

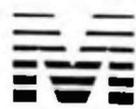
REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico
e financeiro

129

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XLII (Nova Série)
janeiro-março/2003

 **MALHEIROS
EDITORES**

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLII — n. 129 — janeiro-março de 2003

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)

PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,

RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTIN, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de

MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 3078-7205

Fax: (011) 3168-5495

Assinaturas e comercialização:

CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE
LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 289-0811

Fax: (011) 251-3756

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros

Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato

Composição: *Scripta*

SUMÁRIO

DOCTRINA

ALGUMAS INCIDÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA UNIÃO ECONÓMICA E MONETÁRIA

— ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES 7

ATUALIDADES

BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS — MEDIDAS LEGISLATIVAS EM PORTUGAL E NA EUROPA

— A. SARAIVA MATIAS E CATARINA MARTINHO 30

VERDADEIRA PROJEÇÃO DA ARBITRAGEM — CONVENÇÃO DE NEW YORK DE 1958

— IRINEU STRENGER 40

ACORDO DE ACIONISTAS — ARQUIVAMENTO NA SEDE SOCIAL — VINCULAÇÃO DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADE CONTROLADA

— NELSON EIZIRIK 45

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA REPRESENTAÇÃO COMERCIAL FRENTE AO NOVO CÓDIGO CIVIL

— JAIRO SADDI 54

REGISTRO DO COMÉRCIO E OS LIMITES DE SUAS EXIGÊNCIAS

— JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA 69

A LEI 10.303, DE 2001, E A INCLUSÃO DOS DERIVATIVOS NO ROL DOS VALORES MOBILIÁRIOS

— DANIEL KREPEL GOLDBERG 73

PODE A SOCIEDADE LIMITADA TER CAPITAL AUTORIZADO?

— OTÁVIO VIEIRA BARBI 83

LIMITES DE ATUAÇÃO DO CONSELHO FISCAL

— RAUL DE ARAUJO FILHO E RODRIGO FERRAZ P. CUNHA 96

EXCLUSÃO DE SÓCIO EM SOCIEDADES LIMITADAS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

— LEONARDO GUIMARÃES 108

O ISS NA CONSTRUÇÃO CIVIL

— JOSÉ ALCIDES MONTES FILHO 121

ESPAÇO DISCENTE**A ARBITRAGEM NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS**

— JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI 136

REFORMA REGULATÓRIA E SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

— MARCO AURÉLIO GUMIERI VALÉRIO 174

ARBITRAGEM NA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

— LIVIA ROSSI 186

**OFERTA PÚBLICA DE AQUISIÇÃO DE AÇÕES NA ALIENAÇÃO DE
CONTROLE DE COMPANHIAS ABERTAS. Apontamentos sobre o
art. 254-A da Lei das Sociedades Anônimas**

— JOSÉ ALBERTO CLEMENTE JÚNIOR 206

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA**INDENIZATÓRIA MOVIDA POR FILHOS ALEGANDO MORTE DA MÃE
POR CÂNCER DE PULMÃO DECORRENTE DE TABAGISMO**

— PAULO ROGÉRIO BRANDÃO COUTO 220

TEXTOS CLÁSSICOS**"LEX MERCATORIA"**— FRANCESCO GALGANO, item I da Introdução da obra *Lex Mercatoria*.

Tradução de ERASMO VALLADÃO A. e N. FRANÇA 224

PARECERES**LEGITIMAÇÃO DO SÓCIO DA SOCIEDADE CONTROLADORA
PARA PLEITEAR A ANULAÇÃO DE ASSEMBLÉIA DA CONTROLADA
SUBSIDIÁRIA INTEGRAL**

— ERASMO VALLADÃO A. e N. FRANÇA 229

**DEMANDA REPARATÓRIA AJUIZADA POR ACIONISTA EM VIRTUDE
DE ADIMPLENTO IMPERFEITO. FUNÇÃO E NATUREZA JURÍDICA
DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. CARÁTER CONSTITUTIVO
DAS DECISÕES ASSEMBLEARES TOMADAS POR ÓRGÃOS DAS
SOCIEDADES ANÔNIMAS. A AÇÃO REGULADORA E PRINCÍPIOS
ESSENCIAIS VINCULADORES DE COMPANHIAS ABERTAS
COM VALORES MOBILIÁRIOS NO MERCADO DE CAPITAIS.
IMPOSIÇÕES DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA.
PRAZOS DE PRESCRIÇÃO NA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS**

— LEANDRO BITTENCOURT ADIERS 234

COLABORAM NESTE NÚMERO

ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra. Membro Correspondente da Academia Brasileira de Direito Constitucional

