

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLIII — n. 135 — julho-setembro de 2004

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

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

PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: CALIXTO SALOMÃO FILHO, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, PAULA ANDRÉA FORGIONI, RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTÍN, EDUARDO SECCHI MUNHOZ, ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR, HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES, NEWTON SILVEIRA, PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, PAULO FRONTINI, PRISCILA MARIA PEREIRA CORRÊA DA FONSECA e VERA HELENA DE MELLO FRANCO

SECRETÁRIO EXECUTIVO: HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
publicação trimestral de
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940
São Paulo, SP - Brasil
Tel. (011) 3078-7205
Fax: (011) 3168-5495

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros
Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Assinaturas e comercialização:
CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE
LIVROS S.A.
Rua Conselheiro Ramalho, 928
CEP 01325-000
São Paulo, SP - Brasil
Tel. (011) 3289-0811
Fax: (011) 3251-3756

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato
Composição: *Scripta*

SUMÁRIO

DOCTRINA

- CADE vs. BACEN. Conflitos de competência entre autarquias e a função da Advocacia-Geral da União 7
— EROS ROBERTO GRAU E PAULA A. FORGIONI

ATUALIDADES

- REFLEXÕES SOBRE OS CONTRATOS CATIVOS DE LONGA DURAÇÃO 26
— JOSÉ TADEU NEVES XAVIER
- O AVISO DE SINISTRO NO DIREITO BRASILEIRO — EXISTE UM “PRINCÍPIO DO PREJUÍZO”? A subsistência do Enunciado 229 do STJ e a exegese do art. 771 do Código Civil de 2002 em consonância com o princípio da boa-fé objetiva 44
— DENNYS ZIMMERMANN
- OS TÍTULOS DE CRÉDITO E O CÓDIGO CIVIL 69
— WERTER R. FARIA
- O EMPRESÁRIO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO 76
— VINÍCIUS JOSE MARQUES GONTIJO
- OS PREPOSTOS DAS SOCIEDADES NO NOVO CÓDIGO CIVIL 89
— JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA
- A FUNÇÃO SOCIAL E O CONTROLE DO PODER DE CONTROLE NAS COMPANHIAS 94
— FREDERICO AUGUSTO MONTE SIMIONATO
- O PROJETO DE LEI DE FALÊNCIAS E A REALIDADE BRASILEIRA 110
— JOSÉ ANCHIETA DA SILVA
- A ORDEM DE PREFERÊNCIA NA NOVA LEI DE FALÊNCIAS 127
— CARLOS ALBERTO FARRACHA DE CASTRO
- REGULAÇÃO E O MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS 136
— RACHEL SZTAJN
- ALGUMAS IMPLICAÇÕES INSTITUCIONAIS DA RECEPÇÃO DO “PARADIGMA DO BEM-ESTAR SOCIAL” NO ÂMBITO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA E DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA 148
— PAULO C. ARAGÃO E LUIS FERNANDO SCHUARTZ
- CONCEITO DE RELAÇÃO DE CONSUMO E ATIVIDADES PRESTADAS POR ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS. Ensaio sobre o alcance do Código de Defesa do Consumidor 164
— BERNARDO STROBEL GUIMARÃES

- ASCARELLI, Tullio. *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*. Barcelona, Bosch, 1964.
- BERTOLDI, Marcelo M. *Curso Avançado de Direito Comercial*. v. 1, 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2003.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 5ª ed., 4ª tir. Rio de Janeiro, Forense, 1991.
- BULGARELLI, Waldirio. *A Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo, Ed. RT, 1985.
- _____. *Tratado de Direito Empresarial*. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 1995.
- CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 1. São Paulo, Saraiva, 1999; 6ª ed. 2002.
- _____. *Manual de Direito Comercial*. 14ª ed. São Paulo, Saraiva, 2003.
- CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito Comercial*. Coimbra, Almedina, 2001.
- DELGADO, Maurício José Godinho. In BARROS, Alice Monteiro de (coord.), *Curso de Direito do Trabalho — Estudos em Memória de Célio Goyatá*. v. 1. São Paulo, LTr, 1993.
- _____. *Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr, 1995.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. São Paulo, Ed. RT, 1988.
- DÓRIA, Dylson. *Curso de Direito Comercial*. v. 1. São Paulo, Saraiva, 1996.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Atlas, 2003.
- LOBO, Jorge. "A empresa: novo instituto jurídico", *RDM 125/29 et seq.*, São Paulo.
- MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 20ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1994.
- MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. v. 1, 3ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1937; v. 1, Campinas, Bookseller, 2000.
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. v. 1, 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2003.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v. 1, 21ª ed. São Paulo, Saraiva, 1993.
- ROCCO, Alfredo. *Princípios de Direito Comercial*. Campinas, LZN, 2003.
- ROCHA FILHO, José Maria. *Curso de Direito Comercial*. v. 1 — Parte Geral. Belo Horizonte, Del Rey, 1994; 3ª ed. 2004.
- SILVA, De Plácido e. *Noções Práticas de Direito Comercial*. 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998.
- _____. *Vocabulário Jurídico*. 17ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. In BARROS, Alice Monteiro de (coord.), *Curso de Direito do Trabalho — Estudos em Memória de Célio Goyatá*. v. 1. São Paulo, LTr, 1995.
- VIVANTE, Cesare. *Instituições de Direito Comercial*. 3ª ed. Campinas, LZN, 2003.
- ZITSCHER, Harriet Christiane. *Metodologia do Ensino Jurídico com Casos — Teoria e Prática*. Belo Horizonte, Del Rey, 1999.

