

Dco.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico
e financeiro

106



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 XXXVI (Nova Série)
abril-junho/1997

 **MALHEIROS
EDITORES**

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série - Ano XXXVI — n. 106 — abril-junho de 1997

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,
JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, ANTONIO MARTIN

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de
MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP: 04531-940

São Paulo, SP - Brasil - Tels. 822-9205

820-9718 - 820-5549 - Fax. 829-2495

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros
Diretora: Suzana Fleury Malheiros
Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato

Assinaturas e comercialização:
CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE
LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. 289-0811 - Fax. 251-3756

Composição: EDITORA FRASE LTDA.
Impressão: GRÁFICA E EDITORA FCA
(FUNDAÇÃO DE CIÊNCIAS APLICADAS)

SUMÁRIO

DOCTRINA

A TEORIA DA APARÊNCIA E O DIREITO BANCÁRIO	7
— Arnaldo Wald	
ACORDO DE ACIONISTAS	20
— Modesto Carvalhosa	
SEGURO DE DANO MORAL RESULTANTE DE ACIDENTE COM VEÍCULO AUTOMOTOR	25
— Rachel Sztajn	
ATUAÇÃO ESTATAL E ILÍCITO ANTITRUSTE	35
— Calixto Salomão Filho	
RESPONSABILIDADE DO CONTROLADOR, DOS SÓCIOS E DOS ADMINIS- TRADORES DE EMPRESAS DE CONSÓRCIOS, SUA APRECIÇÃO À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR	48
— Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa	
ASSEMBLÉIA DE COTISTAS NA SOCIEDADE LIMITADA — Aplicação da legislação societária	53
— João Luiz Coelho da Rocha	
A INTRODUÇÃO NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO DO REQUISITO DA ATIVIDADE INVENTIVA COMO CONDIÇÃO LEGAL PARA A CON- CESSÃO DE UMA PATENTE DE INVENÇÃO	58
— Gustavo José Ferreira Barbosa	
DA OBRIGATORIEDADE POR PARTE DO ADQUIRENTE DO CONTROLE DE SOCIEDADE POR AÇÕES DE CAPITAL ABERTO DE FAZER SIMULTÂNEA OFERTA PÚBLICA, EM IGUAIS CONDIÇÕES, AOS ACIONISTAS MINORI- TÁRIOS — ART. 254 DA LEI 6.404/76 E RESOLUÇÃO CMN 401/76 — É EFETIVO MECANISMO DE PROTEÇÃO AOS MINORITÁRIOS?	83
— Roberta Nioac Prado	
A EXAUSTÃO DO DIREITO DE MARCAS NA UNIÃO EUROPÉIA E O MER- COSUL	107
— Karin Grau-Kuntz e Newton Silveira	
ATUALIDADES	
CÓDIGO E NORMAS DE CONDUTA DO SISTEMA FINANCEIRO PORTU- GUÊS E COMUNITÁRIO	127
— Armindo Saraiva Matias	
CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ES- TABELÉCIDA ANTES DO ADVENTO DA LEI NOVA. DIREITO APLI- CÁVEL	149
— Vera Helena de Mello Franco	

A DESINTERMEDIÇÃO NA OFERTA DE CRÉDITO E O SISTEMA FINAN- CEIRO NACIONAL: EXAME DO TEMA E POSSÍVEIS CONCLUSÕES	154
— Cassio M. C. Penteado Jr.	
O ICMS E OS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. NÃO- INCIDÊNCIA	164
— João Luiz Coelho da Rocha	
CONCEITO DE PREPOSTO	169
— Sérgio Sérvulo da Cunha	
AS CENTRAIS DE RISCO E O SIGILO BANCÁRIO	174
— Carlos Alberto Hagstrom	
ANOTAÇÕES SOBRE A LEGITIMAÇÃO PARA REQUERER A APURAÇÃO DE HAVERES	178
— José Alfredo Ferrari Sabino	
MERCOSUL	
MERCOSUL — NORMAS DE IMPLANTAÇÃO — FORÇA VINCULANTE...	185
— José Alfredo Borges	
DOCUMENTOS	
THE CLAYTON ACT — CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS ..	197

COLABORAM NESTE NÚMERO

ARMINDO SARAIVA MATIAS

Professor na Universidade Autónoma de Lisboa.

