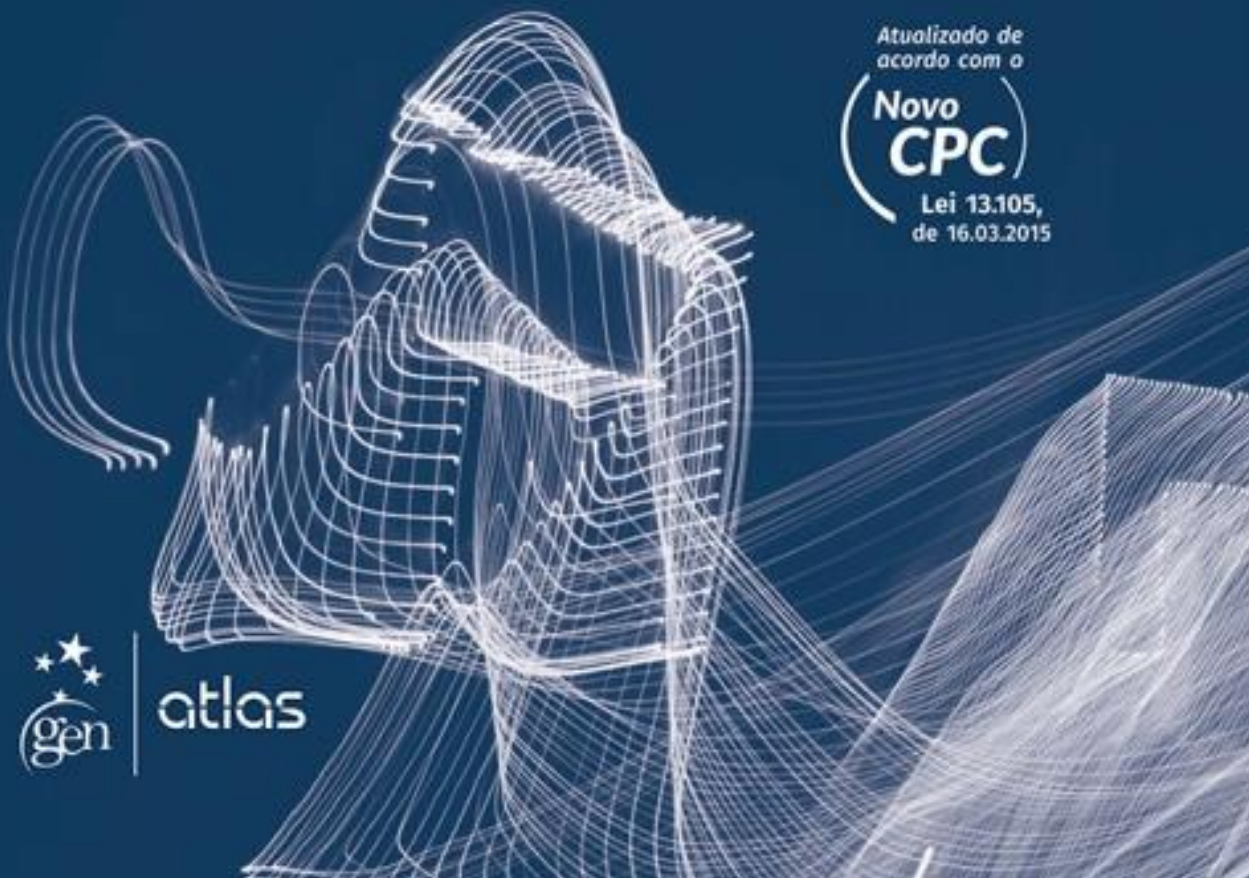
WALDO FAZZIO JÚNIOR

17ª EDIÇÃO

MANUAL DE DIREITO COMERCIAL

Atualizado de acordo com o Novo CPC Lei 13.105, de 16.03.2015



gen | atlas

MANUAL DE DIREITO COMERCIAL

abdr



O GEN | Grupo Editorial Nacional, a maior plataforma editorial no segmento CTP (científico, técnico e profissional), publica nas áreas de saúde, ciências exatas, jurídicas, sociais aplicadas, humanas e de concursos, além de prover serviços direcionados a educação, capacitação médica continuada e preparação para concursos. Conheça nosso catálogo, composto por mais de cinco mil obras e três mil e-books, em www.grupogen.com.br.

As editoras que integram o GEN, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Engenharia, Enfermagem, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

WALDO
FAZZIO
JÚNIOR

17ª EDIÇÃO

MANUAL DE DIREITO COMERCIAL

atlas

A EDITORA ATLAS se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2016 by

EDITORA ATLAS LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Rua Conselheiro Nébias, 1384 – Campos Elísios – 01203-904 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770

faleconosco@grupogen.com.br / www.grupogen.com.br

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

Capa: Leonardo Hermano

Composição: Set-up Time Artes Gráficas

Fechamento desta edição: 04.02.2016

Produção Digital: One Stop Publishing Solutions

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

(CÂMARA BRASILEIRA DO LIVRO, SP, BRASIL)

Fazzio Júnior, Waldo

Manual de direito comercial / Waldo Fazzio Júnior. – 17. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

Bibliografia.
ISBN 978-85-970-0549-3

1. Direito comercial. I. Título.

00-0463 CDU-347.7

“O homem pode apenas exprimir a sua relação com a verdade, mas não a verdade em si mesma.”

David Henry Thoreau

Nota à 17ª edição

As constantes modificações do universo empresarial experimentadas pelo ordenamento brasileiro, como reflexos da globalização e do redirecionamento da política econômica, implicam a necessidade de revisar e atualizar, mais uma vez, esta obra jurídica.

Também o segmento processual civil anuncia diversas alterações instrumentais que, certamente, implementarão novas soluções para os diuturnos conflitos de interesses envolvendo empresas e empresários, credores e devedores, contratantes e contratados.

Não se trata, simplesmente, de trocar alguns parágrafos e refazer sumários. As oscilações normativas afetam o próprio metabolismo da sociotécnica jurídica incidente sobre empresas, negócios, mercado e sociedade. Daí por que, depois de dezesseis edições e diversas tiragens, este livro-texto passa por mais alguns ajustes, com o fito de preservar sua aptidão, como coadjuvante na formação de agentes do Direito, senão como fonte de subsídios jurídicos para concursos públicos.

A vida de um livro jurídico é assim mesmo. Representa um esforço permanente no sentido de sintonizar o normativo e o empírico, bem como conciliar mercado e sociedade sob o referencial maior da justiça. É sob uma perspectiva de permanente tensão construtiva que convivem o Direito empresarial e o livro jurídico.

Neste ponto, enalteço a permanente colaboração dos advogados Vitor Gustavo e Luciana para a consecução deste trabalho.

Agradeço, outrossim, ao pessoal da Editora Atlas e do Grupo GEN, dedicados responsáveis pela sua produção.

O Autor

Sumário



Parte I – Direito Comercial

1Direito Comercial

1.1Síntese histórica

1.2Objeto do direito comercial

1.3Conceito

1.4Fontes do Direito Comercial

1.4.1Fonte primária

1.4.2Fontes secundárias

1.4.2.1Usos

Parte II – Empresário

2Empresário Unipessoal

2.1Empresário

2.2Caracterização do empresário unipessoal

2.3Capacidade jurídica

2.3.1Emancipado

2.3.2Incapaz

2.3.3Empresário casado

2.4Ausência de impedimento legal

2.5Exercício profissional da empresa

2.6Empresário individual de responsabilidade limitada

2.7Regime peculiar regulador da insolvência

2.8Registro obrigatório

2.9Perda da qualidade empresarial

3Regime empresarial simplificado

3.1Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

3.1.1Características gerais

3.1.2Simples Nacional

3.1.3Aspectos trabalhistas

3.2Microempreendedor individual

3.3Redesim

3.4Sociedade de propósito específico

4Registro

4.1Noção

4.2Registro de empresas

4.2.1Composição da Junta Comercial

4.2.2Atribuições da Junta Comercial

4.2.3Proibido arquivar

4.2.4Modificação de atos constitutivos

4.2.5Controle da escrituração

4.2.6Publicidade dos atos

4.2.7Matrícula

4.2.8Outros deveres

5Escrituração

5.1Obrigação de manter escrituração

5.2Sistemas

5.3Instrumentos obrigatórios

5.4Exibição administrativa

5.5Exibição judicial da escrituração

5.6Balanços

5.7Outros documentos essenciais

6Nome Empresarial

6.1Noção

6.2Firma

6.3Nome da sociedade empresária

6.4Proteção do nome empresarial

6.5Exclusividade

6.6Concorrência

6.7Alienabilidade do nome

6.8Perda do nome

6.9Nome e marca

7Estabelecimento Empresarial

7.1Conceito

7.2Composição

7.3Sinais distintivos

7.4Título do estabelecimento e insígnia

7.5Ponto de negócio

7.6Renovatória de locação

7.6.1Requisitos para renovação

7.6.2Alternativas do locador

7.6.3Hipóteses de decisão

7.6.4*Shopping center*
7.7Aviamento
7.8Clientela
7.9Trespasse
7.10Estabelecimento e falência
7.11Acesso virtual

Parte III – Sociedade Empresária

8Regime Jurídico da Sociedade Empresária
8.1Princípios da sociedade empresária
8.1.1Princípios explícitos: contrato social plurilateral
8.1.2Princípios explícitos: personificação jurídica
8.1.3Desconsideração da personalidade jurídica
3.8.3.1Incidente de desconsideração
8.1.4Sociedade não personificada
8.1.5Fim da personalidade jurídica
8.1.6Princípios implícitos
8.2Concepção e constituição da sociedade
8.3Contrato social
8.3.1Elementos do contrato social
8.3.1.1Pluralidade de sócios
8.3.1.2Constituição do capital social
8.3.1.3*Affectio societatis*
8.3.1.4Participação nos lucros e nas perdas
8.3.2Requisitos de registro do contrato social
8.4Sociedade empresária e atos de registro
8.5Direitos e obrigações dos sócios
8.6Administração societária
8.7Classificações das sociedades empresárias
8.7.1Quanto à natureza do ato conceptivo
8.7.2Quanto à responsabilidade social
8.7.3Quanto à composição econômica
8.7.4Quanto ao volume da receita bruta
8.8Sociedades de objeto misto
8.9Sociedades dependentes de autorização
8.10Sociedades empresárias no CC
8.11Resolução (dissolução parcial)
8.12Dissolução
8.13Dissolução judicial
8.14Prorrogação

8.15Liquidação
8.16Pagamento do passivo
8.17Partilha do ativo residual

9Sociedade Limitada
9.1Noção
9.2Capital social
9.2.1Capital e patrimônio
9.3Responsabilidade limitada
9.4Exceções
9.5Regime das cotas
9.6Número de cotas
9.7Sócio de indústria
9.8Exclusão do sócio remisso
9.9Outras hipóteses de exclusão
9.10Aquisição das cotas pela sociedade
9.11Cessão de cotas
9.12Penhorabilidade das cotas
9.13Cotista menor
9.14Sucessão nas cotas
9.15Alteração contratual e recesso
9.16Administração social
9.17Deliberações sociais
9.18Conselho Fiscal

Parte IV – Companhia

10Caracterização da Companhia
10.1Noção
10.2Nome
10.3Princípios estruturantes
10.3.1Responsabilidade limitada
10.3.2Divisão do capital em ações
10.4Características societárias comuns
10.4.1Personalidade jurídica
10.4.2Empresa como objeto social
10.4.3Objetivo de lucro
10.5Características próprias da companhia
10.5.1Natureza empresarial
10.5.2Identificação exclusiva por uma denominação
10.5.3Valor subscrito como limite de responsabilidade

10.6Espécies de companhia
10.6.1Companhia aberta
10.6.2Companhia fechada
10.7Bolsa de valores e mercado de balcão
10.8CVM

11Constituição da Companhia
11.1Requisitos preliminares
11.2Procedimentos constitutivos
11.2.1Subscrição pública (continuada ou sucessiva)
11.2.1.1Registro na CVM
11.2.1.2Prospecto
11.2.1.3Subscrição
11.2.2Subscrição particular (simultânea)
11.3Formalidades complementares
11.4Transferência de bens

12Capital Social
12.1Noção
12.2Formação
12.3Modificação
12.3.1Redução de capital
12.3.2Aumento de capital
12.3.3Capital autorizado
12.3.4Aumento por capitalização de lucros ou reservas
12.3.5Aumento por emissão de novas ações
12.4Direito de preferência

13Órgãos Sociais
13.1Órgãos sociais de administração e controle
13.2Assembleia-geral
13.3Reforma estatutária
13.4Competência
13.5Assembleia-Geral Ordinária (AGO)
13.5.1Obrigatoriedade
13.5.2Periodicidade
13.5.3Objeto definido em lei
13.6Assembleia-Geral Extraordinária (AGE)
13.7Conselho de administração
13.8Diretoria
13.9Conselho Fiscal
13.10Administradores

13.10.1Deveres
13.10.2Proibições
13.10.3Responsabilidade
13.11Acionista controlador
13.12Acordo de acionistas

14Acionista

14.1Direitos e deveres do acionista
14.1.1Direito de recesso
14.1.2Deveres
14.2Direito de voto
14.3Suspensão de direitos

15Modalidades Especiais de Companhia

15.1Noção
15.1.1Sociedade de economia mista
15.1.2Grupos intersocietários
15.1.2.1Alienação do controle
15.1.3Grupos societários
15.1.4Consórcio
15.1.5Subsidiária integral
15.1.6Comandita por ações
15.1.7Transformação
15.1.8Concentração de empresas
15.1.8.1Incorporação
15.1.8.2Fusão
15.1.8.3Cisão

Parte V – Valores Mobiliários

16Ações

16.1Valores mobiliários
16.2Ação
16.3Natureza jurídica
16.4Valores
16.5Prazo
16.6Espécies e classes
16.6.1Ordinárias
16.6.2Preferenciais
16.6.3Rentabilidade
16.6.4Dividendos
16.6.4.1Dividendo obrigatório

16.6.5Pagamento
16.7Ações de gozo ou fruição
16.8Propriedade da ação
16.9Forma
16.9.1Ações nominativas
16.9.2Ações escriturais
16.10Certificados de ações
16.11Custódia
16.12Certificado de depósito
16.13Liquidação antecipada
16.13.1Amortização
16.13.2Resgate
16.13.3Reembolso
16.14Negociação em mercado

17Partes Beneficiárias
17.1Noção
17.2Requisitos indispensáveis
17.3Forma, vantagem e negociação

18Debêntures
18.1Noção
18.2Requisitos indispensáveis
18.3Direitos
18.4Conversibilidade
18.5Forma
18.6Prazos
18.7Instituições financeiras
18.8Emissão
18.9Certificados
18.10Rentabilidade
18.11Negociação
18.12Liquidação antecipada
18.13Cédula de debêntures
18.14Agente fiduciário
18.15Assembleia dos debenturistas

19Bônus de Subscrição
19.1Noção
19.2Requisitos
19.3Rentabilidade
19.4Negociação

20Nota Promissória – *Commercial Paper*

20.1Noção e requisitos

Parte VI – Títulos de Crédito

21Teoria Geral dos Títulos de Crédito

21.1Noção
21.2Atributos essenciais
21.3Atributos eventuais
21.4Inoponibilidade de exceções pessoais
21.5Classificação
21.6Requisitos formais indispensáveis
21.7Endosso
21.7.1Endosso-mandato
21.7.2Endosso póstumo
21.7.3Endosso-caução
21.7.4Endosso e cessão
21.8Aval
21.9Aval e fiança
21.10Título incompleto
21.11Apresentação e pagamento
21.12Execução
21.12.1Penhora de crédito titulado
21.12.2Título oriundo do estrangeiro
21.13Prescrição
21.14Regime legal

22Cambiais

22.1Noção
22.2Requisitos de validade da letra de câmbio
22.2.1Denominação letra de câmbio
22.2.2Mandato de pagar quantia determinada
22.2.3Nome da pessoa que deve pagar
22.2.4Nome da pessoa a quem deve ser paga
22.2.5Assinatura de próprio punho do sacador
22.3Requisitos de validade da nota promissória
22.4Requisitos não essenciais das cambiais
22.5Aceite
22.6Vencimento
22.7Pagamento
22.8Ressaque

22.9Prescrição das cambiais
22.10Ação de anulação
22.11Promissória vinculada

23Cheque

23.1Ordem de pagamento
23.1.1Banco ou instituição equiparada
23.1.2Saldo disponível em poder do sacado
23.1.3Conta-corrente bancária
23.2Natureza jurídica
23.3Abstração
23.4Requisitos de validade
23.5Intervenientes
23.6Apresentação
23.7Espécies quanto à circulação
23.8Endosso
23.9Aval
23.10Cheque pós-datado
23.11Cheque cruzado
23.12Cheque para creditar
23.13Cheque visado
23.14Cheque de turismo
23.15Cheque postal
23.16Cheque administrativo
23.17Cheque plural
23.18Cheque garantido
23.19Contraordem e sustação
23.20Pagamento de cheque falso
23.21Recusa de pagamento
23.22Protesto
23.23Ação por falta de pagamento
23.24Prescrição da eficácia executiva
23.25Banco e correntista
23.26Serviço de compensação
23.27Cheque sem fundos
23.28Cadastro de emitentes de cheque sem fundos
23.29Substituição do cheque por outros instrumentos

24Duplicata

24.1Duplicata e nota fiscal-fatura
24.2Requisitos
24.3Remessa e devolução

24.4Aceite
24.5Pagamento
24.6Protesto
24.7Triplicata
24.8Execução
24.9Prescrição
24.10Exceções e causalidade
24.11Duplicata simulada
24.12Bloqueto de cobrança
24.13Cobrança bancária eletrônica
24.14Gerenciamento financeiro eletrônico

25Títulos de Crédito Impróprios
25.1Noção
25.2Títulos representativos
25.3Títulos de financiamento
25.4Títulos de legitimação

26Protesto
26.1Noção
26.2Protocolização
26.3Intimação
26.4Sustação
26.5Pagamento
26.6Espécies
26.7Conteúdo do registro
26.8Cancelamento
26.9Protesto especial falimentar
26.10Microempresa e empresa de pequeno porte
26.11Títulos sujeitos a protesto

Parte VII – Contratos Mercantis

27Contratos Mercantis
27.1Introdução
27.2Princípios do CC
27.3Normas regentes
27.4Formação
27.5*Pacta sunt servanda*
27.6*Exceptio non adimpleti contractus*
27.7*Rebus sic stantibus*
27.8Caso fortuito e força maior

27.9Extinção do contrato

28Compra e Venda Mercantil

28.1Noção
28.2Venda a vista de amostras
28.3Obrigações do vendedor
28.3.1Entrega da mercadoria vendida
28.3.2Responsabilidade por vício e por evicção
28.4Obrigações do comprador
28.5Coisa
28.6Preço
28.7*Incoterms*

29Mandato Mercantil

29.1Noção
29.2Terceiro
29.3Obrigações
29.4Extinção

30Comissão Mercantil

30.1Noção
30.2Obrigações

31Cartão de Crédito

31.1Noção
31.2Elementos
31.3Vantagens
31.4Contratos
31.5Natureza jurídica
31.6Modalidades
31.7Uso indevido
31.8Juros remuneratórios
31.9Preço e pagamento com cartão
31.10Algumas regras operacionais

32Faturização (Factoring)

32.1Noção
32.2Partes
32.3Características do contrato
32.4Modalidades

33Arrendamento Mercantil (Leasing)

33.1Noção

33.2Requisitos do contrato
33.3Antecipação do VRG
33.4Prazos
33.5Partes
33.6Modalidades
33.7Inadimplemento
33.8*Leasing* e CDC
33.9*Leasing* e ICMS

34Alienação Fiduciária

34.1Noção
34.2Requisitos
34.3Mora e inadimplemento
34.4Busca e apreensão
34.5Coisa imóvel

35Franquia Empresarial (Franchising)

35.1Noção
35.2Partes
35.3Obrigações do franqueador
35.4Obrigações do franqueado
35.5Contrato de franquia

36Representação Comercial Autônoma

36.1Noção
36.2Representante comercial
36.3Requisitos do contrato
36.4Justa causa para rescisão
36.5Obrigações do representante
36.6Obrigações do representado

37Agência/Distribuição e Concessão

37.1Cooperação interempresarial
37.2Agência/distribuição
37.3Outras modalidades de distribuição
37.4Concessão comercial de veículos automotores

38Contrato de Seguro

38.1Direito positivo
38.2Caráter mercantil do seguro
38.3Notícia histórica
38.4Natureza jurídica e proteção legal
38.5Intervenientes

38.6Comprovação
38.7Conteúdo do instrumento constitutivo
38.8Modalidades
38.9Regras gerais básicas previstas no CC
38.10Perda do direito à indenização
38.11Seguro-saúde e doença preexistente
38.12Prazos prescricionais
38.13Previsão penal
38.14Diretrizes processuais
38.15Resseguro
38.16Regras sumuladas pelos tribunais superiores

39Contratos de Suporte Empresarial
39.1Transporte e armazenamento
39.2Contrato de transporte de coisas
39.2.1Deveres do transportador
39.2.2Outras normas sobre transportes
39.3Contrato de depósito em armazéns gerais

40Contratos Bancários
40.1Banco
40.2Instituições financeiras
40.3Sigilo bancário
40.4Operações bancárias
40.4.1Contratos de operações passivas
40.4.1.1Certificado de depósito bancário
40.4.1.2Recibo de depósito bancário
40.4.2Contratos de operações ativas
40.4.2.1Mútuo bancário
40.4.2.2Desconto de títulos de terceiros
40.4.2.3Abertura de crédito
40.5Revisão dos contratos bancários
40.6Remuneração de serviços de instituições financeiras

Parte VIII – Direitos do Consumidor

41Direitos do Consumidor
41.1Consumidor e relação de consumo
41.2Direitos do consumidor
41.3Responsabilidade do fornecedor
41.4Responsabilidade pelo fato do produto
41.4.1Excludentes

41.5Responsabilidade pelo fato do serviço
41.6Responsabilidade por vício do produto e do serviço
41.7Decadência e prescrição
41.8Desconsideração da personalidade jurídica
41.9Práticas infrativas
41.10Publicidade e propaganda
41.10.1Publicidade enganosa e publicidade abusiva
41.11Proteção contratual
41.12Cláusulas abusivas
41.13Inversão do ônus probatório
41.14Declaração de ofício
41.15Negativação do consumidor inadimplente

