho – A primeira pergunta é do colega Caio Vinícius Braga de Carvalho, que questiona: “Uma vez que as restrições contidas no artigo 977 quanto ao regime de bens

relacionados ao matrimônio dos sócios cônjuges estão contidas dentro dos requisitos necessários para ser empresário, é correto afirmar que tais vedações aplicam-se também às sociedades simples?”

Sim, é correto, uma vez que a sociedade limitada simples também vai sofrer o mesmo tipo de intervenção para com relação ao regime de bens. Ou seja, a partir de então, não será possível constituir uma sociedade limitada simples se o casal for casado em comunhão total de bens ou separação de bens. Por sua vez, a sociedade simples poderá ter vários tipos sociais, menos a S.A. e a de ações.

A próxima pergunta é do colega Graciano Pinheiros de Siqueira. “Considerando-se que o Novo Código Civil não prevê a possibilidade de existência de quotas em tesouraria, tal situação não mais poderá ocorrer, especialmente se a norma supletiva nas omissões for a da sociedade simples, que também não trata da matéria”.

Bem, a idéia das quotas na tesouraria ocorria em algumas hipóteses como, por exemplo, quando se excluía um sócio e se queria guardar as quotas para acerto futuro do valor devido. Será que essa situação mudou? Não vejo como, porque, afinal de contas, ainda há possibilidade de exclusão e, quando isso acontece, as quotas desse sócio não podem ser apropriadas pelos demais. Elas ainda representam uma parte do capital social e uma participação social.

A terceira pergunta é de Gilberto Ribeiro. “A dinâmica dos negócios exige decisões rápidas, eficientes e frequentes. Diante disso, qual a importância destas assembleias, se na prática, a administração da empresa é delegada?”

As assembleias são importantes porque têm uma série de matérias no Código Civil, cuja a deliberação só se faz por conclave. Não se precisaria, no entanto, fazer a assembleia em muitos dos casos, uma vez que a deliberação poderia ser feita por escrito. O que se precisa é documentar, por conta da responsabilidade.

Aldimar de Assis – Temos uma outra questão para o professor Adalberto. “No regime do Código anterior, as sociedades civis eram registradas nos Cartórios de Títulos e Documentos, enquanto as sociedades comerciais eram registradas na Junta Comercial. Quais são, hoje, os tipos de sociedades e onde seus contratos devem ser registrados?”.

Adalberto Simão Filho – Hoje, temos somente as sociedades simples e as empresárias. Se a sociedade é empresária, ela será registrada nas juntas comerciais. Quais os tipos de sociedades que serão registradas nas juntas? São as sociedades limitadas, a em nome coletivo, a em comandita simples e a em comandita por ações. Não se registra lá a sociedade em conta de participação porque a esta não cabe registro.

Na outra ponta, como sociedade simples, o que se registraria no cartório de registro de pessoas jurídicas civis? Registrariam-se os tipos sociais que podem ser colocados como sociedades simples, que são a sociedade em nome coletivo simples, sociedade em comandita simples e sociedade limitada entre outras previstas na lei e as cooperativas.

Aldimar de Assis – Bem vamos ao encerramento do evento, lembrando a todos que amanhã e sexta-feira continuaremos nosso seminário, que propiciará os debates e discussões sobre o tema. Boa-noite a todos e até amanhã.

4º DIA**TEMA: Títulos de Crédito**

Nelson Miyahara – Boa noite a todos e sejam bem-vindos à seqüência do I Simpósio OAB-SP e FGV-EDESP sobre Direito Empresarial e o Novo Código Civil. Minhas senhoras, meus senhores e colegas, é uma satisfação imensa tê-los nesse auditório, onde, nessa noite, teremos a oportunidade de ouvir grandes palestrantes.

Falarão, hoje, o Dr. Marcelo Mansur Haddad, Newton de Lucca e José Luis Toro da Silva e, seguindo-se às palestras, vamos aos debates. O primeiro deles, Haddad, é doutor em Direito Internacional, professor da Fundação Getúlio Vargas e árbitro da Câmara de Arbitragem da FGV. O tema que esse vai falar é sobre Teoria Geral dos Títulos de Créditos e as Inovações do Novo Código. Muito obrigado.

Marcelo Mansur Haddad – Boa-noite a todos. Acho que o tema que abordarei é interessante, uma vez que a palavra inovação pode trazer algumas dúvidas e suscitar discussões. O que efetivamente inovou o Novo Código Civil em relação a títulos de crédito?

Ao começar a apresentação, gostaria de mostrar a vocês a estruturação formal do Novo Código. Antigamente, os títulos de crédito eram mencionados no Livro 3, de Direito das Obrigações e no título 6, das obrigações por declaração unilateral de vontade. Houve uma reorganização do Código, onde o título de crédito passa a ter um capítulo especial dentro do Livro 1 do Novo Código, onde vem subdividido em disposições gerais, títulos nominativos, títulos ao portador e títulos à ordem.

Como aspecto primeiro a ser analisado, um dos artigos mais importantes deste título é o 903, uma vez que trata da aplicação das regras do novo Código. Assim como as disposições transitórias do Novo Código, são extremamente relevantes, no que diz respeito a prazos prescricionais e aplicação a negócios futuros. O artigo diz: “Salvo disposição diversa em lei especial, regem os títulos de crédito pelo disposto neste código”, ou seja, prevalecem ainda as regras especiais. Toda a legislação que desde janeiro já vigorava a respeito de título de crédito continua em vigor; não houve revogação. A discussão que se coloca é de como compatibilizar as antigas regras com as do Novo Código Civil.