ARNOLDO WALD

Advogado. Professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Ex-Procurador Geral do Estado da Guanabara. Ex-Presidente da CVM.

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Livre-Docente e Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

CARLOS ALBERTO HAGSTROM

Ex-Procurador do Banco Central. Advogado em Brasília.

CASSIO M. C. PENTEADO JR.

Advogado em São Paulo. Professor da FMU/SP.

GUSTAVO JOSÉ FERREIRA BARBOSA

Advogado no Rio de Janeiro.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Advogado. Mestre e Doutor em Direito Comercial pela USP. Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP. Ex-Procurador do Banco Central do Brasil.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

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 ALFREDO FERRARI SABINO

Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro.

KARIN GRAU-KUNTZ

Pequisadora no Max-Planck-Institut fuer auslaendisches und internationales Patent, Urheberund Wettbewerbsrecht (Muenchen). Mestranda na Faculdade de Direito de Munique (Ludwig-Maximilians-Universitaet).

NEWTON SILVEIRA

Doutor em Direito Comercial e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Secretário Geral Adjunto do IIDA-Instituto Interamericano de Direito do Autor. Advogado e Procurador junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

RACHEL SZTAIN

Livre-Docente e Professora Doutora de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

ROBERTA NIOAC PRADO

Advogada. Pós-graduanda em Direito Comercial na Faculdade de Direito da USP.

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

Advogado.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Professora Assistente Doutora da Faculdade de Direito da USP. Advogada em São Paulo.

MODESTO CARVALHOSA

Advogado em São Paulo

Doutrina

ASSEMBLÉIA DE COTISTAS NA SOCIEDADE LIMITADA. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ACIONÁRIA

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

A natureza dessa espécie societária — As deliberações sociais não-unânimes — A assembléia de quotistas.

A natureza dessa espécie societária

Muito sintética que é a legislação própria de regência das sociedades por cotas de responsabilidade limitada (Decreto 3.708), em vigor desde 1919, sempre despertou algum ensejo de discussão entre os estudiosos o alcance do art. 18 daquele edito legal.

Sim, ao proferir o dispositivo, que praticamente encerra os enunciados do decreto, uma remissão às “disposições da lei das sociedades anônimas”, no trato das sociedades por cotas, “no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável”, criou-se a partir dali uma certa dubiedade quanto ao alcance desse tratamento legal subsidiário da lei das companhias.

De uma forma ou de outra, a verdade é que há quase um século esse tipo societário vige e viceja mesmo no país, abraçando grande extensão de uso nos pequenos e médios empreendimentos. Há quem, como o prof. Waldirio Bulgarelli (*Sociedades Comerciais — Empresa e Estabelecimento*, 3ª ed., S. Paulo, Atlas, p. 204) até debite a grande expansão dessa forma societária a seu caráter ambivalente, moldado pela escassez de seu trato legislativo próprio: “E a própria dubiedade pelo menos aparente de sua qualificação, ora como

de pessoas, ora como de capitais, ora como tipo original, decorre dessa adaptação do modelo à diversidade de combinações de interesse”.

Mas, para essa viabilização incontestante, até aqui, do modo associativo representado pelas sociedades por cotas, e para nos valermos de estudos como o do Dr. João Marcos Silveira (“Sociedades de responsabilidade limitada — Projeto de Lei do Senado 46/93”, in *RDM*, 92/111), muito tem contribuído a depuração doutrinária e jurisprudencial do Decreto 3.708, tantas vezes centrada no contexto do seu art. 18, que determina sejam observadas, “no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável”, as disposições de lei das sociedades anônimas.