Parte IX – Falências e Recuperações

42Insolvência Empresarial
42.1Introdução
42.2Síntese histórica
42.3Princípios do regime concursal empresarial
42.3.1Princípio da viabilidade da empresa
42.3.2Princípio da prevalência do interesse dos credores
42.3.3Princípio da publicidade dos procedimentos
42.3.4Princípio da *par conditio creditorum*
42.3.5Princípio da conservação e maximização dos ativos
42.3.6Princípio da conservação da empresa viável
42.4Transição legal

43Devedor Empresário
43.1Pessoa física e pessoa jurídica
43.2Empresas excluídas
43.3Empresas sujeitas a regime especial
43.4Empresário não personificado
43.5Sócios
43.6Impedidos de exercer a empresa
43.7Microempresa e empresa de pequeno porte

44Competência
44.1Juízo do principal estabelecimento
44.2Princípios do juízo concursal
44.2.1Devedor autor
44.2.2Reclamações trabalhistas
44.2.3União

44.2.4Créditos tributários
44.2.5Ações anteriores ao processo de insolvência

45Créditos
45.1Ordem de preferência dos credores
45.2Verificação
45.2.1Créditos relacionados e habilitação de créditos
45.3Impugnação
45.4Classificação dos créditos na falência

46Recuperações
46.1Introdução
46.2Meios de recuperação
46.3Recuperação extrajudicial
46.3.1Características da recuperação extrajudicial
46.3.2Procedimento recuperatório
46.4Recuperação judicial
46.4.1Legitimação ativa
46.4.2Despacho de processamento
46.5Plano de recuperação judicial
46.6Impugnação
46.7Laudo econômico-financeiro
46.8Assembleia-geral de credores
46.9Decisão sobre o plano
46.10Administração dos bens
46.11Substituição administrativa
46.11.1Condenação criminal
46.11.2Dolo, simulação ou fraude
46.11.3Esvaziamento do patrimônio
46.11.4Recusa de informações
46.12Administrador judicial
46.13Comitê de credores
46.14Convolação em falência
46.15Cumprimento da recuperação

47Estado de Falência
47.1Noção de falência
47.2Pressupostos do estado de falência
47.3Critérios aferidores da insolvência
47.3.1A impontualidade como causa de pedir na falência
47.3.2A execução frustrada como causa de pedir na falência
47.3.3Sintomas legais como causa de pedir na falência

47.4Decretação judicial
47.5Falência *ex officio*
47.6Pluralidade de credores
47.7Meio judicial de cobrança

48Ação Constitutiva de Falência
48.1Introdução
48.2Legitimação ativa
48.2.1Falência requerida pelo próprio devedor
48.2.2Falência requerida por credor
48.2.2.1Credor privilegiado
48.2.2.2Fazenda Pública
48.2.2.3Sócio e liquidante
48.2.3Espólio
48.3Procedimento
48.4Pedido com base nos atos enumerados em lei
48.5Parecer do Ministério Público
48.6Desistência do pedido
48.7Resposta do réu na ação falimentar

49Sentença e Recursos
49.1Sentença decretatória
49.1.1Termo legal
49.1.2Nomeação do administrador judicial
49.1.3Convocação de assembleia e constituição de Comitê
49.1.4Publicidade da decretação
49.2Denegação do pedido de falência
49.3Recursos
49.4Revogação da falência

50Efeitos da Decretação de Falência
50.1Efeitos da sentença
50.1.1Formação da massa falida subjetiva
50.1.2Suspensão das ações individuais
50.1.3Suspensão condicional da fluência de juros
50.1.4Exigibilidade antecipada dos créditos
50.1.5Suspensão da prescrição
50.1.6Arrecadação dos bens do devedor
50.2Efeitos quanto ao devedor
50.2.1Direitos do devedor
50.3Efeitos quanto aos contratos do devedor
50.4Administradores e controladores

51Ações Revocatórias

51.1Atos prejudiciais à massa

51.2Atos suscetíveis de revogação na falência

51.3Ação revocatória e presunção de fraude

51.3.1Dano

51.3.2Atos suscetíveis de revogação

51.3.2.1Atos praticados durante o termo legal

51.3.2.2Atos praticados no biênio pré-falimentar

51.3.2.3Inscrições

51.3.2.4Venda ou transferência do estabelecimento

51.4Ação pauliana falencial

51.5Efeito restitutório

51.6Processo revocatório

52Administração da Falência

52.1Órgãos da falência

52.2Administrador judicial

52.3Funções do administrador judicial

52.4Substituição do administrador judicial

52.5Remuneração do administrador judicial

52.6Responsabilidade do administrador

52.7Ministério Público

52.8Comitê de Credores

52.9Assembleia-geral de credores

53Liquidação e Encerramento

53.1Fase executiva

53.2Arrecadação

53.3Destinação antecipada de bens

53.4Falência frustrada

53.5Restituição

53.6Realização do ativo

53.7Solução do passivo

53.8Encerramento

53.9Extinção das obrigações

54Direito Penal Falimentar

54.1Introdução

54.2Crimes falimentares

54.3Inquérito penal falimentar

54.4Ação penal falimentar

54.5Sentença

Parte X – Direito Concorrencial

55Direito Concorrencial

55.1Bases do direito concorrencial brasileiro
55.2Lei de Defesa da Concorrência
55.3Composição do SBDC
55.4Infrações contra a ordem econômica
55.5Sanções
55.6Direito de ação
55.7Prescrição
55.8Acordo de leniência
55.9Crimes contra a ordem econômica
55.10Concentrações empresariais
55.11Atos de concentração

Parte XI – Propriedade Industrial

56Direito de Propriedade Industrial

56.1Introdução
56.2Titularidade da patente
56.3Patenteabilidade
56.4Novidade
56.5Inventividade
56.6Industriabilidade
56.7Prioridade
56.8Depósito do pedido de patente
56.9Publicação
56.10Exame do pedido
56.11Concessão da patente
56.12Violação do direito da patente
56.13Nulidade
56.14Licença
56.15Extinção da patente
56.15.1Caducidade
56.16Desenho industrial
56.17Marcas
56.17.1Espécies
56.17.2Categorias
56.17.3Marcas não registráveis

56.17.4Proteção e restrições
56.17.5Registro da marca
56.18Concorrência indevida
56.18.1Modalidades
56.18.2Concorrência desleal
56.18.3Software

Súmulas em Matéria Comercial

Bibliografia

Parte I



Direito Comercial

1

Direito Comercial



1.1Síntese histórica

A produção e a circulação de bens e serviços conheceram diversas etapas no processo de desenvolvimento humano. Seu estágio atual é o produto da crescen te transformação das relações de produção, de um regime de plena subordinação do trabalho ao capital para um regime de coordenação desses fatores básicos. A atividade econômica sempre foi e é a matriz de relações fundamentais de infraestrutura determinantes da superestrutura política e jurídica. Sem a preocupação de verticalizar, basta dizer que a necessidade de regulamentação da atividade econômica tem sido um permanente e necessário componente dos sistemas jurí dicos, em todas as fases da história humana.

O Direito sempre caminha atrás da realidade, apreendendo a para confor má-la aos padrões éticos e sociais. De tal forma que, inevitavelmente, suporta modificações na mesma proporção em que os sucessivos quadros econômicos se transformam.

Nesse cenário, a evolução do comércio,[1] a partir da eclosão das cidades me dievais e da burguesia, revela um inegável e natural paralelismo com a do Di reito Comercial. A intermediação na troca de bens é o estágio preambular do Direito Comercial, em que já se pode identificar uma atividade profissional organizada promotora da circulação de bens, com fito de lucro. São as primei ras normações criadas para dirimir os conflitos de interesses resultantes daquela atividade.

Uma espécie de préhistória do Direito Comercial pode ser reconstituída com base no *Corpus Juris Civilis*, diploma em que Justiniano congregou as principais contribuições mercantis das civilizações antigas, entre as quais a *Lex Rhodia de Jactu* (alijamento) e o *Nauticum Foenus* (mútuo e seguro marítimo).

Contudo, foi nos séculos posteriores que as práticas mercantis medievais fo ram sistematizadas, mercê das compilações estatutárias como as *Consuetudines* (Gênova, 1055), *Constitutum Usus* (Pisa, 1161) e o *Liber Consuetudinum* (Milão, 1216) e das súmulas marítimas de arbitragens, entre as quais é forçoso citar *Jugements de Oléron* (Oléron), no século XII; o *Capitulare Nauticum* (Veneza) e a *Tabula Amalfitana* (Amalfi), ambas do século XIII; as *Leis de Wisby*, o *Livro do Consulado do Mar*(Barcelona) o *Guidon de la Mer* (Ruão) e as *Decisiones Rotae Mercatura* (Gênova), todos no século XIV.

Já no século XVII, sob o mercantilismo, a França de Colbert produziu duas ordenações, uma sobre o comércio terrestre (*Code Savary*) e outra atinente ao co mércio marítimo, elaborada em 1762, por Boutigny. Depois, como efeito residual do ideário liberal implantado pela burguesia, na Revolução Francesa (1789), o *Code de Commerce*, dos juristas de Napoleão Bonaparte, em 1808, marcou o aban dono do subjetivismo corporativista e a implantação da objetividade dos atos legais de comércio. O diploma redigido por Chaptal tornouse modelo das moder nas codificações mercantis, inclusive do Código Comercial brasileiro de 1850.[2]

1.2Objeto do direito comercial

A trajetória histórica do Direito Comercial pode ser concebida como um re trato dinâmico de diversos referenciais utilizados para diagnosticar o que é ou o que não é mercantil. O nascimento marginal da disciplina empresarial explica a permanente preocupação em diferenciar a disciplina jurídica comercial e a civil, e de identificar com precisão uma relação jurídica mercantil singular.

É necessário considerar que matéria mercantil (mercantilidade) é uma noção daquelas que podemos chamar de noção viajante. Isso significa dizer que é dire tamente afetada pelas circunstâncias históricas, ou seja, deve ser compreendida de uma perspectiva histórica.

Uma retrospectiva desse naipe revela a sucessão de, no mínimo, três fases que correspondem aos três critérios determinadores do cerne do Direito Comercial:

- a relação jurídica mercantil definida pela qualidade do sujeito (o di reito comercial como direito de uma corporação profissional, a dos comerciantes);
- a relação jurídica mercantil definida pela natureza do objeto (o direito comercial como direito dos atos de comércio);[3] e

•o direito comercial como direito das relações decorrentes da atividade empresarial.

Detalhando um pouco, temse que, nos primeiros momentos de sua história, o direito comercial foi concebido subjetivamente, como um sistema normativo regen te da classe dos comerciantes. Era um ramo jurídico iniciado e desenvolvido por e para mercadores, posto que discriminados pela sociedade e pela legislação da épo ca. As regras corporativas e as decisões dos cônsules (juízes corporativos) germi naram um direito classista: só os matriculados nas corporações eram comerciantes com acesso aos tribunais consulares e aptidão para a falência e a concordata.

Afastados da legislação comum, os membros das corporações produziram um direito próprio, a princípio marginal, mas que se revelou, nos séculos seguintes, um repositório de privilégios sustentado pelo capital.

As transformações políticas, sociais e econômicas trataram de demonstrar a inviabilidade de um tal direito fechado, dissociado de uma sociedade com aspi rações jurídicas igualitárias. Por isso, transmudouse para o polo oposto da ob jetividade por influência da concepção liberal burguesa de sociedade. Em outras palavras, o *jus mercatorum* diferenciado, de raiz medieval, foi substituído pelo direito igualitário, abstrato e unitário calcado na prática de determinados atos definidos pelo ordenamento positivo como mercantis.[4]

Derivado do ideário consagrado pelas revoluções inglesa (1688), norte-ame ricana (1776) e francesa (1789), esse processo de crescente objetivação[5] alcançou seu momento mais expressivo com a codificação napoleônica de 1807. O Direito Comercial passa a depender de um catálogo legal de atividades econômi cas, inconsistente e sem lastro científico, ou seja, o casuísmo dos atos de comércio sem uma definição pontual do que é um ato de comércio.

No Brasil,[6] embora o Código de 1850 não tenha enunciado os atos de comér cio, aludindo apenas à mercancia (sem precisarlhe o sentido), seu coadjuvante processual, o Regulamento 737, do mesmo ano, o fez, com o intuito de fixar a competência dos, hoje, extintos tribunais de comércio:

> "Art. 19. Considerase mercancia:
>
> § 1º A compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes, para vender por grosso ou retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso;
>
> § 2º As operações de câmbio, banco e corretagem, expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos;

§ 3º As empresas de fábricas, de comissões de depósito, de expedição, consigna ção e transportes de mercadorias, de espetáculos públicos;

§ 4º Os seguros, fretamentos, riscos e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo;

§ 5º A armação e expedição de navios."

Sintetizando, o ato de comércio como conceito jurídico acabou sendo su perestimado e deturpado, como se fosse o critério definidor do atributo da co mercialidade, o que não corresponde à verdade. Em outras palavras, o ato de comércio não confere a quem o pratica a qualidade de comerciante. Não imprime comercialidade à atividade profissional produtiva. É exatamente o oposto. Com certeza, é a organização da atividade profissional finalisticamente dirigida que dá aos atos praticados pelo empresário sua real especificidade.

Como explica Vicente Baldo del Castaño (*34 : 17*)

"*El acto de comercio falla como base del Derecho Mercantil por la dificultad de señalar sus contornos, lo que se evidencia más patentemente cuando la doctrina resalta que lo que dá vida a la actividad comercial es una série de actos que se producen masivamente, como consecuencia de una actividad ejercida de manera organizada.*"

A evolução legislativa deste século, ecoando as modificações do universo eco nômico, trouxe diversos acréscimos ao rol do falecido Regulamento 737. Aqui, a exemplificação não tem limites: a sociedade por ações é empresária por for ça de lei, ainda que não desenvolva atividade empresarial; a multiplicidade de títulos de crédito que invadiu o mundo jurídicopositivo; a microempresa; os*shopping centers*; os contratos de faturização, franquia e arrendamento; o direito do consumidor; o comércio eletrônico etc. Todos esses institutos e muitos outros derivados da complexidade econômica da sociedade capitalista colocaram por terra tanto o direito subjetivo dos comerciantes como o direito dos atos objetiva mente comerciais.

Para evidenciar a insuficiência tanto da teoria subjetiva como da objetiva, é suficiente colocar em cena a atividade econômica organizada da prestação de serviços em massa. Tratase, inegavelmente, de um pontual exemplo de empresa que, até agora, no Brasil, era focalizada, no âmbito civil, como prática isolada.

A terceira posição, entendida como modernização do subjetivismo, centrase no empresário, com base em um conceito de empresa que ultrapassa o do mero empreendimento, para envolver todas as atividades organizadas economicamen te para a produção ou circulação de bens e serviços.

Neste ponto, explicando a passagem do direito dos atos de comércio para a fase atual do direito empresarial, transcrevemos a magnífica síntese de Luiz Gas tão Paes de Barros Leães (*84 : 11*):

> "Com o progresso da técnica e da economia de massa, o fulcro da comercialidade sofre nova extrapolação, deslocandose da noção de *ato* para a noção de *atividade. Já,* em fins do Século XIX, fazia notar a profunda transformação na estru tura do sistema capitalista, que se precipitaria, no nosso século, com o deflagrar da Guerra de 19141918, com as grandes crises de 1921 e de 1929, e, por fim, com a 2º Grande Guerra Mundial. As pequenas empresas, submetidas à lei do mercado, própria do capitalismo industrial dos Séculos XVIII e XIX, vão pouco a pouco sendo substituídas pelos grandes organismos econômicos com produção em massa. O capitalismo atômico da concorrência quase perfeita cede paulati namente lugar a um capitalismo de grandes unidades de monopólio ou de quase monopólio. A produção isolada, característica da época anterior vai sendo pro gressivamente substituída pela atividade mercantil e industrial em série. Essa atividade impõe uma crescente especialização e a criação de organismos cada vez mais complexos. Chegase, assim, a um novo ponto de referência para o Di reito comercial, a *atividade negocial,* isto é, a prática reiterada de atos negociais, de modo organizado e unificado, por um mesmo sujeito, visando a uma finalida de econômica unitária e permanente. Chegase, assim, ao conceito de*atividade econômica organizada,* e, portanto, à noção de *empresa,* como núcleo do Direito mercantil."

Célula básica do mercado, a empresa almeja compatibilizar, na medida do pos sível, as necessidades e interesses de todos. Sem embargo do fito de lucro lícito que intenta concretizar, justificase pelo fornecimento de produtos e serviços, pela implementação de mercado consumidor e pela sua contribuição para o desenvolvi mento econômico e social, como raiz fomentadora de empregos e tributos.

Bem por isso, suas matrizes estão fundadas na livre iniciativa, na liberdade de competição e no desempenho de função econômica e social, sob a égide da boafé.

1.3Conceito

Conceitos taxativos são, sempre, muito perigosos, máxime quando se aborda tema tão sensível e tão suscetível de consagrar equívocos, como o Direito Comer cial. É bem mais produtivo desfiar características e destacar suas interações como a rota mais segura para uma compreensão desse ramo jurídico que conheceu tan tas transformações em tão pouco tempo.

O direito comercial reside num espaço onde interagem múltiplos fatores eco nômicos, políticos e jurídicos nem sempre identificados com a trajetória natural do universo negocial, como atividade privada, mas que interferem concretamen te na formulação das normas orientadoras da atividade empresarial. Como for çosa decorrência da sofisticação das teorias econômicas neoliberais que, hoje, orientam a sociedade, e do crescente intervencionismo estatal, é patente a ten dência no sentido da publicização do universo mercantil (naturalmente privado). A cogência invade as leis comerciais, disputando espaço, palmo a palmo, com a liberdade de contratar, tolhendo a criatividade natural do mercado.

Congenitamente ancorado à autonomia da vontade e à proporcionalidade contratual, o Direito Comercial não convive bem com a redução das margens de transação de interesses operada por sucessivos atos normativos de autoridades mo netárias que extravasam, em nome da necessidade de corrigir distorções, os limites impostos pela Constituição Federal à intervenção estatal no domínio econômico.

De outra perspectiva, é inegável o crescimento do comprometimento social da empresa, progressivamente desafetada do destino do empresário. Aditese a necessidade de se preservar o equilíbrio das relações fornecedor/consumidor, não mais como uma decorrência de princípios éticos, mas como concretização de uma garantia constitucional corretiva de injusto desnível contratual.

Outro ponto que merece, desde logo, ser considerado é a unificação legisla tiva do direito privado, operada pelo advento do CC de 2002, ainda que o casa mento do conservadorismo civil com o dinamismo comercial precipite a adoção de soluções artificiais, nem sempre tranquilas. É certo que o direito comercial não perde sua autonomia, mas também é certo que o tratamento ensejado pelo CC aos contratos, antes regulados no CCom, não é suficiente para abranger toda gama de questões que se renovam diuturnamente, *v.g.* na área do agronegócio.

Não é só. De outra perspectiva, a globalização da economia e a crescente des personalização da empresa nem sempre convivem bem com outras tendências, igualmente expressivas, *v. g.*, a valorização do consumidor, como destinatário fi nal de todo processo econômico, e a necessidade de proteger as minorias societá rias contra as burocráticas oligarquias de administradores profissionais.

Oscilando entre uma economia mutante e um direito saturado de positivismo, chegamos a um estágio em que é fácil, mas incômodo, explicar por que o direito positivo permaneceu tanto tempo confinado ao obsoletismo dos atos de comércio, se a realidade econômica, de há muito,

centrase na empresa, fato que se auten tica facilmente pela verificação de que, desde 1942, o direito comercial italiano é tipicamente empresarial, enquanto, no direito brasileiro, na mesma época (1945), inauguravase uma lei de falências calcada na figura do comerciante individual.

A permanente movimentação dialética de todos esses fatores não impede que se considere, em primeiro lugar, que o foco de incidência do direito mercantil não pode afastarse da atividade profissional organizada de raiz econômica destinada a colocar produtos e serviços à disposição do consumidor.

Atualmente, já é possível promover, embora de forma incipiente, a sintonia entre a realidade econômica e o instrumento jurídicopositivo que a orienta. O CC concentra na empresa o foco do Direito Comercial, em que pese ao fato de ainda colecionar resquícios da insistente personalização herdada do soterrado conceito imperial de comerciante.

Não é demasia atentar para a necessidade de profundas reformulações no or denamento normativo, intentando estreitar a equalização do cotidiano empresarial com a legislação. Essa meta só será alcançada com o advento de um Código Co mercial. De nossa parte, embora atentos à advertência aristotélica de que definir é sempre perigoso, e tendo em conta as peculiaridades da matéria, devemos concluir que o Direito Comercial, ao menos no Brasil, como complexo normativo positivo, focaliza as relações jurídicas derivadas do exercício da atividade empresarial. Dis ciplina a solução de pendências entre empresários, bem como os institutos conexos à atividade econômica organizada de produção e circulação de bens (contratos, tí tulos de crédito, insolvência etc). Tem por objeto a empresa, como unidade serviçal do mercado cuja existência está amarrada ao intuito de lucro.

Vale sublinhar que a empresa é um fenômeno dotado de muitas faces. O Di reito Comercial não logra circunscrever todo o seu espectro. Não lhe seria pos sível considerála unitariamente, abrangendo todos os seus perfis (subjetivo, funcional, objetivo e corporativo). Por isso, contentase com o perfil subjetivo.

Esclarecendo melhor, o Direito Comercial apropriouse do conceito econô mico de empresa e, com o CC de 2002, passou a regular a empresa por meio do empresário, a exemplo de seu modelo, o CC italiano de 1942. A organização dos fatores de produção é realizada pelo empresário ou pela sociedade empresária, na direção de uma atividade empreendedora, com o escopo de lucro e a assunção dos respectivos riscos.

Aqui, é importante que tenhamos em mente algumas diretrizes básicas:

•a organização da atividade implica a distinção entre a empresa (a própria atividade), o empresário ou sociedade empresária (sujeito de direito) e o estabelecimento empresarial (universalidade de fato instrumental do exercício da empresa);
•a profissionalidade do exercício, ou seja, sua habitualidade e sistematização;
•a condição produtiva ou circulatória de bens e/ou serviços; e
•o intuito de lucro.

