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

EXEMPLAR DE CORTESIA DA REVISTA DOS TRIBUNAIS VENDA PROIBIDA

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.

ANO XXXV (Nova Série) n. 104 outubro-dezembro/1996

800

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

DOUTRINA

Noção e objecto da Economia Política – ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS 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, *Profili dell'impresa, in Rivista del Diritto Commerciale, 1943, vol. 41, 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 LUIS 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.

ANTÓNIO 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.

SOCIEDADE POR COTAS – CONSTITUIÇÃO POR DOIS SÓCIOS – MORTE DO MAJORITÁRIO – CONTINUIDADE DA EMPRESA – REPRESENTAÇÃO – GERENTE – LEGITIMIDADE

RENATO LUIS BUELONI FERREIRA

"Sociedade de responsabilidade limitada constituída de dois sócios. Morte do sócio majoritário. Continuação da sociedade. Representatividade. 1. A morte do sócio majoritário transfere aos seus herdeiros a qualidade de sócios, mas enquanto não partilhados os bens, os herdeiros ficarão representados pelo inventariante, posto que indivisíveis as cotas sociais que pertenciam ao sócio pré-morto. Somente com a partilha e a respectiva alteração contratual, devidamente anotada na Junta Comercial, é que se individualizarão os novos sócios, herdeiros do pré-morto, e suas respectivas quotas sociais. 2. Por outro lado, negócio jurídico de transferência de quotas, feito por representante do Espólio, só por si, não as transfere enquanto não alterado o contrato social e anotada a alteração na Junta Comercial. Aquele negócio jurídico traduz apenas obrigação de fazer, mas não torna o adquirente das quotas sócio, enquanto não alterado o contrato social com a aposição da assinatura de todos os sócios. 3. Neste passo, a sociedade litigante é representada por seu gerente que, no caso em espécie, é o inventariante, e não pelo novo adquirente das quotas, tendo em vista que não houve alteração contratual ainda. 4. Sentença que julgou extinto o processo (art. 267, IV e IV [sic] mantida)".

(Ac. un da 1.ª C. do TAC RJ – AC 11.819/93 – Rel. Juiz Gustavo A. K. Leite – j. 30.11.1993 – Aptes.: Romana Rohde e outra, Apdos.: Banco de Crédito Nacional S/A e outro – DJ RJ 21.03.1995, p. 216 – ementa oficial).

COMENTÁRIOS

1. O presente acórdão exarado pela 1.ª Câmara do Tribunal de Alçada Civil do Estado do Rio de Janeiro é indicativo, em alguns aspectos, de um novo posicionamento da jurisprudência brasileira em relação à dissolução das sociedades por quotas de responsabilidade limitada que merecem uma ponderação mais demorada e atenta.

Trata-se de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada composta por 2 sócios, pessoas físicas. Sobrevindo a morte de um deles, permanece a sociedade com um sócio, o que, em princípio, geraria uma sociedade unipessoal transitória e, posteriormente, a conseqüente transformação da responsabilidade do sócio em ilimitada, por caracterizar-se a figura do comerciante individual.

Ora, cabem algumas considerações de ordem histórica e teórica, preliminares necessárias para avaliarmos se andou bem a 1.ª Câmara do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro e, portanto, abordemos os requisitos constitutivos da *affectio*

societatis e da pluralidade de sócios nas sociedades brasileiras.

2. O contrato de sociedade *(societas)*, como instituto jurídico, surge no Direito Romano, decorrente da personificação do condomínio. Os romanistas diferem sobre a origem do contrato de sociedade e sobre a personalidade jurídica da *societas* (Moreira Alves, p. 206-7). Apesar das ressalvas feitas por Arangio-Ruiz, a *societas* romana não se revestia da personalidade jurídica. Escreve o mestre italiano: "L'idea che anche la *societas* romana, nada da contratto consensuale, si presentasse di fronte ai terzi come um soggetto autonomo di diritti e di obblighi (persona giuridica), è stata solo eccezionalmente sostenuta da scrittori estranei alla più genuina tradizione scientifica degli studi nostri" (p. 78). (Vide tb. Salomão Filho, p. 67-73).

A extinção do contrato de sociedade, no direito romano, dava-se em "virtude de causas referentes às pessoas, às coisas, à vontade, à *actio* (ação) *(societas soluitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione)*" (Moreira Alves, p. 210). Desta forma, historicamente, a sociedade dissolvia-se com a morte de um dos sócios – na hipótese de haver apenas dois – e não eram admitidos herdeiros como sócios. Tudo isto decorre do fato de que o contrato de sociedade era celebrado *intuitu personae*, extinguindo-se com o desaparecimento de um dos sócios. Havia, porém, a possibilidade de continuação da sociedade com os sócios sobreviventes, desde que em número igual ou superior a dois (Arangio-Ruiz, p. 156-163), mas os romanos jamais conceberam a sociedade unipessoal.