A discussão já nasceu quanto à categorização da sociedade por cotas, pois que mestres como Waldemar Ferreira chegaram a tê-la como uma “sociedade em nome coletivo de responsabilidade limitada”, indiscutível espécie de sociedade de pessoas, e bem ainda Carlos F. da Cunha Peixoto (*As Sociedades por Cotas de Responsabilidade Limitada*, v. I, p. 60, n. 69), para quem, “se a sociedade limitada fosse de capital, a lei sobre sociedade anônima ser-lhe-ia totalmente ajustável”.

Júlio Santos Filho (*Sociedade Limitada*, pp. 77 e ss.) já vê o tipo societário

como nitidamente de capitais, tal como Pedro Barbosa Pereira (*Curso de Direito Comercial*, Ed. RT, 1969, v. II, p. 71)

Já, João Eunápio Borges (*Curso de Direito Comercial Terrestre*, 1ª ed., v. II, p. 175), entende defini-la como um tipo societário independente, com “caracteres próprios que a estremam de todos os outros tipos de sociedade”.

O acatado Egberto Lacerda Teixeira (*Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, São Paulo, Max Limonad, 1956, p. 29) também a vê com “elementos distintivos que a estremam das demais e que justificam plenamente ser tratada como espécie à parte”.

Enfim, a disposição do art. 18 do Decreto 3.708 ela mesma se viu interpretada um tanto ao sabor da posição doutrinária de cada um perante a natureza da sociedade.

Assim, Carlos Cunha Peixoto (ob. cit., p. 58) entende só serem aplicáveis às sociedades por cotas as regras da lei das companhias que não forem incompatíveis “com o caráter de sociedade de pessoas”, que a sociedade por cotas, segundo ele, tem.

Em pertinente crítica a esse pensamento, João Eunápio Borges (ob. cit., p. 177) observa: “Assim, restringindo o alcance do art. 18 a mandar que se aplique ao Conselho Fiscal e à Assembléia-Geral dos cotistas — quando criados no contrato social — as normas respectivas da lei das sociedades por ações, é claro que muitos dos nossos juristas, em vez de ler o que está escrito no art. 18 de nossa lei, têm os olhos fixam na lei alemã, cujo § 53 assim dispõe: “se, de acordo com o contrato social, houver um Conselho Fiscal, aplicar-se-ão (...) as prescrições relativas ao Conselho Fiscal de uma sociedade por ações”.

Correta a crítica do mestre mineiro, pois que não teria o legislador o cuidado de mandar aplicar a lei das companhias, na vacância do Decreto 3.708 e do contrato social, se entendesse que um tipo seria

incompatível com outro, e se assim desejasse suprir lacunas apenas onde institutos das sociedades anônimas usados pelos cotistas estivessem em pauta.

As deliberações sociais não-unânicas

Veja-se a questão das deliberações sociais e a evolução incontestada que a jurisprudência — tal como as decisões das Juntas Comerciais — experimentou a respeito. De uma exigência estrita da assinatura de todos os sócios nas alterações do contrato social — sob pena de seu não arquivamento — passou-se a admitir as alterações com assinatura dos sócios representando a maioria social deliberante, um passo grande desde a conformação como uma espécie de sociedade de pessoas à sua analogia às sociedades de capitais, onde a voz da maioria, formalmente auscultada, vale para todos os fins.

Egberto Lacerda Teixeira, na sua obra *Das Sociedades por Cotas de Responsabilidade Limitada* (São Paulo, Max Limonad, 1956, pp. 174-175) discorre, a respeito:

“A harmonia se consegue, ou se procura conseguir, no Direito Brasileiro, ao reconhecer o Decreto 3.708 à maioria o direito de modificar o contrato social, ressalvando sempre à minoria o direito de recesso (...).

“Fica, assim, logo de início, afastada, como regra, a exigência da unanimidade de votos para que as alterações do contrato social se concretizem (...)”