Completando esse segmento, deve ficar claro que a empresa não se faz pre sente em todos os institutos disciplinados pelo Direito Comercial. Contudo, ine gavelmente, é o foco central, o núcleo de sua incidência normativa.

1.4Fontes do Direito Comercial

As fontes são tanto as matrizes geradoras da ordem jurídica, como as respos tas instrumentais que a concretizam. Bem por isso, não estão dispostas no mesmo nível. Guardam um escalonamento de precedência, que lhes oferece denomina ções diferentes, conforme o critério adotado.

Alguns juristas preferem classificálas em *imediatas* e *mediatas*, conforme se jam suficientes para engendrar a ordem jurídica, ou, embora sem tal atributo, contribuam indiretamente para a elaboração da norma. A lei e o costume seriam as primeiras; a doutrina e a jurisprudência, as outras. Outros chamamnas primá rias (dotadas de obrigatoriedade direta) e secundárias (derivadas, ou seja, que haurem sua normatividade por atribuição explícita ou implícita das primárias).

Resumindo, temos:

•fonte primária ou imediata: lei;
•fontes secundárias ou mediatas: usos, analogia e princípios gerais de direito.

Jurisprudência e doutrina não são fontes do Direito Comercial.

Suplementar à legislação, a jurisprudência não é fonte, à medida que, por força da separação de poderes (princípio nuclear do Estado de direito), incumbe ao Judiciário a aplicação contenciosa da norma jurídica e das demais fontes do direito, reservandose, em regra, ao Legislativo, como função típica, a atividade geradora do direito positivo.

Não negamos, contudo, que as súmulas dos tribunais, ao menos circunstan cialmente, detêm intensa aptidão criativa e indeclinável papel atualizador, má xime quando vinculantes para pronunciamentos

jurisdicionais de grau inferior. Todavia, incidem sobre direito preexistente, não o criam.

As súmulas, como síntese do entendimento predominante dos tribunais supe riores, representam um instrumento de fixação da jurisprudência, mas não têm caráter normativo como os assentos da Casa da Suplicação de Lisboa, do período colonial, que lhe deram origem.

A doutrina, com sua dúplice função crítica e orientadora, conquanto forneça imprescindível contribuição à materialização do direito, igualmente não alcança o patamar das fontes, seja por sua intrínseca heterogeneidade, seja por sua essên cia antes analítica que geradora. Tecnicamente, não produz direito.

1.4.1Fonte primária

No Estado democrático de direito, a regência do princípio da legalidade de termina a preponderância da lei como primeira resposta à pergunta sobre como o Estado manifestase diante de determinada situação jurídica. A preponderância da lei é natural e compulsória, como *fonte principal*, ou seja, como expressão ge nérica da ordem jurídica.

Quando aludimos à lei, como fonte formal primeira do direito comercial, mister se faz destacar que a CF, como núcleo reitor programático da ordem jurí dica, além de proclamar a supremacia da legalidade, enuncia normasprincípios e normasregras que contagiam todo o sistema, reclamando assim a conformação das normas comerciais às suas estipulações maiores.

De fato, encontramos ao longo da geografia constitucional princípios de ob servância compulsória, tais como a livreconcorrência, a defesa do consumidor, a função social da propriedade, o tratamento privilegiado da empresa nacional, o predomínio da iniciativa privada na atividade econômica, a proteção à microem presa, a vedação aos abusos do poder econômico e ao aumento arbitrário de lu cros e as regras disciplinadoras da competência legislativa para cada matéria.

Destacamos o elenco dos princípios gerais da atividade econômica expostos no Capítulo I, do Título VII, da CF, atinente à ordem econômica e financeira. São condicionantes do exercício da empresa, em que se pode destacar a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a soberania nacional e a busca do pleno emprego. Certamente, na ordem jurídica nacional, o vocábulo *empresa* é essencialmente formatado por esses princípios e como tal deve ser densificado.

Sem que seja preciso externar conceitos do que seja lei, aqui, devemos compreender:

- o CCom, na parte não revogada;
- o CC de 2002;
- as leis extravagantes;
- as normas pertinentes ao Direito Comercial previstas em diplomas de ou tros ramos da ordem jurídica;
- a normação regulamentar derivada do Estado; bem como os tratados e convenções internacionais.

1.4.2Fontes secundárias

É verdade que nem sempre a lei oferece todas as respostas, mas também é verdade que sua eventual omissão não pode ensejar lacunas no sistema jurídico.[7] Em outras palavras, no caso concreto, o órgão judiciário não pode eximirse de entregar a prestação jurisdicional a pretexto de falta de previsão legal. A solução é lançar mão do recurso a outros elementos acessórios, coadjuvantes de interpre tação e expedientes integradores da norma jurídica, como alternativa para diri mir litígios e, assim, realizarse a necessária densificação do direito.

Daí a importância das *fontes secundárias*, expressão que compreende as técni cas integrativas ou supletivas expressas no art. 4º da LINDB: a analogia, os usos e os princípios gerais de direito.

Na verdade, a analogia não chega a ser fonte direta do direito, porque só produz direito, indiretamente. É mais um processo interpretativo da lei, de descoberta de uma solução jurídica explícita ou implícita na normação já existente.

No caso da analogia *legis*, uma regra já existente no sistema aplicase a uma hipótese essencialmente idêntica. Já na analogia *juris*, o hermeneuta, não podendo socorrerse de norma similar, recorre a um complexo ou síntese de princípios jurí dicos que sejam consonantes com a situação não prevista no ordenamento positivo.

É a normação do art. 4º da LINDB, quando dispõe que: aplicamse, nos casos omissos, as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais de Direito.

Também os princípios gerais de direito são fontes subsidiárias. Estão no sis tema jurídico e são descobertos pela analogia *juris*. Não geram normas; apenas revelam normação implícita, mediante invocação das ideias superiores reitoras do ordenamento.

1.4.2.1Usos

Sobre os usos, há uma tendência, presente, em minimizarlhes a influência, o que é certo, sob o ponto de vista da globalização. No entanto, pelo menos em termos de ordem jurídica local, não há como menosprezá-los. Quer dizer, sob o aspecto do direito interno, os usos remanescem como coadjuvantes supletivos de grande utilidade na operação do Direito.

O CC evidencia sua importância em diversos dispositivos. No art. 111 diz que o silêncio comporta anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizem. O art. 113 manda interpretar os negócios jurídicos conforme a boafé e os usos do lugar de sua celebração. Também aludem aos usos arts. 628 (depósito), 658 (mandato), 695 a 701 (comissão), entre outros.

O critério para aferição dos usos é deontológico. Para que uma prática unifor me e constante adquira o *status* de uso, deve envolver a crença de que é o direito que está sendo observado. Ou seja, o costume comercial deve ser acreditado e acatado como se fosse lei. Em outras palavras, será reputado com foros de lei se for praticado como lei.

Sejam *locais* ou *gerais*, sejam *legislativo*s ou *interpretativos*, os usos comerciais caracterizamse, objetivamente, pela prática reiterada (continuidade) e, subje tivamente, por sua compreensão uniforme. Com certeza, devem ser *secundum legem* (previstos e mandados observar como normação subsidiária) ou *praeter legem* (incidentes supletivamente na omissão da lei), jamais *contra legem*.[8]Mais importante, devem ser assentados[9] e sistematizados pelo Registro Público de Em presas Mercantis e Atividades Afins.

Em resumo, são requisitos de aplicabilidade dos costumes comerciais:

- •continuidade;
- •uniformidade;
- •conformidade legal; e
- •assentamento.

Os usos são assentados na Junta Comercial, com respaldo no art. 32, inciso II, letra "e", da Lei nº 8.934/94. Há um procedimento legal específico para seu reconhecimento formal.

Pelo teor do art. 87 do Decreto nº 1.800/96, o assentamento de uso ou prá tica mercantil é efetuado pela Junta Comercial que os coligirá e assentará em li vro próprio, *ex officio*, por provocação da Procuradoria ou de entidade de classe interessada (§ 1º). Se não for *contra legem*, o Presidente da Junta Comercial so licitará a manifestação escrita das entidades diretamente interessadas, no prazo de 90 (noventa) dias, e fará publicar convite a todos os interessados para que se manifestem no mesmo prazo (§ 2º). A Junta Comercial decidirá sobre a veraci dade e registro do

uso (§ 3º), com anotação em livro especial, com a respectiva justificação, e publicação no órgão oficial. A cada 15 (quinze) anos, as Juntas Comerciais processarão a revisão e publicação da coleção dos usos ou práticas mercantis assentados.

Certamente, o costume comercial pode ser suscitado no curso de processo ju dicial, como elemento destinado a formar a convicção do magistrado.

Para utilização em juízo, como coadjuvante probatório o interessado deve rá demonstrar sua existência, mediante certidão da Junta Comercial. É a regra. Contudo, predito documento não se constitui em única prova, visto que o costu me comercial pode ser provado, *v.g.*, por declarações de associações comerciais, testemunhos de representantes de entidades comerciais etc. De qualquer forma, deverá ser provada cabalmente sua existência. É que a regra processual do art. 376 do CPC atribui à "parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou *consuetudinário*, provar-lhe o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz". Portanto, costume alegado é costume que deve ser provado.

Imperioso salientar que, tratandose de matéria pertinente à prova, impera a livre convicção do magistrado na valoração dos subsídios carreados pelas partes aos autos, quer dizer, na mensuração do contexto probatório. Assim, ainda que não assentado formalmente, o costume comercial poderá ser demonstrado e ad mitido em juízo por qualquer meio probatório lícito.

---

[1] *Commutatio mercium* (troca de mercadorias) deu origem a *commercium*, vocábulo composto de *cum* + *merx*. É o que consta do *Tractatus de mercatura seu mercatores*, escrito por volta de 1550, por Segismondo Stracca. *Commercium est emendi vendedique invicem jus*, ensinava Ulpiano.

[2] Elaborado por uma comissão composta por José Clemente Pereira (substituindo o juiz Limpo de Abreu), Inácio Raton, José Antônio Lisboa, Guilherme Midosi e Lourenço Westin (cônsul da Suécia).

[3] É o que se vê em Ripert (*135 : 1*): *"Le droit commercial est la partie du droit privé qui règle les opérations juridiques faites par les commerçants, soit entre eux, soit avec leurs clients. Ces opérations se rapportent à l'exercise du commerce, et sont dites pour cette raison actes de commerce. Comme un de ces actes peut être accompli accidentellement par une personne non commerçant, le droit commercial régit aussi ces actes sans considération de la personne de leur auteur.*"

[4] Os arts. 632 e 633 do CCom. francês de 1807 enunciam as atividades a que *"la loi répute actes de commerce*".

[5] Fenômeno bem descrito por Tullio Ascarelli (*6:48*) que alude a um *diritto oggettivizzato* em lu gar de um *diritto differenziato*, destacando a tentativa de sintonização da matéria mercantil com o ideário da igualdade e das aspirações de comunidade nacional.

[6] É lícito afirmar que o direito comercial veio para o Brasil com a Família Real, fugida de Portugal, em 1808, durante o bloqueio continental imposto por Napoleão Bonaparte. Por meio de sucessivos alvarás reais, liberouse a indústria, criouse o Banco do Brasil e o Tribunal da Real Junta de Comér cio, cujo deputado José da Silva Lisboa (Visconde de Cairu) escreveu a primeira obra sistemática sobre a matéria: *Princípios do direito mercantil e leis da marinha*.

[7] Art. 140 do CPC.

[8] Já em 1850, o Decreto nº 738 reclamava como condições de aplicação das práticas comerciais: a) sua conformidade com os "sãos princípios da boa fé e máximas comerciais"; sua prática entre os comerciantes locais; e sua não contrariedade à lei.

[9] O primeiro assentamento de usos comerciais foi realizado na praça de Santos, SP, em 16 de ju nho de 1889, pertinente às contas correntes entre comissários e comitentes.

Parte II



Empresário

2

Empresário Unipessoal



2.1Empresário

A empresa não é um sujeito de direitos e obrigações. É uma atividade e, como tal, pode ser desenvolvida pelo empresário unipessoal ou pela sociedade empresária. Quer dizer, pela pessoa natural do empresário individual, ou pela pessoa jurídica contratual ou estatutária da sociedade empresária.

Sob a epígrafe *empresário* estão compreendidos tanto aquele que, de forma singular, pratica profissionalmente atividade negocial, como a pessoa de direito constituída para o mesmo fim. Ambos praticam atividade econômica organizada para a produção, transformação ou circulação de bens e prestação de serviços. Ambos têm por objetivo o lucro.

O CC de 2002 não define a empresa. O conceito de empresa é estritamente econômico. Seu art. 966 considera empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Está conceituando o empresário unipessoal.[1]

É a tradução do disposto no art. 2.082 do Código Civil Italiano que define o *imprenditore* como "*chi esercita professionalmente un 'attività econômica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*".

No art. 982, traz a sociedade empresária, conceituando-a como aquela que tem por objeto o exercício de atividade própria do empresário.

Não é empresário quem desempenha profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, mesmo que conte com o concurso de auxiliares, exceto se referido exercício profissional constituir elemento de empresa.

Seguindo a linha traçada pelo diploma civil, alocamos em segmentos distintos os dois tipos de empresário. Neste capítulo, cuidamos, apenas, do

empresário pessoa natural. Na Parte III, trataremos das diversas espécies de sociedades empresárias.

2.2Caracterização do empresário unipessoal

Ser empresário não significa, simplesmente, praticar atividade negocial. A condição de empresário reclama a congregação de alguns requisitos básicos, porque trata-se de qualificação profissional.

Caracteriza-se o empresário unipessoal pela reunião de cinco elementos:

- capacidade jurídica;
- ausência de impedimento legal para o exercício da empresa;
- efetivo exercício profissional da empresa;
- regime jurídico peculiar regulador da insolvência; e
- registro.

2.3Capacidade jurídica

Todo ato jurídico tem como condição primária de validade a capacidade de quem o pratica. O CC diz quem é capaz para os atos da vida civil e, por conseguinte, quem pode, validamente, assumir obrigações. No Direito Comercial, não é diferente. Os atos de empresa só são juridicamente idôneos se praticados por agente capaz. Assim, quem tem capacidade civil pode ser empresário (art. 972 do CC).

A regra é que as pessoas absolutamente incapazes não autorizadas judicialmente não podem ser empresárias. Nessa situação encontram-se os menores de 16 (dezesseis) anos.

Se não tiverem autorização judicial para a continuação da empresa, não podem ser empresários os relativamente incapazes:

- maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos;
- ébrios habituais e toxicômanos;
- aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem expressar sua vontade; e
- pródigos.

Há atividades que exigem a instituição legal de sociedade, não sendo permitido o registro como inscrição de empresário individual. São os casos dos prestadores de serviço de profissão regulamentada e dos serviços de representação comercial por conta de terceiro.

2.3.1Emancipado

Também pode exercer a empresa o emancipado. A emancipação significa a cessação da incapacidade civil antes dos 18 (dezoito) anos. É uma espécie de declaração irrevogável da maioridade. Seus fatores determinantes estão previstos no art. 5º, parágrafo único, do CC.

Uma das causas de emancipação é o estabelecimento civil ou comercial do menor com 16 (dezesseis) anos completos que tenha economia própria.

Que significa *economia própria*? A resposta é de Armando Rollemberg (*140 : 5*):

> "Três são os sentidos que se pode emprestar à expressão. Significaria no primeiro, economia separada do pai, qualquer que fosse a sua proveniência, isto é, mesmo que oriunda do próprio pai que fornecesse os recursos para o menor se estabelecer. Em segundo sentido seria o conjunto de bens pertencentes ao menor, advindos ao seu patrimônio, independentemente da finalidade de estabelecer-se. Assim, compreenderia os resultantes do seu trabalho, os que lhe fossem doados, os que obtivesse em sucessão, etc. Finalmente, em sentido mais restrito, de acordo, aliás, com o espírito da norma do Código Civil, somente se consideraria tal, os bens que fossem obtidos pelo menor através do seu trabalho, do seu esforço."

2.3.2Incapaz

O incapaz pode ser empresário apenas para continuar empresa anteriormente exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança. Portanto, poderá fazê-lo nessas três hipóteses, com o sentido de se preservar a empresa.

Essa exceção, regulada nos arts. 974 a 976 do CC, demanda a concorrência dos seguintes requisitos:

- o exercício da empresa pelo incapaz se fará por meio de representante ou assistente;
- deverá ser precedido de autorização judicial;
- a autorização será concedida por alvará;
- não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz possuía ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela;
- se o representante ou assistente do incapaz estiver impedido de ser empresário nomeará, com aprovação do juiz, um ou mais gerentes;
- o representante ou assistente será responsável pelos atos do gerente nomeado;

•a autorização judicial poderá ser revogada pelo juiz, ouvidos os representantes do incapaz;
•os direitos adquiridos por terceiros em virtude do exercício empresarial pelo incapaz não serão prejudicados;
•o uso da firma empresarial caberá, conforme o caso, ao representante ou ao gerente nomeado, ou ainda, ao próprio incapaz quando puder ser autorizado; e
•a prova da autorização e de eventual revogação desta serão inscritas ou averbadas no Registro Público de Empresas Mercantis.

No caso de sociedade que envolva sócio incapaz, este não poderá exercer a administração social, e o capital social deverá ser totalmente integralizado. O sócio relativamente incapaz será assistido e o absolutamente incapaz, representado.

2.3.3Empresário casado

O empresário casado não precisa de outorga conjugal para alienar ou gravar de ônus real os imóveis que integram o patrimônio da empresa. É a letra do art. 978 do CC.

Eventual pacto antenupcial, decisão judicial que decretar ou homologar a separação judicial ou ato de reconciliação devem ser arquivados e averbados no Registro Público de Empresas Mercantis, como condição de sua eventual oposição a terceiros. Não basta, pois, a averbação no Registro Civil.

O empresário casado em regime de comunhão de bens pode comprometer o patrimônio do casal em decorrência da atividade empresarial. Regra geral, a comunhão conjugal usufrui os proventos hauridos na empresa pelo cônjuge empresário, seja o marido, seja a mulher. Há uma presunção relativa de que o rendimento do trabalho de qualquer dos cônjuges ingressa no patrimônio da sociedade conjugal. Por certo que, se tal não ocorrer o cônjuge prejudicado poderá, em eventual execução, ressalvar sua meação, por embargos de terceiro, fazendo prova, é claro, daquela circunstância.

2.4Ausência de impedimento legal

Pelo art. 5º, inciso XIII, da CF, é livre o exercício de qualquer ofício ou profissão, atendidas as qualificações reclamadas na lei. A norma de eficácia relativa restringível em tela consagra o direito fundamental ao exercício profissional, mas admite, expressamente, a fixação, por norma

infraconstitucional, de condições mínimas pertinentes ao exercício de cada profissão.

Assim, algumas profissões reclamam condição especial de aptidão. Não pode, p. ex., ser médico quem não é formado por curso regular de medicina. Não é, regra geral, o caso do empresário.

Ao assegurar o exercício da atividade de empresário aos plenamente capazes, o art. 972 do CC impõe uma condição, isto é, poderão fazê-lo se não forem legalmente impedidos.

Excepcionalmente, algumas empresas exigem habilitação especial. É o caso, *v. g.*, da atividade securitária[2] e dos serviços de vigilância e transporte de valores.[3]

Por outro lado, há determinadas pessoas plenamente capazes a quem a lei veda a prática profissional da empresa. A proibição funda-se em razões de ordem pública decorrentes das funções que exercem. Não se trata de incapacidade jurídica, mas de incompatibilidade da atividade negocial em relação a determinadas situações funcionais. Portanto, não são incapazes, mas praticam irregularmente atos válidos.

Se, ainda que ao arrepio da lei, aquelas pessoas exercerem a empresa em nome próprio, praticarão atos válidos, embora fiquem sujeitas a diversas sanções. No plano penal, praticam a contravenção de exercício ilegal de profissão prevista no art. 47 da LCP, no qual fica claro que o exercício de atividade econômica ou o mero anúncio de seu exercício sem preenchimento das condições legais acarreta prisão simples ou multa. No âmbito administrativo, se agentes públicos, ficam expostas à demissão, nos termos do respectivo estatuto funcional.

Não é simples arrolar todos os impedidos de exercer atividade empresarial. Como quer que seja, os percalços para se consolidar o referido elenco são superados "desde que se sabe que, sendo a proibição uma restrição ao exercício de um direito, deve ser expressa. Não é lícito inferi-la por dedução, nem aplicá-la por analogia".[4] Em outras palavras, a lei diz quem está impedido de ser empresário.

•Magistrados e membros do Ministério Público

Não podem ser empresários por força de vedações constitucionais. No caso dos juízes, o art. 95, parágrafo único, da CF, no inciso I, veda-lhes o exercício, ainda que em disponibilidade de outro cargo ou função, salvo a do magistério. Para os membros do Ministério Público, vale a vedação de participar de sociedade empresária, contida no art. 128, § 5º, inciso II, *c*, da CF. Não bastassem tais óbices constitucionais, referidas proibições ecoam nas respectivas leis orgânicas.

O que a lei impede, nesses casos, é a participação em sociedade empresária, entendida esta como exercício de funções administrativas e gerenciais susceptíveis de granjear-lhes responsabilidade penal e responsabilidade civil ilimitada. Realmente, o intuito de lucro e de aliciar clientela, inerentes ao exercício profissional da gestão empresarial são inconciliáveis com os elevados misteres atribuídos aos juízes de direito e promotores de justiça.

•Agentes públicos

Podem ser acionistas, cotistas ou comanditários, ou seja, sócios de responsabilidade limitada, mas não empresários nem administradores ou gerentes de empresa privada. É o texto do art. 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90.

A proibição inclui os ministros de Estado e os ocupantes de cargos públicos em comissão, bem como os chefes do Poder Executivo, em todos os níveis.

•Militares

Também não podem ser empresários os militares da ativa, incluídos os corpos policiais. Proíbe-os o art. 29 da Lei nº 6.880/80. Exercer a empresa ou integrar a administração ou gerência de sociedade empresária, ou ainda dela ser sócio, salvo como acionista ou cotista, é crime previsto no art. 204 do CPM.

•Falidos

Constitui efeito da sentença falimentar a interdição para o exercício da empresa. Não é perpétua. Uma vez comprovada a extinção das obrigações, a interdição desaparece.