3. Após esta breve divagação no tempo, essencial para colocarmos os requisitos do contrato de sociedade em perspectiva, abordemos o tratamento dado ao contrato de sociedade na doutrina moderna.

O contrato de sociedade é um contrato consensual, onde duas ou mais partes conjugam seus esforços e bens com a finalidade de alcançar um fim comum (utilizamos o termo "parte" acompanhando Ascarelli, p. 266). Entendemos que o contrato de sociedade é plurilateral, seguindo a brilhante exposição de Tullio Ascarelli (p. 255 s.), onde nascem direitos e obrigações para os sócios entre si, congregados em busca de um escopo comum, e entre os sócios e a sociedade. Hodiernamente, as sociedades têm personalidade jurídica, ocorrendo uma clara separação entre o patrimônio pessoal dos sócios e o patrimônio social.

4. A sociedade tem como requisitos essenciais para a sua constituição: (a) a existência de duas ou mais pessoas; (b) combinação de esforços ou recursos para a consecução do fim comum; (c) a existência de um objetivo comum, e (d) a *affectio societatis* (Gomes, p. 443; Pereira, p. 284 s.).

O caso em tela e discutido pela C. 1.ª Câmara do TAC do RJ desconsiderou dois dos requisitos fundamentais para a existência de uma sociedade no Brasil; quais sejam, a *affectio societatis* e o número mínimo de sócios.

5. No primeiro caso, há duas posições doutrinárias: alguns entendem que a sociedade por quotas de responsabilidade limitada é uma sociedade de pessoas; outros, por sua vez caracterizam as sociedades limitadas como de natureza mista. A questão fundamental está na possibilidade de se admitir a entrada de novos sócios, sócios estes diversos daqueles que inicialmente contribuíram

para o acervo social. Aqueles entendem que as quotas são intransferíveis, pois qualquer alteração romperia a *affectio societatis*, e daria ensejo á dissolução da sociedade. Estes, por sua vez, posicionam-se de forma diversa, aceitando a alteração da composição social e admitindo a livre transferibilidade das quotas sociais, pois "todas as sociedades são de pessoas e de capitais a um só tempo" (Lacerda Teixeira, p. 24). Esta parece-nos a posição mais acertada.

Baseada nesta corrente, a jurisprudência pátria admitiu a penhora das quotas sociais, posição que apesar de combatida no início, é predominante hoje.

Assim, a morte de um sócio é vista por alguns como um rompimento da *affectio societatis*. Porém, se entendermos a sociedade por quotas de responsabilidade limitada como de natureza mista, a *affectio societatis* seria um requisito de constituição, mas não de continuidade, podendo ser rompido sem afetar a sociedade de forma substancial.

6. O segundo ponto, e aqui cabe uma análise aprofundada, é a possibilidade de continuação da sociedade composta de dois sócios após a morte de um deles.

O Código Comercial Brasileiro, ao disciplinar as sociedades comerciais, exige como requisito constitutivo a associação de duas ou mais pessoas (arts. 311, 315, 317 e 325). Da mesma forma, o Código Civil prevê, em seu art. 1.363, a pluralidade de pessoas ("Celebram contrato de sociedade as pessoas, que mutuamente se obrigam a cominar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns"). Apesar do Decreto 3.708/19 silenciar sobre a matéria, há remissões ao CC no art. 1.º, onde torna-se claro que as sociedades por quotas de responsabilidade limitada não fogem às regras gerais das sociedades no Direito Pátrio, ou seja, da exigência do número mínimo de 2 sócios para a sua constituição.

No mesmo sentido é a estipulação do art. 80, I da Lei 6.404/76, onde há previsão expressa da existência de no mínimo dois sócios para a constituição da sociedade, salvo na hipótese do art. 251, que prevê a possibilidade da criação da subsidiária integral. Reza o inc. I, do art. 80 da Lei 6.404/76: "A constituição da companhia depende do cumprimento dos seguintes requisitos preliminares: (I) subscrição, pelo menos por duas pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto; (...)".

O Decreto-lei 2.627/40, em seu art. 38, I, exigia como requisito mínimo de constituição da sociedade por ações a existência de 7 sócios, requisito este arbitrariamente fixado pelo legislador.

Assim, a única hipótese de constituição de uma sociedade unipessoal no direito brasileiro é o da subsidiária integral. A subsidiária integral, porém, só pode ser constituída por sociedade brasileira, ficando excluídas as pessoas físicas e as sociedades estrangeiras. No dizer de Fran Martins, "a lei atual das sociedades por ações deu um passo avantajado no campo do direito comercial ao reconhecer e regular a sociedade com um só acionista, ou seja, a chamada "sociedade unipessoal"... (p. 295). Até então, o direito pátrio recusava expressamente o conceito de sociedade unipessoal, o que impedia a limitação da responsabilidade do comerciante individual. Da mesma forma, a maioria dos comercialistas brasileiros defendem que a sociedade por quotas de dissolve totalmente quando em situação de unipessoalidade, por contrariar o seu conceito fundamental; qual seja, a pluralidade de sócios (Marcondes Pereira, p. 69-70). Entre eles encontram-se J. X. Carvalho de Mendonça, Waldemar Ferreira, Rubens Requião, Fábio U.