Atualidades

OS PREPOSTOS DAS SOCIEDADES NO NOVO CÓDIGO CIVIL

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

O preposto-gerente. A representação e a "aparência de representação". A responsabilização extensiva do preponente

Uma novidade no trato legislativo sistemático entre nós é consagrada à figura jurídica do preposto, como vemos nos arts. 1.169 e ss. do Código Civil vigente em 2003.

E, por todas as razões, tais regras se aplicam a preposto de qualquer tipo de sociedade, inclusive das companhias, à força do art. 1.089 do novo Código.

Nada disso se via estratificado no velho Código Comercial, nem mesmo no Código Civil de 1916. Até aqui, somente em matéria de relação trabalhista consignava-se de modo mais explícito e amplo tal instituto, e o preposto se configura como o representante, a voz da empresa no trato judicial e sindical das relações de trabalho.

Na verdade, vai se logo esclarecendo que o preposto, no nosso contexto legal, em qualquer faceta nominal que apareça, não é, enquanto tal, diretor, nem conselheiro, nem administrador da empresa.

Da melhor doutrina, aqui e do exterior, há tempos já se extraiu essas características distintivas do preposto, em relação ao simples procurador ou mandatário, por exemplo.

E aí vemos que a subordinação hierárquica, uma certa situação de dependência. sinalizam para o "status" jurídico do

preposto, que age sob a direção, sob o guante de outrem, seja empregado ou não deste último.

Neste sentido, os irmãos Mazeaud,¹ Aguiar Dias,² Caio Maia da Silva Pereira.³

E Arnoldo Wald⁴ cunhou uma conceituação jurídica muito precisa, declarando o preposto como "todo indivíduo que pratica atos materiais por conta e sob a direção de outra pessoa".

A relação de "preposição", pois, tal como hoje vemos vigente nos tratos laborais, será um vínculo de representação da empresa com um terceiro, a ela subordinado, empregado seu ou não.

Mais íntima e mais severamente contida do que a mera relação de mandato, a preposição é, em princípio, personalizada (art. 1.169), donde a regra de que, salvo expressão escrita em contrário, não pode ser cedida a outra pessoa sob pena de responsabilidade do preposto.

Tal caráter mais próximo com o seu preponente — do que aconteceria se fosse

1. *Responsabilité Civile*, v. 1, n. 376.

2. *Da Responsabilidade Civil*, v. 2, Forense, n. 190.

3. *Responsabilidade Civil*, Forense, p. 102.

4. *Obrigações e Contratos*, Ed. RT, p. 380.

mero mandatário — conduz à proibição (salvo convenção contrária), ao preposto, de negociar por si ou por um outro, ou participar indiretamente dessas operações comerciais, individuais, de serviços etc., do mesmo gênero daquelas que lhe são cometidas pelo preponente.

Assim, o preposto do comerciante, que por ele negocia a venda de seus produtos alimentícios, está interdito, a menos que sob autorização expressa, a realizar venda deste gênero de produto por conta própria ou a mando de terceiros.

Na outra ponta, para qualificar bem a responsabilização do preposto, e assegurar a confiabilidade do vínculo de preposição perante terceiros, a lei (art. 1.171) considera como “perfeita a entrega de papéis e valores ao preposto encarregado pelo preponente, se os recebeu sem protesto, salvo nos casos em que haja prazo para reclamação”.

Portanto, se o empresário com quem comércio se apresenta na figura de um preposto perfeitamente habilitado, minha eventual obrigação de entrega de bens, assim como a prova de envio de documentos devidos, se perfaz na entrega ao preponente, a menos que haja prazo legal ou convencional para se excepcionar aquela entrega.

Usos e costumes, sobretudo na área comercial, sabe-se, são importantes subsídios já na integração da ordem jurídica, já mesmo como meios informativos na estratificação de certas normas.