•Deputados e Senadores

Os deputados e senadores não poderão ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, nem exercer nela função remunerada ou cargo de confiança. A inobservância da vedação prevista no art. 54 da CF acarreta a perda do mandato (art. 55 da CF).

•Estrangeiro com visto provisório

O estrangeiro titular de visto provisório não pode estabelecer-se com firma individual ou exercer cargo ou função de administrador, gerente ou diretor de sociedade empresária ou simples (art. 98 da Lei nº 6.815/80). Se admitido na condição de temporário, sob regime contratual, só poderá atuar na entidade pela qual foi contratado, salvo autorização expressa do Ministério da Justiça, ouvido o Ministério do Trabalho.

•Leiloeiros

Sob pena de destituição, o art. 36 do Decreto nº 21.981/32 proíbe os leiloeiros de exercerem a empresa direta ou indiretamente, bem como constituir sociedade empresária.

•Despachantes aduaneiros

Nos termos do art. 735, inciso II, *e*, do Decreto nº 6.759/09, não podem manter empresa de exportação ou importação de mercadorias nem podem comercializar mercadorias estrangeiras no país.

•Corretores de seguros

A Lei nº 4.594/64 proíbe aos corretores qualquer espécie de negociação, bem como contrair sociedade.

•Prepostos

Consoante o art. 1.170 do CC os prepostos, salvo autorização expressa, não podem negociar por conta própria ou de terceiro, nem participar, ainda que indiretamente, de operação do mesmo gênero da que lhes foi cometida, sob pena de responder por perdas e danos e de serem retidos pelo preponente os lucros da operação.

•Médicos

A Lei nº 5.991/73 proíbe que os médicos mantenham simultaneamente empresa farmacêutica.

Convém acrescentar que o estrangeiro, mesmo com visto permanente, sofre algumas restrições de natureza constitucional:

- •pesquisa ou lavra de recursos minerais ou aproveitamento de potenciais de energia hidráulica;
- •atividade jornalística e de radiodifusão;
- •assistência à saúde, salvo nos casos previstos em lei;
- •propriedade ou armação de embarcações nacionais, salvo de pesca; e
- •propriedade ou exploração de aeronave brasileira, salvo o disposto na legislação específica.

Exceção feita à atividade jornalística e de radiodifusão, os portugueses podem inscrever-se como empresários, com respaldo no Estatuto da Igualdade.

A Lei nº 8.934/94 revogou a proibição de registro de empresa com sócio, diretor ou gerente condenados criminalmente, contidas na antiga legislação de registro do comércio (art. 38, incisos III e IV, da Lei nº 4.726/65), mantendo somente aquela pertinente ao crime falimentar. Com efeito, o art. 35, inciso II, só veda o arquivamento dos documentos de constituição ou alteração de empresas em que figure como titular ou administrador pessoa que esteja condenada pela prática de crime cuja pena vede o acesso à atividade empresarial.

Isso não significa, é certo, que se possa registrar o condenado que receber a pena acessória de interdição temporária para o exercício da empresa (arts. 47 e 56 do CP).

Nunca é demais repetir que os proibidos de exercer a empresa, embora sujeitos a sanções disciplinares na órbita administrativa e passíveis de persecução criminal, não praticam atos nulos, uma vez que a proibição não é objetiva, mas diz respeito ao sujeito.

Praticam atos válidos e, se exercerem profissionalmente a empresa, em nome próprio, receberão da lei o mesmo tratamento dispensado aos empresários irregulares, podendo incidir em falência, uma vez que a lei não faz distinção entre empresários regulares e irregulares. É que, afrontando a vedação legal, tornam--se autênticos empresários informais.

Acrescente-se que o art. 973 do CC é taxativo: a pessoa legalmente impedida de exercer atividade própria de empresário, se o fizer, responderá pelas obrigações contraídas.

Nem seria lógica qualquer solução em sentido contrário, pois equivaleria a permitir que o infrator se beneficiasse da própria infração.[5]

Manifestada sua insolvência, não poderão valer-se da recuperação, porque a regularidade empresarial é condição para o deferimento do favor legal.

Fique claro que a proibição em tela não chega ao ponto de obstar a participação em sociedade empresária, mediante a subscrição de valores mobiliários de sociedades por ações ou aquisição de cotas em sociedades de responsabilidade limitada, à medida que não venham a integrar a administração social. Isso porque, se a sociedade empresária de capitais é uma pessoa jurídica distinta da pessoa física dos sócios, com capacidade e patrimônio próprios, ser acionista ou ser quotista não significa ser empresário.[6]

Claro, pois, que a incompatibilidade empresarial não alcança a condição de sócio de responsabilidade limitada, quer dizer, quotista ou acionista. Exemplificando, nada obsta que uma pessoa impedida de exercer a empresa seja acionista de determinada companhia. Todavia, a viabilidade de ser sócio encontra limites na proibição de exercer função ou cargo de direção e administração na sociedade.

2.5Exercício profissional da empresa

Mesmo capaz, não impedida e regularmente matriculada no Registro Público de Empresas, a pessoa natural só será considerada empresária se

exercer profissionalmente a empresa em nome próprio, com intuito de lucro. Ou seja, é essencial que o faça:

- •profissionalmente (não esporadicamente);
- •em nome próprio (não em nome de outrem); e
- •com intuito de lucro (não graciosamente).

Com efeito, qualquer pessoa pratica, ocasionalmente, atos negociais, sem que por isso seja empresário. É a natureza profissional (prática ordenada e habitual, com fins lucrativos) que confere ao empresário essa condição. Nesse sentido, o CCom era até redundante na conceituação de comerciante, aludindo àquele que faz da mercancia profissão habitual.[7]

Parece que aquele pleonasmo servia ao intento de reforçar a ideia de profissão. O acréscimo do adjetivo *habitual* ao substantivo *profissão* buscava esclarecer que a prática esporádica ou isolada não basta para atribuir profissão a uma pessoa.

Por outro lado, é bom ter em mente que profissionalidade não implica exclusividade. O exercício da atividade empresarial não precisa ser a única profissão do empresário.

Valem aqui para o empresário as considerações de Vivante (*163, v. 1 : 105*), quando esclarecia que inexiste incompatibilidade do exercício da atividade negocial com outras profissões.

Como lembrava o mestre italiano, "não é necessário, tampouco, que ela constitua a sua principal posição social, nem seja a sua maior fonte de renda. Pode tratar-se de banqueiro e agricultor, industrial e engenheiro, ou operário, empresário e cantor e ser não obstante empresário".

Como visto, não basta a prática acidental e isolada da empresa. Mais. Ainda que sejam atos repetidos, inexistindo a atuação habitual e sistemática, não conferem a efetividade necessária para que se tenha por caracterizada a profissão empresarial.

Não se entenda imprescindível a sucessividade ininterrupta. Basta a reiteração como meio de vida, a pluralidade de atuação com profissionalidade finalística.

Fran Martins (*100 : 85*), com a clareza habitual, ainda falando do comerciante, explica a contento:

> "A prática de um ato esporádico de compra para revenda, não é, por si só, capaz de dar à pessoa que o realiza o caráter de comerciante. Necessário é que a profissão da pessoa consista na prática repetida de atos de modo permanente, dirigidos esses atos para a realização de um certo objetivo. Para tal, o comerciante se instala, registra firma ou nome comercial, contrata empregados, estabelece escrita própria para a anotação de suas atividades. Em uma palavra, o comerciante se organiza para o fim específico de realizar atividades de

intermediação ou de prestação de certos serviços, empregando capital e trabalho a fim de conseguir esse desiderato. Faz do exercício das atividades comerciais a sua profissão, a ela se dedicando com fervor e assumindo obrigações da prática da mesma."

Enfim, o advérbio *profissionalmente*, empregado no art. 966 do CC, não deixa margem para qualquer dúvida.

2.6Empresário individual de responsabilidade limitada

A Lei nº 12.441/11, mediante a inserção no CC do art. 980-A e seus parágrafos, institui a empresa individual de responsabilidade limitada conferindo personalidade jurídica ao empresário unipessoal titular da totalidade do capital social (art. 44, inciso VI, do CC), observados três requisitos:

- capital social integralizado;
- valor do capital social não inferior a 100 vezes o maior salário mínimo vigente no país;
- nome empresarial acrescido da expressão EIRELI.

A pessoa natural que constituir empresa nessas condições somente poderá figurar em uma única empresa dessa espécie.

Essa modalidade empresarial também poderá resultar da concentração das quotas de outra espécie societária num único sócio, sendo irrelevantes as razões ensejadoras da concentração.

No caso da sociedade limitada, não se aplica a exigência do sócio remanescente titular de todas as quotas reconstituir a pluralidade social, no prazo de 180 dias, desde que requeira, junto ao RPEM, a transformação do registro da sociedade para empresa individual de responsabilidade limitada ou, simplesmente, de empresário individual.

Quando constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza, pode-rá lhe ser atribuída a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, desde que vinculados à atividade profissional.

Para o deslinde de questões pertinentes à EIRELI aplica-se, subsidiariamente, no que couber, o regramento das sociedades limitadas.

Vale lembrar que, nos termos do art. 44, inciso VI, do CC, a empresa individual de responsabilidade limitada é pessoa jurídica de direito privado, conquanto a normação não defina o registro público competente para seu registro.

Ressalte-se, com Fábio Bellote Gomes (*73 : 39*) que, integralizado o capital social, a EIRELI "permitirá ao seu titular, ainda que de forma indireta, exercer individualmente a atividade empresarial que constitui seu objeto, sem o risco de que o valor do passivo, que porventura venha a exceder ao valor do capital social integralizado, atinja o patrimônio de seu titular, excepcionadas, logicamente, aquelas hipóteses legais em que não subsistirá a limitação da responsabilidade, aplicáveis às sociedades limitadas e, pela regência supletiva, aplicáveis também à EIRELI".

2.7Regime peculiar regulador da insolvência

Ao empresário, quando insolvente, o direito nacional destina um regime jurídico próprio. Submete-o ao sistema falimentar. Contudo, este lhe confere a possibilidade de obter recuperação. Pode solucionar seu passivo obrigacional em condições mais vantajosas que aquelas proporcionadas ao devedor civil e, conforme o caso, até escapar do exercício negocial.

Só o devedor empresário incide em falência. Esta, como solução paritária universal dos débitos, é destinada, com exclusividade, para os que, singular ou coletivamente, exercem a empresa.[8] O devedor civil, nas mesmas condições, esta-rá sujeito à execução por quantia certa contra devedor insolvente, que nada mais é que o concurso de credores na esfera civil.

Melhor ou pior que a solução civil, dependendo da perspectiva sob a qual seja analisada, a alternativa falitária retrata, ainda que timidamente, a mínima preocupação do ordenamento positivo para preservar a empresa por meio das recuperações e abreviar a projeção socioeconômica dos indesejáveis efeitos de sua extinção.

2.8Registro obrigatório

O primeiro e um dos principais deveres do empresário é a oficialização de sua condição mediante a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis (RPEM). É obrigatória a inscrição, diz o art. 967 do CC, antes do início da atividade.

Nos termos do art. 968 do CC, no requerimento de inscrição o empresário deve declarar:

a)nome, nacionalidade, domicílio e estado civil (se casado, o regime de bens);

b)firma, com a respectiva assinatura autógrafa;

c)capital;

d)sede da empresa; e

e)objeto.

A LC nº 128/08 inclui um terceiro parágrafo no art. 968 do CC dispondo que, se eventualmente o empresário admitir sócios poderá solicitar à RPEM, a transformação de seu registro para sociedade empresária.

O art. 4º da Lei nº 12.470/11 aditou ao art. 968 do Código Civil, os §§ 4º e 5º dispondo que o processo de abertura, registro, alteração e baixa do microempreendedor individual de que trata o art. 18-A da LC nº 123/06, bem como qualquer exigência para o início de seu funcionamento, deverão ter trâmite especial e simplificado, preferentemente eletrônico, opcional para o empreendedor, na forma a ser disciplinada pelo Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – CGSIM.

Atrelada à letra do art. 4º do CCom. e, ainda, com base no art. 11 do Decreto nº 916, de 1890, que declarava facultativo o registro, a maioria dos comercialistas brasileiros consagrou como facultativa a matrícula na Junta Comercial, sem embargo das severas restrições que a legislação sempre estabeleceu para sua inobservância.

Deram vida ao empresário informal, olvidando-se de que o Decreto nº 916/ 1890 já não vigora e que a legislação subsequente não mais sustentou a facultatividade. Fosse a intenção do legislador e teria mantido a cláusula; ao contrário, suprimiu-a.

Sem desdouro quanto aos vigorosos argumentos expendidos em contrário, a verdade é que empresário é o regular, de direito, porque o chamado empresário de fato só é assim considerado para as consequências negativas da prática negocial, sem desfrutar de quaisquer privilégios inerentes àquela condição. Ou seja, é um empresário virtual em face da proteção legal; só é real para efeito de responsabilização patrimonial. Ficta para os direitos, sua existência só se patenteia para a assunção dos encargos que a prática irregular da empresa lhe acarreta. Exemplificando, para incorrer em falência, é empresário, mas, para obter a recuperação, não o é.

Vigora o princípio da regularidade do exercício empresarial. Quando o art. 967 do CC diz que o registro é obrigatório antes do início da atividade, está afirmando que a prática profissional da empresa só se caracteriza quando regular. O direito só a reconhece quando encetada conforme a lei.

Por isso, não é demasiado repisar que o registro não é mero complemento formal. No caso da sociedade empresária, a ausência de registro implica a não personificação jurídica, ou seja, a responsabilização pessoal, solidária e ilimitada dos sócios. No campo tributário, as

consequências são seríssimas, à medida que, impossibilitado de obter o CPF, o empresário informal não pode emitir nota fiscal nem duplicata, palmilhando o terreno delituoso da sonegação fiscal.

De toda forma, como a prática empresarial irregular, ainda que esporádica, é um fato, há que se enumerar seus efeitos.

- •não podendo ter a escrituração necessária ao exercício profissional revestida das formalidades legais, em caso de falência, incorrerá em crime falimentar;[9]
- •não poderá, nessa condição, requerer a falência de outro empresário, porque, ao cuidar da legitimação ativa para o pedido de falência, a LRE reclama sua regularidade (art. 97, § 1º);
- •não poderá obter recuperação;
- •não poderá contratar com o Poder Público porque não inscrito no CPF e no INSS;[10]
- •não poderá constituir microempresa.

Cumpre consignar que o registro é expressamente compulsório para agentes de leilões (leiloeiros), corretores de mercadorias e de navios, trapicheiros e administradores de armazéns gerais, avaliadores, tradutores e intérpretes mercantis e microempresas.

Não se conclua, entretanto, que o registro faz empresário quem, efetivamente, não atua. Não é isso. Com o arquivamento do ato constitutivo na Junta Comercial estabelece-se uma presunção relativa. Quer dizer, a mera inscrição não constitui, por si só, evidência segura de que o inscrito seja empresário.

Para resumir esse assunto, temos que não é empresário, para o efeito de exercício dos direitos inerentes a tal condição, quem não é registrado, mas não é suficiente que o seja. Nem o empresário irregular nem o empresário fictício. A prática profissional é imprescindível para converter em realidade a presunção gerada pelo registro. A qualidade de empresário é igual a exercício profissional da empresa + registro.

2.9Perda da qualidade empresarial

Além da morte (já que *mors omnia solvit*), perde-se a condição jurídica de empresário individual:

- •pela interdição;
- •pela falência;
- •pela desistência; e
- •pela revogação da autorização para o menor.

Claro que o interdito, reconhecido como incapaz por provimento judicial, não tendo condições de reger sua pessoa e administrar seus bens, não pode continuar como empresário em nome próprio, salvo quando representado ou assistido e, ainda assim, mediante autorização judicial.

No caso de falência, o empresário falido fica inabilitado para o exercício da empresa em nome próprio até a extinção de suas obrigações.

---

[1] O CCom. definia comerciante como aquele que pratica a mercancia, mas não definia mercancia. O CC de 2002 define empresário e empresa, aludindo ao primeiro como aquele que exerce profissionalmente a segunda, ou seja, atividade organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

[2] Lei nº 4.594/64.

[3] Lei nº 7.102/83.

[4] CARVALHO NETO (*32 : 175*) e CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. (*30, v. 1 : 119*).

[5] *Nemo audietur turpitudinem suam allegans.*

[6] Não é possível concordar com os que entendem tenha sido a proibição de comerciar meramente driblada pela possibilidade de ser sócio, sob o argumento de que o proibido pode, por meio da sociedade de que faz parte, praticar atos incompatíveis com sua função pública e seus encargos profissionais. Se tal distorção é possível, não é menos previsível que também possa fazê-lo, mesmo sem ser sócio de qualquer empresa, no exercício mesmo de sua própria função pública.

[7] A raiz da locução *profissão habitual* é o CCom. Francês de 1807.

[8] Há legislações que mantêm unicidade de regras regentes da insolvência. Para tais sistemas jurídicos, tanto faz a condição empresarial ou não do devedor, o procedimento liquidatório é o mesmo. A monovalência é adotada, por exemplo, na Alemanha, na Inglaterra e no Japão. Outras legislações, e entre elas a brasileira, cindem a disciplina da execução concursal em institutos distintos (bivalência), destinando a falência exclusivamente ao empresário, como disciplina jurídica excepcional. Portanto, o direito pátrio acolheu o critério restritivo na fixação da pertinência subjetiva passiva do processo de quebra.

[9] Art. 178 da LRE.

[10] Art. 28 da Lei nº 8.666/93. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em: (...) II. registro comercial, no caso de empresa individual; III. ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores.

3

Regime Empresarial Simplificado



3.1Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

Nos termos do art. 179 da CF, “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”.

A partir desse dispositivo do Texto Maior, a LC no 123/06, modificada pela LC nº 139/11 e, depois, pela LC nº 147/14, disciplina o tratamento excepcional, simplificado e favorecido, aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte, diferenciando-as, com base na receita bruta anual. Ambas são obrigatoriamente registradas. A microempresa (ME) é a pessoa jurídica ou empresa individual com receita bruta igual ou inferior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); a empresa de pequeno porte (EPP), com receita bruta superior à da microempresa e igual ou inferior a R$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais), em cada ano-calendário. Não há capital mínimo ou máximo para a constituição de microempresa.

Por receita bruta compreendem-se o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos. Em outras palavras, é toda a receita da empresa, seja derivada das operações habituais, seja de transação eventual. Estão incluídas asreceitas de vendas de mercadorias, de vendas de máquinas ou aparelhos do ativo permanente, e, também, ganhos de investimento de qualquer espécie.

No primeiro ano de atividade, os limites da receita bruta serão proporcionais ao número de meses em que a pessoa jurídica ou firma comercial individual tiver exercido atividade, inclusive as frações de mês.

Referidos valores serão atualizados pelo Poder Executivo com base na variação acumulada pelo IGP-DI, ou por índice oficial que venha a substituí-lo.

O enquadramento de firma comercial individual ou de pessoa jurídica em microempresa ou empresa de pequeno porte, bem como o seu desenquadramento, não implicará alteração, denúncia ou qualquer restrição em relação a contratos por elas anteriormente firmados.

A pessoa jurídica ou firma individual que preencha os seus requisitos de enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte, excetuadas as já enquadradas no regime jurídico anterior, comunicará esta situação à Junta Comercial, para fim de registro, definindo:

- a situação de microempresa ou de empresa de pequeno porte;
- nome e demais dados de identificação da empresa;
- a indicação do registro de firma comercial individual ou do arquivamento dos atos constitutivos da sociedade;
- a declaração do titular ou de todos os sócios de que o valor da receita bruta anual da empresa não excedeu, no ano anterior, o limite legal, e de que a empresa não se enquadra em qualquer das hipóteses de exclusão.

O arquivamento, no registro mercantil, dos atos constitutivos de firmas individuais e de sociedades que se enquadrarem como microempresa ou empresa de pequeno porte, bem como o arquivamento de suas alterações, é dispensado das seguintes exigências:

- certidão de inexistência de condenação criminal determinante de impedimento mercantil, exigida pelo inciso II do art. 37 da Lei nº 8.934/94, que será substituída por declaração do titular ou administrador, firmada sob as penas da lei, de não estar impedido de exercer atividade mercantil ou a administração de sociedade mercantil, em virtude de condenação criminal;
- prova de quitação, regularidade ou inexistência de débito referente a tributo ou contribuição de qualquer natureza, salvo no caso de extinção da empresa.

3.1.1Características gerais

Como nome empresarial, a microempresa utiliza razão social ou denominação mais a cláusula ME; a empresa de pequeno porte, a cláusula EPP.

A firma individual ou a pessoa jurídica que se enquadrar como microempresa ou empresa de pequeno porte, conquanto sem observância dos pressupostos legais, estará sujeita ao cancelamento*ex officio* de seu registro, ao cancelamento de incentivos de que tenha sido beneficiária e ao pagamento de multa de 20% sobre o valor corrigido de eventuais empréstimos obtidos em virtude daquela condição, sem prejuízo das sanções resultantes da tipificação de ilícitos penais.

Em arremate, o tratamento diversificado assegurado pela Constituição Federal à microempresa e à empresa de pequeno porte é, na realidade, um conjunto de favores fiscais, creditícios, trabalhistas e previdenciários tendentes a simplificar seu exercício e incrementar seu desenvolvimento. Pena que o estatuto da microempresa venha sendo progressivamente deformado por insistente "oficialização".

As ME e EPP dispõem de plano especial de recuperação judicial (arts. 70/72 da LRE).

No plano das contratações públicas, o Decreto nº 8.538/15 regulamenta o tratamento especial conferido às ME e EPP, nos procedimentos licitatórios promovidos pela administração pública federal, dispensando-as de apresentação de balanço patrimonial do último exercício e só lhes exigindo prova de regularidade fiscal para efeito de contratação, e não como requisito de participação no certame. Também lhes atribui preferência, como critério de desempate. Nas contratações de valor não excedente a R$ 80.000,00, órgãos e entidades federais deverão encetar licitação destinada exclusivamente à participação das ME e EPP.

Por fim, o Decreto nº 8.364/14 regulamenta o Fórum Permanente das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

3.1.2Simples Nacional

A pessoa jurídica enquadrada como ME ou EPP poderá optar pelo Simples Nacional (Regime Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas ME e EPP). Isso implica o pagamento mensal unificado do IRPJ, do PIS/PASEP, do Cofins, do IPI, CSLL, da CSS, do IOF, do ICMS e do ISS.

