

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.

A DECADÊNCIA DO DIREITO DE
CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO
PERIGOSO PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Prescrição e decadência têm se revelado sempre temas de delicada e dificultosa precisão para os estudiosos do campo jurídico quando se trata de delinear os traços distintivos entre um e outro meio de perecimento de direitos.

A dificuldade vai a um ponto tal, no terreno mais denso da dissertação conceitual, que muitos preferem acertar as diferenças entre um e outro instituto apelando para a prática recorrência aos efeitos e qualidades que a ordem jurídica lhes empresta, fechando os olhos pois à tormentosa diferenciação de natureza intrínseca entre eles.

Assim, a decadência é tida como uma previsão legal de ordem pública, inegociável entre os interessados, ininterrompível no seu curso. A prescrição, de seu lado, seria matéria circunscrita ao poder de negociação entre os interessados, e sua fluência pode ser seccionada.

O fato é que, um ou outro instituto diz com a extinção do direito em razão única da confluência entre a inação de seus titulares e o passar do tempo, matéria portanto que desde sempre despertou polêmicas de ordem ética, axiológica, disputando-se a hierarquização de valores que cada ordem jurídica abraça, para, em nome da segurança e da estabilidade das relações, determinar que após certo período de tempo os direitos, importantes que sejam – não os

essenciais à pessoa, é claro se não levados a uso, ou a exercício, falecem.

Esse perecimento natural de direitos não utilizados sempre inquietou os estudiosos mais voltados às questões de fundo que envolvem o fenômeno jurídico, e não se satisfazem com a sua simples “expressão positiva”.

Assim, entre nós, nas Ordenações Filipinas (Livro IV, título 79), debitava-se tal norma extintiva a um caráter punitivo ao credor negligente, postulado que, como bem lembra Caio Mário (*Inst. de Dir. Civil*, 8.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, vol. I, p. 436), “não é de boa juridicidade”, preferindo o clássico civilista também desprezar a tese de Pothier, segundo a qual o tempo “faz presumir o pagamento ou o perdão da dívida”, e buscar enfim a essência do instituto “na paz social, na tranqüilidade da ordem jurídica”.

A princípio procurou-se de modo mais singelo distinguir um de outro instituto, sob o fundamento de que a decadência atacava e extinguiu o direito, enquanto a prescrição inibia a ação (Bevilacqua, Clovis, *Teoria Geral*, § 77). Caio Mário (*ob. cit.*, p. 435) descarta essa maneira de distinção, por afirmar ser “esdrúxulo”, pensando na prescrição “que o ordenamento legal reconheça o direito, afirme a sua vinculação ao sujeito ativo, proclame a sua oponibilidade ao sujeito passivo, mas recuse os meios de exercê-lo eficazmente”.

Orlando Gomes (*Introdução ao Direito Civil*, 10.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 519) esclarece:

“Partindo-se do princípio de que a prescrição visa à ação enquanto a decadência tem em mira o direito, pode-se distinguir uma da outra tomando-se em consideração a origem da ação.

Quando é idêntica à origem do direito, nasce ao mesmo tempo que este. Então, o prazo para exercê-lo, por meio da ação, é extintivo.

Trata-se, neste caso, de decadência. Quando é distinta (a ação) da origem do direito, nasce posteriormente, e de modo mais preciso, quando o direito, já existente, é violado por outrem, o qual, por ação ou omissão, cria obstáculo ao seu exercício, trata-se de prescrição.”

Essa mesma formulação abstrata é colocada, vista talvez de um outro ângulo, mais claro, mais didático, por San Thiago Dantas (*Programas de Direito Civil*, 4.^a tiragem, Parte Geral, Rio de Janeiro: Rio, p. 400):

“Retira-se essa diferença do conceito de prescrição. Se conceituar-se a prescrição como lesão de direitos, já se está vendo que só há prescrição dos direitos subjetivos. Quer dizer, é preciso que o direito do titular corresponda a um dever jurídico, para que, pela violação desse dever jurídico, surja a lesão, e, por conseguinte, prescrição.

Onde não se tiver um direito subjetivo, onde se tiver uma mera faculdade, a qual não corresponda um dever de outrem, não se pode ter lesão de direito e não se pode ter prescrição.

Aí só se pode ter uma coisa: decadência. Quer dizer: prazos fatais que a lei assina para que dentro deles se exercite a faculdade e quem não exercitar a faculdade dentro daquele tempo, não a poderá exercitar mais. É tal qual como se fosse um direito a termo, um direito a termo resolutivo. Nesse caso,

o termo é posto pela própria lei. É um prazo de decadência. Durante aquele prazo pode ser exercitada a faculdade, depois dele não mais pode: é decadência.

