REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 101 • janeiro-março 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

430,22
D

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. 101 • janeiro-março de 1996

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

LIVRARIA TRIBUTARIA
Rua Cel. Xavier de Toledo, 210
7o. Andar - Conj. 74 - CEP 01048-000
Fone/Fax: 214-3716

3120.3761

Diretor de Produção: ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Diretor: ROBERTO GALVANE

Gerente de Marketing: MELISSA TREVIZAN 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

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

AVISO AOS LEITORES

Havendo dirigido a Revista ininterruptamente desde o primeiro número de sua nova série, em 1971, deixo agora as funções de Diretor Executivo, esclarecendo que não participei da redação do nº 100 (outubro-dezembro/1995).

Fábio Konder Comparato

SUMÁRIO

DOCTRINA

Distribuição secundária no Brasil e no exterior de ações pertencentes à administração pública — LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES	9
A teoria dos grupos de sociedades e a competência do juízo arbitral — ARNOLDO WALD	21
A debênture como instrumento de aplicação e captação de recursos — DURVAL JOSÉ SOLEDADE SANTOS	27
Emissão de debêntures — NELSON EIZIRIK	37
Os débitos tributários das empresas. Responsabilidade de diretores, sócios-gerentes e controladores — JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA	49
As hipóteses de recesso na Lei das Sociedades Anônimas — RENATA BRANDÃO MORITZ	56
As instituições financeiras e a taxa de juros — PEDRO FREDERICO CALDAS	76

ATUALIDADES

Inquérito administrativo CVM e recurso de ofício — LUIZ ALFREDO PAULIN	97
Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica: a experiência portuguesa — LUIZ ANTONIO SOARES HENTZ	109
Representação comercial e distribuição comercial — Importância dos traços distintos — JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA	114
Criação e desenvolvimento de uma sociedade de capital — Investimento: as lições do modelo francês — FRANÇOISE MONOD	119

JURISPRUDÊNCIA

As cooperativas e o direito dos cooperados retirantes ao valor atualizado de suas quotas-partes — JORGE EDUARDO PRADA LEVY	122
--	-----

NOTICIÁRIO DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COMERCIAL COMPARADO E BIBLIOTECA TULLIO ASCARELLI	133
---	-----

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO	135
-----------------------------------	-----

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ARNOLDO WALD

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

DURVAL JOSÉ SOLEDADE SANTOS

Advogado; Consultor Jurídico e Superintendente de Operações da BNDES Participações S.A. — BNDESPAR.

FRANÇOISE MONOD

Master of Laws da Universidade de Harvard e advogada em Paris (associada de Sokolow, Dunaud, Mercadier & Carreras).

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

JORGE EDUARDO PRADA LEVY

Advogado em São Paulo.

LUIZ ALFREDO PAULIN

Procurador da Fazenda Nacional junto ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional; Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo.

LUIZ ANTONIO SOARES HENTZ

Mestre e Doutor em Direito; Professor de Direito Comercial da UNESP; Juiz de Direito da 9.ª Vara Cível de Ribeirão Preto.

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

NELSON EIZIRIK

Advogado no Rio de Janeiro. Ex-Diretor da Comissão de Valores Mobiliários — CVM.

PEDRO FREDERICO CALDAS

Advogado em São Paulo.

RENATA BRANDÃO MORITZ

Advogada no Rio de Janeiro.

ATUALIDADES

NOTAS SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA

LUIZ ANTONIO SOARES HENTZ

Sumário: 1. A evolução para um sistema de relativa individualização de patrimônios — 2. A experiência portuguesa — 3. A solução legal e jurisprudencial no direito brasileiro.

1. A evolução para um sistema de relativa individualização de patrimônios

O aprofundamento no estudo das categorias jurídicas conhecidas permite a visualização de atributos não claramente definidos, dependentes ainda de reflexões para o enquadramento dogmático definitivo. Assim sucede, no campo do direito empresarial, com o problema da delimitação da responsabilidade patrimonial em razão da personalidade jurídica de que a lei brasileira dotou as sociedades civis e mercantis (art. 20 do CC). Trata-se das sociedades de objeto comercial, ou civil, quando organizadas como as comerciais, ditas empresariais (ou empresárias) pelo Projeto do novo Código Civil, ora em tramitação no Senado Federal, e que unificará o direito privado, como se deu com o Código Civil italiano de 1942. A consequência primeira e mais importante da atribuição de personalidade jurídica às sociedades empresariais é a separação de patrimônios, e, por conseguinte, da responsabilidade que recairia sobre o patrimônio.