A. SARAIVA MATIAS

Professor de Direito. Advogado

CATARINA MARTINHO

Advogada Estagiária

DANIEL KREPEL GOLDBERG

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

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

Professor-Doutor em Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Advogado em São Paulo

IRINEU STRENGER

Professor Titular de Direito Internacional Privado e de Direito do Comércio Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Professor da Academia de Direito Internacional de Haia (1991). Doutor *Honoris Causa* da Universidade Argentina John Fitzgerald Kennedy. Membro do *Institut du Droit et des Pratiques des Affaires Internationales*, da Câmara de Comércio Internacional de Paris. Árbitro no Brasil junto ao Mercosul e Árbitro da Câmara de Comércio Brasil-Canadá

JAIRO SADDI

Doutor em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo — USP. Professor e Coordenador dos Cursos de Direito do Ibmec/SP. Diretor do Centro de Estudos de Direito do Ibmec — IbmecLAW.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro — PUC/RJ. Advogado

JOSÉ ALBERTO CLEMENTE JÚNIOR

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

JOSÉ ALCIDES MONTES FILHO

Advogado

JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI

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

LEANDRO BITTENCOURT ADIERS

Advogado

LEONARDO GUIMARÃES

Professor na Faculdade de Ciências Econômicas da UFMG/FACE. Mestrando em Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG. Advogado

LIVIA ROSSI

Pós-Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

MARCO AURÉLIO GUMIERI VALÉRIO
Mestrando em Direito na UNESP.
Advogado

NELSON EIZIRIK
Advogado no Rio de Janeiro e em São
Paulo

OTÁVIO VIEIRA BARBI
Mestrando em Direito Comercial pela
Faculdade de Direito da Universidade
Federal de Minas Gerais — UFMG.
Advogado

PAULO ROGÉRIO BRANDÃO COUTO
Advogado

RAUL DE ARAUJO FILHO
Advogado

RODRIGO FERRAZ P. CUNHA
Mestre em Direito pela Universidade de
Bologna, Itália. Doutorando pela
Universidade Federal de Minas Gerais —
UFMG. Advogado

Atualidades

REGISTRO DO COMÉRCIO E OS LIMITES DE SUAS EXIGÊNCIAS

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

A regulamentação do registro comercial. Os excessos do poder regulamentar. Inexistência de prejuízos aos credores públicos. O direito das empresas ao registro.

A regulamentação do registro comercial

No sistema Constitucional brasileiro (art. 24, III da Carta) compete à União, aos Estados e aos Municípios legislar de modo concorrente sobre as “juntas comerciais” ainda que somente à União cabe a competência legislativa sobre direito comercial (art. 22, I).

Encontra-se hoje na Lei federal 8.934/1994 a teia normativa do registro público de empresas mercantis, ali se dispondo sobre as juntas comerciais (arts. 5º e ss.) órgãos que, por sua vez, são supervisionadas (art. 4º, I) e coordenados “no plano técnico” pelo Departamento Nacional do Registro de Comércio DNRC, um ente federal.

A este mesmo DNRC é cometida pela lei (art. 4º, II) a função de estabelecer e consolidar, com exclusividade, as normas e diretrizes gerais do Registro do Comércio.

É nesta matriz legal que o DNRC adota normas como a Instrução Normativa 88, de 1.2.2000, que fixa regras para o arquivamento de “atos de transformação, e incorporação, fusão e cisão de sociedades mercantis”.

O ato normativo em questão se pauta, com propriedade, nos arts. 220 a 229 da

Lei 6.404, que, na verdade, ainda que pertinentes a sociedades anônimas, é a mais recente palavra legislativa sobre tais operações societárias no país, valendo notar que às sociedades por quotas as regras já se aplicam pela subsidiariedade invocada no próprio Decreto 3.708.

Articulado, pois, em suas funções de prolar as diretrizes para o registro comercial, o DNRC vem prescrever os documentos necessários para o compulsório arquivamento na Junta, daqueles importantes atos societários.

Aparece ali a exigência do art. 24 da Instrução Normativa, no sentido de que quaisquer arquivamentos de atos de “transformação de tipo jurídico, incorporação, fusão e cisão de sociedades” não de ser instruídos com certidões de:

- quitação de tributos e contribuições federais para com a Fazenda Nacional, emitida pela SRF;
- negativos de débitos fornecido pelo INSS;
- negativo de inscrição de Dívida Ativa da União, emitida pela PGFN;
- de regularidade do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), emitida pela CEF.