Se amanhã tomar-se conhecimento de um prazo e lhe perguntar-se: este prazo é de prescrição ou de decadência, que se faz? Deve-se examinar a natureza do direito subjetivo, de um direito ao qual corresponde um dever jurídico, trata-se de direito absoluto ou de direito relativo, e concluir-se-á: trata-se de um prazo de prescrição, porque esse direito pode ser lesado, pela infração do dever correspondente, e a partir da lesão se contará o prazo prescricional. Se, porém, não se trata de um direito subjetivo; se se trata de uma mera faculdade à qual não corresponde um dever jurídico alheio, então se decide que se está diante de uma decadência.”

O Código Tributário Nacional contempla, em relação ao crédito tributário, vários modos de extingui-lo (art. 156), a começar pela sua terminação regular, pelo pagamento, e dentre os modos extintivos outros, abre lugar para a prescrição e a decadência (art. 156, V).

Quanto a esta última, determina o art. 173 do CTN:

“O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I — do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetivado.”

Vemos a conceituação legal da caducidade tributária bem afeita aos termos definidores de San Thiago Dantas: o direito de constituir o crédito fiscal, pelo lançamento, é “uma mera faculdade”, à qual não corresponde “um dever de outrem”; na verdade, temos aí no art. 173 um prazo fatal para que “dentro dele se exercite a faculdade” pela Fazenda de constituir o seu crédito.

Quando o crédito já tiver sido lançado, aí sim teremos um direito relativo, correspondente a um dever de outrem, de pagá-lo, e então deve-se falar de prescrição, onde há de se observar o art. 174 do CTN que assim dispõe:

“A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.”

No campo tributário a relevância desses institutos não poderá ser menor do que na esfera do direito privado. Para qualquer iniciado ressalta a delicadeza do trato decadencial, ou prescricional, dos créditos tributários, em sua formação e sua cobrança, pois que desagradável por natureza que é, para o cidadão comum, o inevitável encontro com a carga tributária que o Estado lhe impõe, há um contraste valorativo óbvio entre a experiência do homem normal e a daqueles poucos que por tantos ou quais razões refogem a suas obrigações tributárias e, diante de um aparato fazendário nem sempre eficiente, muitas vezes são contemplados com o perecimento de suas correspondentes obrigações pela inação do credor público, prolongada no tempo.

De toda forma, o Código Tributário Nacional de 1966 contemplou sistematicamente essas duas modalidades dentre as maneiras extintivas especiais do crédito tributário, certo que seu modo extintivo normal é o pagamento.

Assim, a compensação (art. 170), a transação (art. 171), a remissão ou o perdão (art. 172) do crédito tributário, se alinham com a decadência (art. 173) e a prescrição (art. 174) nas “demais modalidades” (Seção IV, capítulo IV, do CTN) de extinção daquele crédito.

E o legislador (complementar, pois que tal natureza material foi conferida por assentimento jurisprudencial ao CTN) houve por adotar o prazo de

quinquênio, já para a caducidade, já para a prescrição.

O Superior Tribunal de Justiça, a propósito desse importante tema, vem de proferir uma estranha decisão, no R. Esp. 69308/SP, publicada no *CPU* de 04.03.1996, cuja ementa assim declara:

“O art. 173, I, do CTN deve ser interpretado em conjunto com seu art. 150, § 4.º.”

O termo inicial da decadência prevista no art. 173, I, do CTN, não é a data em que ocorreu o fato gerador.

A decadência relativa ao direito de constituir crédito tributário somente ocorre depois de cinco anos, contados do exercício seguinte àquele em que se extingue o direito potestativo de o Estado rever e homologar o lançamento (CTN, art. 150, § 4.º).

O relator do acórdão assim sustenta seu voto, no essencial, ao pesquisar o alcance do art. 173 do CTN:

“Examinado isoladamente, o texto legal deixa margem a duas interpretações.

Com efeito, a utilização do verbo poder, em seu modo condicional, autoriza o entendimento de que o prazo começa a partir do momento em que seria lícito à administração fazer o lançamento. Por igual, o termo ‘poderia’ permite dizer que o prazo somente começa depois que já não mais é lícita a prática do lançamento.

A dificuldade desaparece quando se examina o art. 173, em conjunto com o preceito contido no art. 150, § 4.º, do CTN.

...a decadência ocorreria cinco anos depois do primeiro dia do exercício seguinte à extinção do direito potestativo de homologar...”

É com alguma preocupação que vemos esta decisão unânime, do 1.º Termo do STJ, que vem à luz sob um sus-

tentáculo tão tortuoso quanto ofensivo à natureza do instituto decadencial.

Sim, porque não se consegue entender bem em que o instituto do lançamento por homologação (onde a Fazenda corrobora ou não, o cumprimento, antecipado por lei, pelo sujeito passivo, do pagamento de sua obrigação tributária) vai alterar a clareza essencial do prazo de quinquênio que o CTN confere para que o credor estatal realize, efetue o lançamento de seu crédito.

O que o § 4.º do art. 150 do CTN contempla é a hipótese em que, não havendo prazo legal para a Fazenda referendar o pagamento feito pelo devedor do tributo no seu autolancamento, esse será de cinco anos desde o fato gerador, findos os quais, no seu silêncio, não havendo dolo, fraude ou simulação, considera-se como tendo assentido a Fazenda, homologado o lançamento pois.

