

Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico Financeiro

Nova Série

Ano XXIII

N. 54

Abril-Junho/1984



REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Antigos diretores:

SYLVIO MARCONDES(†), OSCAR BARRETO FILHO(†)

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FABIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Redatores:

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

Secretários Executivos:

NEWTON SILVEIRA
VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Registrada no Departamento de Polícia Federal sob n. 257.P.209/73.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Tel. (011) 37-2433
01501 - São Paulo, SP, Brasil.

SUMÁRIO

DOCTRINA

— La ley 22.903 reformativa del regimen de las sociedades comerciales: aspectos generales — Héctor Cámara	5
— A liberdade de escrever e a imunidade objetiva — Ruy Barbosa Nogueira	26
— A apólice de seguro — Werter R. Faria	40
— A designação “grupo de sociedades” e a interpretação do art. 267 da Lei das S/A — Arnoldo Wald e Nelson Eizirik	51
— Sobre a interpretação do objeto social — José Alexandre Tavares Guerreiro	67
— O “factoring” e a legislação bancária brasileira — Wilson do Egito Coelho	73
— Exclusão de acionista — Mário Engler Pinto Jr.	83
— Propriedade e controle na companhia aberta — Uma análise teórica — Nelson Eizirik	90
— Na proto-história das empresas multinacionais — O Banco Médici de Florença — Fábio Konder Comparato	105

JURISPRUDENCIA

— INPI — Transferência de tecnologia — Leis 5.648/70 e 5.772/71 — Averbação de contrato no INPI — Comentário de Newton Silveira	112
— Imposto de Renda — Incorporação de bens de sócio à pessoa jurídica para aumento de capital — Tributação não reconhecida — Comentário de Fernando A. Albino de Oliveira	119
— Sociedade comercial — Conta de participação — Dissolução — Possibilidade de recurso ao Judiciário — Comentário de José Alexandre Tavares Guerreiro	126

..TUALIDADES

— A conversão de debêntures em ações e o aumento do capital social — Egberto Lacerda Teixeira	131
— Alteração de regras da concordata — Plínio Paulo Bing	134
— Anteprojeto de lei que dispõe sobre as associações de interesse econômico	137
— Noticiário do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli	149

"CURRICULUM" DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ARNOLDO WALD

Catedrático de Direito Civil das Faculdades de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, Universidade do Estado da Guanabara, Universidade Federal Fluminense e da Faculdade de Ciências Jurídicas do Rio de Janeiro.

EGBERTO LACERDA TEIXEIRA

Advogado em São Paulo — Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli — Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo — Master of Laws (LLM) pela Universidade de Michigan.

FABIO KONDER COMPARATO

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Doutor em Direito pela Universidade de Paris — Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli — Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados de São Paulo — Membro da "Société de Législation Comparée", de Paris.

FERNANDO A. ALBINO DE OLIVEIRA

Advogado em São Paulo.

HECTOR CÁMARA

Professor de Direito Comercial na Universidade de Córdoba, Argentina.

JOSE ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Advogado em São Paulo.

MÁRIO ENGLER PINTO JÚNIOR

Advogado em São Paulo.

NELSON L. EIZIRIK

Advogado no Rio de Janeiro, Mestre em Direito pela PUC/RJ, Associado ao Escritório de Advocacia Arnoldo Wald, Assessor Jurídico da Bolsa de Valores do Rio de Janeiro — Professor da Faculdade de Direito Cândido Mendes.

NEWTON SILVEIRA

Doutor em Direito Comercial e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Diretor da "Cruzeiro do Sul/Newmarc", Patentes e Marcas Ltda. — Secretário Geral Adjunto do IIDA — Instituto Interamericano de Direito de Autor — Advogado e Procurador junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

PLÍNIO PAULO BING

Advogado em Porto Alegre.

RUY BARBOSA NOGUEIRA

Catedrático de Direito Tributário e Professor de Direito Tributário Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Presidente do IBDT.

WERTER R. FARIA

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

WILSON DO EGITO COELHO

Professor de Direito Bancário da Universidade de Brasília e ex-chefe da Consultoria Jurídica do Banco Central do Brasil.

venda ou, muito menos, um ato de comércio. Diz também que não se trata de uma cessão de direitos, mas de uma simples troca de valores, afirmando se tratar de um ato típico, especial, não habitual.