O preposto-gerente

Aqui temos, assim, nos arts. 1.172 e ss. do novo Código Civil, a apropriação do conceito normativo de “gerente”, tão utilizado na prática administrativa, organizacional, diária, para qualificar o preposto usual permanente, dentro da empresa, em sua sede ou estabelecimentos.

Decerto há de se imaginar aí provavelmente um empregado (gabaritado) da

sociedade, pela constância e provável horário fixo de suas funções e ainda pela sua força administrativa.

Sendo então caso de preposição geral, o art. 1.173, com toda a razão, ordena que os poderes constantes da carta ou documento da preposição haverão de ter uma interpretação extensiva, necessária ao pleno cumprimento daquele ato credencial, a menos que na hipótese acaso vertente a lei demande especialização de poderes.

E, para necessária simplificação perante os terceiros envolvidos, a lei assegura (art. 1.173, parágrafo único) a solidariedade de poderes entre dois ou mais gerentes acaso credenciados, a menos que convencionalmente de outra maneira.

Por serem necessariamente amplos os poderes desses prepostos-gerentes, como vimos acima, eventuais limitações contidas em seus documentos credenciadores deverão ser necessariamente levadas a “arquivamento e averbação” no Registro Público de Empresas Mercantis (Juntas Comerciais) para que tenham oponibilidade a terceiros, a menos que se prove serem tais limitações conhecidas do interessado.

A representação e a “aparência de representação”

O princípio é importante como esclarecedor, iluminador dessa “zona plúmbea” da representação, e da conhecida “aparência de representação”, que tantas vezes tem despertado problemas jurídicos em casos práticos.

Porque esse preposto-gerente é, de um modo geral, aquela pessoa que exerce, por delegação dos órgãos administrativos, tantos atos diários de responsabilização da empresa, e assim suas cartas ou ofícios de credenciamento valem como um título de asseguarção, a terceiros que se relacionem com a sociedade, de que um ato ou documento a ele entregue ou dele recebido significa a voz negocial daquela sociedade produzindo efeitos.

Já no trato sistemático das sociedades simples, o Novo Código (art. 1.015, parágrafo único) traz uma expressão similar, ao restringir a defesa da sociedade, perante objeção de terceiros a sua regular representação social (caracterizando excesso de poderes) nos casos de (a) limitação inscrita e averbada no registro público ou (b) prova pela sociedade de que tal limitação era conhecida por aqueles terceiros ou (c) a operação concertada ser claramente estranha aos negócios sociais, elementos factuais esses que, como se sabe, são os extratos que, como base na lei das sociedades anônimas concedem suporte à invocação da teoria da aparência para suprir a falta de poderes formais de diretores em casos ocorridos.

Estamos aqui em que também essa última hipótese, omitida no art. 1.174, *caput*, do Código Civil, nas mencionadas no seu art. 1.013, parágrafo único, III, deve ser acolhida como suficiente para se ter como inválida o ato do preposto, de qualquer espécie societária, pois este, com mais razão do que o administrador, não tem como atuar em ações estranhas ao objeto social da preponente.

E, coerentemente, o mesmo trato se dá à revogação ou modificação do mandato, da carta de preposição ou de credenciamento, como se vê no parágrafo único do art. 1.174, pois que assim se terá definido então, para os efeitos vinculatórios, quando precisamente tal preposto não terá mais aqueles poderes, ou os terá com outra conformação.

Conta-se que, agora com um trato legal sistemático, orgânico, da figura do preposto, se veja enfim mais bem definido esse âmbito de responsabilização da empresa em tantos casos de importância prática, como, “v.g.”, no recebimento de mercadorias para fins de, qualificando juridicamente a entrega, proporcionar ao remetente, acaso sacador de uma duplicata, poder protestar o título, se este não tiver sido aceito, e proceder à execução contra

a sociedade adquirente das mercadorias ou mesmo ao requerimento falimentar.

Difícilmente no fluxo normal do comércio será um diretor da empresa (institucionalmente habilitado), quem concede recibo em entrega de bens ou no acolhimento de serviços. E raramente este se dá por meio de um mandatário comum.

Quase sempre é um preposto da sociedade, seu empregado em geral, mas não necessariamente quem vai formalizar aqueles atos. Daí a importância dessas regras novas do Código Civil que concedem tintas mais nítidas e precisas ao alcance, à prova e ao limite dos poderes dos prepostos das sociedades.

Com tais tintas e contornos bem mais nítidos sobre os poderes do preposto de responsabilização assumida, por parte do mesmo, em nome da sociedade, tal como hoje também vemos no tocante aos administradores orgânicos das companhias, conta-se que seja amenizada a influência da teoria da aparência entre nós.