O objetivo, evidente, é o de apertar o cerco aos devedores de créditos públicos ou socialmente relevantes.

Resta indagar se essa intenção final é justificativa lógica, e jurídica, para esse tipo de exigência que, de todo modo, é entrave criado ao livre exercício do comércio, da atividade privada.

Os excessos do poder regulamentar

A nosso entender, o poder regulatório aí se extremou e desbordou de seus limites, o que podemos afirmar até sem necessidade do apelo às regras primordiais da liberdade de empreendimentos, de associação, e de exercício de ofícios, contidos na Carta Constitucional (arts. 1º, IV, 5º, XIII, XVII).

O fato é que não há delegação legal nenhuma ao órgão administrativo para este exigir, como condição de arquivamento daqueles atos societários, a produção, pelas sociedades envolvidas, daquelas certidões de quitação ou inexistência desses débitos.

Ensinando por tantos outros, Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed., Malheiros Editores, 2001, pp. 335-336): "Se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos que já não estejam estabelecidos e restringidos na lei, menos ainda podem fazê-los instruções, portarias ou resoluções".

E, no entanto, pode-se perceber que nada há de incomum, na ordem brasileira, nesse avanço do poder regulamentar sobre esferas reservadas à competência legislativa *estricto senso*, e aí, geralmente, como nesse caso do DNRC perante o Registro do Comércio, para erguer embaraços legais ao direito das empresas deliberarem suas pretendidas transformações de forma ou de fundo e tê-las arquivadas para os efeitos normativos perante o cartório público competente.

Mesmo que pretenda aí o improvisador legislador apertar o cerco a devedores,

e, tentar por esse meio de empecilhos registraes coibir manobras elisivas, de modo a que fusões, cisões, incorporações ou mesmo mudanças de tipo societário resultem em escape a dívidas existentes, mesmo assim falta-lhe base legal e constitucional para isso, resultando, enfim, num gravame injurídico aos direitos dos cidadãos que exercem seu ofício, sua atividade, por meios associativos.

Inexistência de prejuízos aos credores públicos

Não há desaparecimento ou mesmo diluição de responsabilidade por débitos tributários, previdenciários ou para-laborais (os ligados ao FGTS) com o advento de qualquer mudança na sociedade, seja a alteração de forma societária, seja qualquer uma das maneiras de fusão social (incorporação, fusão) ou de divisão societária (cisão).

O Código Tributário Nacional é bem claro ao dispor sobre a permanência da responsabilidade fiscal em todas essas hipóteses que, ao fim, caracterizam sucessão empresarial.

Sacha Calmon, falando pela unanimidade doutrinária, analisando o disposto na Lei Complementar tributária ensina: "Na hipótese de sucessão empresarial (fusão, criação, incorporação), assim como nos casos de aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento comercial, e, principalmente nas configurações de sucessão por transformação do tipo societário (sociedade anônima transformando-se em sociedade por cotas de responsabilidade limitada, v.g.) entendemos que não há cogitar de assunto nas hipóteses ora versadas em verdade, inexistente sucessão real, mas apenas legal o sujeito passivo é a pessoa jurídica que continua total ou parcialmente a existir juridicamente, sob outra 'roupagem institucional'" (*Comentários ao Código Tributário Nacional*, Forense, 1997, em conjunto com outros autores, p. 304).

No campo trabalhista, e aí se cuida dos débitos à conta do FGTS, a matéria ainda mais severamente é tratada, com base nos princípios da CLT, pois não só os diretores acionistas e sócios mas, ainda, o grupo econômico da empresa devedora são chamados a responder.

Não há, pois, risco nessas hipóteses, para o credor, para a persecução de seus eventuais créditos contra aquela determinada sociedade, que terá se transformado de limitada em anônima, ou vice-versa, ou terá se fundido com outra, ou se dividido em duas ou mais, ou sido incorporada.

Ainda, se quisermos extremar em pensamento as hipóteses teóricas de transformação — incomuns ou raras que sejam — de uma sociedade de capitais ou mista (anônimas, por quotas) em sociedade de pessoas nada reduz, antes agrava o painel de responsabilização.

Se uma empresa por quotas se torna uma companhia, fora o desaparecimento da responsabilidade pela integralização das quotas de outros em caso de falência, nada altera o quadro, sendo irredutível o chamamento dos acionistas controladores, diretores ou sócios-gerentes a juízo no caso de débitos fiscais preexistentes ou nascidos antes da conversão da forma social, desde que atendam aos requisitos legais (art. 135 do CTN), jurisprudencialmente consagrados para tal chamamento pessoal (atos com violação da lei ou dos estatutos ou contrato social).