Nesse aspecto o acórdão não é conclusivo, pois implica muito mais uma opinião pessoal dos juizes e não a própria *quaestio iuris* do acórdão. Esta, na realidade, acabou sendo a inexistência da lei prévia que autorizasse a tributação. O aperfeiçoamento da jurisprudência implicaria numa análise mais profunda sobre a própria natureza do ato de conferência, onde, então, se poderia firmar o entendimento da inexistência de imposto caso as duas condições apontadas não ocorram (lei prévia e realização efetiva de rendimento).

Ainda que tais aspectos não tenham ficado assentes de forma mais definitiva, o acórdão ora comentado constitui significativo avanço na correta interpretação do problema.

Fernando A. Albino de Oliveira

SOCIEDADE COMERCIAL — Conta de participação — Dissolução — Possibilidade de recurso ao Judiciário.

Não é juridicamente inviável que os sócios de sociedade em conta de participação busquem o Judiciário para dissolução da entidade. Se podem fazê-lo mais discretamente, através de simples pedido de prestação de contas, nada obsta a que também o façam mediante ação dita de "dissolução".

Ap. Cível 33.773-2 — Capital — Apelantes: Mário Edgard Henrique Pucci e Luiz Américo Gelfei — Apelado: José Regis Barbieri.

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível 33.773-2, da comarca de São Paulo, em que são apelantes Mário Edgard Henrique Pucci e Luiz Américo Gelfei, sendo apelado José Regis Barbieri: Acordam, em 7.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, dar provimento parcial às apelações.

Trata-se de duas ações de dissolução de sociedade em conta de participação. A primeira foi proposta por José Regis Barbieri contra os demais sócios, Luiz Américo Gelfei e Mário Edgard Henrique Pucci, visando à dissolução de sociedade instituída para exploração do Posto e Lanchonete Elefante Branco, com pedido de seqüestro de bens e liquidação mediante alienação deles. A segunda demanda foi ajuizada por Luiz Américo Gelfei contra os demais sócios, tendo por objeto o mesmo contrato social, para liquidação "como de direito". Os dois processos foram reunidos e receberam uma só sentença.

O Magistrado, depois de reconhecer como ineficaz decisão que homologara desistência da ação quanto ao réu Mário Edgard Henrique Pucci, sem recurso, prolatou decisório que: a) rejeitou impugnação ao valor da primeira causa referida; b) denegou pedido de seqüestro de bens; c) julgou procedente a ação proposta por José Regis Barbieri, declarando que a segunda fase teria liquidação mediante prestação de contas, a cargo inicial de Luiz Américo Gelfei; d) deu por extinto o processo da ação proposta de Luiz Américo, pelo reconhecimento de litispendência; e) condenou os réus da primeira ação no pagamento de custas e honorários advocatícios, o mesmo ocorrendo com o autor da segunda demanda.

Apelam os litigantes Mário Edgard Henrique Pucci e Luiz Américo Gelfei. O primeiro visa à modificação da sentença, com argumentação central de ser inepta a inicial acolhida, e, de qualquer forma, exclusão de condenação em encargos do sucumbimento, pois a sentença acabou acolhendo seu pedido de prestação de contas. O segundo apelante refere irregularidades procedimentais, afirma que a sentença julgou *ultra petita*, sustentando, ainda, merecer acolhida a impugnação ao valor da causa, extinção do processo

pela inépcia da inicial (porque pede dissolução de sociedade inexistente), acolhimento da demanda que ajuizou e inversão dos encargos da sucumbência. É o relatório.

Estranho caso este, em que todos os sócios querem uma mesma coisa — a dissolução da sociedade que instituíram para comerciar — e já se passam mais de oito anos sem que consigam o objetivo, porque se desviaram nos caminhos judiciais e se apresentaram inúmeros e subalternos óbices, tudo a dificultar o desiderato. Peticionamentos pouco claros e fraca direção do procedimento formaram o cadinho em que quase não se vislumbra o bom Direito, mas de onde é preciso retornar à justiça.

Ortodoxos pensamentos processuais poderiam levar a uma solução formal, pois que, *data venia*, muitos erraram no encaminhamento processual. Mas há que se salvar o acontecido.

