

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 104 • outubro-dezembro de 1996

Fundadores

1.ª Fase: WALDEMAR FERREIRA

Fase Atual: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)
PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

Supervisor Geral: PROF. WALDÍRIO BULGARELLI

Comitê de Redação: MAURO RODRIGUES PENTEADO, HAROLDO D. VERÇOSA,
JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, ANTONIO MARTIN

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito



REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 104 • outubro-dezembro de 1996

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 1 • Caixa Postal 678
Tel. (011) 3115-2433 • Fax (011) 606-3772
CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Diretor Editorial: AFRO MARCONDES DOS SANTOS

Assistente Editorial: MARIÂNGELA PASSARELLI

Diretor de Produção: ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Gerente de Marketing: MELISSA CHBANE

Gerente de Administração de Vendas: KUNJI TANAKA

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Diagramação eletrônica: Eurotexto Informática Ltda. - ME. Av. Sete de Setembro, 1000, CEP 18245-000 -
Campina do Monte Alegre - São Paulo, SP, Brasil. — *Impressão:* EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio
Bardella, 280 — CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

DOCTRINA

Noção e objecto da Economia Política – ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES	7
A definição de controlador na liquidação extrajudicial e em processos análogos – ARNOLDO WALD	35
Os contratos no projeto de Código Civil – CARLOS ALBERTO BITTAR	48
Prescrição Administrativa – RENATO SOBROSA CORDEIRO	58

ATUALIDADES

Depósito elisivo. Levantamento. Decretação da falência superveniente em outro processo – RONALDO FRIGINI	73
A decadência do direito de constituir o crédito tributário – Perigoso precedente jurisprudencial – JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA	77
As concessões e o mercado de capitais – JOÃO LAUDO DE CAMARGO	82
Considerações sobre a elaboração da Lei de S.A. e de sua necessária atualização – ALFREDO LAMY FILHO.....	86
Notas sobre a responsabilidade civil dos administradores e do controlador de instituições financeiras sob o regime de administração especial temporária (RAET) – HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA	95

MERCOSUL

A formação do MERCOSUL e a harmonização das regras no campo da propriedade industrial – MAURÍCIO C. DE A. PRADO.....	100
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

TEXTOS CLÁSSICOS

Perfis da Empresa – ALBERTO ASQUINI, <i>Profili dell'impresa, in Rivista del Diritto Commerciale, 1943, vol. 41, I</i> , tradução de FÁBIO KONDER COMPARATO.....	109
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Sociedade Anônima – Empresa de radiodifusão e telecomunicação – Exigência do órgão público fiscalizador – Comprovação da nacionalidade brasileira dos acionistas – Deliberação assemblear de venda das ações que não atenderam à convocação – Ilegalidade – RICARDO DE SANTOS FREITAS	127
Sociedade por cotas – Constituição por dois sócios – Morte do majoritário – Continuidade da empresa – Representação – Gerente – Legitimidade – RENATO LUIZ BUELONI FERREIRA	141
Responsabilidade da sociedade por dívida de seus sócios integrantes – Desconsideração da personalidade jurídica – RODRIGO RECART	146

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO	149
-----------------------------------	-----

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ALFREDO LAMY FILHO

Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado no Rio de Janeiro. Co-autor do anteprojeto da atual Lei das Sociedades Anônimas.

ANTÔNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

Professor catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra.

ARNOLDO WALD

Advogado em São Paulo e Paris; Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ; Presidente do grupo brasileiro da Associação Henri Capitant; Ex-presidente da Comissão de Valores Mobiliários – CVM; Ex-membro do Conselho Monetário Nacional.

CARLOS ALBERTO BITTAR

Professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP; Juiz do 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA

Advogado em São Paulo.

FÁBIO KONDER COMPARATO

Doutor pela Universidade de Paris; Prof. Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Mestre e Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Advogado em São Paulo.

JOÃO LAUDO DE CAMARGO

Diretor da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

JORGE RUBEM FOLENA DE OLIVEIRA

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado no Rio de Janeiro.