Qual foi, então, o propósito do Novo Código ao estabelecer um capítulo específico sobre títulos de crédito? Alguns entendem que seria intenção de abrir espaço para os títulos inominados ou atípicos. Eu entendo ser estranho que o Novo Código venha a falar de títulos inominados e atípicos quando, sabe-se, precisa de uma lei especial para regular aquele tipo de título de crédito. A Cédula de Crédito Bancário, por exemplo, foi criada por Medida Provisória. E, por isso, os bancos não a utilizam, pelo temor que aquela MP não seja convertida em Lei.

Dentro do conceito de títulos de crédito, o Novo Código foi bem conservador. Ele usa basicamente a definição anterior, exceto pela alteração da palavra “contido” pela “mencionado”. Na verdade, a palavra “mencionado” está vinculada à característica da literalidade – aquilo que não está mencionado no título de crédito não existe.

Poderia, agora, levantar três ou quatro tópicos que mudaram no Novo Código Civil, com relação a títulos de crédito. Mas a análise não deve ser tão simples. Então, levantei os principais artigos do Novo Código e comparei-os com as legislações específicas de cada título de crédito, para efetivamente verificar se houve ou não inovação.

O primeiro artigo é o 889, parágrafo terceiro, que diz que o título poderá ser emitido a partir de caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente, que constem da escrituração do emitente observados os requisitos mínimos. Aqui temos uma novidade: a figura do título executivo eletrônico. Não havia, anteriormente, previsão sobre isso.

Um outro artigo é o 890, que fala que se consideram não escritas no título as cláusulas de juros. Será que não existem títulos de crédito com juros? Existe uma disposição na Lei Uniforme de Genebra, que fala de nota promissória e letras de câmbio, e diz em seu artigo 5º que em uma letra pagável à vista, pode-se ter juros. Já vi, na prática, uma dessas, mas são situações bem extraordinárias.

O próximo que vamos tratar é o 891, segundo o qual os títulos de crédito incompletos ao tempo de emissão devem ser preenchidos em conformidade com os ajustes realizados. Isso já existia, e não se faz uma novidade. Talvez isso traga inovação com relação às duplicatas, mas veremos que também para estas há um regime especial da aplicação subsidiária da norma de letras de câmbio.

O artigo 892 diz, em sua vez, que aqueles que, sem ter poderes ou excedendo os que têm, lançam sua assinatura em títulos de crédito como mandatário, ficam obrigados, desde que efetivamente não tenham poderes. Esta lei já existia anteriormente no artigo 8º da Lei Uniforme de Genebra e ainda no artigo 14 da Lei do Cheque. Mais uma vez, a regra que dispõe o Código Civil não é uma inovação, mas reitera uma norma que já existia nas regulamentações específicas.

Segundo o artigo 895, enquanto os títulos de crédito estiverem em circulação, só ele pode ser dado em garantia ou ser objeto de medidas judiciais, e não separadamente os direitos e mercadorias que representam. Vale a pena, neste caso, analisar a regulamentação sobre certificado e warrant de depósito. Nesse tipo de título, existe uma disposição muito parecida, que diz “emitidos os títulos que tratam o artigo 15, os gêneros de mercadoria não poderão sofrer embargo, penhora, seqüestro ou qualquer outro embaraço”. Hoje, o penhor de mercadorias é registrado no cartório de registro de imóveis onde se encontra o bem, e ficará portanto mais difícil para os devedores registrar em cada uma das localidades onde o armazém se encontrava. Uma solução para isso era o penhor de títulos de crédito, que seria o certificado de depósito.

Outro artigo interessante é o 897, segundo o qual é vedado o aval parcial ao pagamento de título de crédito que contém obrigação de pagar soma determinada. Aqui, temos uma novidade – na verdade uma regra que restringe o aval, uma vez que a maioria das regulamentações específicas permite o aval parcial. Então, é uma novidade que vai se aplicar somente aos títulos de crédito cuja regulamentação específica não contenha regra ao contrário. O aval deve ser dado no verso ou anverso do título que, para ser validado, é suficiente simples assinatura.

No artigo 899, o avalista se compara àquele cujo nome indicar na falta do emitente ou devedor final. Subsiste a responsabilidade do avalista ainda que nula a obrigação daquele a quem se equipara, a menos que a nulidade decorra de vício de forma. Mas, como existem disposições absolutamente idênticas na lei dos cheques e na Lei Uniforme de Genebra, isso não é novidade do Novo Código Civil.

O artigo 902 informa que não é o credor obrigado a receber pagamento antes do vencimento do título e, aquele que paga antes, fica responsável por sua validade. No que tange à Lei Uniforme de Genebra, a regra é absolutamente idêntica. Já junto às duplicatas o credor é obrigado a receber o pagamento antes do vencimento do título, uma vez que é lícito ao comprador resgatar a duplicata antes de aceitá-la ou antes da data de vencimento.

O parágrafo único do artigo 911 diz que aquele que paga o título está obrigado a verificar a regularidade da série de endossos, mas não a autenticidade das assinaturas. Bem, para a lei uniforme a regra é absolutamente a mesma e, para o cheque, não há o que se falar, uma vez que o banco checa as assinaturas.

O artigo seguinte fala que se considera não escrita no endosso qualquer condição a que o subordine o endossante. É nulo o endosso parcial. O artigo 12 da Lei Uniforme de Genebra fala que o endosso deve ser puro e simples, sendo o endosso parcial também nulo. Mais uma vez, temos uma regra que não traz novidade com relação aos principais títulos de crédito.

A próxima regra é uma das mais importantes do Novo Código Civil. “Ressalvada cláusula expressa em contrário, constante do endosso, não responde o endossante pelo cumprimento da prestação constante do título”. Qual era a finalidade da responsabilidade do endosso? Simplesmente que o título circulasse com garantia. Aqui, se tem uma regra diferente, uma vez que não é o endosso que tradicionalmente conhecemos.