Para se manter alguma coerência, em primeiro lugar, mantida fica a sentença, no tocante à impugnação ao valor da causa e ao pedido de sequestro de bens, ambos rejeitados. Basta uma oração: não conhecido, ao certo, o valor econômico da pretensão, existente laudo pericial revelando conteúdo até maior, não se pode desprezar a indicação do autor; inexistente possibilidade de rixa, ou perda de valores irre recuperáveis para a sociedade, não era caso de modificar-se o valor da demanda, nem de sequestro.

Então, vamos ao principal, pelos fatos. Luiz Américo Gelfei, em outubro de 1972, estabeleceu firma comercial individual, para explorar um posto de gasolina e lanchonete. Em dezembro do mesmo ano, ele e mais Mário Edgard Henrique Pucci e José Regis Barbieri formaram uma sociedade em conta de participação, em que ele ficava como sócio ostensivo, mas com José Regis na administração. Em 1974 surgiram desentendimentos, donde a propositura das ações.

Não é caso de reconhecimento de nulidade da petição inicial acolhida pela sentença. É verdade que houve alguma imprecisão ao situar-se o autor como “sócio do posto de gasolina e lanchonete” (fls.), mas ainda ali ficou claro que isso se referia à “sociedade instituída em 21.12.72, sendo o contrato registrado no Cartório Medeiros do 4.º Registro de Títulos e Documentos” (fls.), em clara menção à sociedade em conta de participação, aliás juntando o respectivo instrumento contratual (fls.). Assim, não é correto afirmar-se que se pediu dissolução de sociedade comercial inexistente, tanto mais que o próprio argüente também ajuizou ação no mesmo sentido.

Também não é de se anular a sentença, que não julgou *ultra petita*. Nessa primeira demanda, por alguns chamada de “fase processual”, pois que se lhe segue a liquidação (art. 1.218, VII, do CPC, c/c os arts. 655 e ss. do CPC do 1939), a matéria em discussão é a viabilidade da dissolução social. E se houve encaminhamento da forma de liquidação é porque sobre isso objetaram as partes, o que demandou disposição judicial a respeito.

Indispensável era a cassação do decisório de fls., realmente ineficaz (fls.), pois seria inviável a solução das demandas sem a presença de todos os sócios. Se a solução foi menos ortodoxa, isso ficou superado pela circunstância de Mário Edgard Henrique Pucci permanecer à relação processual, inexistindo prejuízo para qualquer das partes.

Então, voltamos ao ponto crucial, pois o que resta é exame de duas demandas, em que os três sócios querem a dissolução da sociedade, apenas divergindo quanto à forma de realizá-la. Por isso mesmo, correta a sentença ao decretar tal dissolução, depois dispondo sobre a forma de liquidação. O argumento de que isso deveria ter tempo inverso peca pela falta de raciocínio, pois não seria razoável dissolver o que já não existisse...

Assim, ainda correta a sentença ao declarar a dissolução social e determinar que a liquidação posterior seja feita mediante prestação de contas através de prevalente iniciativa do sócio ostensivo.

A propósito, basta a lição do Des. Medeiros Júnior, explicitando que “a dissolução de sociedade em conta de participação não é seguida de liquidação e partilha. As relações entre os sócios se liquidam por ajuste de contas ou prejuízos de negócios empreendidos” (RT 342/205). Isso resulta desse especial tipo de sociedade comercial em que os sócios não se titulam para um patrimônio imobilizado: os sócios ocultos entregam seus capitais ao ostensivo, que os aplica em nome próprio, com resultado imobilizado em seu patrimônio e lucros para os capitalistas (Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, p. 258).

Em síntese, portanto, não é juridicamente inviável que os sócios de sociedade em conta de participação busquem o Judiciário para dissolução da entidade. Se podem fazê-lo mais discretamente, através de simples pedido de prestação de contas, nada obsta a que também o façam mediante ação dita de “dissolução”, máxime quando todos os sócios acabam por admitir que, ao menos nesse ponto, estão de acordo. Neste último caso, só

então passa-se à prestação de contas propriamente dita, agora correspondendo a ação de liquidação para aprestamento de eventual ação de execução. Assim, acertada a sentença.