JOSÉ ALFREDO BORGES

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

JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA

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

MARISTELLA BASSO

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MAURÍCIO C. DE A. PRADO

Advogado. Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP.

MAURO GRINBERG

Advogado; Ex-conselheiro do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

PAULO BORBA CASELLA

Doutor e Livre Docente de Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Mestre em Direito do Comércio Internacional (Paris X); Professor Associado de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Sócio de Amaral Gurgel Advogados.

PEDRO A. BATISTA MARTINS

Professor de Direito Comercial nas Faculdades Cândido Mendes e da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

RENATO LUIS BUELONI FERREIRA

Advogado em São Paulo. Pós-graduando pela Faculdade de Direito da USP.

RENATO SOBROSA CORDEIRO

Funcionário do Banco Central do Brasil.

RICARDO DE SANTOS FREITAS

Advogado em São Paulo. Pós-Graduando pela Faculdade de Direito da USP.

RODRIGO RECART

Advogado em São Paulo. Pós-graduando pela Faculdade de Direito da USP.

DEPÓSITO ELISIVO – LEVANTAMENTO – DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA SUPERVENIENTE EM OUTRO PROCESSO

RONALDO FRIGINI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Dos interesses do credor que requer a falência – 3. Decretação da quebra e a fixação do termo legal – 4. Da ineficácia dos atos no termo legal – o inc. II do art. 52 – 5. Da existência de depósito elisivo em um processo e ocorrência de quebra superveniente em outro – 6. Proibição ditada pelo Juiz incidentalmente e de ofício – 7. Conclusão.

1. Introdução

Como se sabe, o instituto da falência, malgrado a divergência existente na doutrina, direciona-se tanto a assegurar perfeita igualdade entre os credores da mesma classe (*par conditio creditorum*) como ao objetivo do Estado de sanear o meio empresarial, arrostando os comerciantes econômica e financeiramente arruinados (RUBENS REQUIÃO, Curso de Direito Falimentar, 1.º vol., 8.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 22/23). Ora realça o saneamento do sistema empresarial (JOSÉ DA SILVA PACHECO, *Processo de Falência e Concordata*, 5.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1988, p. 10), ora é a falência estabelecida como a organização legal e processual de defesa coletiva dos credores, em face da insolvência do comerciante (J. C. SAMPAIO DE LACERDA, *Manual de Direito Falimentar*, 12.ª ed., Freitas Bastos, 1985, p. 17).

De qualquer modo, desde que instaurado o processo falimentar, deve o Magistrado não descurar nem de um, nem de outro dos princípios jurídicos norteadores do requerimento de quebra, pois interessa ao Judiciário, como par-

cela do Estado direcionada a fazer cumprir as normas legais e assegurar a estabilidade social, garantir o direito privado (particular ou do próprio Estado) daqueles que, credores do comerciante, vejam-se na iminência de não receber o crédito.

Bem por isso, o conjunto de direitos e obrigações do falido não é analisado unitária ou particularmente, mas como um todo, vale dizer, como uma massa uniforme para onde concorrem, em igualdade de condições ou pela especialidade do crédito, todos os que possuem direito patrimonial a exigir.

2. Dos interesses do credor que requer a falência

É fato que atualmente muitos credores, afastando-se do objetivo originário do instituto falimentar, ingressam com o pedido de quebra não para amparar uma universalidade de credores, mas para coagir o devedor a satisfazer única e especialmente o seu crédito, tanto que, não ocorrendo o pagamento e havendo a decretação da quebra, foge de assumir o encargo de síndico, deixando o processo como nau sem rumo, obrigando o Magistrado a enveredar por caminho

tortuoso na busca de alguém para assumir o *munus*, tantas vezes de forma dativa.

Vale lembrar, assim (e isso é público e notório) a enorme onda de pedidos de falência toda vez que o próprio Governo estabelece esta ou aquela medida econômica.

De verdade, muitos comerciantes, até a duras penas, correm para satisfazer o crédito reclamado, realizando o depósito tendente a elidir a decretação da quebra, tanto porque há o interesse particular e oficial (legal) de evitar a falência em larga escala, como o débito pode não passar de dificuldade momentânea na sua situação financeira.