Modernamente, dois problemas distintos decorrem da sistemática adotada pelo legislador brasileiro, a merecer a preocupação dos juristas (e que será

mantida no novo Código Civil, salvo a introdução de ementas no Projeto). O primeiro, é que, ao se dotar unicamente a sociedade de personalidade jurídica, a partir do registro do seu contrato ou estatuto no registro peculiar (atualmente o Registro das Empresas Mercantis e Atividades Afins, que substituiu o Registro do Comércio; Lei 8.934/94), ficou de fora o empresário individual. A responsabilidade pessoal alcança os negócios realizados na empresa, não havendo divisão patrimonial, nem limite para as obrigações. O outro problema é que a sociedade passou a ser usada como forma abusiva de limitar a responsabilidade dos sócios, que não seriam atingidos por obrigações originárias da empresa, erguendo-se como um véu protetor do patrimônio dos indivíduos integrantes da sociedade, penalizando os credores desta quando não dispõe de patrimônio bastante para suportar a execução da dívida, ou no caso da falência da empresa.

Os problemas aventados não são específicos do Brasil, já que outros sistemas experimentam situação semelhante. Ou experimentaram, pois soluções estão sendo buscadas para o afastamento do abuso em prestígio da regularidade e da segurança das práticas

empresariais. Por exemplo, admitindo a sociedade unipessoal ou dotando o estabelecimento individual de patrimônio de afetação. As sociedades unipessoais são possíveis hoje na Alemanha e na França. E inclusive o Brasil a admite, na hipótese da subsidiária integral (art. 251 da Lei 6.404/76) e no caso do falecimento ou retirada de sócios, remanescendo apenas um, pelo tempo necessário à reorganização societária (solução da jurisprudência para as sociedades limitadas, adotando princípio da permanência da empresa, ditado para as sociedades anônimas pelo art. 206, I, "d", da Lei 6.404/76). O patrimônio afetado especial foi adotado na França e em Portugal, em 1986, criando-se nesse país o Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada.

A inexistência de modelos legais adequados ao exercício da atividade empresarial tem levado à adoção indevida de tipos que beneficiam o empresário protegendo o patrimônio pessoal. Desde que foi trazida para o direito pátrio, a sociedade por quotas de responsabilidade limitada não teve ainda um sucedâneo à altura. Daí sua utilização seguramente em nove de cada dez empresas existentes. Nasceram as sociedades limitadas (assim as chama o Projeto do novo Código Civil), em 1919, como uma opção às sociedades em nome coletivo e em comandita, de responsabilidade integral para os sócios ostensivos, levando ao abandono dos antigos padrões, ainda constantes do Código Comercial (arts. 295, 311, 315 e 317). O Dec. 3.708/19 permitiu dispor o título constitutivo ser limitada a responsabilidade dos sócios à importância total do capital social (art. 2.º). Trata-se de um poderoso instrumento de proteção dos bens pessoais, ficando a responsabilidade dos sócios, quando regularmente exercida a empresa, condicionada ao pagamento de sua parte do capital social.

Assim, as sociedades limitadas têm sido usadas como meio de proteção do patrimônio pessoal (também as sociedades anônimas se prestam à mesma finalidade). Mas não pode o direito conceder a proteção quando o uso do modelo é feito de modo abusivo, fraudulento, a causar prejuízo a terceiros, credores da sociedade, que se vêem impedidos de executar os bens dos seus integrantes. O problema passou a ser visto como da necessidade de se desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade. A doutrina anglo-americana foi a que primeiramente formulou a teoria que seria chamada de *disregard of legal entity*. Na Inglaterra e nos E.U.A., a personificação das sociedades decorre, juridicamente, de um ato individual de concessão do poder político, podendo ser desconsiderada, no caso de abuso, para serem os sócios responsabilizados pessoalmente. A doutrina alemã também se debruçou sobre o problema, tendendo à superação da personalidade jurídica para atingir as pessoas que se ocultam sob ela, sendo o tema objeto de considerações em praticamente todos os sistemas legislativos.