Vê-se, pois, que razão não há para essa exigência burocrática do DNRC, de produção de certidões negativas ou de quitação para arquivamento desses atos societários.

O direito das empresas ao registro

É sempre bom lembrar, como o faz Fábio Ulhôa Coelho (*Curso de Direito Comercial*, v. 1, Saraiva, 1998, p. 71), que a prova do registro na Junta é condição para a efetiva limitação da responsabilidade dos sócios (art. 301 do Código Comercial) e

para a legitimação do pedido falimentar ou concordatário (arts. 9º, II, *a*, e 140, I, da Lei de Falências).

A desarrazoada e exorbitante exigência, por parte da norma do DNRC, de fazer com que as Juntas Comerciais só arquivem aqueles importantes atos das sociedades mercantis mediante a produção dessas certidões, representa, pois, um empecilho injurídico ao seguimento normal das atividades comerciais.

Ainda que houvesse uma motivação justa e assentada para a demanda daquelas quitações, o que já vimos não acontece, pois que as correspondentes responsabilidades não cessam ou diminuem diante dos atos societários referidos; o que é de maior relevo é o fato de que o órgão administrativo, ao receber aquela delegação legal (art. 4º, II, da Lei 8.934/1994) para estabelecer as “normas e diretrizes gerais do Registro Público de Empresas Mercantis (...)” não estava, é claro, recebendo um cheque em branco para afrontar os direitos registrares das empresas.

O caráter semi-público que a ordem jurídica consigna às empresas privadas, está nessa faceta indissolúvel ao exercício comercial. Qualquer um, dotado da capacidade jurídica própria, pode se associar a outro para o exercício do comércio, e, aí, constituir, até por instrumento particular, uma empresa.

Demanda-se, contudo, e em outra chave também às sociedades civis e associações e fundações, que as empresas comerciais levem obrigatoriamente, ao registro público, os seus atos constitutivos, alterações e deliberações sociais, de modo a conceder-lhes “garantias, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia”, além de erigir um cadastro geral das empresas em funcionamento no país (art. 1º, I e II, da Lei 8.934).

Sempre se compreendeu, pois, que os atos jurídicos societários das empresas produzem, por si só, seus efeitos entre as partes, tendo o ato registral meras consequên-

cias declaratórias e não constitutivas, por isso que com a publicidade inerente ao órgão de arquivamento, aqueles efeitos já antes existentes, agora se espalham perante terceiros.

Os poderes atribuídos pela lei às Juntas Comerciais em sua função nunca se estendem a tal tipo de exigência de quitações fiscais e parafiscais.

Diz com razão o Prof. Rubens Requião (*Curso de Direito Comercial*, v. 1, 22ª ed., Saraiva, 1995, p. 98): "Atem-se as Juntas Comerciais no exercício de suas funções e competência administrativa, a verificação se os atos da sociedade anônima levados a registro ou arquivamento estão formalmente corretos, em face da lei, do estatuto ou se neste não foram inseridas normas contrárias à lei, à ordem pública e aos bons costumes. Nada mais".

E a Lei 8.934 não concede ao órgão registral — as juntas comerciais —, nem ao órgão regulamentar, o DNRC, o poder de demandar qualquer tipo de documento que ateste quitações de débitos fiscais ou assemelhados.

Ainda que admita-se, claro que o órgão possa requerer a documentação pertinente, resulta que, na esfera registral en-

tende-se cabível somente a exigência de documentação estritamente ligada ao conceito e ao objeto do registro, como o ato societário em si, cópias de lançamentos em livros sociais, documentos de identidade de signatários etc.

Por essa razão aliás, o Decreto 1.800/1996, regulamentando a Lei do Registro do Comércio, listando (art. 34) os requisitos formais necessários ao arquivamento de deliberações sociais, declara que além daqueles ali referidos (e não há certidões tributárias, ou do INSS, ou do FGTS), nenhum outro será exigido, "salvo expressa determinação legal", o que mais atesta a ilegalidade das exigências formuladas pelo DNRC.

É preciso muita atenção, portanto, com essas exigências que esporadicamente surgem em matéria de registro de empresas — a nossa vocação cartorária, formalista e autoritária é de reconhecimento geral —, tendo-se sempre em linha de conta que há um balizamento legal próprio, e as inevitáveis demandas burocráticas das Juntas de Comércio não podem passar daquilo que seja derivação direta da evidência do ato social praticado e de sua correção formal. Tudo o mais são excessos desprovidas de legalidade.