Nada disso tem a ver com o art. 173, I, pois que aqui afirma-se não haver mais como se realizar o lançamento passados cinco anos desde o dia primeiro do ano seguinte àquele em que ele poderia ter sido efetivado. Assim, o ICMS, antes ICM, recolhido como de uso pelo comerciante, no seu calendário fiscal, caracteriza em cada caso um autolancamento, pagamento espontâneo, e, a partir do fato gerador (circulação de mercadorias ou prestação do serviço de transporte intermunicipal) respectivo, a Fazenda Estadual competente terá cinco anos para homologar aquele lançamento espontâneo.

Não parece haver dúvida a tal respeito, assim como não pode sobrar dúvidas quanto a esse prazo ininterrompível de 5 (cinco anos) após o primeiro dia do ano seguinte àquele da ocorrência do fato gerador, para que a Fazenda decaia do direito de lançar, e pois de recusar homologação ao lançamento feito (nos casos de autolancamento).

Os doutrinadores como Fábio Fanucchi (*Curso de Direito Tributário*, 4.ª ed., Resenha Tributária, 1979, São Paulo: p. 351) analisam esse dispositivo do CTN particularmente nesse início de contagem do prazo decadencial.

“Do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Neste caso, não terá havido lançamento, nem o sujeito passivo foi notificado de medida preparatória indispensável à Constituição do crédito tributário. Também, como se vê há uma simples escolha de data diferente, e imediatamente (de no máximo, um ano) *subseqüente à do nascimento do direito da Fazenda*, para termo inicial do prazo de caducidade.”

Fica evidente assim a “tornure” existente no acórdão do STJ, para conferir aos termos do art. 173 um sentido que obviamente eles não têm, pois que o prazo decadencial ali definido começa no 1.º dia do exercício seguinte àquele em que é possível à Fazenda efetivamente lançar, “constitui-lo definitivamente” por homologação (veja-se José Carlos Costa Neves, *in* Decadência e Prescrição, na coletânea *Curso de Direito Tributário*, org. por Yves Gandra Martins, 2.ª ed., CEJUP, vol. 1, p. 218 e 219).

Falar-se em decadência ocorrendo “cinco anos depois do primeiro dia do exercício seguinte à extinção do direito potestativo de homologar”, como o faz o acórdão, é fechar os olhos à natureza jurídica da decadência, aos contornos essenciais do instituto, como mostramos acima.

Realmente, a decadência, vimos com San Thiago Dantas e Orlando Gomes, ela fala justamente dos direitos potestativos que já nascem a termo, que trazem em si a marca temporal de sua extinção.

O direito de lançar o tributo, direito a que não corresponde nenhuma contraprestação do contribuinte, ao contrário do que ocorre no direito de cobrar, ele surge no mundo jurídico timbrado por um prazo de validade, e tal é a marca distintiva da decadência.

Assim, a Lei Complementar Tributária determina que o direito de lançar um tributo ("constituir o crédito tributário"), que nasce quando a lei específica desse tributo o preveja, vai morrer em cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento poderia ter sido efetivado.

Mais não previa ser acrescido, diante da clareza da ordem tributária.

Pois enfim se a decadência, vemos pela boa doutrina, fala de um prazo, cometido em lei para que um direito potestativo se exerça, prazo que nasce junto com o próprio direito, fica inconcebível que a decadência do direito potestativo da Fazenda realizar o lançamento só vá se *iniciar 5 (cinco) anos depois dele ter nascido*.

Não se pode conceber que a caducidade quinquenal que o CTN decidiu por conferir aos lançamentos tributários *só vá começar a ser contada justamente quando o direito potestativo de realizar o lançamento esteja a ponto de falecer*.

É um contra-senso e uma afronta ao conceito de decadência. Mostra-se as-

sim um puro artifício verbal pretender que o art. 173, I, se reportasse ao primeiro dia do exercício seguinte àqueles cinco anos durante os quais *pudesse* ocorrer o lançamento por homologação.

Pois se é certo que a qualidade básica da decadência é a de a ordem jurídica certificar-se que um direito potestativo, ao nascer, seja exercido a tempo, nenhum sentido teria se considerar que, para que a Fazenda decaísse desse direito, *ela poderia deixar passar cinco anos inerte com ele em seu patrimônio, e só então teria contra si contados mais cinco anos para exercê-lo*.

A injuridicidade desse entendimento, sua carência de base dogmática, a sua própria ausência de lógica falam bem alto.

Conta-se que o próprio STJ tenha por rever essa absurda e perigosa posição que subverte os parâmetros sedimentados em lei para a decadência do direito estatal de constituir o crédito tributário, abrindo brechas em ordens jurídicas modernas como justificando esses modos extintivos de direitos e que decerto não podem ser sacrificados nem – e sobretudo não – em atenção às recorrentes falhas da máquina estatal que, por inércia permite que devedores dos cofres públicos acabem sem pagar tributos que verdadeiramente ao final seriam devidos.