2. A experiência portuguesa

Em recente contato com o direito europeu, em viagem de estudos a Portugal, pudemos constatar a existência de uma experiência própria, desenvolvida naquele país. Sabe-se que a França, em 1985, ao ser alterada a lei das sociedades comerciais, de 1966, adotou um modelo de sociedade unipessoal, que se denominou de "empresa unipessoal de responsabilidade limitada". E Portugal, menos de um ano depois, influenciado pelo modelo francês, tinha criado o "estabelecimento individual de responsabilidade limitada", por meio do Dec.-lei 248, de 25.8.86. É certo, porém, que a sistemática do direito português conti-

nuou a não permitir a sociedade unipessoal, preferindo-se a figura do patrimônio autônomo, ou patrimônio de afetação especial, como forma de dotar a firma individual de personalidade jurídica. Isso se deve à pouca aceitação da tese da sociedade formada por única pessoa, naquele país. Em suas lições, o Professor José do Oliveira Ascensão diz ser um absurdo a adoção de uma categoria jurídica criada para a colaboração como empresa unipessoal, pois perdem significado todos os preceitos respeitantes a órgãos e deliberações sociais, relações entre sócios, entre outros. É assevera que se se pretende a limitação de responsabilidade, esta deve ser diretamente estabelecida, sem disfuncionalidade.

O regime básico do E.I.R.L. (Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada) é poder ser criado por qualquer pessoa com capacidade, passando obrigatoriamente à categoria de comerciante. O estabelecimento assenta-se numa fração separada do patrimônio do instituidor, sendo o seu capital. Cria-se por escritura pública, tem firma, objeto, sede o capital com exigência de valor mínimo de 400 000\$00 (o mesmo que vigora para as sociedades por quotas), que é intangível, mas pode ser aumentado, como nas sociedades. O ato de criação é registrado. O E.I.R.L. pode ser transmitido e dado em locação, objeto de usufruto, penhor e penhora.

O que o direito português desejou criar, e efetivamente criou, foi um sistema de responsabilidade demarcada. Sem dúvida, pôs a salvo o patrimônio geral por dívidas do E.I.R.L., com a condição de que se observe na sua gestão o princípio da separação. Ou seja, se os patrimônios, pessoal e do estabelecimento, se confundirem, a responsabilidade se torna ilimitada. E quanto à responsabilidade do E.I.R.L. pelas dívidas comuns, somente existirá, e em caráter subsidiário, desde que se prove a insuficiência do restante de bens, quer

no caso de dívida comum anterior à constituição, quer concomitante, mas garantida a preferência dos credores do estabelecimento em relação aos credores comuns do falido.

Por essas mui breves considerações sobre o sistema português de 1986, observa-se a adoção da relatividade da pessoa jurídica, em que a própria lei regula de forma precisa a matéria, ficando subtraída ao instituto da desconsideração.

3. A solução legal e jurisprudencial no direito brasileiro

Indaga-se se, na falta de normas específicas, as normas gerais, como as que coíbem a simulação, a fraude, o abuso de direito, a má-fé, fornecem meios para a proteção dos credores e outros prejudicados por indevida atuação empresarial. Juristas portugueses, como Pedro Cordeiro, têm reclamado um enquadramento dogmático do problema, alertando para o fato de sua origem anglo-americana, cujo sistema jurídico, não adstrito ao regime de legalidade expressa, dispensa o rigor que teria de ser observado pelos europeus e sul-americanos.

No Brasil, não se procurou resolver se o problema é de má adequação dos modelos legais à realidade atual (alerta nesse sentido tem sido o nosso propósito), nem se esclareceu, com sucesso, a natureza e os pressupostos da desconsideração, nem mesmo se sabe se é imprescindível sua imposição legal para aplicação prática, ou basta a invocação de normas gerais integradas no nosso ordenamento jurídico.

O legislador, quando tem oportunidade, lança mão do princípio da desconsideração. Exemplo mais recente é a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que no seu art. 28 diz que poderá o juiz “desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em

detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”, e também nos casos de “falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provados por má administração”. Espera-se que o novo Código Civil faça o mesmo, quebrando o absolutismo da regra da separação patrimonial no caso da invocação abusiva da personalidade jurídica da empresa. Enquanto isso, a jurisprudência, como fonte do direito, denota a aplicação da regra em casos concretos, por fundamentos variados, como os que se aprecia a seguir.

1) Em acórdão do TJSP, deu-se por válida e penhora sobre bens de sócio por dívida de sociedade limitada por não se ter comprovado a integralização das cotas e ter-se verificado a confusão entre os bens das pessoas físicas e jurídicas (RT 669/98).