Com tais objetivos é que a lei concede ao devedor a faculdade de *dentro do prazo para defesa* (24 horas - § 1.º, art. 11, Decreto-lei 7.661/45), *depositar a quantia correspondente ao crédito reclamado* (§ 2.º, art. 11), tanto como forma de elidir a falência, pelo pagamento, como para discutir o crédito.

3. Decretação da quebra e a fixação do termo legal

Por outro lado, casos há (e infelizmente não são poucos), em que não ocorre nem apresentação de defesa, nem o depósito elisivo, de sorte que a declaração da quebra é providência inafastável, cumprindo ao Juiz as providências do art. 14 do Decreto-lei Falimentar, dentre as quais ressalta a fixação, quando possível, do *termo legal da falência, designando a data em que se tenha caracterizado esse estado, sem poder retrotrai-lo por mais de 60 dias, contados do primeiro protesto por falta de pagamento, ou do despacho ao requerimento inicial da falência (arts. 8.º e 12), ou da distribuição do pedido de concordata preventiva* (inc. III, parágrafo único).

Quando se fixa o prazo em até sessenta dias anteriores ao primeiro protesto por falta de pagamento, não quer isto referir ao instrumento juntado no processo e relativo ao crédito do autor da demanda, mas daquele primeiro ocorrido na vida empresarial da falida a ser constatado posteriormente, exatamente para se aquilatar do patrimônio existente até então e evitar-se com os meios judiciais pertinentes a sua dilapidação e prejuízo aos credores.

4. Da ineficácia dos atos no termo legal - o inc. II do art. 52

Esse termo legal tem o escopo de estabelecer o alcance da quebra, pois ninguém vai à falência de um momento para outro, havendo sempre um processo mais ou menos lento de desaparecimento do esteio patrimonial. Por consequência disso, são ineficazes e, por isso, não produzem qualquer efeito relativamente à massa as hipóteses elencadas pelo art. 52 da Lei Falimentar, dentre elas *o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal da falência, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato* (inc. II). No caso do art. 52 não há de se cogitar, sequer, em discussão quanto a fraude (o que se dá na hipótese do art. 53), ocorrendo a ineficácia pelo simples fato de os atos do falido se circunscreverem no termo legal fixado na sentença. Trata-se de ineficácia objetiva.

Quando o pagamento já ocorreu, com o recebimento pelo credor do valor respectivo, nasce a possibilidade do ajuizamento de ação a ser proposta pelo síndico ou qualquer credor, dentro dos 30 dias seguintes à data da publicação do aviso a ser publicado após a apresentação do relatório do síndico (art. 114).

5. Da existência de depósito elisivo em um processo e ocorrência de quebra superveniente em outro

Por outro lado, questão a ser profundamente analisada é quanto à hipótese de existência de depósito elisivo num processo e decretação da quebra em outro.

Poderá o credor daquele levantar o valor respectivo? Por consequência, pode o Juiz, de ofício, impedir o levantamento ou necessita de requerimento do síndico, do Ministério Público ou de algum credor?

Inclino-me pela resposta negativa quanto à primeira, e afirmativa para a segunda das indagações.

Realmente, tanto que decretada a quebra, todos os credores são atraídos ao feito falimentar (*vis atractiva*), sejam os créditos vencidos ou vincendos, isto porque, tratando-se a execução falimentar de um processo coletivo e no interesse dos credores, deve-se formar uma comunhão. "Só assim se pode constituir unitariamente a massa subjetiva, que passa a atuar como uma unidade a assegurar o tratamento igual a todos eles." (RUBENS REQUIAO, *Curso de Direito Falimentar*, 8.^a ed., 1983, São Paulo, Saraiva, vol. 1, p. 136).