Só no tocante aos efeitos de sucumbência processual é de se fazer alterações ao julgado de primeiro grau.

Como já abordado, por um motivo ou por outro, os três sócios ofertaram defesa nas duas ações ajuizadas. Inobstante quisessem a dissolução social adiantaram argumentos que impediram solução judiciária rápida. São, portanto, todos sucumbentes.

A sentença refere que Luiz Américo Gelfei seria carecedor de sua ação, ante litispendência, mas, *data venia*, não é bem assim. Litispendência pressupõe duas ações iguais, com as mesmas partes, mesmo objeto e mesma *causa petendi*, sendo que esse último requisito é diferente nas duas demandas. Era, e é, caso de conexão, tal como bem posto na decisão de fls. E a confirmação disso está em que a sentença acabou examinando os pedidos das duas ações, que, ao final, se convolvavam. De se anotar, ainda, que a indisposição de um ou mais sócios com os demais nem sempre resultará em dissolução da sociedade, que, normalmente, deve ser preservada, pela sua finalidade econômico-social, resolvendo-se a questão pela retirada dos divergentes. Isso, no caso, só se tornou viável pela concordância geral.

Assim, considerando que o valor das ações era de difícil fixação, bem como que ambas são procedentes em parte, a solução é dar-se provimento parcial às apelações para o fim de ficar estipulado que cada um dos litigantes pagará os honorários dos respectivos advogados e as custas e despesas dos dois processos serão rateadas em igualdade entre eles.

Para tais fins dão provimento parcial às apelações.

O julgamento foi presidido pelo Des. Lair Loureiro e teve a participação dos Des. Villa da Costa e Nóbrega de Salles.

São Paulo, 10 de março de 1983 — Tomaz Rodrigues, relator.

COMENTÁRIO

1. A decisão transcrita é rica em questões relevantes para uma necessária revisão dos conceitos fundamentais do direito societário. Em primeiro lugar, por admitir procedimento dissolutório com o fim de desconstituir sociedade não-personificada, como a sociedade em conta de participação, disciplinada pelos arts. 325 a 328 do CComercial. O acórdão, ao afirmar, textualmente, não ser juridicamente inviável que os sócios respectivos busquem o Judiciário para *dissolução da entidade*, aceita, às claras, que os vínculos instituidores daquela sociedade identificam uma relação jurídica essencialmente diversa daquela que emana do contrato bilateral. O nexó societário é afirmado, vale dizer: mesmo uma sociedade despersonificada resulta, a final, na construção de uma entidade que, enquanto tal, reveste significação para o direito, tanto que pode ser dissolvida.

2. Em segundo lugar, na medida em que entende como cabível a ação de dissolução de sociedade, o aresto conduz à *liquidação* os rumos da demanda, ainda que, em palavras literais, “feita mediante prestação de contas através de prevalente iniciativa do sócio ostensivo”. Nesse passo, a solução pretoriana tradicional invocada no texto sob comentário repele a liquidação e partilha do patrimônio social. Estamos em que essa peculiaridade não desnatura o caráter *societário* da sociedade em conta de participação e não a reduz a mero contrato bilateral em que “as relações entre os sócios se liquidam por ajuste de contas ou prejuízos de negócios empreendidos”. Mais que o *modus procedimental* da apuração de haveres, ou que sua designação formal, importa a realidade da existência de fundos sociais, o que traz à baila, aliás em oportuníssimo momento, a questão da possibilidade de configurar-se, na sociedade em conta de participação, um patrimônio separado ou patrimônio de afetação — pelo menos no que tange à

participação dos chamados sócios ocultos. A responsabilidade destes últimos, segundo o art. 326 do CComercial, consiste em ficarem unicamente obrigados para com o sócio ostensivo por todos os resultados das transações e obrigações sociais empreendidas nos termos precisos do contrato.