Em relação ao artigo 918, este diz que a cláusula constitutiva de penhor, lançada no endosso, confere ao endossatário o exercício dos direitos inerentes ao título. O endossatário de endosso-penhor só pode endossar novamente o título na qualidade de procurador. Basicamente, na Lei Uniforme de Genebra, a regra é exatamente a mesma. A única ressalva que gostaria de fazer é em relação ao certificado de depósito e warrant. A primeira folha se chama certificado de depósito, enquanto a segunda é identificada como warrant depósito. Se alguém endossa ambas as folhas, estará transferindo o direito de uma pessoa retirar aquela mercadoria. Existe uma distinção grande quando se faz um endosso somente do warrant, sem o endosso do certificado de depósito. É o penhor. Você empenha a mercadoria quando endossa o warrant depósito, que pode ser endossado várias vezes.

Mais uma mudança extremamente relevante diz respeito à autorização do cônjuge com relação à prestação de fiança ou aval. Na legislação anterior, a única exigência que se tinha era com relação à fiança. Hoje, para se ter o aval de uma pessoa, precisa-se ter a outorga do marido, exceto nos casos de regime de separação absoluta. O problema é que às vezes se tem uma procuração que o marido dá à esposa ou vice-versa, há que se tomar cuidado com os termos da procuração que, muitas vezes, pode ser revogada. É um cuidado a se ter.

Uma outra alteração que afeta um pouco o título de crédito é a prescrição. “Prescreve-se em três anos a pretensão para haver o pagamento de título de crédito a contar do vencimento, ressalvadas as disposições da lei especial”. Assim, a prescrição de seis meses do cheque continua absolutamente em vigor.

Bem, o propósito da palestra era esse, de mostrar a vocês que, embora se tenha uma pluralidade de artigos sobre títulos de crédito no Novo Código civil, nem tudo é novidade. O que se tira de conclusão é que há inovações, mas não são tão grandes, e, acima de tudo, devemos tomar cuidado em verificar a legislação específica em conjunto com o Novo Código civil. Muito obrigado a todos pela atenção.

Nelson Miyahara – Muito obrigado Dr. Marcelo pela brilhante palestra. Vamos agora ao professor José Luiz Toro da Silva, que é mestrando em Direito Público e Econômico pela Universidade Mackenzie e professor de Direito Comercial da Universidade de Guarulhos. O palestrante discorrerá sobre os títulos de crédito típicos e atípicos.

José Luiz Toro da Silva – Estimados colegas e organizadores deste maravilhoso evento, boa-noite. Quero dizer da honra e satisfação que tenho em poder participar deste evento com uma mesa de palestrantes tão renomados sobre títulos de crédito.

Quero aqui confessar que, no tempo do curso de graduação, essa matéria não me motivava muito mas, mais tarde, me atraiu bastante. Vamos falar de um dos temas mais simples, porém dos mais polêmicos. A questão é saber se existe, no Novo Código, a possibilidade de termos títulos de crédito atípicos. Quando falamos deles, procuramos verificar se, dentro do Código Civil, existe efetivamente uma teoria geral dos títulos de crédito que nos permitiria criar títulos atípicos ou nominados. Essa discussão não é nova.

Se verificarmos, alguns entendem que, como existe a possibilidade da criação de contratos atípicos, também haveria possibilidade de títulos de crédito inominados. E o Novo Código reacende essa discussão; o artigo 887 estabelece o título de crédito como documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da Lei. E que lei vem a ser essa? É a lei específica ou podemos entender que aquelas disposições constantes no Código Civil representam teoria geral de títulos de crédito que daria ensejo à criação de títulos atípicos e não previstos anteriormente? A dúvida fica ainda mais evidente quando vamos analisar o

artigo 903. “Salvo disposição diversa em Lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código”. Este, parece, sinaliza para a possibilidade da criação de títulos atípicos, além daqueles previstos.

Há alguns professores que, no entanto, não concordam com essa possibilidade. Porque se pensarmos que um título de crédito se assemelha analogicamente a uma verdadeira sentença onde, a partir daquele título de crédito, o devedor já é compelido a fazer o pagamento sob pena de penhora, a criação de títulos não tipificados seria extremamente temerário. Então, basicamente estes que advogam a impossibilidade da criação de títulos inominados sem previsão legislativa entendem que o código estabelece uma teoria geral que deve ser observada pelos novos títulos.

Bem, mas como disse, essa discussão não é nova, e já existia há longa data. Mas gostaria de citar o professor Newton de Lucca, dizendo que, daí para nós a conclusão de que a disciplina do projeto em que pesem as afirmações em sentido contrário deveria ter como escopo a subsidiaridade para as normas específicas dos títulos de crédito, e não a regulamentação dos chamados títulos atípicos. O professor continua: chamando a atenção para a diversa significação que assume a expressão título de crédito – ora para indicar uma série de títulos cuja disciplina comum costuma ser indicada com as características que se diz impróprias aos títulos de créditos, ora para indicar-se em quais casos deve ser aplicado a disciplina normativa. No primeiro caso, a expressão título de crédito não serve para indicar qual é o âmbito de aplicação de um sistema de normas, mas sim para resumir os característicos desse mesmo sistema normativo. Enuncia sinteticamente a disciplina daqueles documentos que, considerada exatamente a aplicação dessa disciplina, podem ser definidos como títulos de crédito.

