

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.

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE POR DÍVIDA DE SEUS SÓCIOS INTEGRANTES – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

RODRIGO RECART

Ementa: "Direito comercial. Responsabilidade da sociedade por dívida de seus integrantes. Desconsideração da pessoa jurídica – Inadmissível a penhora de bens da sociedade, em execução movida contra pessoa física de integrante seu, com fundamento na teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Se ocorre fraude, deve ser esta demonstrada, e anulado o negócio

fraudulento. – Apelação provida". (Acórdão unânime da 1.ª Turma do TRF da 5.ª Região – Ac. 49.674-RN – Rel. Juiz Hugo Machado – j. 30.08.1994 – Apelante: Comercial Pereira & Silva Ltda.; Apelada: Caixa Econômica Federal – DJU 2, 11.11.1994, p. 64.968 – ementa oficial) – (Repertório IOB de Jurisprudência, 3 – Civil, Processual, Penal e Comercial – ementa n. 3/10459).

COMENTÁRIO

Para a análise do acórdão supra mencionado mister se faz uma análise preliminar da própria teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Com efeito, a doutrina e jurisprudência nacionais aprofundaram-se no tema de modo proficiente, com recenseamento das experiências encontradas no direito comparado.

Em obra pioneira, Rubens Requião, *in Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine)*, publicada na RT 410/12, a partir de decisão proferida na Inglaterra, no caso Salomon vs. Salomon & Co., colocou em pauta dois aspectos cuja apreciação é fundamental ao se examinar a possibilidade de se desconsiderar a pessoa jurídica. O primeiro aspecto refere-se aos limites de tal desconsideração, que devem cingir-se a certos e determinados efeitos, num caso concreto; e o segundo refere-se aos fatores que

justificam a desconsideração da personalidade jurídica no abuso do direito e na fraude. Seu estudo, porém, centralizou-se, mormente, na análise da teoria em relação às sociedades unipessoais ou fictícias que, segundo a doutrina por ele pesquisada, constituem o maior campo de sua aplicação.

Atualmente, os autores concluíram que os focos de maior incidência da crise da função da personalidade jurídica encontram-se também nos grupos de sociedades. Os problemas de desconsideração envolvem um problema de imputação para Corrêa de Oliveira. Nesses casos, a imputação recairá sobre aquele que detiver o poder de controle. É esse o entendimento do mestre Fábio Konder Comparato, *in O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3.ª ed.: "Essa desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário. É este

o elemento fundamental, que acaba predominando sobre a consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes." Porém, nega a possibilidade de utilização do instituto da fraude à lei como elemento central da desconsideração, afirmando que pode ocorrer a desconsideração a favor do sócio.

Não obstante, a desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade nada mais é do que a simples desconsideração da própria pessoa jurídica, como ente de uma certa relação jurídica material, considerando-se, para tanto, ao reverso, a pessoa de seu sócio. Visa desvendar os sócios na pessoa jurídica e a considerá-los como dominantes na sociedade, uma entidade ostensiva por eles constituída, onde a manifestação da vontade dos sócios equivale à vontade manifesta da pessoa jurídica.

Na desconsideração inversa da personalidade jurídica pretende-se que seja desconsiderada a pessoa física, notadamente, a do sócio, considerando-se destarte a pessoa jurídica como aquela responsável pelas obrigações assumidas pelo(s) sócio(s). É a necessidade de proteção e garantia dos credores sociais.

Ora, no acórdão *sob comento* ocorre justamente o acima exposto, ou seja, há a tentativa de se penhorar as quotas da sociedade, por negócio supostamente fraudulento praticado pelos sócios, e em seus nomes.

A causa na constituição de sociedades equivale à separação patrimonial, ou seja, a uma criação de um patrimônio autônomo cujos ativo e passivo não se confundem com os direitos e obrigações do sócio. A sua manifestação, por conseguinte, só se justifica pela permanência desse escopo, de sua utilidade e da sua possibilidade de realização. Além disso, nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada a pessoa dos

sócios é de fundamental importância. É sociedade *intuito personae*, i.e., de pessoas, onde os sócios têm o *animus* de se unir entre si, e somente entre si, com vistas a almejar um determinado fim específico (*affectio societatis*).

Mas exsurge referido acórdão quanto à comprovação da fraude praticada pelos sócios, baseando-se exatamente nas hipóteses de desconsideração nos casos que a separação patrimonial é utilizada com o abuso de direito ou para praticar uma fraude à lei. A maioria da jurisprudência nacional entende que a pessoa jurídica tem um valor inestimável, que faz com que a separação patrimonial seja freqüentemente reafirmada e sua desconsideração só seja admitida em presença de previsão legal expressa ou de comportamento considerados fraudulentos.

No acórdão analisado, intentava a exequente atingir o patrimônio social ao invés do pessoal do sócio devedor, em clara aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Tal modalidade de aplicação da teoria da desconsideração não é bem recebida por nossos tribunais, sob a alegação de que seus efeitos práticos já estariam garantidos pela penhora das quotas do capital social em poder do sócio devedor, ou, com no caso em exame, sob a justificativa de que eventual negócio fraudulento deveria ser, se comprovado o vício, simplesmente anulado.

Ambas as soluções supra apontadas pela jurisprudência, apesar de formalmente mais confortáveis, apresentam desvantagens ao eventual credor e, portanto, favorecem a inadimplência.

Com efeito, a penhora incidente sobre as quotas sociais há de ser determinada em atenção aos princípios societários, considerando-se ou não, no próprio contrato social proibição à livre alienação das mesmas. Havendo restrição

contratual, deve ser facultado à sociedade, na qualidade de terceira interessada, remir a execução, remir o bem ou conceder-se a ela e aos demais sócios a preferência na aquisição das quotas, a tanto por tanto. Não havendo limitação no ato constitutivo, nada impede que a quota seja arrematada com inclusão de todos os direitos a ela concernentes, inclusive o *status* de sócio.

Porém, até mesmo o mais rigoroso dos magistrados há de convir que, apesar de formalmente válida, a participação de credor em sociedade estranha não é exatamente o que ele objetivou ao contratar com o sócio devedor.

Por outro lado, nem todas as fraudes podem ser facilmente comprovadas, face à complexidade moderna que permeia a atividade mercantil, tornando árduo e custoso o ônus imposto aos demandantes.

Concluindo, a desconsideração inversa da personalidade jurídica deveria ser

mais atentamente analisada por nossos tribunais, como forma de se obter mais efetividade aos processos de execução, reduzindo as perdas dos credores com inadimplências e, dessa forma, aumentando a segurança da mercancia.

Bibliografia

- BULGARELLI, Waldirio, *Tratado de Direito Empresarial*, 2.^a ed., São Paulo: Atlas, 1995.
- COMPARATO, Fábio Konder, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3.^a ed. rev., atual e corr., Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CORREA DE OLIVEIRA, J. L. *A Dupla Crise da Personalidade Jurídica*, São Paulo, 1979.
- MARCONDES, Sylvio, *Problemas de Direito Mercantil*, 2.^a tiragem, São Paulo: Max Limonad, 1970.
- RODRIGUES PENTEADO, Mauro; Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, *Revista de Direito Mercantil* n. 51, São Paulo: RT 1983.
- SALOMÃO FILHO, Calixto, *A Sociedade Unipessoal*, São Paulo: Malheiros, 1995.