Deste modo, se o Magistrado toma conhecimento de numerário depositado a título de elisão, ainda que em outro processo, não pode permitir o levantamento da importância, sob pena de ofender o direito da universalidade de credores que devem acorrer à massa. Quanto a este aspecto, não se pode argumentar que, realizado o depósito no nome de algum credor, o dinheiro saiu da disponibilidade do devedor, pertencendo, dali em diante, ao autor do pedido. Não há direito líquido e certo contra direito coletivo e universal, à vista da superveniência de quebra nou-

tro feito, pois objetiva-se salvaguardar o princípio da *par condicio creditorum*, o qual, é sabido, proporciona tratamento igualitário a todos os credores da mesma categoria. É o que vem decidindo a jurisprudência (Ap. Civ. 212.927-1-SP, 7.^a CC de férias H do TJSP, j. 02.08.1994, v.u., rel. Des. Leite Cintra, in *JTJ-SP-Lex* 164/66 e AgIn 209.968-1-Campinas, 7.^a CC do TJ, j. 23.03.1994, v.u., rel. Des. Benini Cabral, in *JTJ-SP-Lex* 156/201).

Acrescente-se que não se pode falar em ofensa à coisa julgada (sentença de elisão da falência), pois aquele ato jurisdicional resolveu a questão quanto à impossibilidade da quebra da empresa, em razão do depósito, mas não deu qualquer solução a respeito do direito do credor ao numerário depositado, que fica sujeito, sempre, aos termos do art. 52, II, da Lei Falimentar.

6. Proibição ditada pelo Juiz incidentalmente e de ofício

Por outro lado, como "as hipóteses do art. 52 da Lei Federal são de ineficácia objetiva, posto ser irrelevante a indagação acerca de qualquer elemento subjetivo, atinente às motivações das partes" (FÁBIO ULHOA COELHO, *Manual de Direito Comercial*), pode o seu reconhecimento ser feito de forma incidental, pelo Magistrado, independentemente da ação revocatória (in *JTJ-Lex* 156/201). De fato, se a própria lei, inserindo norma cogente, atribui ineficácia a determinados atos, não há razão plausível e lógica para se obrigar o ajuizamento de demanda onde sequer será discutida a existência de fraude, bastando a comprovação formal do ato praticado no termo legal de falência.

Cumprе acrescentar, outrossim, que, por se tratar de reconhecimento incidental, nada obsta que o Magistrado, de

ofício, impeça o levantamento, sem prévio requerimento do síndico ou de algum credor. Em primeiro lugar, o Juiz não é mero espectador dentro do processo, mas seu presidente, incumbindo-lhe tomar todas as providências pertinentes e necessárias a garantir o bom desenvolvimento do feito, visando sempre à composição da lide. Ora, se assim é no sistema comum, com muito mais razão no processo especial falimentar onde não se discute apenas direitos privados de uma coletividade de credores, mas incumbe ao Estado personificado pelo Magistrado assegurar a igualdade de tratamento e igualdade de direitos e obrigações dos que buscam a solução de seus problemas; em segundo lugar é possível que nem síndico tenha sido nomeado; em terceiro, o pedido de levantamento é feito sempre no processo em que a falência foi elidida, onde não há relação de credores outros.

7. Conclusão

Portanto, tratando-se de depósito elisivo, a superveniente decretação da

quebra em outro processo impede o credor originário de levantar o valor, que fica colocado à disposição do Juízo Falimentar, destinado a compor a Massa Falida.

E considerando-se a universalidade de credores que acorrerão à Massa, em face da *vis atractiva*, pode e deve o Magistrado negar o levantamento, em face do objetivo público que cerca o instituto da falência.

De resto, o levantamento do numerário por parte do credor originário só será possível se aquele for realizado em data anterior ao termo legal da falência, pois que, na hipótese, ficará alheio aos termos do art. 52 do Decreto-lei Falimentar, que trata da ineficácia legal de atos do falido. Se for o caso (e aí sim exigindo-se a instauração de demanda pertinente), as pessoas autorizadas deverão ajuizar ação revocatória nos termos do art. 53 do mesmo diploma, onde se demonstrará ou não a existência de comportamento fraudulento *com a intenção de prejudicar credores* tanto do devedor como do terceiro que com ele contratar.