Se verificarmos, dentro da legislação, vamos ver um rigor absoluto ao que concerne os títulos de crédito. Na letra de câmbio, por exemplo, se não estiver expresso no seu corpo a palavra Letra de câmbio, ela não vale como tal. Então, como poderemos pensar em títulos inominados que poderiam trazer insegurança jurídica muito grande sem a observância de requisitos muito bem colocados na legislação? Deve-se entender, portanto, que o que temos é teoria geral que vem nortear a criação dos novos títulos de crédito.

Quanto aos títulos, podemos enumerar a letra de câmbio, nota promissória, cheque, duplicata comercial, duplicata de serviços, conhecimento de depósito e de transporte, letra hipotecária, cédula rural pignoratícia, hipotecária, a nota de crédito rural, duplicata rural, letra imobiliária, certificado

de depósito bancário, cédula de crédito industrial, ações de sociedades anônimas, cédula hipotecária, nota de crédito à exportação, certificado de depósito interbancário, e ainda as debêntures, entre outros. Vejam, são listados 44 tipos de títulos de crédito com a legislação pertinente. Imagine se pudéssemos ter títulos de crédito inominados? Seria um número ainda bem maior.

Gostaria de já concluir minha fala, fazendo coro com aqueles que entendem não ser possível ter o direito de criar títulos de crédito atípicos ou inominados. A teoria geral que temos hoje, em nosso Novo Código Civil, se aplica na verdade, para os novos títulos de crédito que venham a ser criados a partir do advento do Novo Código. Entendo que, desta forma, vai estar garantida a segurança jurídica necessária para as relações comerciais de nosso país. Muito obrigado.

José Manssur – Caros colegas, permitam-me fazer uma reflexão. A juventude desse país, esta geração tão brilhante, nos dá ânimo de que este país crescerá e muito quando podemos verificar esses talentos. Declaro encerrados os trabalhos desta noite, convidando a todos para participarem das palestras de amanhã, cujo tema será sobre inovações sobre responsabilidade civil no Novo Código. Muito obrigado.

5º DIA**TEMA: Responsabilidade Civil**

Mestre de Cerimônias – Senhoras e senhores, boa noite. Vamos dar início ao último dia desse seminário. Este dia é muito importante não só pelo tema a ser abordado, mas pela presença dos insígnies conferencistas, que nos irão brindar com suas férteis lições. Os trabalhos de hoje serão iniciados pela palestra do iminente magistrado José Luiz Gavião de Almeida. Sem maiores delongas, transfiro a palavra a este magistrado exemplar, que irá falar sobre as principais inovações da responsabilidade civil no Novo Código. Muito obrigado.

José Luiz Gavião de Almeida – Boa noite a todos. Gostaria de agradecer as palavras do Dr. Manssur. Fico muito feliz em estar aqui esta noite e ver pessoas tão preocupadas com o estudo do Novo Código civil, que é tão importante.

Tenho algumas restrições em relação ao Novo Código. Acho que tem algumas falhas, principalmente na área da responsabilidade civil. Minha função, agora, é apenas dar uma visão geral sobre responsabilidade civil, que será aprofundada com os próximos palestrantes.

A responsabilidade é decorrência da obrigação de reparar o dano; é consequência, em regra, da violação de um Direito. A matéria está distribuída por todo o Código Civil: temo-la tratada na parte geral, como no artigo 43; no direito das coisas, no direito de família e no direito das sucessões, entre outros. É claro que não seria possível estudar todos esses dispositivos; por isso vamos abordar os artigos que tratam da responsabilidade civil e que se encontram tratados de forma concentrada. O atual código trata-a, principalmente, em dois lugares: na parte geral (no artigo 186 e outros próximos); na parte especial (no artigo 399 e seguintes, sobre responsabilidade civil de quem descumpe contrato e no artigo 927 e seguintes, sobre responsabilidade por ato ilícito). Essa última é a parte que mais irá nos interessar.

Vamos passar, de imediato, a verificar alguns dispositivos que o Novo Código traz e são que novidade. Bem, o primeiro dispositivo que nos chama atenção é o artigo 5º, que fala a respeito da menoridade. Antigamente a maioridade era atingida aos 21 anos de idade. Houve um movimento para a redução da maioridade e o código acabou por reduzi-la para os 18 anos. Na verdade o que se pretendia era a redução da maioridade penal, e não da civil. De qualquer modo, o que se fez foi um erro desastroso. Primeiro porque apenas aparentemente se antecipou a responsabilidade civil para

18 anos. Na verdade o código anterior dispunha no artigo 156 que a responsabilidade por ato ilícito já existia a partir de 16 anos de idade.

Depois, no caso da responsabilidade civil, o que interessa é a proteção da vítima, situação que foi prejudicada com a redução operada.

Antigamente o menor de 16 anos de idade não respondia, recaindo a obrigação de indenizar nos seus representantes legais. O menor entre 16 e 21 anos de idade, por força desse artigo 156, respondia com seu patrimônio próprio; e também respondia o patrimônio de seus pais. Por isso a vítima de um ato ilícito praticado por um menor com 18 ou 19 anos de idade poderia ir buscar a satisfação de seu direito em duas fortunas: a do pai do menor e a do próprio infrator. Agora, os pais de um rapaz infrator, de 19 anos, que cometer ato ilícito, não responderão mais com seu patrimônio. E é difícil imaginar que alguém hoje, com 19 anos, tenha alguma fortuna para suportar a reparação dos danos causados por seus atos ilícitos.