O enquadramento irregular no Simples acarreta o cancelamento do registro da empresa e torna obrigatório o recolhimento de todos os tributos

e encargos decorrentes da nova situação. Sem contar que o titular ou sócios incidem no delito de falsidade ideológica.

Além dos documentos reclamados pela legislação previdenciária e trabalhista, a microempresa e a empresa de pequeno porte ficam dispensadas de escrituração comercial, desde que mantenham, em boa ordem e guarda e enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes:

- Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária;
- Livro de Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário;
- todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração dos livros referidos nas alíneas anteriores.

Não poderá optar pelo Simples a pessoa jurídica:

- constituída sob a forma de sociedade por ações;
- instituição bancária, sociedade de crédito, financiamento e investimento, sociedade de crédito imobiliário, sociedade corretora de títulos, valores mobiliários e câmbio, distribuidora de títulos e valores mobiliários, empresa de arrendamento mercantil, cooperativa de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização e entidade de previdência privada aberta;
- que se dedique à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis;
- que tenha sócio estrangeiro, residente no exterior;
- de cujo capital participe entidade da administração pública, direta ou indireta, federal, estadual ou municipal;
- que seja filial, sucursal, agência ou representação, no país, de pessoa jurídica com sede no exterior;
- cujo titular ou sócio participe com mais de 10% do capital de outra empresa;
- de cujo capital participe, como sócio, outra pessoa jurídica;
- cuja receita decorrente da venda de bens importados seja superior a 50% de sua receita bruta total;
- que realize operações relativas a importação de produtos estrangeiros; locação ou administração de imóveis; armazenamento e depósito de produtos de terceiros; propaganda e publicidade, excluídos os veículos de comunicação; fatorial; prestação de serviço, vigilância, limpeza, conservação e locação de mão de obra;
- que preste serviços profissionais de advogado, professor, corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico,

psicólogo, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, auditor, contador, economista, consultor, administrador, programador, estatístico, analista de sistema, jornalista, publicitário, fisicultor e qualquer profissão cujo exercício exija, por lei, habilitação profissional;

•que participe do capital de outra pessoa jurídica, ressalvados os investimentos provenientes de incentivos fiscais efetuados antes da vigência da Lei nº 7.256/84;

•que tenha débito inscrito em dívida ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), cuja exigibilidade não esteja suspensa;

•cujo titular, ou sócio que participe de seu capital com mais de 10%, esteja inscrito em dívida ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), cuja exigibilidade não esteja suspensa;

•que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, salvo em relação aos eventos ocorridos antes da vigência da Lei nº 7.256/84;

•cujo titular, ou sócio com participação em seu capital superior a 10%, adquira bens ou realize gastos em valor incompatível com os rendimentos por ele declarados.

Excepcionalmente, podem optar pelo Simples os estabelecimentos de ensino fundamental, pré-escolas, creches, agências lotéricas, agências terceirizadas dos correios e centros de formação de condutores de veículos automotores.

A microempresa pode desempenhar, simultaneamente, diversas atividades mercantis, sem que isso signifique perda daquela condição, desde que sua receita bruta anual não extravase o limite legal. Também pode possuir mais de um estabelecimento.

A ME que, no ano-calendário, superar o limite de receita bruta de sua categoria torna-se, no ano-calendário seguinte, EPP. Se o excesso ocorrer nesta, fica excluída do regime diferenciado e favorecido. Também é possível ocorrer, conforme a receita bruta anual auferida, a reversão da EPP à condição de ME.

A opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica tipificada como ME ou EPP observará o disposto em regulamentação produzida pelo Comitê Gestor de Tributação.

A exclusão do Simples Nacional pode ocorrer de ofício ou mediante comunicação da empresa optante. Diversas hipóteses motivam a primeira modalidade de exclusão, sobretudo, a falta de comunicação de exclusão obrigatória, qualquer forma de resistência à fiscalização, infração da lei de regência, comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou

descaminho, falta de escrituração do livre-caixa etc. A exclusão por comunicação da empresa optante pode decorrer de opção ou por estar incursa nas causas legais de exclusão obrigatória.

O principal efeito da exclusão é a sujeição da empresa às normas tributárias aplicáveis às outras pessoas jurídicas.

Por outro lado, estabelece expressamente a limitação da responsabilidade do empresário enquadrado como ME ou EPP, ressalvando os casos de responsabilidade integral: desvio de finalidade, confusão patrimonial e encargos trabalhistas.

Consideram-se isentos do Imposto de Renda, na fonte e na declaração de ajuste do beneficiário, os valores efetivamente pagos ao titular ou sócio da microempresa ou da empresa de pequeno porte, salvo os que corresponderem a *pro labore*, aluguéis ou serviços prestados.

Adite-se que a Súmula nº 184 do STJ isenta de imposto de renda a microempresa de representação comercial.

3.1.3Aspectos trabalhistas

No âmbito trabalhista (arts. 60, 74, 135, § 2º, 162, 168, 429, § 1º, e 628 da CLT), as microempresas são dispensadas das seguintes obrigações:

- •fixação do quadro de horário de trabalho no estabelecimento;
- •anotação de férias nos livros ou fichas de registro de empregados;
- •comunicação prévia para a prorrogação da jornada de trabalho;
- •realização de exame médico para admissão de empregados;
- •inspeção prévia para início de atividade industrial;
- •manutenção do livro de inspeção do trabalho;
- •matrícula obrigatória de empregados menores em cursos.

Isso não quer dizer que a microempresa fique dispensada de preservar aqueles documentos essenciais ao exercício mercantil como fichas de registro de empregados, recibos de salário, folhas de pagamento, guias de recolhimento do FGTS etc. Também precisa recolher a contribuição sindical e preencher a Relação Anual de Informações Sociais (Rais) e apresentar o Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (Caged).

Deverá promover as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social de seus empregados e arquivar todos os documentos demonstrativos de cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, enquanto tais obrigações não prescreverem.

3.2Microempreendedor individual

Entende-se por microempreendedor individual (MEI), contemplado no art. 966 do CC, aquele empresário singular que atenda, cumulativamente, às seguintes condições:

- tenha auferido receita bruta acumulada no ano-calendário anterior de até R$ 60.000,00 (sessenta mil reais);
- seja optante pelo Simples Nacional;
- exerça tão somente atividades constantes do Anexo Único da Resolução GSN 58/09;
- possua um único estabelecimento;
- não participe de outra empresa como titular, sócio ou administrador; e
- contrate apenas um empregado, que receba exclusivamente 1 (um) salário mínimo ou o piso salarial da categoria profissional.

Saliente-se que no ano de adesão, no começo de suas atividades, o limite da receita bruta exigida será de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) multiplicados pelo número de meses e frações de meses até o encerramento do ano-calendário pertinente.

O microempreendedor individual (MEI) poderá optar pelo Sistema de Recolhimento em Valores Fixos Mensais dos Tributos abrangidos pelo Simples Nacional (SIMEI).

O MEI não poderá realizar cessão ou locação de mão de obra, ressalvadas a prestação de serviços de hidráulica, eletricidade, pintura, carpintaria, alvenaria, manutenção e reparo de veículos.

Equiparado ao consumidor, o MEI conta com a proteção e a defesa do CDC.

3.3Redesim

A Redesim, de âmbito nacional, tem por fito a simplificação do registro e da legalização de empresas e negócios. De fato, trata-se de um sistema integrado que enseja a abertura, baixa, alteração e legalização de empresas nas Juntas Comerciais, caracterizando-se por reduzir os burocráticos procedimentos pertinentes, mediante a unificação dos atos de registros de dados empresariais.

Administrada por um Comitê Gestor, presidido pelo Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, compõe-se de órgãos e entidades, federais (por determinação legal) estaduais e municipais, mediante consórcio.

Criada pela Lei nº 11.598/07, pretende incorporar o processo de registro e legalização de empresários e pessoas jurídicas, bem como articular competências, compatibilizando e integrando procedimentos, de modo a minimizar e, se possível, editar a duplicidade de imposições e formalidades.

Exemplificando, nos termos do art. 5º do citado diploma, "para os fins de registro e legalização de empresários e pessoas jurídicas, os requisitos de segurança sanitária, controle ambiental e prevenção contra incêndios, deverão ser simplificados, racionalizados e uniformizados pelos órgãos e entidades que componham a Redesim, no âmbito das respectivas competências".

A LC nº 147/14 incluiu na Lei da Redesim o art. 7º-A, cujo teor é o seguinte: "O registro dos atos constitutivos, de suas alterações e extinções (baixas), referentes a empresários e pessoas jurídicas em qualquer órgão dos 3 (três) âmbitos de governo, ocorrerá independentemente da regularidade de obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas, principais ou acessórias, do empresário, da sociedade, dos sócios, dos administradores ou de empresas de que participe, sem prejuízo das responsabilidades do empresário, dos titulares, dos sócios ou dos administradores por tais obrigações, apuradas antes ou após o ato de extinção".

Claro que a baixa não obsta que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados impostos, contribuições e respectivas penalidades, decorrentes da simples falta de recolhimento ou da prática comprovada e apurada em processo administrativo ou judicial, de outras irregularidades praticadas pelos empresários ou por seus titulares, sócios ou administradores. O pedido de baixa de atos constitutivos importa responsabilidade solidária dos titulares, sócios e administradores do período de ocorrência dos fatos geradores.

A caracterização da Redesim como núcleo integrador para orientação, registro e legalização de empresários e pessoas jurídicas, promovendo a integração dos serviços pertinentes, fica explicitada pelas Centrais de Atendimento Empresarial (Fácil) que devem funcionar nos Municípios e Estados aderentes, compostas por dois núcleos: um de orientação e informação, e outro de índole operacional.

Poderão integrar as Centrais, na condição de parceiras, as entidades representativas do setor empresarial, sobretudo das microempresas e empresas de pequeno porte, bem como outras entidades civis de apoio e orientação empresarial.

Os usuários da Redesim poderão obter informações, orientação e acesso a dados de registro, inscrição, alteração e baixa de empresários, via Internet ou de forma presencial.

3.4Sociedade de propósito específico

As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional poderão operar nos mercados nacional e internacional, por meio de sociedade de propósito específico (SPE). Contudo, não poderão participar simultaneamente de mais de uma empresa desse tipo.

A sociedade de propósito específico devidamente inscrita no RPEM, constituída sob a forma de sociedade limitada, tem por objetivos:

- comprar bens para revenda às microempresas ou empresas de pequeno porte que sejam suas sócias;
- vender bens adquiridos das microempresas e empresas de pequeno porte que sejam suas sócias para pessoas jurídicas que não sejam suas sócias;
- exercer atividades de promoção dos bens aludidos;
- exportar, exclusivamente, bens a ela destinados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que dela façam parte.

Saliente-se que a SPE não pode resultar de desmembramento de outra pessoa jurídica ocorrido no quinquênio anterior à sua constituição.

Predita empresária está sujeita à escrituração dos livros Diário e Razão, pagando o imposto de renda de pessoa jurídica com base nos seus lucros reais. Os valores pertinentes ao Cofins e PIS/Pasep serão apurados de modo não cumulativo.

À sociedade de propósito específico são impostas diversas restrições. Assim, não pode:

- exercitar as atividades também vedadas às microempresas e empresas de pequeno porte;
- participar do capital social de outra pessoa jurídica;
- ser filial, sucursal, agência ou representação, no Brasil, de pessoa jurídica com sede no exterior;
- ser constituída sob a forma de cooperativas, inclusive de consumo; e
- exercer atividades próprias de instituições financeiras de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar.

A inobservância dessas proibições poderá, conforme o caso, acarretar a responsabilidade solidária das microempresas ou empresas de pequeno porte que a integram.

4

Registro



4.1Noção

Empresar ou empresariar, é uma atividade que envolve a fruição de direitos e a assunção de obrigações. Por isso, o empresário deve cumprir pontualmente determinadas obrigações legais inerentes ao exercício regular de sua profissão. Além dos encargos de natureza fiscal, trabalhista e previdenciária, precisa:

- •registrar na Junta Comercial todos os documentos reclamados pela legislação;
- •manter escrituração empresarial regular atualizada; e
- •levantar balanço geral anual do ativo e do passivo de seu(s) estabele cimento(s).

O art. 967 do CC consigna a obrigatoriedade de inscrição, junto ao Registro Público de Empresas Mercantis (RPEM), antes do início da atividade empresarial. A instituição de sucursal, filial ou agência em local sujeito à jurisdição de outro RPEM não dispensa nova inscrição, com a prova da original.

Para o empresário rural, o registro é facultativo (art. 971 do CC), mas se o fizer receberá tratamento legal idêntico àquele dispensado ao empresário sujeito a registro.

A norma do art. 970 do CC, cumprindo imperativo constitucional, consagra tratamento favorecido, diferenciado e simplificado tanto ao empresário rural como ao pequeno empresário, no que se refere ao registro e seus efeitos.

4.2Registro de empresas

Compete privativamente à União legislar sobre direito comercial (art. 22, I, da CF) e registros públicos (art. 22, XXV, da CF).

Pelo art. 24, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre (III) juntas comerciais. A competência da União é limitada ao estabelecimento de normas gerais (§ 1º), não excluindo a competência suplementar dos Estados-membros (§ 2º). Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão competência legislativa plena (§ 3º), para atender a suas peculiaridades, mas a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (§ 4º).

O art. 36 da Lei nº 8.934/94 dispõe sobre a obrigação de todos os empresários de inscreverem seus atos constitutivos no registro de empresas.[1] Aludido registro é oficial, administrativo. Compreende um complexo de atos criados e regidos por lei, atribuídos a órgãos oficiais.

Consoante Ripert (*135 : 88*):

> "*Le registre du commerce est un registre administratif, tenu au greffe du tribunal de commerce, qui est destiné à dénombrere les commerçants et les societés commerciales* établies *dans le ressort du tribunal et à donner aux intéressés, qui en demandent des extraits, des renseignements utiles sur l'état et la capacité des commerçants*".

Cumpre, desde logo, pontificar que as atribuições do RPEM (arquivamento, registro e autenticação) devem limitar-se ao exame de compatibilidade dos documentos que arquiva, no tocante às formalidades legais, bem como verificar se neles figuram cláusulas adversas à ordem pública e aos bons costumes. A Junta Comercial, que nos Estados-membros da Federação exerce as funções do RPEM, não é órgão judiciário.

Sobre as Juntas Comerciais, escreveu Waldemar Ferreira (*62 : 1.257*):

> "simplesmente têm função administrativa em referência ao registro, para autenticar e dar publicidade aos contratos de sociedades comerciais, só podendo proibir o registro dos que ofenderem os interesses da ordem pública e os bons costumes; mas, em todo caso, não é da atribuição de tais Juntas, para efeito de recusa do registro, entrar na indagação de direito sobre a natureza das cláusulas, por envolver este fato discussão contenciosa e inoportuna e ser de competência dos tribunais judiciários".

No Brasil, os serviços do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins são exercidos pelo Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis (Sinrem), composto pelos seguintes órgãos:

- Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI), órgão central, com funções técnicas de supervisão, orientação, coordenação e normação, além de assistência supletiva no plano administrativo; e
- Juntas Comerciais, como órgãos estaduais, com funções de execução e administração dos serviços de registro, subordinadas

administrativamente ao governo do Estado-membro e, tecnicamente, ao DREI.

O Registro Público de Empresas Mercantis existe para:

a)dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas;

b)cadastrar as empresas nacionais e estrangeiras em funcionamento no país e manter atualizadas as informações pertinentes;

c)proceder à matrícula dos agentes auxiliares das empresas, bem como a seu cancelamento.

4.2.1Composição da Junta Comercial

A estrutura básica de uma Junta Comercial é integrada pelos seguintes órgãos:

- •Presidência, como órgão diretivo e representativo;
- •Plenário, como órgão deliberativo superior;
- •Turmas, como órgãos deliberativos inferiores;
- •Secretaria-Geral, como órgão administrativo;
- •Procuradoria, como órgão de fiscalização e de consulta jurídica.

As Juntas Comerciais poderão manter uma Assessoria Técnica, constituída por bacharéis em Direito, Economia, Contabilidade ou Administração de Empresas, para preparar e relatar os documentos a serem submetidos a sua deliberação.

O Plenário, composto de vogais e respectivos suplentes, será constituído pelo mínimo de 11 (onze) e o máximo de 23 (vinte e três) vogais, nomeados, no Distrito Federal, pelo Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, e nos Estados, pelos governos dessas circunscrições, entre brasileiros que satisfaçam às seguintes condições:[2]

- •estejam em pleno gozo dos direitos civis e políticos;
- •não estejam condenados por crime cuja pena vede o acesso a cargo, emprego e funções públicas, ou por crime de prevaricação, falimentar, corrupção, concussão, peculato, contra a propriedade, a fé pública e a economia popular;
- •sejam, ou tenham sido, por mais de cinco anos, titulares de firma individual, sócios ou administradores de sociedade, valendo como prova, para esse fim, certidão expedida pela Junta Comercial;
- •estejam quites com o serviço militar e o serviço eleitoral.[3]

4.2.2Atribuições da Junta Comercial

Para a consecução de suas finalidades uma Junta Comercial matricula, arquiva, autentica, assenta e publica. É o cartório das empresas. Exerce as funções do registro do comércio no respectivo Estado-membro da Federação.

Resumindo, a atividade da Junta Comercial pode ser traduzida por cinco verbos: *matricular, arquivar, autenticar, assentar* e *publicar.* Com efeito, matricula leiloeiros, intérpretes comerciais, tradutores públicos, trapicheiros e administradores de armazéns gerais; arquiva documentos de empresários e sociedades empresárias; autentica os instrumentos de escrituração mercantil; assenta usos e costumes comerciais; e publica os atos de registro mercantil.

4.2.3Proibido arquivar

Essa breve notícia do registro mercantil demanda, no mínimo, a menção de seu conteúdo. Mais fácil que elencar o que pode ser arquivado é relacionar tudo aquilo que não pode ser arquivado na Junta Comercial. Além, é óbvio, daqueles documentos em desacordo com as normas legais e regulamentares, a Lei nº 8.934/94 obsta o arquivamento dos que contiverem matéria contrária aos bons costumes ou à ordem pública, bem como os que colidirem com o respectivo estatuto ou contrato não modificado anteriormente.

Também assim, dos atos de constituição ou alteração de empresas em que figure, como titular ou administrador, pessoa condenada pela prática de crime, cuja pena vede o acesso à atividade empresarial.

Outrossim, não podem ser arquivados:

- atos constitutivos de empresas que não designarem o respectivo capital, bem como a declaração precisa de seu objeto;
- prorrogação do contrato social, depois de findo o prazo nele fixado, no caso de sociedade com prazo determinado de duração;
- alteração contratual, por deliberação majoritária do capital social, se houver cláusula restritiva;
- contratos sociais (e suas alterações) em que haja incorporação de imóveis à sociedade, por instrumento particular, quando do instrumento não constarem os dados identificadores e, bem assim, a outorga uxória ou marital, quando necessária; e
- atos constitutivos e/ou alterações de sociedades empresárias dependentes de autorização governamental, ainda não autorizadas.

Os documentos pertinentes às empresas deverão ser apresentados a arquivamento na Junta, dentro de 30 (trinta) dias contados de sua assinatura, a cuja data retroagirão os efeitos do arquivamento. Fora desse prazo, o arquivamento só terá eficácia a partir do despacho que o conceder.

4.2.4Modificação de atos constitutivos

Qualquer modificação dos atos constitutivos arquivados na Junta Comercial dependerá de instrumento específico de alteração de firma individual ou alteração contratual, no caso das sociedades de pessoas; ata da assembleia-geral para as sociedades por ações.

As alterações contratuais deverão, obrigatoriamente, conter a qualificação completa dos sócios e da sociedade no preâmbulo do instrumento. Havendo alteração do objeto social, este deverá ser transcrito em sua totalidade.

As modificações contratuais ou estatutárias poderão ser efetivadas por escritura pública ou particular, independentemente da forma adotada no ato constitutivo.

4.2.5Controle da escrituração

Cabe, também, às Juntas Comerciais, manter o controle dos instrumentos de escrituração autenticados, por meio de sistemas de registro próprios, devendo conter os seguintes dados:

- nome empresarial;
- número de identificação no registro de empresas (Nire);
- número de ordem, finalidade e data de autenticação do instrumento de escrituração;
- assinaturas dos autenticadores, para eventuais averiguações ou confrontos.

A autenticação de instrumentos de escrituração, pela Junta ou por autoridade pública delegada, independe da apresentação de outros anteriormente autenticados. A Junta Comercial não tem qualquer responsabilidade pelos fatos e atos escriturados nos documentos autenticados.

O procedimento de autenticação tem por finalidade comprovar o arquivamento de documentos de firma individual, sociedade empresária, cooperativa, consórcio e grupo de sociedades. Deve ser nítido, inviolável e seguro. É feito por termo, e contém, no mínimo, o seguinte:

- identificação na Junta Comercial;

•data do deferimento;
•número do registro; e
•assinatura do secretário-geral.

4.2.6Publicidade dos atos

A prova da publicidade de atos societários, quando exigida em lei, será feita mediante anotação nos registros da Junta Comercial à vista da apresentação da folha do *Diário Oficial*, ou do jornal onde foi feita a publicação, dispensada a juntada da mencionada folha.[4]

A certidão dos atos de constituição e de alteração de sociedades empresárias, passada pelas Juntas Comerciais em que foram arquivados, será o documento hábil para a transferência, por transcrição no registro público competente, dos bens com que o subscritor tiver contribuído para a formação ou aumento do capital social.

O conteúdo do Registro Público de Empresas Mercantis pode ser consultado por qualquer pessoa, sem necessidade de provar interesse.[5] Podem ser objeto de consulta quaisquer assentamentos existentes nas Juntas Comerciais. Também é possível obter as respectivas certidões, mediante pagamento do preço devido.

4.2.7Matrícula

Nos termos da Instrução Normativa DREI nº 17/13, as empresas de armazéns gerais, as companhias de docas e os trapiches matriculam seus administradores mediante a apresentação de documentos pertinentes à empresa (inclusive autorização do Governo Federal para emitir conhecimento de depósito e *warrant*) e ao administrador ou trapicheiro (certidões negativas criminais). O cancelamento da matrícula pode ocorrer por mero requerimento (cientificada a empresa), substituição, interdição ou falecimento do interessado, bem como por extinção da empresa.