Coelho, Hernani Estrella e Waldirio Bulgarelli.

O entendimento exposto tem gerado distorções no campo do direito societário, ou seja, a existência de "homens de palha" nas sociedades permite o preenchimento do requisito da pluralidade de sócios de modo formal. Da mesma forma, há entendimento no sentido de que a sociedade de marido e mulher seria uma fraude à lei, pois não haveria como distinguir entre o patrimônio dos sócios.

7. Cabe, portanto, uma consideração fundamental para entendermos o posicionamento da 1.ª Câmara do TAC do RJ: estes requisitos são formais ou substanciais? Ora, o entendimento do E. Tribunal de Alçada Civil foi no sentido de que ambos são requisitos formais, não ensejando a dissolução da sociedade.

Resta clara tal posição, que parecenos acertada e inovadora, pois são exigidos apenas no ato constitutivo da sociedade. O desaparecimento da *affectio societatis* pode ocorrer com a entrada de novos sócios ou com a saída de sócios, sem que seja necessária a dissolução total da sociedade.

No mesmo sentido, explanou o acórdão com relação à unipessoalidade temporária, limitando a responsabilidade do sócio único até o reestabelecimento da pluralidade, não ficando adstrito ao prazo de um ano. Este prazo, criação jurisprudencial com base na aplicação subsidiária da Lei 6.404/76 à legislação que regula as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, foi desconsiderado no acórdão proferido pela 1.ª Câmara do TAC do RJ. Caso houvesse entendimento no sentido da pluralidade ser requisito substancial, a sociedade estaria dissolvida, cessando de imediato a sua existência e respondendo o sócio remanescente de forma ilimitada.

Por fim, o entendimento do acórdão é no sentido de ser permitida a continuação da sociedade, mesmo com um único sócio, pois o espólio é despido de personalidade jurídica. Surge, ainda que incipiente, uma corrente jurisprudencial, que devido à inércia do legislador, virá por consagrar em nosso direito talvez não a sociedade unipessoal, mas a limitação da responsabilidade do comerciante individual. O presente acórdão merece aplauso por parte dos doutrinadores e representa um avanço da jurisprudência brasileira, pois o interesse social foi sobreposto sobre o individual, preservando-se a continuação do negócio.

Bibliografia

ARANGIO-RUIZ, Vicenzo. *La Società in Diritto Romano*, Napoli: Eugênio Jovene, 1965.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 2.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1969.

BORGES, João Eunápio. Comentário a acórdão publicado na *Revista Forense*, n. 217, p. 55.

BULGARELLI, Waldirio. *Manual das Sociedades Anônimas*, 7.ª ed., São Paulo: Atlas, 1993.

——. *Tratado de Direito Empresarial*, 2.ª ed., São Paulo: Atlas, 1995.

CARMO, Eduardo de Souza. Sociedade Unipessoal, in *Revista de Direito Mercantil* 75/43.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de Controle na Sociedade Anônima*. 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1983.

CORRÊA DE OLIVEIRA, J. Lamartine. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo: Saraiva, 1979.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. Empresa Unipessoal, in *Revista de Direito Mercantil* 51/39.

COSTA, Divanir José da. Aspectos Polêmicos da Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada, in *RT* 523/20.

COSTA, Philomeno J. da. Comentário a acórdão publicado na *Revista de Direito Mercantil*, 53/88.

CRISTIANO, Romano. *Personificação da Empresa*, São Paulo: RT, 1982.

CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio. *A Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. I.

ESTRELLA, Hermani. *Apuração de Haveres de Sócio*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GOMES, Orlando. *Contratos*, 12.ª ed., 6.ª tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 1992.

LACERDA TEIXEIRA, Egberto. *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, São Paulo: Max Limonad, 1956.

LACERDA TEIXEIRA, Egberto e TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Das Sociedades Anônimas*, São Paulo: Bushatsky, 1979, vol. I.

MARCONDES PEREIRA, Marco Antonio. Regime Dissolutório do Código Comercial. Dissolução total e dissolução parcial. Dissolução judicial e extrajudicial, in *Revista de Direito Mercantil* 100/63.

MARIANI, Irineu. O Princípio da Preservação de Empresa e a Dissolução da Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada, in *RT* 630/56.

MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*, 4.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, vol. II.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Privado*, 10.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, vol. III.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, 18.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992, vol. 2.

——. *A Preservação da Sociedade Comercial pela Exclusão do Sócio*, Curitiba, 1959.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Sociedade Unipessoal*, São Paulo: Malheiros, 1995.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Societas* com relevância externa e personalidade jurídica, in *Revista de Direito Mercantil*, 81/66.