Uma outra questão interessante diz respeito à prescrição. O Código Civil anterior, nesta matéria, dava à vítima prazo de 20 anos para buscar a satisfação de seus direitos violados; para ingressar com a ação. Atualmente o Código alterou este prazo, e fala em 10 anos no artigo 205. Mas ainda não é esse o dispositivo que trata da responsabilidade civil, porque o artigo 206, inciso 5º, diz que a responsabilidade para pretensão de reparação civil é de 3 anos. É uma redução drástica. Deve-se atentar, porém, para o artigo 2028, que informa que para aqueles prazos de prescrição que já atingiram a metade, continuam regulados pelo Código Civil anterior. Apenas se os prazos não atingiram a metade do previsto na legislação anterior é que se aplicam as novas regras. Outro problema em relação à prescrição é o que diz respeito a uma de suas causas de interrupção, qual seja, a da propositura da ação. O novo código estabelece como causa de interrupção da prescrição o despacho do juiz que ordenar a citação. Isso foi um retrocesso, uma vez que o Código de processo civil traz, em seu artigo 219, regra no sentido que a citação é que interrompe a prescrição. Esta, no entanto, sendo válida, faz a interrupção retroagir à data da propositura da ação. Era, pois, o momento da propositura da ação aquele que interrompia a prescrição. Essa regra foi mudada para a do momento do despacho do juiz que ordenar a citação. Tal situação é de extrema insegurança pois o ajuizamento da ação nos últimos dias pode contar com decisão que, antes de determinar a citação, mande que se faça aditamento à inicial. Mesmo irregular a determinação judicial, eventual recurso poderia fazer ultrapassar o prazo prescricional que, como se disse, agora é extremamente curto.

Bem, vamos passar agora aos dispositivos referentes à responsabilidade civil. O primeiro deles e mais importante seria o artigo 186 – equivalente ao artigo 159 do código Anterior – que fala: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Aparentemente a redação é muito parecida com a o código anterior. Mas existem muitas diferenças que são de extrema importância. Uma das principais diz respeito à indicação dos requisitos da responsabilidade civil. Ele diz que, para que haja responsabilidade civil há necessidade de violação de direito e causação de dano. O código anterior dizia, ao contrário, que um ou outro desses elementos era suficiente.

Acho que o novo legislador até poderia haver optado por uma sistemática exigidora dos dois requisitos. O que entristece é que ele não fez a opção. A alteração foi feita como se estivesse o novo Código corrigindo um erro do Código Anterior, que não existia. O legislador mudou pensando que estava errando o artigo 156 do código de 1916, quando não estava, pois adotava sistemática diversa. Mas isso gera uma série de consequências importantes.

Porque o Código anterior, quando dizia que somente um dos requisitos – violação de direito ou causação de dano – já era suficiente para gerar responsabilidade, estabeleceu inúmeros outros dispositivos que com essa sistemática se adaptava. Exemplo disso era o artigo 927 do CC/16 que estabelecia que não era necessário sequer alegar prejuízo para se ter direito à cláusula penal. O novo sistema, ao exigir dano para a responsabilidade deveria, também, haver alterado o dispositivo correspondente ao artigo 927 citado. Mas não o fez. O artigo 416 do CC/02 repete, integralmente, o artigo 927 revogado, embora hoje já não mais seja suficiente a violação de direito, pelo artigo 186, para fazer emergir a responsabilidade civil. Outros artigos, como o 773, o 940 e o 1992, que repetiram os artigos 1446, 1780 e 1531 do CC/16, incidiram no mesmo erro. A função da lei nova não é criar celeuma, mas acabar com os problemas e discussões existentes.

Outro dispositivo interessante é o artigo 928, que fala a respeito da responsabilidade do incapaz. Diz que o incapaz responde pelos prejuízos causados se as pessoas por ele representadas não tiverem obrigação de fazê-lo. É uma situação nova. Antigamente o absolutamente incapaz não respondia com o seu patrimônio. Quem por ele respondia era o seu representante legal. Para o menor entre 16 e 21 anos de idade havia dupla responsabilidade: do próprio infrator e de seu pai ou representante legal. Agora o incapaz também responde com seu patrimônio. Mas acontece que o incapaz, pela nossa sistemática legal, não tem consciência e vontade. Se assim é, só pode responder de forma objetiva. Mas aí criou o novo código um contra-senso. Enquanto para o maior pela

aplicação do artigo 186 se exige responsabilidade baseada na culpa, para o menor a responsabilidade é objetiva, independentemente de culpa. Tratou-se com mais rigor o menor que o maior.

O artigo 927, parágrafo único, também traz uma novidade ao estabelecer a responsabilidade de empresas que exercem atividade perigosa. Neste caso elas respondem independentemente de culpa. É aquele tipo de responsabilidade não baseada na culpa, mas no risco – é justo que aquele que auferir os lucros e cômodos desta atividade responda também pelos prejuízos que venha a causar. O problema aqui é que o legislador novamente se esqueceu que o código é um sistema e, por isso, a alteração em um dispositivo deve ser seguida da adaptação de outros que com ele se relacionam. Mas no caso, ao estabelecer uma responsabilidade objetiva para algumas empresas, deixou de modificar importantes artigos sobre a mesma matéria. Exemplo disso é o artigo 934. Determinou-se nele que o que ressarcir dano causado por terceiro possa reaver, o que houver pago, daquele por quem pagou. As empresas que respondem independente de culpa, quando o dano, sem culpa for causado pelo empregado, poderiam reaver do empregado o que pagaram. O risco, então, é do empregado, não da empresa. Deveria o dispositivo ter a redação do artigo 43, que trata da responsabilidade do Poder Público e que faz a ressalva que o regresso contra o empregado só pode acontecer se este agiu com culpa ou dolo.