Pela mesma Instrução, a matrícula do leiloeiro depende da prestação de caução em valor arbitrado pela Junta Comercial e da assinatura de termo de compromisso. Função personalíssima, a de leiloeiro (agente de leilões), só pode ser delegada a preposto (mandatário), em caráter excepcional (moléstia ou impedimento), após prévia indicação à Junta Comercial. A idade mínima para o exercício da profissão é de 25 anos.

Já o ofício de tradutor público/intérprete comercial depende de nomeação e matrícula pela Junta Comercial, de brasileiro, maior de 21 anos, aprovado em concurso público de provas (escrita e oral).

4.2.8Outros deveres

Entre os principais deveres empresariais alinham-se a matrícula no INSS e a inscrição estadual.

Nos termos da Lei nº 8.212/91 e da Instrução Normativa RFB nº 971/09, a empresa deve se matricular no INSS, sob pena de multa. Se a omissão de informações visar a supressão ou redução tributária, o infrator incidirá em crime contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90).

O número de inscrição no INSS (o mesmo do CNPJ) destina-se ao recolhimento da contribuição previdenciária patronal dos descontos sobre a remuneração de serviçais, para a prestação de informações e para a obtenção de certidão negativa de débitos.

A matrícula é obrigatória também para o titular ou os sócios da empresa, tendo em vista que devem recolher contribuição previdenciária. A falta de inscrição do empregador segurado acarreta multa.

As secretarias estaduais de fazenda mantêm cadastros de contribuintes do ICMS, com o fito de registrar empresas que promovem a circulação de mercadorias ou prestação de serviços de comunicação e transporte interestadual ou intermunicipal. Por isso, desde o início das atividades até a extinção, a empresa deve estar inscrita nesse cadastro, sob pena de multa. A ME e o produtor rural estão isentos da taxa de inscrição.

No tocante ao estabelecimento empresarial, a licença de localização (mediante alvará), a inscrição no cadastro mobiliário de contribuintes, licença de publicidade (conforme o caso) também integram o elenco de deveres empresariais.

---

[1] Regulamentado pelo Decreto nº 1.800/96.

[2] Qualquer pessoa poderá representar para a autoridade competente contra a nomeação de vogal ou suplente, no prazo de 15 dias, contados da data da posse, desde que o faça fundamentadamente.

[3] São incompatíveis para a participação no Colégio de Vogais da mesma Junta Comercial os parentes consanguíneos e afins até o segundo grau e os sócios da mesma empresa.

[4] Art. 54 da Lei nº 8.934/94.

[5] Art. 29 da Lei nº 8.934/94.

5

Escrituração



5.1Obrigação de manter escrituração

O empresário e a sociedade empresária, exceto o pequeno empresário, estão obrigados a:

- seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a respectiva documentação (art. 1.179 do CC);
- ter os livros necessários para esse fim devidamente autenticados (art. 1.181 do CC);
- conservar sob sua guarda toda a escrituração, correspondência e demais papéis pertencentes ao giro de sua atividade, enquanto não prescreverem as ações que lhes sejam relativas (art. 1.194 do CC); e
- levantar, anualmente, o balanço patrimonial e o de resultado econômico (art. 1.179 do CC).

Nos termos do art. 1.183 do CC, a escritura deve ser feita em idioma e moeda corrente nacionais. Deve observar forma contábil, cronológica, sem lacunas, intervalos, borrões, rasuras, emendas ou transportes para as margens.

A escrituração é a radiografia da empresa. Por isso, a lei impõe ao empresário o dever de manter escrituração em ordem. É de seu próprio interesse, seja para atender os ditames legais, seja para propiciar a fiscalização tributária, seja para a eventualidade de fazer prova em juízo.

Não se perca de vista que o próprio crédito público, sobre o qual se assentam as atividades econômicas, impõe a necessidade da escrituração, razão pela qual sua falta é indício de instabilidade, má organização e, em algumas hipóteses, até mesmo má-fé. Afinal, a exigência legal da manutenção de registros contábeis não objetiva só o empresário, mas, sobretudo, terceiros que com ele entabulam negócios.

Como lapidarmente explica Waldemar Ferreira (*64, v. 1 : 360*):

> "Não se compreende, portanto, comerciante sem contabilidade. Esta é essencial. Dela é que lhe advém o pleno conhecimento de sua situação patrimonial. É por via das contas, como observou o criador da contabilidade, que o comerciante *perviene alla notizia di tutte le sue faccende; conosce facilmente per quello se le sue vanno bene o male; perchè il proverbio dice: chi fa la mercanzia e non la conosca i suoi denari diventan mosca.* Se o que a não tem em forma mercantil e ordem cronológica se desguarnece de provas, que ela em seu benefício produz, também perde o governo de seus negócios, tanto vale desconhecê-los pronta e seguramente. Riscos corre ele, ademais, em caso de infortúnio falimentar, pela possibilidade de incorrer na pena de falência culposa ou fraudulenta."

Nesse passo, impende colocar que o empresário não é, diretamente, punido pela mera inexistência de livros comerciais. Entretanto, eventualmente, decretada sua falência, que é condição de punibilidade, e apurado que não possui os livros obrigatórios, está configurado o delito previsto no art. 178 da LRE. Cuida-se de crime de perigo contra o comércio, de mera conduta.

5.2Sistemas

Está embutida nos arts. 1.179 e 1.180 do CC a faculdade de manter sistema contábil mecanizado ou eletrônico.

A Instrução Normativa DREI nº 11/13, que regula a matéria, admite que a escrituração das empresas seja feita mediante a utilização de um dos seguintes sistemas:

- livros, em papel;
- conjunto de fichas ou folhas soltas;
- conjunto de fichas ou folhas contínuas;
- microfichas geradas por meio de microfilmagem de saída direta do computador (COM); ou
- livros digitais.

5.3Instrumentos obrigatórios

Sem prejuízo de livros específicos reclamados pela legislação, o livro Diário (que pode ser substituído por fichas) é indispensável.

O Diário é o registro histórico da atividade negocial. Nele, o empresário é obrigado

> "a lançar com individuação e clareza todas as suas operações de comércio, letras e outros quaisquer papéis de crédito que passar, aceitar, afiançar ou endossar, e

em geral tudo quanto receber e despender de sua ou alheia conta, seja por que título for, sendo suficiente que as parcelas de despesas domésticas se lancem englobadas na data em que forem extraídas da caixa. Os comerciantes varejistas deverão lançar diariamente no Diário a soma total das suas vendas a dinheiro, e, em assento separado, a soma total das vendas fiadas no mesmo dia" (*64, v. 1 : 361*).

A rigor, o Diário é o único livro empresarial obrigatório, onde são lançadas, diariamente, por escrita direta ou reprodução, todas as operações pertinentes ao exercício da empresa, inclusive o balanço patrimonial e o de resultado econômico, ambos subscritos por contabilista habilitado e pelo empresário ou representante da sociedade empresária.

O § 1º do art. 1.184 do CC permite a escrituração resumida do Diário, com totais não excedentes de 30 dias, em relação a contas cujas operações sejam numerosas ou realizadas fora da sede do estabelecimento. Mas, para tanto, devem ser utilizados livros auxiliares (autenticados, é claro) para registro individualizado, preservados os respectivos documentos para verificação.

O art. 1.185 do CC admite a substituição do Diário pelo livro de Balancetes Diários e Balanços para quem adotar o sistema de fichas de lançamentos. Este registrará (art. 1.186) a posição diária das contas ou títulos contábeis, pelo respectivo saldo, em forma de balancetes diários. Também os balanços patrimonial e de resultado econômico, no final do exercício.

Pelo art. 19 da Lei nº 5.474/68, a adoção do regime de vendas com prazo superior a 30 (trinta) dias obriga o vendedor a ter e a escriturar o Livro de Registro de Duplicatas.

Nele, serão escrituradas, cronologicamente, todas as duplicatas emitidas, com o número de ordem, data e valor das faturas originárias e data de sua expedição; nome e domicílio do comprador; anotações das reformas; prorrogações e outras circunstâncias necessárias.

O Registro de Duplicata, que não poderá conter emendas, borrões, rasuras ou entrelinhas, deverá ser conservado no próprio estabelecimento. Nada obsta a que o Registro de Duplicatas seja substituído por qualquer sistema mecanizado, desde que os requisitos mencionados sejam observados.

Conforme as características de cada empresário, outros instrumentos de escrituração são exigidos, *v. g.*, para os corretores de navios, armazéns-gerais, tradutores públicos etc.

Além desses, a legislação fiscal determina a escrituração de outros livros, conforme a atividade econômica do estabelecimento. Para esse fim,

os estabelecimentos industriais, os atacadistas, os varejistas e os que mantêm atividade enquadrada no regime de pagamento de imposto por estimativa deverão adotar os seguintes livros:

- •Registro de Entradas;
- •Registro de Saídas;
- •Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências;
- •Registro de Inventário; e
- •Registro de Apuração do ICMS.

No caso dos estabelecimentos industriais, também os de Controle da Produção e do Estoque, e o de Apuração do IPI. Também os atacadistas deverão possuir o livro de controle de produção e do estoque. A escrituração do livro de registro de apuração do ICMS é facultativa no caso de contribuinte enquadrado no sistema de pagamento de imposto por estimativa, embora aquele empresário deva mantê-lo.

Referidos livros serão apresentados para autenticação do órgão fiscal, com os termos de abertura e encerramento preenchidos e assinados, como condição de validade de seu registro, comprovado pelo visto da repartição aludida.

Para a substituição de livros fiscais, o titular da empresa deverá participar, por escrito, ao chefe do Posto Fiscal local, as razões que justificam o fato, para decisão em 30 (trinta) dias, mediante notificação, com prazo de formalização.

Para as sociedades anônimas, por causa de sua estruturação complexa, o art. 100 da Lei nº 6.404/76 reclama a escrituração dos livros (substituíveis por registros mecanizados ou microfichas):

- •Registro de Ações Nominativas;
- •Transferências de Ações Nominativas;
- •Registro de Partes Beneficiárias Nominativas;
- •Transferência de Partes Beneficiárias Nominativas;
- •Atas das Assembleias-Gerais;
- •Presença dos Acionistas;
- •Atas das Reuniões do Conselho de Administração;
- •Atas das Reuniões da Diretoria; e
- •Atas e Pareceres do Conselho Fiscal.

Do elenco dos livros fiscais federais fazem parte os pertinentes ao IPI, ao Registro de Empregados (Lei nº 10.243/01 e portarias MTE nº 3.626/91 e 41/07) e às inspeções do Ministério do Trabalho.

Estaduais são os livros fiscais relativos ao ICMS; municipais os pertinentes ao ISS (serviços prestados, registro e utilização de documentos

fiscais e registro de entrada de serviços ou nota fiscal de entrada de serviços).

5.4Exibição administrativa

A escrituração não serve apenas para o controle endógeno da atividade empresarial. Presta-se, também, para a ciência de terceiros interessados e da fiscalização pública, ou seja, seu controle exógeno.

Daí, a legislação tributária assegurar aos agentes fiscais e previdenciários (arts. 195 do CTN e 33, § 1º, da Lei nº 8.212/91) o direito de exigir a exibição administrativa dos livros, inexistindo o sigilo em relação ao Fisco. Nos precisos dizeres da Súmula nº 439 do STF, "estão sujeitos à fiscalização tributária, ou previdenciária, quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação".

O art. 1.193 do CC deixa bem claro que as restrições estabelecidas ao exame da escrituração, total ou parcial, não se aplicam às autoridades fazendárias, no exercício da fiscalização do pagamento de impostos.

Ocorrendo extravio, deterioração ou destruição de qualquer instrumento de escrituração, a empresa fará publicar, em jornal de grande circulação do local de seu estabelecimento, aviso concernente ao fato, e deste fará minuciosa informação, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, à Junta Comercial de sua jurisdição.

5.5Exibição judicial da escrituração

O empresário é dono de sua escrituração e responde por ela. De conseguinte, tem o direito de guardá-la e, bem assim, o de não revelar seu conteúdo a outrem, senão nas hipóteses determinadas em lei. Nela estão inscritos os "traços das ope-rações", sua história profissional e de seus negócios. É justo que a mantenha sob reserva, justificando-se essa precaução, "em virtude do aumento da livre concorrência, da complexidade da vida comercial, do desenvolvimento do crédito, e ainda por exigência implícita de terceiros" (*30, v. 2 : 222*).

O sigilo da escrituração é, em princípio, mais que um direito, uma obrigação do empresário. O art. 1.190 do CC determina que, exceto nos casos expressos em lei, nenhuma autoridade, mesmo judiciária, sob qualquer pretexto, poderá fazer ou determinar diligência para verificar se o empresário ou a sociedade observam em sua contabilidade as formalidades legais.

Como já se disse, o segredo é a alma do negócio. A inviolabilidade da escrituração, não custa lembrar, embora relativa, é preventiva da concorrência desleal. Por outro lado, cada empresário desenvolve seus próprios métodos, cuja revelação pode, conforme as circunstâncias, carrear-lhe indesejável prejuízo.

Certamente, o sigilo não é absoluto. A necessidade de garantir os direitos de participação e fiscalização dos sócios impõe a possibilidade de sua quebra, internamente, no âmbito da sociedade empresária, com maior raio de abertura nas sociedades de pessoas e transparência mitigada nas de capitais. O controle exógeno da escrituração empresarial é uma imposição de um controle maior, o de compatibilização da empresa com os ditames constitucionais reguladores da ordem econômica e de seus objetivos.

Restringindo a postura liberal do legislador de 1850, a Lei das Sociedades por Ações (art. 105) reza que a exibição plena dos livros da companhia pode ser ordenada judicialmente sempre que, em requerimento de acionistas representativos de, pelo menos, cinco por cento do capital social, sejam apontados atos violadores da lei ou do estatuto, ou haja fundada suspeita de irregularidades graves atribuídas a qualquer dos órgãos da companhia.

Vê-se, pois, que, com maior ou menor amplitude, no âmbito da sociedade, o sigilo da escrituração pode ser desfeito, validamente, em circunstâncias especiais, ligadas seja ao interesse societário-comunitário, seja ao interesse público.

Sob a perspectiva externa, os interesses superiores consubstanciados na realização da Justiça são razões mais do que suficientes para aconselhar o desnudamento da escrituração empresarial, em determinadas circunstâncias. Precisamente em virtude de seu conteúdo e valor quase testemunhal, a escrituração pode ser decisivo meio de prova. Daí que pode ser objeto de exame, se necessário.

Com efeito, variado elenco de situações e a própria finalidade do processo, como instrumento para o deslinde justo das pendências, justificam, à saciedade, que, excepcionalmente, seja a escrituração desvendada em juízo, integral ou parcialmente, conforme o caso.

A exibição judicial (total ou parcial) dos instrumentos de escrituração empresarial tem seu processo regulado no CPC e no CC, conquanto a jurisprudência revele a tendência de não prodigalizá-la, em atenção aos motivos já expostos. Pela Súmula nº 260, o STF limita o exame dos livros comerciais, em ação judicial, às transações entre os litigantes.

A exibição integral da escrituração só pode ser autorizada pelo juiz quando necessária para resolver questões relativas à sucessão, comunhão

ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem ou, ainda, em caso de falência. É a letra do art. 1.191 do CC que, nos §§ 1º e 2º, alinhava, ensejando ao órgão judiciário, em face de ação ou pedido cautelar, ordenar o exame, em presença do empresário ou da sociedade empresária, de seus livros, ainda que, estando em outra jurisdição, nela se faça o exame em presença do respectivo juiz.

Se o juiz determinar que a parte exiba documento ou coisa que se ache em seu poder, não admitirá a recusa se o requerido tiver obrigação legal de exibir, podendo determinar sua apreensão; se o requerido aludiu ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova; ou se o documento, por seu conteúdo, for comum às partes. Com efeito, serão admitidos como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se o requerido não efetuar a exibição ou se a recusa for ilegítima. A matéria é regida pelos arts. 399 e 400 do CPC.

O juiz pode ordenar, a requerimento da parte, a exibição integral dos livros e dos documentos do arquivo na liquidação de sociedade, na sucessão por morte de sócio. De ofício, pode ordenar à parte a exibição parcial dos livros e documentos, extraindo-se deles a suma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas (arts. 420 e 421 do CPC).

A regra é que os livros da empresa provam sempre contra seu autor, embora seja lícito ao empresário demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos. Se preencherem os requisitos exigidos por lei, os livros provam também a favor de seu autor, no litígio entre empresários (arts. 417 e 418 do CPC).

Observe que a escrituração contábil é indivisível: se dos fatos que resultam dos lançamentos uns são favoráveis ao interesse de seu autor e outros lhe são contrários, ambos serão considerados em conjunto como unidade (art. 419 do CPC).

5.6Balanços

Todos os que exercem a atividade empresarial estão obrigados, anualmente, à formação de balanço patrimonial e balanço de resultado econômico.

Pelo art. 1.188 do CC, o balanço patrimonial deve ser o retrato fiel da situação real da empresa, indicando com clareza, distintamente, seu ativo e passivo. Já o balanço de resultado econômico ou demonstração da conta de lucros e perdas acompanhará o balanço patrimonial e dele constarão crédito e débito, na forma da lei especial (art. 1.189).

Referido balanço deverá compreender todos os bens de raiz móveis e semoventes, mercadorias, dinheiros, papéis de crédito, e outra qualquer espécie de valores, e bem assim todas as dívidas e obrigações passivas; e será datado e assinado pelo empresário a quem pertencer.

Semestral para as instituições financeiras e anual para os demais empresários, é um diagnóstico preciso do andamento dos negócios e condição elementar para a obtenção de favores legais, entre os quais o da recuperação.

5.7Outros documentos essenciais

Além da contabilidade, o empresário está obrigado a obter outros documentos essenciais para o exercício da empresa.

Alguns são gerais, como o laudo de vistoria e a liberação do estabelecimento pelo Corpo de Bombeiros e o certificado de aprovação das instalações do estabelecimento, após inspeção prévia da Delegacia Regional do Trabalho, antes do início das atividades da empresa ou quando se verificarem modificações substanciais nas suas instalações e equipamentos (CLT, art. 160; Lei nº 6.514/77). Esses documentos objetivam assegurar que o estabelecimento empresarial está apto à prevenção de acidentes, de doenças do trabalho, e da ocorrência de incêndio e pânico. Sem eles, o estabelecimento pode ser interditado, além das multas pertinentes.

A autorização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) é obrigatória para o funcionamento das empresas que comercializam medicamentos (farmácias e drogarias), cosméticos, materiais médico-hospitalares, odontológicos, hemoterápicos, de diagnóstico laboratorial, imunobiológicos, órgãos e tecidos para transplantes, produtos radioativos para diagnóstico e terapia, cigarros e outros fumígeros e, bem assim, quaisquer produtos obtidos por engenharia genética ou submetidos a fontes de radiação (Lei nº 9.782/99 e Resolução Anvisa 238/01).

Empresas que desempenham atividades potencialmente poluidoras ou lidam com produtos perigosos ao meio ambiente e, bem assim, subprodutos da fauna e da flora, dependem de licenciamento do Ibama ou autorização específica de órgãos florestais estaduais (Lei nº 6.938/81 e Lei nº 10.165/01). Trata-se do certificado de cadastramento técnico.

Empresas voltadas à prestação de serviços de segurança privada devem possuir licença de funcionamento emitida pela Polícia Federal (Decretos nº 89.056/83 e 1.592/95).

6

Nome Empresarial



6.1Noção

Se o nome civil significa a pessoa natural, como símbolo singularizador, o nome empresarial significa o empresário. O nome empresarial individualiza e assinala a espécie de responsabilidade patrimonial do empresário ou sociedade empresária. Todo empresário assina documentos, sob um nome empresarial, que constitui sua firma, a distingui-lo de outrem. É a designação pela qual é conhecido.

Philomeno José da Costa, com a clareza habitual, assinala a importância do nome no campo da concorrência econômica, salientando que "sua atividade pode criar uma aura de crédito, que é algo mais do que a própria materialidade do enunciado do nome. É o renome. O nome comercial sob este prisma apresenta a boa-fama do sujeito mercantil de direito". Acrescenta que "o nome comercial exerce (obrigatoriamente) função subjetiva no primeiro caso" e que "exerce (facultativamente) função objetiva no segundo".[1]

O direito brasileiro adotou o sistema suíço para regulamentar o nome empresarial. Caracteriza-o, formalmente, o princípio da regulamentação, pelo qual o nome tem sua proteção jurídica condicionada ao registro, que se faz na Junta Comercial.[2] Em termos substanciais vige o princípio da veracidade,[3] ou seja, o nome deve indicar quem realmente exerce o comércio, com clareza, quem responde pelos encargos sociais.[4]

A alteração do nome empresarial pode ser voluntária ou obrigatória, ou vinculada. Neste último caso, determinada pela retirada, exclusão ou morte de sócio cujo nome constava da firma, ou ainda, pela alienação do estabelecimento. Tanto a firma como a denominação serão alteradas em caso de transformação da sociedade ou de lesão a direito de outrem.

Há duas espécies de nome empresarial:

•firma; e

•denominação.

Firma individual é o nome usado pelo empresário individual. *Firma social ou razão social* designa a sociedade contratual, quer dizer, a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comandita simples e, em caráter opcional, a sociedade limitada e a comandita por ações. A *denominação* é o nome da sociedade anônima ou companhia e, também em caráter opcional, da sociedade limitada e da comandita por ações.

6.2Firma

A firma é constituída pelo nome civil do empresário, nada impedindo que seja abreviado ou, ainda, acrescido de elemento distintivo. Assim, o nome empresarial do livreiro Elias Rosa poderá ser seu patronímico ou a abreviatura "E. Rosa", ou, ainda, "Elias Rosa – Livreiro". Se já existir nome idêntico, cabe adotar designação mais precisa de sua pessoa ou atividade, por exemplo, "Elias Rosa – Livreiro Jurídico".

É bom aditar, com Carvalho de Mendonça (*30, v. 2 : 167*), que

> "A firma do comerciante singular gira em círculo mais estreito que o nome civil, pois designa simplesmente o sujeito que exerce a profissão mercantil. Existe essa separação abstrata, embora os dois nomes se apliquem à mesma individualidade. Se, em sentido particular, uma é o desenvolvimento da outra, é, porém, o mesmo homem que vive ao mesmo tempo a vida civil e a vida comercial."