Mas o problema não melhora com o advento, em 1965, da Lei 4.726, cujo art. 38, V, dispunha: “Art. 38. Não podem ser arquivados: (...) V — os contratos sociais a que faltar a assinatura de algum sócio, salvo no caso em que for contratualmente permitida deliberação de sócios que representem a maioria do capital social”.

E o Decreto 57.651, de 19.1.66, regulamentando aquela lei do Registro do

Comércio, previu, no seu art. 62, § 2º: “§ 2º Nos casos de alteração de contrato ou de quaisquer atos posteriores, permitir-se-á a falta de assinatura de algum sócio, quando contratualmente permitida deliberação de sócios que representem a maioria do capital social”.

Muitas Juntas Comerciais passaram, a contar daí, a demandar novamente assinatura de todos os sócios como condição de arquivamento de quaisquer alterações sociais, assim como se essas disposições da Lei 4.726 e de seu decreto regulamentador alterassem a norma do art. 15 do Decreto 3.708.

E, diante disto, a questão retornou à controvérsia judicial.

O STF, contudo, em decisão emblemática (*RTJ 70/777*), pelo voto do Min. Rodrigues de Alckmin, manteve válido o princípio do art. 15 do Decreto 3.708 mesmo diante da nova provisão registral:

“Tenho portanto, que a regra do art. 38, V, se há de interpretar como permissiva do registro nos casos em que, sem que a lei autorize alteração do contrato social pela só vontade da maioria, o contrato social o admita.

“Não excludente do registro nos casos em que a própria lei, ao regular os caracteres da sociedade, entre eles inclui a informalidade do contrato pela manifestação da maioria.”

De tanta importância a *decisum*, que ação rescisória contra ele foi interposta, mantendo o Plenário do Supremo Tribunal o pronunciamento acima (*RTJ 85/742*), nestes termos ementados: “Improcedência porque o aresto rescindendo deu como razoável a exegese atribuída pelo acórdão que manteve, o qual considerou que aqueles preceitos não revogaram o art. 15 da Lei 3.708/19”.

Quanto a essa questão registral, hoje fica excluída qualquer dúvida, pois que a Lei 4.726 foi revogada pela Lei 8.934/94, cujo art. 35 propõe: “Art. 35. Não podem ser arquivadas: (...): VI — a alteração

contratual, por deliberação majoritária do contrato social, quando houver cláusula restritiva”.

Agora, sim, muito coerente se fica com o princípio do art. 15 do Decreto 3.708, pois que, de regra, manda e decide a maioria, cabendo ao Registro do Comércio acolher e refletir tal evidência. Se, contudo, a convenção social dispuser algo em contrário, como a exigência de unanimidade — ou, mesmo, de uma maioria qualificada — o Registro negará arquivamento se não cumprida a exigência estatutária.

A assembléia de quotistas

O termo “assembléia”, em matéria societária, fica, em regra, reservado às sociedades por ações, e isto à força de que sua legislação específica sempre assim denominou a reunião dos acionistas.

José Waldecy Lucena, na sua recente e compreensiva obra *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada* (Ed. Renovar, 1994, pp. 398 e ss.) ensina que “Assembléia e reunião, no caso, são termos sinônimos (...). Tendo, no entanto, o Decreto n. 3.708 se omitido a respeito, nada impede que os sócios, no contrato social, estipulem que a manifestação de vontade dos sócios seja tomada separadamente (...)”

E prossegue, adiante: “Deve o contrato social, de consequente, estipular, de logo, o método de sua opção, se o colegial, próprio da assembléia-geral, se o da manifestação de vontade em separado dos sócios. *Omisso o contrato social, impõe-se o método colegial, já que incide supletivamente a lei das anônimas (art. 18 do Decreto 3.708)*” (grifamos).