Outra hipótese que mostra o desacerto do legislador ao adotar a responsabilidade objetiva sem alteração de outros dispositivos que a ela estão ligados está na questão do exercício da atividade perigosa com existência de um estado de necessidade. Por exemplo, se a empresa exerce atividade perigosa, responde independentemente de culpa; está obrigada a pagar a quem lesar. Se alguém age em estado de necessidade para evitar sofrer dano em decorrência dessa atividade perigosa, deveria pagar a vítima e depois poder ir à via do regresso contra a empresa causadora do perigo. Mas o legislador manteve a sistemática anterior, exigindo no artigo 930 a culpa do causador do perigo para que respondesse pela via do regresso. Há incongruência entre esse dispositivo e o artigo 927, parágrafo único. Se alguém sofre dano direto pode ser indenizado independentemente de culpa. Se o dano é indireto o mesmo raciocínio não poderia ser aplicado em razão do artigo 930. Não se conciliam os dois dispositivos. Faltou sistemática no código de 2002.

Existem inúmeros outros dispositivos, mas pretendo lidar somente com mais um. É importante demonstrar que houve uma falta de atenção muito grande daqueles que prepararam o Código. Não houve efetiva discussão e, pior do que isso, o Código foi maltratado.

O dispositivo a que me refiro é o artigo 933 do Novo Código. Vocês sabem que o artigo 932 é aquele que estabelece que as pessoas respondem pelas outras – o pai pelos atos do filho; tutor ou curador pelo ato do tutelado ou do curatelado; o empregador pelo ato do empregado etc. São cinco incisos, ao todo. O Código Civil anterior dizia o seguinte: as pessoas indicadas nos incisos I, II, III e IV do artigo anterior respondem por culpa ou negligência de sua parte, e o último responde objetivamente. O código atual mudou, dizendo que as pessoas designadas nos incisos I, II e III do artigo antecedente respondem subjetivamente, enquanto as duas últimas o fazem objetivamente. Mas essa solução, que foi a votada, veio modificada pela Comissão de Redação, que isso não poderia fazer, qualquer que fosse a justificativa para tanto. Nem a alegação de que iria criar injustiça por força do inciso V, cuja responsabilidade já era objetiva no anterior código justificava alteração sem votação. A irregularidade da alteração está comprovada pelo fato de que nunca houve proposta de emenda para esse dispositivo em relação ao assunto. E na última remessa do código ao Senado também não havia proposta modificativa nesse sentido. As publicações feitas do processo legislativo dão essa certeza da inexistência de tentativa de alteração.

Vou mostrar para vocês só mais um caso, antes de encerrar. Foi feita uma proposta de emenda ao artigo 186 já no projeto inicial. Foi apresentada uma emenda, a de número 241, que tinha por pretensão tirar a expressão “voluntária”, sob a alegação de que a responsabilidade seria, em regra, objetiva. Tenho minhas dúvidas sobre a eficácia da alteração sugerida. Acho que isso não aconteceria. De qualquer forma, essa emenda acabou sendo rejeitada. Mas foi ela rejeitada sob outro argumento, a mostrar que houve erro na apreciação. Não se votou aquilo que se pretendia emendar, mas coisa completamente diversa, como mostra esta edição da publicação oficial da votação que ora eu lhes mostro.

Como disse, o código não foi bem tratado. Cumpra agora às pessoas estudar melhor as questões tentar corrigi-lo, inclusive propondo emendas necessárias para que acabe sendo aperfeiçoado. Muito obrigado.

Mestre de Cerimônias – Muito obrigado ao professor, que fez sua palestra com clareza exemplar. Vamos ouvir agora a professora Flávia Portella Püschel, sobre a Responsabilidade Civil Objetiva no Novo Código Civil.

Flávia Portella Püschel – É uma alegria muito grande para mim, falar a vocês hoje, aqui, e compor uma mesa tão ilustre. Mas é, igualmente, responsabilidade muito grande falar depois de palestrantes

tão maravilhosos. Felizmente, eles tornaram minha tarefa mais fácil, uma vez que resolveram muitas questões e permitiram-me partir diretamente para o tema que exporei hoje.

Antes de começar propriamente a tratar da questão, gostaria de delimitar o assunto do qual pretendo falar hoje. Em primeiro lugar, existem duas espécies de responsabilidade – a contratual e extracontratual. Embora existam autores que acreditam que tais responsabilidades deveriam ser unificadas, eu prefiro respeitar essa separação tradicional. Bem, vou tratar hoje do critério de imputação da responsabilidade extracontratual, que advém da violação de um dever geral de cuidado.

O critério tradicional de imputação de responsabilidade é a culpa. De acordo com ele, é responsável, então, o sujeito que age com dolo ou imprudência. Existe, ao lado desse critério, a responsabilidade objetiva, que é sem culpa. A responsabilidade sem culpa não é propriamente novidade no nosso Código Civil ou na família de Direito romano germânico, uma vez que o Código Civil anterior já reconhecia casos de responsabilidade objetiva. Diante disso, gostaria de, em primeiro lugar, tentar identificar, não sendo a responsabilidade objetiva uma novidade, o que traz de novidade nesse campo o Novo Código Civil.

Em se falando da responsabilidade extracontratual sem culpa em geral, gostaria de fazer uma breve explanação a respeito de seu fundamento. A responsabilidade objetiva é fruto de desenvolvimentos acontecidos a partir do final do século XIX, época na qual se multiplicaram os acidentes e a gravidade dos danos, em virtude do desenvolvimento industrial. O primeiro grande problema para o qual a teoria da culpa não oferecia mais solução satisfatória era o dos acidentes de trabalho. Os trabalhadores que se viram obrigados a lidar com máquinas complexas, as quais não dominavam, estavam sujeitos à ocorrência de acidentes, que geravam conseqüências danosas e ficavam sem qualquer indenização. Tornaram-se também graves os acidentes de trânsito, com o automóvel passando a ser comum e a velocidade cada vez maior. Esse processo foi se acentuando. Já no século XX, surgiram também os problemas ligados às relações de consumo – produtos defeituosos gerando dano, sem que se pudesse provar culpa.