O sistema da veracidade adotado no Brasil obsta à adoção de pseudônimo ou de denominação. Não valem, pois, os apelidos (Tico, Sinhô, Cuca etc.) e os hipocorísticos (Chico por Francisco, Tonico por Antonio, Zé por José, Tião por Sebastião etc.). É que o pseudônimo e o hipocorístico ocultam o nome, quando o propósito é precisamente o contrário, isto é, fazer coincidir nome civil e nome empresarial, no interesse de terceiros.

Pelo princípio da novidade, não poderão coexistir, na mesma unidade federativa (estado-membro), dois nomes empresariais semelhantes ou idênticos. Se a firma ou a razão social que se pretende adotar for idêntica ou semelhante a outra já registrada, deverá ser modificada e aditada de designação distintiva.

6.3Nome da sociedade empresária

A sociedade empresária, conforme o tipo societário, pode ter uma razão social ou uma denominação.

A sociedade em nome coletivo, se não individualizar todos os sócios, deverá conter o nome de pelo menos um deles, acrescido do aditivo *e companhia*, abreviado ou por extenso. O aditivo *e companhia* poderá ser substituído por expressão equivalente, tal como *e filhos* ou *e irmãos*, entre outras. Os nomes dos sócios poderão figurar de forma completa ou abreviada, admitida a supressão de nomes. Havendo mais de um patronímico, um deles não poderá ser abreviado ou suprimido.

Exemplos: Fernanda Pimenta & Irmãos

Vitor Fazzio e Cia.

João Miranda e Magalhães

Carlos Rodrigues, eletrodomésticos.

No caso das sociedades em comandita simples, o nome empresarial deve-rá ostentar o nome de pelo menos um dos sócios comanditados, com o aditivo *e companhia* por extenso ou abreviado.

As sociedades limitadas podem optar entre a razão social e a denominação, sempre com a posposição do vocábulo *limitada*, abreviadamente ou por extenso. Se adotada a razão social, dela deverá constar o nome de, pelo menos, um dos sócios.

Exemplos: Guilherme Fazzio e Cia. Limitada.

Empreendimentos Redcloud Ltda.

As sociedades anônimas terão, compulsoriamente, uma denominação, com a palavra *sociedade anônima* abreviada ou não, no início, meio ou final – ou – a palavra *companhia* abreviada ou não, no início ou no meio, agregando ou não o ramo de negócio. A expressão *sociedade anônima* pode ser anteposta ou posposta.

Exemplos: Indústrias Gutierrez S.A.

Companhia Nacional de Estamparia.

Sociedade Anônima Cometa.

A adoção de nome civil em denominação social será tratada como expressão de fantasia. Há a presunção relativa de que há específica autorização de seu titular ou de seus herdeiros para a inclusão.

As sociedades em comandita por ações só terão nome empresarial contendo o nome de um ou mais sócios diretores ou gerentes, com o aditivo *e companhia*, por extenso ou abreviado, com o adjuntivo *comandita por ações*, por extenso ou abreviado.

O nome empresarial não poderá conter palavras ou expressões que indiquem atividade não prevista no objeto social da empresa. Também, não serão objeto de registro os nomes empresariais que incluam ou reproduzam,

em sua composição, siglas ou denominações de órgãos públicos da administração direta ou indireta e de organismos internacionais.

6.4Proteção do nome empresarial

É letra do art. 5º, inciso XXIX, da CF que

> "a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país".

Como se vê, os nomes de empresas estão entre aqueles direitos amparados na predita norma constitucional de eficácia relativa complementável. A norma que completa o Texto Maior, na matéria, é o Código de Propriedade Industrial, e este nada diz a respeito.

Assim, enquanto os demais direitos de propriedade industrial são adquiridos pelo registro no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), o nome de empresa está dispensado daquela formalidade. Seja no plano da concorrência internacional, seja no plano econômico interno, referida dispensa não atende à parte final do dispositivo constitucional referido, porque milita contra *o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.*[5]

O Decreto nº 1.800/96, regulamentador da Lei nº 8.934/94 (Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins), estabelece, nos arts. 61 e 62, as seguintes normas de proteção ao nome empresarial:

- a proteção decorre, automaticamente, do arquivamento, nas Juntas Comerciais, da declaração de firma individual, do ato constitutivo de sociedade ou de alterações desses atos que impliquem mudança de nome;
- a proteção circunscreve-se à unidade federativa de jurisdição da Junta Comercial que procedeu ao arquivamento;
- a proteção poderá ser estendida a outras unidades da federação, a requerimento da empresa interessada, observada instrução normativa do Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI);
- expirado o prazo da sociedade celebrada por tempo determinado, esta perderá a proteção de seu nome empresarial;
- o nome empresarial atenderá aos princípios da veracidade e da novidade e identificará, quando assim o exigir a lei, o tipo jurídico da sociedade;

•havendo indicação de atividades econômicas no nome empresarial, essas deverão estar contidas no objeto da firma individual ou sociedade;

•não poderá haver colidência por identidade ou semelhança do nome empresarial com outro já protegido;

•ao DNRC, por meio de instruções normativas, compete estabelecer critérios para verificação da existência de identidade ou semelhança entre nomes empresariais.

A matéria está regulamentada pela Instrução Normativa nº 15/13, do DREI.

6.5Exclusividade

O empresário, portanto, tem direito ao uso exclusivo do nome pelo tão só fato da inscrição na Junta Comercial. A proteção ao nome empresarial decorre, simplesmente, do registro, sem necessidade de outras formalidades. O art. 8º da Convenção de Paris sobre a propriedade industrial prevê a proteção ao nome empresarial, dispensando o registro no INPI.

Realmente, a Junta Comercial não pode arquivar os atos de empresas com nome idêntico ou semelhante a outro já existente. Aqui, haverá *identidade* de nomes quando homógrafos; quando homófonos, o caso será de *semelhança.*

Se, eventualmente, a Junta Comercial, omitindo dever legal de diligência na verificação da existência de nome idêntico ou semelhante, ensejar a ocorrência de litígio sobre a exclusividade, certamente responderá judicialmente pela conduta omissiva.

Gize-se que o direito da exclusividade do nome deriva do princípio da novidade, conforme o qual devem ser prevenidos o engano e a confusão, bem como a concorrência desleal, desnecessário pois que se trate de nomes idênticos; é suficiente, pois, a mera possibilidade de induzir a erro ou equívoco, para que se não registre o nome empresarial.

É bom ponderar que a proteção ao nome empresarial não é absoluta, pois visa, apenas, diante da semelhança ou identidade de nomes de competidores, prevenir prejuízos para quem detém o registro.[6]

Como já decidiu a Suprema Corte, o direito ao uso exclusivo do nome não está sujeito a registro no INPI e surge, simplesmente, com a constituição jurídica da sociedade, por meio do arquivamento de seus atos constitutivos no Registro de Empresas Mercantis. No caso de firmas com a

mesma denominação e objeto social semelhante, deve prevalecer o registro do nome comercial feito com anterioridade.[7]

Por exemplo, apresentando-se entre duas pessoas jurídicas enganosa semelhança de nomes, de forma que provoque confusão na identidade de cada uma delas, e estando ambas exercendo atividades dentro de uma mesma área, em decorrência do desvirtuamento de atuação de uma delas, aquela que se desviou, invadindo o campo de ação da outra, causando-lhe prejuízos, tendo tido seu registro feito posteriormente, deverá abster-se do uso do nome.[8]

Vale lembrar que a Instrução Normativa nº 15/13, do DREI (art. 8º), ao estabelecer critérios para análise de identidade e semelhança dos nomes empresariais, determina considerá-los por inteiro, ressalvadas as expressões de fantasia incomuns, caso em que serão analisadas isoladamente. Isso não significa, porém, que a apropriação parcial do nome seja irrelevante. Por isso,

> "não importa que a apropriação se dê apenas de parte do nome, porque abrange, exatamente a sigla principal, donde a conclusão de concorrência desleal dado abuso para a captação de clientela; não se podendo dizer, senão, que houve invasão na esfera patrimonial alheia".[9]

6.6Concorrência

Para a proteção do nome empresarial, afigura-se irrelevante o elemento concorrência, como ainda despicienda a eventual coincidência dos ramos de atividade. Para Pontes de Miranda, a concorrência desleal é apenas uma consequência extrema da confundibilidade.

Como lembra Newton Silveira (*150 : 21*), o nome representa também um direito cuja proteção não fica restrita ao ramo de atividade, por implicar a própria identificação do empresário em suas relações negociais e de crédito, nunca se limitando ao aspecto concorrencial.

Projetando a própria identidade da empresa, o nome empresarial influencia incisivamente o público consumidor, tornando-a imediatamente conhecida, bem assim a seus produtos e serviços.

É correta a explicação de Cerqueira (*36 : 1.162*):

> "O que a lei visa a proteger, portanto, através da proteção do nome comercial, é a própria atividade da empresa, considerada como o complexo de meios idôneos, materiais e imateriais, pelos quais o comerciante explora determinada espécie de comércio. Entre esses meios imateriais compreende-se o elemento moral, a que no início nos referimos, isto é, o crédito, a reputação, a preferência e o favor do público, o renome do estabelecimento e a notoriedade dos produtos... Esse

> complexo de elementos que formam a reputação do comerciante, do estabelecimento e dos produtos, assegurando a probabilidade de se conservar a clientela habitual e de atrair novos compradores, é obra do tempo, do esforço diligente do comerciante, da honestidade de seus métodos de comércio, da qualidade e seleção de seus produtos, e, também, do favor público, constituindo, no dizer de Carvalho de Mendonça, o índice da prosperidade e da potência do estabelecimento comercial."

Não é imprescindível que o conflito onomástico se verifique entre pessoas físicas ou jurídicas que exercitam atividades idênticas, semelhantes, relativas ou afins.[10]

Ainda aqui, vale reportar o ensinamento de Pontes de Miranda (*127, v. 16 : 231*):

> "Ninguém ignora a força atrativa ou repulsiva – hoje potenciada pelos veículos de comunicação de massa – exercida por termo preponderante de difundido nome comercial. Basta pensar-se em que muitos artigos são preferidos, não pela marca de fábrica, ou por algum outro sinal distintivo, inclusive o título de estabelecimento, mas pelo nome do comerciante individual, ou da pessoa jurídica."

6.7Alienabilidade do nome

Com respeito à alienabilidade do nome empresarial, vigente o princípio da veracidade, é claro que, em se tratando de firma ou razão social, a alienação não será possível, se tais nomes são construídos sobre os patronímicos dos sócios. No que se refere à denominação, nada impede seja transmitida a outrem, seja como elemento integrante da empresa, seja de forma autônoma.

Quanto às sociedades de pessoas, o que se permite é que a nova razão social contenha a declaração *sucessor* seguida da antiga firma.

6.8Perda do nome

Nos termos do art. 59, da Lei nº 8.934/94, expirado o prazo da sociedade celebrada por tempo determinado, esta perderá a proteção de seu nome empresarial.

Pelo art. 60 da lei supracitada, a firma individual ou a sociedade que não proceder a qualquer arquivamento no período de 10 anos consecutivos deverá comunicar à Junta Comercial que deseja manter-se em funcionamento. Na ausência dessa comunicação, a empresa será notificada pela Junta Comercial, diretamente ou mediante edital. Mantendo-se omissa,

será considerada inativa, promovendo a Junta Comercial o cancelamento do registro, com a perda automática da proteção ao nome empresarial.

Extingue-se o nome empresarial pela cessação do comércio (por qualquer causa), pela liquidação (no caso da sociedade empresária) ou pela transformação societária.

6.9Nome e marca

São coisas diferentes marca e nome. Nem se confundem. A primeira refere-se a produtos, mercadorias e serviços. O nome identifica a pessoa jurídica, firma individual ou sociedade empresária.

É o que se tem decidido. Assim,

> "não há confundir-se marca e nome comercial. A primeira, cujo registro é feito junto ao INPI, destina-se a identificar produtos, mercadorias e serviços. O nome comercial, por seu turno, identifica a própria empresa, sendo bastante para legitimá-lo e protegê-lo, em âmbito nacional e internacional, o arquivamento dos atos constitutivos no Registro do Comércio. Sobre eventual conflito entre uma e outro, tem incidência, por raciocínio integrativo, o princípio da especificidade, corolário do nosso direito marcário. Fundamental assim, a determinação dos ramos de atividade das empresas litigantes. Se distintos, de molde a não importar confusão, nada obsta, possam conviver concomitantemente no universo mercantil".[11]

---

[1] *RT* 465/47.

[2] Lei nº 8.934/94. Art. 33. "A proteção ao nome empresarial decorre automaticamente do arquivamento dos atos constitutivos de firma individual e de sociedades, ou de suas alterações."

[3] Lei nº 8.934/94. Art. 34. "O nome empresarial obedecerá aos princípios da veracidade e da novidade."

[4] Carvalho de Mendonça noticia que, antes do Decreto nº 916, de 1890, vigorava no Brasil o sistema anglo-americano, que confere plena liberdade na escolha da razão comercial, permitindo a existência de firmas fictícias e o uso indevido de firma social por empresários singulares (*30, v. 2 : 159*).

[5] A dispensa remonta à União de Paris (1883). Fazemos coro ao magistério de Philomeno J. da Costa (*48 : 100*) ao afirmar: "Essa dispensa revela-se na verdade injustificada e é prejudicial aos países em via de industrialização, porque naqueles industrializados os seus registros são via de regra anteriores àqueles mais novos, resultante de industrialização mais recente. Criou-se de fato um privilégio para os países industrializados, porque eles aparecem antes daqueles não industrializados no mundo da técnica, a grande reclamadora contra a concorrência desleal: quando em país em desenvolvimento se cria um nome comercial, para que a empresa se dedique, por exemplo, à exportação de máquinas, no caso de

semelhança do seu nome com aquele já existente no estrangeiro, for-çará a modificação, ajudando o oligopólio das empresas já existentes nesse país não desenvolvido."

[6] STF – RE nº 115.820-4 – 1º T. – Rel. Min. Sydney Sanches (*RT* 696/257).

[7] *JSTJ* 30/162.

[8] TJSP – Ap. nº 97.166-1 – 8º C. – Rel. Des. Arthur de Godoy (*RT* 647/69).

[9] *RT* 723/308.

[10] Cf. LEONARDOS, Luiz (*85 : 31*).

[11] *RT* 685/188.

7

Estabelecimento Empresarial



7.1Conceito

O que não falta são conceitos de estabelecimento comercial, mercantil ou empresarial:

Para Oscar Barreto Filho (*13 : 75*):

> "O estabelecimento comercial é um complexo de bens, materiais e imateriais que constituem o instrumento utilizado pelo comerciante para a exploração de determinada atividade mercantil."

Já, para Sylvio Marcondes Machado (*93 : 318*):

> "Estabelecimento comercial designa o complexo de meios idôneos, materiais ou imateriais pelos quais o comerciante explora determinada espécie de comércio."

Economicamente, o estabelecimento empresarial resulta da congregação de capital, trabalho e organização. Por isso, J. G. Renault, citado por Buzaid (*26 : 243*), contempla-o como uma organização em vista de uma exploração lucrativa, lembrando que os bens e valores reunidos no fundo de comércio não se apresentam como coisas desconexas, mas como um conjunto bem organizado.

O estabelecimento do empresário (fundo de comércio,[1] *azienda*, *goodwill of a trade*) é o conjunto de bens (materiais e imateriais) e serviços, organizados pelo empresário, para a atividade da empresa. Ou melhor, é o complexo dos elementos que congrega e organiza, tendo em vista obter êxito em sua profissão.

Se a unidade complexa de coisas destina-se a um fim conforme a vontade do legislador, estamos diante de uma universalidade de direito (*universitas juris*). No entanto, se a destinação é determinada pela vontade de seu dono, trata-se de uma universalidade de fato (*universitas rerum* ou*universitas facti*).

Ora, se o estabelecimento é, como quer o Código Civil (art. 1.142), "todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário ou por sociedade empresária", nenhuma dúvida pode pairar sobre sua natureza jurídica. É uma universalidade de fato, *"il complesso dei beni organizzati per l'esercicio dell' impresa".*

Realmente, ninguém discute mais a natureza jurídica do estabelecimento empresarial. É uma*universalidade de fato*, porque conjunto de coisas distintas, com individualidade própria, que se fundem num todo, pela vontade de seu titular. São fatores autônomos que ganham valor patrimonial pelo fato de estarem ligados e organizados, finalisticamente. Em outras palavras, o estabelecimento do empresário transcende à soma dos bens que o compõem, constituindo-se bem móvel incorpóreo, objeto de direitos e suscetível de negociação.

Versando o tema, disse Eugène Courbis que o estabelecimento é uma universalidade de fato porque

> "*comprend tous les éléments qui concourent, suivant le commerce exercé, aux besoins de son exploitation, à as destination unique, mais avec la faculté de détacher partie de ces éléments par la volonté contraire de l'exploitant. [...] Universalité enfin; indépendant des éléments qui la composent puisque le commerçant peut les engager tous valablement sand dessainssiment par cela seul que l'ensemble lui même est engagé*".[2]

O art. 1.143, também do CC, estatui que "pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com sua natureza".

É uma pluralidade de coisas homogêneas e heterogêneas que, embora preservando sua autonomia funcional, são unificadas mercê de valoração subjetiva (feita por seu proprietário) ou objetiva (reconhecida pelo Direito).

E o estabelecimento sendo uma universalidade de fato, segundo Oscar Barreto Filho (*13 : 107*):

- •tem existência real e não meramente fictícia;
- •é criado pela vontade do homem, de mo do mediato reconhecido pela lei como unidade;
- •é constituído unicamente de bens materiais ou imateriais, não compreendendo relações jurídicas ativas ou passivas dos títulos.

É viável a penhora do faturamento obtido pela empresa no estabelecimento?

Na execução, nada impede a constrição judicial sobre o faturamento de empresa, pois se a lei permite a penhora do próprio estabelecimento comercial ou concede ao credor o usufruto da própria empresa, com maior razão há de se admitir a penhora de parte do faturamento.

Consoante o art. 866 do CPC, se o executado não tiver outros bens penhoráveis, ou se estes forem de difícil alienação ou insuficientes para fazer frente ao crédito executado, o juiz poderá ordenar a penhora de percentual de faturamento da empresa.

Outrossim, por força do art. 862 do estatuto instrumental, se a penhora recair sobre o estabelecimento empresarial, o juiz nomeará administrador-depositário que deverá oferecer, em 10 dias, o plano de administração.

Enfim, a penhora do estabelecimento somente será determinada se inexistir outro meio eficaz para a satisfação do crédito executado (art. 865 do CPC).

7.2Composição

O estabelecimento engloba apenas elementos do ativo do empresário, ou seja, seus bens materiais e imateriais.

Seus bens materiais compreendem coisas corpóreas imóveis e móveis, a saber:

•imóveis: depósitos, edifícios, terrenos, armazéns etc.;
•móveis: utensílios, veículos, mobiliário, mercadorias, máquinas etc.

Os bens imateriais compreendem coisas incorpóreas, a saber:

•sinais distinti vos: nome; título do estabelecimento; as marcas de indústria, de comércio e de serviço;
•os privilé gios industriais, as patentes de invenção, os modelos e desenhos industriais;
•as obras literárias, artísticas ou científicas;
•o ponto e o direito à renovação judicial do contrato de locação;
•os serviços de pessoal; e
•clientela e sua proteção contra a concorrência desleal.

Desses bens, cumpre examinar alguns com mais cuidado, pela relevância que ostentam no estabelecimento.

7.3Sinais distintivos

Os sinais distintivos têm por alvo identificar o empresário, seu estabelecimento e seus produtos. Assim, o empresário, pessoa física ou jurídica, tem um sinal distintivo que o identifica no exercício profissional e sob o qual assume obrigações: o nome empresarial.

Não se deve, entretanto, confundir o nome do empresário ou da sociedade com a designação de seu estabelecimento. O título do

estabelecimento (nome de fantasia) singulariza uma universalidade de fato e não a pessoa física ou jurídica. Assim, Casa Portuguesa, título do estabelecimento do empresário Manuel Madeira & Cia.

Também os produtos ou mercadorias têm sinais distintivos: as marcas de indústria, comércio e serviços.

7.4Título do estabelecimento e insígnia

O título é a designação (nome de fantasia) pela qual é conhecido o estabelecimento. Não se confunde com o nome empresarial, que identifica o empresário. Cotejando-os, temos que este diz respeito à pessoa, ao dono do estabelecimento, enquanto aquele diz respeito ao estabelecimento.

Sua composição não está, por isso, vinculada à nominação empresarial. Exemplificando, o nome empresarial pode ser "Vitor Mendes e Cia. Ltda.", para designar a sociedade proprietária de um restaurante, cujo título do estabelecimento pode ser "Massa Italiana". Nada impede, porém, que se utilize da firma, razão social ou denominação como título do estabelecimento.

A insígnia é a representação gráfica do título, sua expressão figurativa.

Como elemento do fundo de comércio, o título do estabelecimento também traduz valor patrimonial, nada obstando a sua alienação, independentemente da venda do estabelecimento, desde que não seja composto pelo patronímico do empresário ou dos sócios, vigente, nessa matéria, o princípio da veracidade.

O atual Código de Propriedade Industrial não oferece proteção expressa ao título do estabelecimento, o que não impede o empresário de promover a responsabilidade civil de quem, comprovadamente, mediante o ardil de usurpar o título de seu estabelecimento, desvia irregularmente sua clientela.

Com efeito, a empresa que adota como nome de fantasia expressão ou signo peculiar, evidenciando inequívoco intento de que sirva para singularizá-la perante a generalidade dos consumidores, à medida que utiliza predita expressão legitimamente, como sinal externo distintivo, tem o direito de obstar a que outra empresa, que milite no mesmo ramo empresarial, como tal a utilize.

Contudo, a questão não é tão singela e, na prática, pode suscitar soluções diversas. De qualquer forma, é imprescindível que o empresário pretensamente lesado pelo uso, por outrem, de título similar ao de seu estabelecimento, comprove o prejuízo de que é alvo, se pretender ressarcimento.

7.5Ponto de negócio

Não basta dizer, simplesmente, que o ponto é o local onde se localiza a empresa. Não é só isso. É o local qualificado pelo fato de lá situar-se a empresa. O ponto surge em decorrência da atividade exercida no estabelecimento, colocando à disposição dos consumidores as mercadorias de que, eventualmente, necessitam. Em suma, a empresa dota determinado imóvel de um atributo que este, antes, não possuía, transforma-o, acrescentando-lhe o valor imaterial do fundo de empresa.