Aí está, na análise clara do professor paulista, a prevalência das regras da lei acionária, regendo a estruturação assemblear, o modo deliberativo das sociedades por quotas, desde que e naquilo que seu contrato social esteja omissivo, tudo como preceitua o art. 18 da lei específica.

Santos Lourenço, em Portugal, examinando a contrapartida lusa das nossas sociedades por cotas, em valiosa obra (*Das Sociedades por Cotas*, v. II, p. 73, Lisboa), p. ensina:

“Nas sociedades por cotas a assembléia-geral não é órgão puramente essencial da coletividade dos sócios, porque a própria lei supõe que esta coletividade pode impor a sua vontade por outro modo.

“Mas, quando ela é legalmente exigida, ou os sócios a não substituem, seu poder deliberativo governa e dirige todos os atos da sociedade.

“Portanto, a natureza jurídica de suas deliberações é igual à das sociedades anônimas.”

Tome-se, então, uma sociedade por cotas que tenha seu capital social subscrito por 2 (dois) cotistas, cada um deles detendo metade do mesmo.

Parece-nos indiscutível que, na impossibilidade de se localizar algum deles pessoalmente, o outro cotista pode proceder à convocação da assembléia de acordo com as regras da lei acionária, fazendo publicar por anúncios no *Diário Oficial* e em jornal de grande circulação o edital convocatório.

Porque decerto esse modo mais formal, mais público, com mais presunção de conhecimento, próprio às sociedades anônimas, vai, pela norma supletiva do art. 18 do Decreto 3.708, ser adequado à convocação dos sócios da limitada para todos os fins e efeitos.

E aqui queremos discordar do prof. Waldecy Lucena (ob. cit., p. 419) quando este, já tratando da forma deliberativa nessas assembléias, entende: “E a nós nos parece inaplicáveis à sociedade por quotas as disposições que permitem deliberações, em assembléias instaladas ‘com qualquer número’ segundo a maioria dos presentes”.

Pois que convocável a assembléia de quotistas pelas regras acionárias (e aí se

invoca o art. 18 do Decreto 3.708), não há por que negar aplicação (com base nesse mesmo art. 18) às regras da lei das companhias (arts. 125, 129 e 135 da Lei 6.404) que ditam a prevalência do voto majoritário dos presentes regularmente convocados, também na reunião dos quotistas, até porque tudo será compatível com aquela regra do art. 15 que adotou o princípio majoritário nas deliberações de cotistas.

Cremos que era a este princípio que se referia o grande Cesare Vivante no *Trattato di Diritto Commerciale* (5ª ed., 2ª/217, n. 488, Milão, Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi), quando analisava o caráter não-contratual do empreendimento societário, onde cada sócio está não oposto, mas ao lado do outro, e qualquer um é “constrangido pelo ato constitutivo e pela lei a suportar o voto da maioria e eventualmente da minoria”.

Se estão os cotistas, tal como acontece com os acionistas, regularmente convocados, e, portanto, corretamente instalada a assembléia-geral — órgão máximo em um e outro tipo societário — então podem eles deliberar pela maioria simples dos presentes, a menos que — e especificamente naquelas questões assim tratadas —, o contrato social demande um quórum deliberativo mais elevado.

Pensar de outra forma será condenar ao imobilismo as sociedades por quotas, tratando-as de modo similar às sociedades de pessoas, quando a sua feição moderna, sua extrema flexibilidade, levou-as a um nicho apropriado dentro de uma subespécie de sociedade de capitais.

Ao cotista, tal como ao acionista, e talvez até mais naquele caso, exige-se permanente atenção ao desenrolar dos negócios sociais.

A sua omissão eventual, a sua ausência, ainda que detenha ele ponderável parcela de capital, não pode proporcionar o enguiço do desenvolvimento da sociedade. Se, regularmente convocado, com toda

a publicidade que a lei acionária, mais publicista, envolve, mesmo assim peca pela omissão, deve a maioria restante, presente,

decidir os destinos da empresa, a menos que embargos estatutários expressos existam a respeito.