Então, o surgimento da responsabilidade objetiva, fundada no risco, é fruto do desenvolvimento social. É a resposta a problemas que surgiram com a evolução tecnológica da nossa sociedade. Assim, quando falamos em atribuir a responsabilidade com fundamento no risco, estamos falando

em decidir, por meio do Direito, quem deverá carregar esse risco nos ombros. É por isso que não se cogita mais da culpa.

O nosso Código Civil tem os dois critérios de imputação previstos paralelamente. No artigo 186, temos a sede da responsabilidade subjetiva e, no 927, parágrafo único, uma espécie de cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo risco. A meu ver, esse dispositivo é a inovação mais interessante do Código nessa matéria. Em alguns casos, o Código manteve hipóteses de responsabilidade objetiva que já eram conhecidas pelo Código anterior – caso do artigo 938, por exemplo, que prevê a responsabilidade do habitante do prédio pelo dano proveniente de coisas que são jogadas à rua.

Em outros casos, o Novo Código incorporou, em seu texto, uma responsabilidade objetiva que já havia sido desenvolvida pela doutrina e pela jurisprudência. Exemplo mais interessante está disposto no artigo 932, inciso terceiro, que fala sobre a responsabilidade do empregador ou comitente por seus empregados ou serviçais no exercício do trabalho.

Houve, em outros casos, a introdução de algum elemento novo. O mais interessante é o parágrafo único do artigo 927, de que gostaria de tratar com mais vagar. Diz ele: “Haverá a obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Assim, haverá responsabilidade sem culpa quando a atividade – normalmente desenvolvida pelo autor do dano – implicar risco por sua natureza. A questão do legislador é saber a quem atribuir esses riscos. Ele acaba os atribuindo a quem exerce a atividade.

Gostaria, então, de sugerir alguns critérios para balizar a interpretação desse artigo que, sendo a consagração da responsabilidade objetiva fundada no risco, se filia a uma tradição já existente no nosso Direito. Uma baliza que está no texto é dizer que o sujeito não vai ser responsável por qualquer atividade, mas sim pela arriscada por natureza. Como diretriz para interpretação desse artigo, gostaria de mencionar cinco princípios que são indicados como sendo o fundamento da atribuição da responsabilidade por risco a alguém. São eles o do risco extraordinário, seguido pelo da causa do risco; em terceiro lugar, temos o princípio do controle sobre o risco, seguido pelo da correspondência entre risco e vantagem e, por último o da distribuição dos prejuízos.

Abordando o primeiro dos princípios, vemos que a idéia central de toda a dogmática da responsabilidade objetiva fundada no risco é justamente o conceito de um perigo extraordinário, ou acima do normal. Assim, não é qualquer risco que fundamenta a atribuição de responsabilidade sem culpa. E como vamos saber quando um risco está acima do normal? Geralmente, a doutrina aponta como critérios para se estabelecer o que é um risco extraordinário: quando este traz grande probabilidade de ocorrência de danos, o valor elevado de prejuízos ou o fato de se tratar de um risco desconhecido.

O segundo princípio, de causa do risco, diz que a responsabilidade deve ser atribuída ao sujeito que cria e mantém a fonte do risco. Se este foi trazido à sociedade por uma pessoa, então os resultados desse risco devem ser atribuídos à essa mesma pessoa.

O terceiro diz respeito ao controle sobre o risco. Há as atividades extraordinariamente perigosas, que justificam a atribuição de responsabilidade objetiva a alguém, e cujo risco não pode ser totalmente suprimido. Mesmo que se aja com o máximo de cuidado humanamente possível, essas atividades podem trazer algum risco. Assim, a possibilidade de diminuição dele ao mínimo, justifica também a atribuição da responsabilidade objetiva àquele sujeito que controla a fonte do risco.

O quarto fundamento é o princípio da correspondência entre risco e vantagem. De acordo com esse princípio, o risco deve ser atribuído ao sujeito que tira proveito da atividade. Se alguém cria, para terceiros, um perigo, e disso extrai para si proveito, nada mais justo do que ser ele também obrigado a arcar com os prejuízos.

E, como último princípio, temos o da distribuição dos prejuízos. A responsabilidade por risco tem, como objetivo, distribuir o perigo que resulta das atividades humanas. Então, essa atribuição está mais justificada quando o responsável tem, devido à sua posição, condições de distribuir o risco, de forma que este se dilua. Ao invés de uma pessoa arcar, sozinha, com todos os prejuízos de uma atividade perigosa, a idéia é que esse risco se distribua pelo maior número de pessoas, de maneira que ninguém seja onerado excessivamente.

Estes são princípios, que têm a peculiaridade interessante de possuir pesos. Dependendo do caso, um princípio pode estar presente com mais peso do que outro. Para que se possa considerar justificada a atribuição de responsabilidade objetiva a alguém, não é necessário que estejam

presentes estes cinco princípios que enumerei. É possível fazer, no caso concreto, uma combinação destes. E quem faz essa pesagem? O Poder Judiciário.

Bem, na verdade era isso o que tinha de falar, complementando as apresentações feitas pela Dra. Regina Beatriz e Gavião. Com isso, agradeço a atenção de todos e me despeço.

Mestre de Cerimônias – Agradecemos a palestra. Iniciamos este ciclo de palestras com a palavra do professor Miguel Reale. E não me canso de dizer que este é, para mim, o maior vulto da inteligência nacional do momento presente. Concluímos as palestras de hoje, ouvindo o outro lado da geração de nosso país. Uma jovem professora, doutoranda da Universidade de São Paulo e pesquisadora da Fundação Getúlio Vargas, que hoje nos verdou de seus anos e trilhou um tema tão difícil quanto o da responsabilidade civil fundada na teoria do risco. Esta projeção de gerações é que faz a todos que tiveram olhos para enxergar, que este país é grande e que haverá de seguir os rumos certos que os destinos se lhes apresenta. Dou início, agora, à fase dos debates. Muito obrigado.