Esse caminho jurídico, entre nós palmilhado pioneiramente por Orlando Gomes,⁵ admitia eficácia em negócios jurídicos, celebrado em nome da sociedade, por representantes desprovidos de poderes necessários, desde que se apresentem em aparência séria, como seu representante credenciado.

Pontes de Miranda,⁶ em concordância, falava na proteção aí da boa-fé do terceiro contratante, “aquele que teve de atender ao suporte fático, exteriorizado, aparentemente, de poder”.

Pois se agora toda a orientação normativa é voltada a expor contornos e limites aos poderes de representação e colocá-los em publicidade registral, essa prescrição de boa-fé deve cair por terra, não sem-

5. Transformações Gerais do Direito das Obrigações, Ed. RT, 1967.

6. Conforme citado por Luiz Antônio Soares Hentz, Direito de Empresa no Código Civil de 2002, Ed. Juarez de Oliveira, p. 125.

pre, mas decerto mais freqüentemente, diante do exigido cuidado e zelo na verificação das condições jurídicas de quem assume na pela sociedade, concedendo assim prevalência a segurança das relações.

A responsabilização extensiva do preponente

Mais questionável, por certo, é a regra inscrita no art. 1.175 onde se importa à empresa preponente responsabilidade pelos atos que o preposto pratique em nome próprio, mas à conta daquela.

Admite-se que o legislador pretenda estender tal responsabilização no suposto de que, mesmo desbordando para atuar em seu próprio nome, o preposto o estaria fazendo por autorização do preponente, conforme regra do art. 1.170, daí seguir-se o arrastão da empresa na seqüela responsabilizatória.

Ainda assim, há de se conceber que o preponente pode não ter ciência — ou ainda não ter ciência — do ato do preposto em nome próprio, à hora de sua realização, e aí parece-nos injusto o deferimento de responsabilidade por derivações de um ato de terceiro do qual ele, preponente, não tinha conhecimento.

No seguimento legal expressa-se a força vinculante de “assentos lançados nos livros ou fichas do preponente por qualquer dos prepostos encarregados de sua escrituração”, salvo ocorrência de má-fé (art. 1.177).

O postulado é mais do que razoável, dando-se por certo que, alocados às questões contábeis da empresa, a força da relação de preposição deve contemplar o importante efeito probatório das contas por tais prepostos registradas.

É claro que o preponente, como decorre de princípio básico da *culpa in eligendo*, responde, perante quaisquer terceiros, pelos atos dos prepostos, até onde, evidentemente, tais atos sejam praticados dentro dos poderes conhecidos, tal como

já vimos acima, quanto à publicidade registral, conhecimento por terceiros das condições de preposição etc.

Segue-se, contudo, como já acontecia na matriz desta *culpa in eligendo*, que os prepostos respondem de sua vez perante os preponentes se agirem com culpa nos seus atos (art. 1.177, parágrafo único).

Quanto aos atos dolosos, não contemplados na regra do Código Civil, parece-nos falhar a nova expressão legal, pois se é certo e coerente que preposto e preponente solidariamente garantam terceiros por eles afetados, seria essencial deixar expresso que essa responsabilidade experimentaria um direito de regresso completo do preponente contra o preposto, já que este é o agente ativo, direto, do ato doloso em questão.

E o art. 1.177, parágrafo único, *in fine*, omite-se a respeito, o que afronta a sistemática responsabilizatória de nossa ordem jurídica.

Encerrando o trato legal (art. 1.178) a lei declara que os atos praticados pelo preposto direto da empresa, e concernente às atividades dela, mesmo que não especificamente autorizadas por escrito trazem a responsabilização da pessoa jurídica.

A matriz valorativa aqui adotada é a de que o contexto ambiental da prática do ato (dentro da sede, filial, estabelecimento), tomado o seu caráter social, normal, sistemático, dentro das ações regulares da empresa, dispensa expressão específica de poderes para que tal ato tenha validade jurídica própria.

Parece estar aqui consagrada nessa discreta regra do Código Civil, uma razoável linha distintiva (e, importantíssimo, aplicável por analogia imediata também a atos da administração orgânica), das circunstâncias de boa-fé que ensejam a invocação da teoria da aparência: o ato praticado em um conjunto de circunstâncias locais, rituacionais, próprias da empresa por alguém que possui alguma base documental séria que lhe confira representa-

atividade ao menos aparente ao cidadão comum.

Já se praticada tal ação pelo preposto fora do ambiente da empresa, ou em viagem, ou na sede ou filial de outra empresa

Abril/2003.

etc., exige-se expressa autorização escrita para que o preponente se veja responsabilizado (art. 1.178, parágrafo único).