3. O Prof. Mauro Brandão Lopes, já em 1964, em sua celebrada monografia sobre a sociedade em questão, ferira exatamente as grandes linhas do problema enfocado. *Primeiro*, ao notar que, como verdadeira sociedade, *dissolve-se* a conta de participação pelos mesmos motivos que se dissolvem as demais sociedades, com as modificações exigidas por sua estrutura (cf. *Ensaio sobre a Conta de Participação no Direito Brasileiro*, S. Paulo, 1964, p. 174, n. 40). *Segundo*, ao acentuar que, em sociedades de maior complexidade (como aquela que tem vários sócios ostensivos), o processo, embora tome a forma de prestação de contas, é na verdade uma real liquidação de sociedade (ob. cit., p. 186, n. 43). Trata-se de coerente raciocínio da parte de quem sempre sustentou que "a conta de participação, no Direito brasileiro é indubitavelmente uma sociedade" (ob. cit., p. 61, n. 9), uma vez que nela concorrem os requisitos por assim dizer "clássicos" do negócio jurídico-societário: a *affectio societatis*, a combinação de esforços ou recursos sob a forma de "fundos sociais" e a participação nos lucros e prejuízos.

4. Credite-se ao Prof. Mauro Brandão Lopes, ainda, o ter lançado a tese de que os fundos sociais, na sociedade em conta de participação, constituem patrimônio separado dentro do patrimônio geral do sócio ostensivo em cujo poder estão (ob. cit., pp. 124-125, n. 26). Questão que se coloca é a de saber se, face a essa separação patrimonial, o titular da parcela afetada é a própria sociedade, o sócio ostensivo ou o sócio oculto. Claro está que a destinação dos fundos sociais aos negócios comuns é o fundamento da separação patrimonial, sem embargo da fina distinção conceitual entre *destinação* e *separação*, lembrada pelo Prof. Orlando Gomes (cf. "Patrimônio Separado", in *A Reforma do Código Civil*, Publicações da Universidade da Bahia, 1965, p. 200). Seria o sócio oculto o titular do patrimônio separado, constituído pelos fundos sociais? Parece que não, se se considerar que os fundos sociais são unitários e se formam por contribuições seja do sócio oculto, seja do ostensivo (embora, em caso de falência do sócio ostensivo, e tendo os terceiros-credores prévio conhecimento da sociedade, possibilite o art. 329, *in fine*, do CComercial, aos sócios ocultos a individualização de seus próprios fundos, para eximi-los da execução coletiva).

5. Porque os fundos sociais são e devem ser unitários também se poderia afirmar que a titularidade do patrimônio separado não pertence ao sócio ostensivo, mas, exatamente, à sociedade em conta de participação, enquanto sociedade sem personalidade jurídica, mas, não obstante, titular de um patrimônio. Ora, quem diz titular de patrimônio diz titular de direitos e obrigações, pois, para usar das palavras do Prof. Sylvio Marcondes, os dados fundamentais, de geral aprovação, da noção de patrimônio são: (a) conjunto de relações jurídicas; (b) apreciáveis economicamente e (c) coligadas entre si por pertinentes a uma pessoa (cf. "Do objeto de Direito: Patrimônio" in *Problemas de Direito Mercantil*, Max Limonad, S. Paulo, 1970, p. 85; no mesmo sentido e do mesmo saudoso mestre, *Limitação da Responsabilidade de Comerciante Individual*, S. Paulo, 1956, p. 218 e ss.).

6. A se aceitar essa ilação, sugerida pelo Acórdão, colocam-se em xeque as concepções tradicionais, da teoria geral do direito civil, segundo as quais só as pessoas, naturais ou jurídicas, podem ter patrimônio (cf. Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.^a ed., Francisco Alves, 1929, p. 209). Daí se

abrir a alternativa, certamente mais congruente, de repensar todo o conceito de titularidade de direitos e obrigações, reconsiderando-se, da mesma forma, o próprio conceito de personalidade jurídica, em trabalho de revisão e de crítica, aliás já em andamento na melhor doutrina (cf. Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3.^a ed., Forense, Rio, 1983, p. 258 e ss., ns. 100 e ss. e J. Lamartine Corrêa de Oliveira, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, Saraiva, S. Paulo, 1979). O conceito de sociedade sujeita à dissolução, encampado pelo acórdão comentado, referido a uma sociedade em conta de participação sem personalidade jurídica (ou, como está no texto, "entidade"), corresponde ao que escreveu Fábio Konder Comparato: em suma, o que se chama pessoa, em direito, nada mais é do que o ponto de referência de um conjunto de normas jurídicas (ob. cit., p. 265, n. 101).

José Alexandre Tavares Guerreiro