Gavião – Tenho uma pergunta da Dra. Nadir, pedindo para retomar a questão relativa às prescrições.

O que havia dito em relação ao tema era que o Código atual diminuiu bastante o prazo de prescrição nessa matéria, reduzindo-o de 20 anos para 3 anos. Mas trouxe o código uma disposição transitória que diz que, havendo diminuição de prazo e o acontecimento houver acontecido na vigência do Código anterior, deve-se continuar aplicando o prazo da legislação anterior se ainda não houver transcorrido metade desse prazo conforme fixado no código antigo. Código de 2002 diz para se aplicar o prazo novo apenas quando não decorrido, entre o fato e a entrada em vigor do Novo Código, metade do prazo previsto na legislação anterior. Mas se aplicarmos interpretação gramatical ao dispositivo vamos chegar a uma injustiça. Por exemplo, se já se passaram cinco anos do fato quando o novo código entra em vigor. Uma pessoa que estava tranqüila para entrar com a ação, pois poderia fazê-lo nos próximos quinze anos. com o Novo Código estabelecendo o novo prazo como de três anos, já estaria privada de apresentar sua pretensão, embora não a pudéssemos chamar de desidiosa. O melhor é aplicar o prazo novo, ou seja, os três anos, apenas a partir da data da entrada em vigor do Novo Código. Não se contaria o novo prazo do fato lesivo, mas da entrada em vigor do código de 2002. Com isso se evita que já entrando em vigor o novo código sentencie de

morte inúmeros interesses reparatórios, impedindo o ingresso de ações que ainda, pelo Código anterior, tinham prazo imenso para serem iniciadas.

Flávia Püschel – Bem, recebi aqui uma pergunta da Dra. Elisângela Mendes, que questiona se a atividade do policial é de risco. No caso da responsabilidade civil do estado, há que ser considerada a existência de atividade de risco, como a do policial?

Essa é uma questão sobre a qual ainda não havia tido oportunidade de refletir. Mas, o que teria a dizer é que, quando falamos de atividade de risco, falamos de uma atividade que alguém exerce gerando risco para outro, e não de atividade que um sujeito exerce, gerando risco para ele mesmo. Então, se formos considerar o policial como exercendo uma atividade de risco, não faz muito sentido, se o que se pergunta é a respeito da responsabilidade no caso em que o próprio policial sofra um dano. Se tirarmos esse contexto e formos analisar a atividade em si, de acordo com o princípio do risco extraordinário, veremos que é sim, de alto risco. O que não implica em se dizer que existe responsabilidade por risco. Então, se a questão é saber: é arriscada de acordo com esses critérios? Diria que sim. Se a questão é: existe responsabilidade por risco? Diria que não, de acordo com o artigo 927, parágrafo único.

Gavião – A atividade do Estado é de risco. E o artigo 927 diz que aquele que exerce uma atividade perigosa e auferir os lucros desta, deve responder também pelos prejuízos que causar. A mesma coisa acontece com o Estado, que exerce atividade perigosa. Não é o Estado quem auferir os benefícios, mas toda a sociedade. Todas às vezes, então, que o Estado, em decorrência de uma atividade perigosa causar prejuízo a um só, não é justo que só este sofra o prejuízo. Ele é repartido entre todas as pessoas, por toda a sociedade.

Mestre de Cerimônias – Sem mais perguntas, vou dar a palavra ao professor Thiago Cortês que, em nome da FGV, solicitou para fazer um breve pronunciamento.

Thiago Cortês – Boa-noite. Gostaria de, em nome do professor Antônio Angarita (vice-diretor da escola de Direito de São Paulo da FGV) e do professor Ary Oswaldo Mattos Filho (diretor da Escola de Direito da Fundação), agradecer os palestrantes pelas brilhantes palestras ministradas e deixar expressa a honra que foi para a escola poder organizar esse primeiro simpósio, juntamente com a OAB-SP. Este foi o primeiro seminário, e esperamos a ocorrência de novos. Obrigado a todos.

Mestre de Cerimônias - Vou concluir este seminário, dizendo que vejo, nos olhos cintilantes de cada um dos aqui presentes, a necessidade de realizarmos um ideal de dignidade, ética e compostura para que possamos levar esse país aos rumos que a história nos reserva. E só há uma forma de realizarmos esse ideal: de mãos dadas e juntas. Estão encerrados os trabalhos.

1. Apontamentos sobre a Pesquisa em Direito no Brasil

Marcos Nobre

2. Impact of the WTO Agreement on Textiles & Clothing on Brazilian Exports of Textiles and Clothing to the United States

Guido Fernando Silva Soares

Maria Lúcia Pádua Lima

Maria Carolina Mendonça de Barros

Michelle Ratton Sanchez

Sérgio Goldbaum

Elaini Cristina Silva

3. Reforma do Poder Judiciário, Desenvolvimento Econômico e Democracia

Direito GV e Valor Econômico

4. O Sistema de Justiça Brasileiro, a Produção de Informações e sua Utilização

Luciana Cross Cunha

Alexandre Santos Cunha

Flávia Scabin

Mariana Macário

Marcelo Issa

5. Reflexões sobre o ensino do Direito

Flávia Portella Puschel

José Rodrigo Rodriguez

6. I Simpósio OAB-SP e FGV-EDESP sobre Direito Empresarial e Novo Código Civil

OAB-SP e Direito GV