2) No 1.º TAC-SP deu-se o sócio por carecedor de embargos de terceiro em execução promovida para o recebimento de crédito por dívida da sociedade, encontrando-se esta extinta e vazia de bens (JTACSP, RT, 100/63).

3) Também do 1.º TAC-SP, acórdão por maioria de votos decretou o desconhecimento da autonomia da personalidade por ter a pessoa jurídica se desviado de suas finalidades específicas, ao causar dano a terceiro em acidente de trânsito, sem condições de suportar a condenação judicial (JTACSP, RT, 102/75).

4) O mesmo 1.º TAC-SP, em acórdão de 1982, relatado por Rangel Dinamarco, já determinava o “rompimento da barreira da personalidade jurídica da sociedade, para que não se transforme em mito contrário à justiça e à própria

dignidade do Poder Judiciário”, em caso de sociedade proprietária do bem penhorado, formada pelo marido e a mulher, por dívida particular desses (RT 560/109).

5) O Tribunal de Justiça do Mato Grosso decidiu pela desconsideração na hipótese de dissolução de fato de sociedade, sendo o proprietário dos bens visados o sócio detentor da quase totalidade das quotas (acórdão e comentários na *Revista de Direito Mercantil*, RT, 51/105).

6) O TJSP também decidiu, em processo de falência, que, “havendo confusão de atividades da sociedade com as de seu titular, é, de se adotar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica como forma de desmerecer a fraude pelo uso da sociedade” (RT 657/86).

7) No Rio Grande do Sul, o Tribunal de Alçada permitiu o atingimento, pela penhora, de bens particulares de sócios por dívida de sociedade limitada irregularmente dissolvida, dizendo que “a dissolução irregular de sociedade por cotas de responsabilidade limitada provoca a possibilidade de penhora de bens do sócio por dívida da pessoa jurídica” (RT 660/181).

8) O mesmo Tribunal desconsiderou a personalidade jurídica, por invocação do art. 10 do Dec. 3.708/19, em caso que o sócio-gerente emitiu cheque sem fundos em nome da sociedade, reconhecendo a responsabilidade solidária e ilimitada do emitente, dispondo que “a personalidade jurídica atribuída à sociedade comercial não pode servir para acobertar, sob o manto da absoluta irresponsabilidade pessoa, atos praticados pelo sócio-gerente ao arrepio do contrato ou da lei” (RT 654/182).

9) O 1.º TAC-SP decidiu que “estando a sociedade comercial em situação irregular, cujos bens desapareceram, mas aquela continuando a existir, é justo que sejam penhorados bens de seus sócios, que bastem para o pagamento da dívida assumida pela empresa, aplicando-se, no caso, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica” (RT 703/95).

10) O TJSP reconheceu a legitimidade concorrente da sociedade e os sócios em processo que se desconsiderou a personalidade jurídica, dispondo que a “decretação não leva ao afastamento completo da sociedade, passando a compartilhar da responsabilidade com a pessoa física a quem acoberta” (RT 656/102).

Têm-se também decisões contrárias, se bem que sem representatividade, dado o pequeno número e a especificidade dos casos em que foram adotadas. Nesse sentido arrola-se as seguintes.

1) Na falta de comprovação de que a fiança tenha sido prestada com violação do contrato social da fiadora (sociedade), não cabe a penhora dos bens pessoais dos sócios, não se aplicando a

teoria da desconsideração da personalidade jurídica (2.º TAC-SP, RT 692/129).

2) Na hipótese de falência da sociedade por percalços econômico-financeiros, não tendo os sócios agido de forma fraudulenta ou desastrosa, a solidariedade no débitos sociais fica repelida (1.º TAC-SP, RT 690/103).

3) Diante da falta de prova de conduta lesiva ao patrimônio alheio, não há possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração, por ausência das condições excepcionais justificadoras (1.º TAC-SP, RT 620/122).

4) Em mandado de segurança, decidiu-se que seria impossível alcançar o ente jurídico por dívida de sócio em simples despacho ordinatório na execução, por envolver, a aplicação da teoria, questão de alta indagação, a exigir o devido processo legal para a expedição de provimento judicial extravagante, que justifique invadir a barreira do art. 20 do CC, impedindo o arresto em caso que aparece como interessado o investidor Naji Robert Nahas (1º TAC-SP, RT 657/120).