Tanto pelas facilidades que oferece como pela aptidão para atrair freguesia, o estabelecimento é fator essencial para a obtenção de bons resultados, razão pela qual ostenta considerável valor patrimonial.

É intuitivo que, às vezes, a perda do ponto comercial acarreta a perda do próprio empreendimento.

Por isso, se locatário, o empresário desfruta de especial proteção legislativa para conservar o ponto. Essa tutela exterioriza-se pelo direito de obter renovação do contrato de locação do imóvel ou pela percepção de uma indenização. É que, sem dúvida, haveria injustificado locupletamento do locador, se, retomando o imóvel, pudesse instalar-se com estabelecimento e desfrutar da freguesia gerada pelo locatário. Também não se justificaria se o locador se beneficiasse com alugueres maiores precisamente como decorrência da valorização produzida pelo locatário. E, também ainda, não teria qualquer sentido permitir que as condições de locação ficassem ao alvedrio incondicionado do locatário, como uma espécie de usucapião oblíquo em decorrência do exercício da empresa.

Cumpre acrescentar que a legislação municipal estabelece as condições necessárias para o regular funcionamento do estabelecimento. Por isso, para exercer atividades, posto que lícitas, em determinado imóvel, é indispensável a obtenção prévia de licença de localização e funcionamento, expressa em alvará.

Do desatendimento podem advir sanções decorrentes do exercício do poder de polícia. Entenda-se, por exemplo, a lacração do estabelecimento.

7.6Renovatória de locação

Deve ser dito, de início, que não se cogita de proteger uma eventual propriedade empresarial, nem de se preservar um direito real sobre coisa alheia. O direito à renovação tutela o próprio aviamento. O empresário não detém livre disponibilidade do imóvel que loca.

Pelo autorizado magistério de Alfredo Buzaid (*26 : 93*), na renovação da locação comercial solucionada por sentença judicial é possível surpreender vários aspectos ou várias questões:

> "Do ponto de vista subjetivo, há continuidade na pessoa do locador, sendo este proprietário e enquanto mantiver essa qualidade; o locatário terá sempre que contratar com tal locador, que é certo e permanente; o locador poderá, todavia, querer contratar com outro inquilino. Ao locador fica, pois, reservado o direito de escolha, diversamente da condição do inquilino, que só pode contratar com o senhorio. Se isso é o que ocorre normalmente na formação do contrato pela espontânea manifestação dos interessados, não é o mesmo que se dá em juízo na renovação da locação, pois o locador não tem o direito de escolha de novo inquilino, ficando sujeito a continuar com o originário, salvo o caso de melhor oferta de terceiro. O locador não é livre de contratar com quem quiser, mas só com a pessoa indicada expressamente na lei: o primitivo inquilino, o sucessor, o herdeiro ou terceiro. Não qualquer terceiro, eleito livremente pelo locador, mas o terceiro que tem melhor oferta, mesmo que o locador o não conheça, desde que o aceite.
>
> Ainda do ponto de vista subjetivo, ao direito do locatário à renovação do arrendamento corresponde, por parte do locador, uma obrigação de contratar. Não se trata, porém, de uma obrigação decorrente de vontade livre e espontaneamente assumida no contrato, mas sim de obrigação imposta pela lei, a que o contratante não pode esquivar-se senão em certos casos e sob certas condições. O inadimplemento da obrigação de contratar não se resolve, como no comum dos casos, em composição de perdas e danos; ao contrário, se o locador se recusa a cumprir a obrigação, o juiz poderá renovar o contrato de locação, com, sem ou contra a vontade do locador. É o contrato imposto."

Indo mais longe, o que se tem é a superação de uma contradição. De um lado, o direito à retomada, fundada no direito de propriedade, que ampara o locador. Do outro, o direito à renovatória, que a lei faculta ao locatário-empresário, sob certas condições, para proteger o fundo de comércio e o ponto, prevenindo os lucros cessantes derivados da interrupção da atividade e da necessidade de deslocar o estabelecimento.

7.6.1Requisitos para renovação

A Lei nº 8.245/91 (art. 51) assegura o direito à renovação do contrato de locação ao empresário que explora o mesmo ramo de atividade econômica por, no mínimo, três anos consecutivos, em imóvel locado por prazo determinado mínimo de cinco anos, computadas renovações sucessivas.

A renovação compulsória (se impossível a amigável) se concretizará mediante ação renovatória, que deverá ser ajuizada pelo empresário locatário, no prazo decadencial[3] que compreende o período de um ano, no máximo, a seis meses, no mínimo, imediatamente anteriores ao término do contrato em vigor. O prazo é, pois, insuscetível de interrupção, suspensão ou dilação, levando à extinção do direito não exercido nele.[4]

Para a contagem do prazo, reza a Lei nº 810/49:

> "Art. 1º Considera-se ano o período de doze meses contados do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte.
>
> Art. 2º Considera-se mês o período de tempo contado do dia do início ao dia correspondente do mês seguinte.
>
> Art. 3º Quando no ano ou mês do vencimento não houver o dia correspondente ao do início do prazo, este findará no primeiro dia subsequente."

Pelo art. 71, sem prejuízo dos demais requisitos exigidos no art. 319 do CPC, a petição inicial da ação renovatória deverá ser instruída com:

- prova do preenchimento dos requisitos que autorizam a renovação;
- prova do exato cumprimento do contrato em curso;
- prova da quitação dos impostos e taxas que incidiram sobre o imóvel cujo pagamento lhe incumbia;
- indicação clara e precisa das condições oferecidas para a renovação da locação;
- indicação de fiador quando houver no contrato a renovar e, quando não for o mesmo, com indicação do nome ou denominação completa, número de sua inscrição no CNPJ, endereço e, tratando-se de pessoa natural, a nacionalidade, o estado civil, a profissão e o número da carteira de identidade, comprovando, em qualquer caso e desde logo, a idoneidade financeira;
- prova de que o fiador do contrato ou o que o substituir na renovação aceita os encargos da fiança, autorizado por seu cônjuge, se casado for;
- prova, quando for o caso, de ser cessionário ou sucessor, em virtude de título oponível ao proprietário.[5]

O prazo do novo contrato, prorrogado por conta de ação renovatória, deve ser fixado na mesma base da avença anterior. A soma dos prazos dos diversos contratos sucessivos, ou seja, a *accessio temporis*, é admitida apenas para facultar ao locatário o uso da renovatória.[6]

Ocorrendo a soma de dois ou mais contratos ininterruptos para obtenção do prazo legal autorizador da ação renovatória, o prazo da prorrogação judicial da locação deve ser igual ao do último contrato, observado o limite máximo de cinco anos. Esse entendimento é o que

melhor preserva a vontade das partes, porque, se locador e locatário concordaram em limitar o prazo do último contrato, não deve o juiz arbitrar prazo maior, contra essa vontade expressa, na prorrogação forçada.[7]

Por outro lado, é admissível a soma dos prazos de contratos escritos para o efeito da *accessio temporis*, ainda que com pequeno interregno[8] não coberto por contrato escrito, desde que comprovada a continuidade do vínculo locatício entre as partes.[9]

Não é necessário que o contrato a renovar esteja registrado, nem que esteja registrada a prorrogação do contrato anterior, determinada em ação renovatória.[10]

7.6.2Alternativas do locador

É induvidoso que a proteção legal conferida ao ponto de negócio não pode sobrepujar o direito constitucional de propriedade que respalda o locador. Por isso, a lei garante algumas alternativas ao locador, proporcionando-lhe o exercício do direito de recusa, em determinadas circunstâncias. Delas ocupa-se o art. 52 da lei em tela.[11]

O locador não estará obrigado a renovar o contrato se, por determinação do Poder Público, tiver que realizar no imóvel obras que importem em sua transformação radical. Do mesmo modo, se for modificar o imóvel de forma que maximize seu valor. Claro que isso implicará o dever de trazer aos autos, conforme o caso, a prova documental da determinação do Poder Público ou um relatório pormenorizado das obras a serem realizadas e da estimativa de valorização que sofrerá o imóvel, assinado por engenheiro devidamente habilitado.

São duas possibilidades. A primeira, por dever derivado de ordem de autoridade pública para transformação substancial do prédio. Outra, a modificação voluntária para valorização do imóvel. Naquela, o descumprimento da determinação oficial pode acarretar ao locador uma sanção, o que justifica sua pretensão de retomar o imóvel precisamente para encetar a reforma compulsória. Nessa, retomar o prédio é de sua conveniência, razão pela qual a lei reclama a documentação comprobatória do intento de reformar, não se contentando com a mera alegação. O projeto de modificação é, pois, documento indispensável ao pedido de retomada e deve ser produzido pelo locador com a contestação da renovatória.

Também não está sujeito à renovação se pretende retomar o imóvel para uso próprio ou para transferência de fundo de comércio existente há mais de um ano,[12] sendo detentor da maioria do capital o locador, seu cônjuge, ascendente ou descendente.[13] Com efeito, ao deduzir o pedido de retomada,

o locador não alega fato que precise ser provado. A alegação de insinceridade desse pedido é que o haverá de ser.

Não há presunção absoluta de sinceridade do locador. A retomada é uma atitude capaz de produzir sensíveis prejuízos ao locatário, cujo estabelecimento também é objeto da proteção da lei. Daí que o pedido deve ser bem definido, demonstrando as reais necessidades de seu autor.

Nesse caso, o imóvel não poderá ser destinado ao uso do mesmo ramo do locatário, salvo se a locação também envolvia o fundo de comércio, com as instalações e pertences. Por exemplo, tratando-se de locação de imóvel, com instalações destinadas especificamente a determinada finalidade, como sucede com postos de serviços e abastecimento de automóveis, pode o proprietário retomá-lo para explorar o mesmo ramo.[14]

Assim,

> "quando a locação comercial envolve o fundo empresarial, o locador pode retomar o prédio para uso próprio e na mesma atividade desenvolvida pela locatária".[15]

No mesmo sentido,

> "a exceção que veda o pedido de retomada do imóvel, para a exploração da mesma atividade comercial do locatário, insculpida no parágrafo 1º do art. 52 da Lei nº 8.245/91, não se aplica quando o imóvel locado possua instalações destinadas a ramos de negócios específicos".[16]

De qualquer forma, sempre é bom ter em mente que

> "a exceção de retomada não constitui uma excludente absoluta capaz de fulminar de pronto o direito do locatário à renovação do contrato. É incumbência do locador produzir provas da sinceridade do pedido".[17]

Depois,

> "o requisito de exploração do mesmo ramo de comércio ou indústria pelo prazo mínimo, ininterrupto, de três anos (art. 2º, "C", do Dec. 24.150/34) pode ser provado no curso da ação, e por intermédio de prova documental, pericial e testemunhal, esta na audiência de instrução e julgamento".[18]

Mesmo ramo, aqui, deve ser traduzido por mesma ou idêntica atividade econômica. Incidirá o dever de indenizar calcado na responsabilidade por violação do princípio que veda o aproveitamento da clientela gerada pelo locatário, ou seja, por enriquecimento indevido.[19]

Acrescente-se que

> "a titularidade para a exceção de retomada à transferência de fundo de comércio não se restringe somente à pessoa física do locador, podendo ser utilizada, também, por seu cônjuge, ascendente ou descendente, quando sócio

majoritário, ainda que se tenha integrado à sociedade comercial a menos de um ano, conforme interpretação do art. 52, II, da Lei nº 8.245/91".[20]

Também o condômino locador pode opor-se à renovatória, desde que pretenda estabelecer-se no imóvel, com ramo diferente. Terá o direito de exercitar a preferência assegurada pelo art. 1.323 do CC, se outro condômino também se manifestar pela locação.[21]

Na contestação, se estão preenchidos os requisitos que autorizam a renovação, o locador poderá alegar ainda que a proposta renovatória do locatário não atende ao valor locativo real do imóvel na época da renovação, excluída a valorização que aquele trouxe ao ponto ou lugar. Nessa alternativa, deverá oferecer, em contraproposta, as condições locatícias que entende compatíveis e atuais. No caso de divergência quanto ao valor proposto, perícia judicial de arbitramento poderá determinar o justo valor. Se restar evidenciado que o aluguel proposto pelo autor está abaixo do valor locativo atual do prédio, a ação renovatória será improcedente e o locatário terá prazo para desocupação.

Outra defesa, ainda, funda-se no direito à melhor locação, ou seja, na existência de proposta de terceiro interessado na locação, em melhores condições que aquelas formuladas pelo locatário. Aqui, o locador deverá juntar prova documental da proposta subscrita pelo terceiro e por duas testemunhas, com a indicação do ramo a ser explorado, que, certamente, não poderá ser o mesmo do locatário. Abre-se para esse, em réplica, a possibilidade de aceitar tais condições para obter a renovação pretendida, eliminando o fato impeditivo arguido.

Ocorrendo uma daquelas circunstâncias, assistirá ao locatário direito a indenização para ressarcimento dos prejuízos e dos lucros cessantes que tiver em virtude da mudança, perda do lugar e desvalorização do fundo de comércio. Se a renovação não ocorrer em razão de melhor proposta de terceiro, a sentença fixará, desde logo, a indenização devida ao locatário em consequência da não prorrogação da locação, solidariamente devida pelo locador e o proponente, litisconsortes necessários. Não que tenham praticado ato ilícito, mas porque, interrompendo a continuidade locativa, assumiram o risco de reparar os prejuízos sofridos pelo locatário.

Também incidirá o direito a indenização se o locador, no prazo de três meses da entrega do imóvel, não der o destino alegado ou não iniciar as obras determinadas pelo Poder Público ou que declarou pretender realizar. Aqui, também, o locador será responsabilizado objetivamente.

No caso de uso próprio e de uso para transferência empresarial, a indenização será devida ao locatário se o locador ou o novo locatário explorarem o mesmo ramo.

Não sendo renovada a locação, o Juiz fixará o prazo de até seis meses após o trânsito em julgado da sentença, para desocupação.

7.6.3Hipóteses de decisão

Em síntese, ou a renovatória é procedente e, por conseguinte, mantém-se a locação devidamente atualizada, ou a locação se desfaz, com ou sem, conforme o caso, a indenização dos prejuízos que o locatário conhece em decorrência da necessidade de mudar, da perda do ponto e da minimização valorativa de seu estabelecimento (art. 75).

*7.6.4***Shopping center**

Nas relações entre empresários lojistas e empreendedores de *shopping center*, diz o art. 54 da lei que as condições de locação podem ser avençadas livremente, mas estabelece algumas ressalvas, elencando as despesas que não são da responsabilidade do locatário:

- reformas ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel;
- pintura (fachada, esquadrias etc.);
- indenizações previdenciárias e trabalhistas pela dispensa de empregados antes do início da locação;
- obras ou substituições de equipamentos que impliquem modificação do projeto ou memorial descritivo da data do habite-se;
- obras de paisagismo nas partes de uso comum; e
- as despesas não previstas em orçamento, salvo nos casos comprovados de urgência ou força maior.

Os contratos celebrados sobre imóveis localizados em áreas de *shoppings centers* têm natureza locacional, o que enseja aos contratantes plena liberdade para pactuar. A locação que orienta as relações entre empresários e a administradora do *shopping* observa regime especial, com regras complexas diversas das locações ordinárias. Claro que essa circunstância não confere à administradora adotar medidas peculiares às autoridades judiciais. De tal arte que, mesmo em casode rescisão contratual, com devolução de equipamentos e eventual direito à indenização, a administradora deve valer-se dos meios processuais adequados.[22]

Derradeiramente, acrescente-se que o empresário inquilino de loja em *shopping center* não tem a faculdade de interromper unilateralmente suas atividades, intentando alterar o tipo de empresa que lá exerce, assente

que não lhe compete escolher, com exclusividade, a natureza da atividade a ser explorada na dependência locada.

7.7Aviamento

O aviamento (*achalandage*) é a aptidão do estabelecimento para gerar lucros, decorrente da boa organização dos seus elementos integrantes. É a expectativa de bons resultados calcada em diversos fatores, cuja proeminência só pode ser diagnosticada em cada caso. Tanto pode, por exemplo, resultar dos atributos pessoais do empresário ou de sua equipe de auxiliares, como pode ser, por exemplo, de uma localização adequada do estabelecimento na geografia da cidade.

É a expectativa de lucros futuros alicerçada nas coisas corpóreas e nos direitos, especialmente no estoque de mercadorias, no nome empresarial, na localização etc. Não tem autonomia, porque materialmente vinculado ao estabelecimento, do qual é, ao mesmo tempo, elemento nuclear.

Rui Barbosa, citando Scialoja, vê no aviamento

> "o conjunto do que eles denominam *accorsatura* do crédito e da clientela. Como nome de *accorsatura* se designa o complexo de elementos que compõem o estabelecimento: os capitais, as mercadorias, as máquinas, a situação, o pessoal. Junte-se-lhe o crédito da casa, mais a sua clientela e teremos o*avviamento*, nos três fatores, de que ele, em sua totalidade, resulta".[23]

Trata-se, pois, de um atributo do estabelecimento, dele inseparável.

É mais simples e direto dizer que o aviamento é o parâmetro definidor da eficiência da organização estruturada pelo empresário sob o nome de estabelecimento. É a esperança de lucros, a potencialidade de resultados positivos, de otimização do faturamento.[24]

Salandra, trazido à colação por Requião (*133, v. 1 : 309*), resume o pensamento dominante, concebendo o aviamento como

> "um modo de ser da *azienda*; uma situação de fato, que por sua vez é o resultado do conjunto de um complexo de condições subjetivas relativas à pessoa do empresário, como habilidade de correção nos negócios (considerando aviamento subjetivo), e que decorre da organização da empresa, tais como a sua qualidade intrínseca, as pessoas dos colaboradores, os métodos de fabricação e de comércio, a localização, as relações com os fornecedores, a tradição (aviamento objetivo), elementos todos que concorrem para tornar a *azienda* produtiva e útil, mantendo e incrementando a clientela".

7.8Clientela

Aqui, convém lembrar que a *clientela* é mais uma situação fática derivada do aviamento do que, propriamente, elemento do estabelecimento. É a exteriorização de uma conjuntura que tem por baldrame o aviamento. É sua dimensão exterior.

Diferenciam-se, teoricamente, *clientela* e *freguesia*.[25] A primeira como o conjunto de pessoas que habitualmente negociam com o estabelecimento, contingente humano que o empresário sabe consumidor de suas mercadorias. Já a freguesia supõe a viabilidade de atrair futuros clientes, em decorrência da organização dos fatores que compõem o estabelecimento.

Entretanto, é só teórica a distinção. A lei brasileira trata, indistintamente, freguês e cliente; significam a mesma coisa: os que, continuadamente, buscam bens e serviços no estabelecimento.

A proteção à clientela faz-se presente no Código de Propriedade Industrial,[26] quando reprime a concorrência desleal, de que falaremos adiante.

Também é inegável o abrigo indireto da clientela no art. 52, § 3º da Lei nº 8.245/91, que trata da indenização devida pelo locador ao empresário-locatário na hipótese de não renovação do contrato de locação do estabelecimento.

Não é raro que a busca pela clientela implique a oferta de melhores condições de atendimento pelo empresário. Nessa linha de otimização de serviços, avulta a questão dos estacionamentos de veículos e da responsabilidade por sua guarda. Como já se decidiu,

> "na disputa da clientela pelo estabelecimento comercial, um bom estacionamento constitui fator de muita importância, e quem tira proveito das dependências de que dispõe há de responder pelos riscos de quem deixa o veículo lá. Trata-se de responsabilidade objetiva, somente elidida por eventual intercessão de outro fluxo causal autônomo (caso fortuito)".[27]

7.9Trespasse

Sobre a alienação do estabelecimento, ou seja, o trespasse, deve ser dito que os débitos anteriores, desde que contabilizados, são da responsabilidade do adquirente, mas o devedor primitivo continua solidariamente obrigado pelo prazo de um ano. Quanto aos créditos vencidos, esse prazo é contado a partir da publicação do contrato. Quanto aos outros créditos (vincendos), da data do vencimento. Claro que o

adquirente já responde pelo passivo do alienante, no que se refere aos débitos da natureza trabalhista (art. 448 da CLT) e tributária (art. 133 do CTN).

A cessão dos créditos do alienante será eficaz a partir da publicação do trespasse. Entretanto, nos termos do art. 1.149 do CC do 2002, o devedor de boa-fé que pagar ao cedente ficará exonerado.

É fato que, no silêncio do contrato, a venda do estabelecimento implica, automaticamente, a obrigação imposta ao alienante de não se estabelecer, nos cinco anos seguintes, com o mesmo ramo de negócio. Não se trata mais de cláusula implícita no trespasse, mas de mandamento legal (art. 1.147 do CC).

Quem adquire um estabelecimento quer também sua clientela. Essa preocupação justifica a inserção de cláusula protectiva no pacto de venda, sem embargo da dicção legal. Impõe-se ao empresário alienante o dever de não se restabelecer, assinalando-se inclusive os limites territoriais da vedação, de modo a prevenir a concorrência.

Sobre os efeitos de tal vedação, vale reproduzir a ensinança de Georges Ripert (*135 : 182*):

> *"Ces clauses ont pour effet, dans l'un et l'autre cas, d'empêcher une personne d'ouvrir un commerce ou une industrie. Il faut, pour qu'elles soient valuables, en restreindre l'étendue. C'est ce que decide la jurisprudence et dans la pratique, trios orders de restrictions son envisages. La convention qui n'en contient aucune est nulle.*
>
> *1º Restriction dans temps – La clause ne peut pas imposer une interdiction perpétuelle. Elle doit* être*restreinte à un certain nombre d'annés. Au bout d'un certain temps, la clientele change et le nouveau concurrent ne pourra plus s'emparer de celle qu'il a connue.*
>
> *2º Restriction dans l'espace – La clientèle est en général une clientèle locale, parfois meme une clientèle de quartier. Dans ce cas, il importe peu que le vendeur du fonds, ou l'ancien employé, ouvre un commerce semblabe dans une autre ville ou dans un autre quartier. Tout dépend à ce point de vue du genre de commerce.*
>
> *3º Restriction dans le genre de commerce – Le vendeur ou l'employeur ne peuvent prévoir que la creation d'un commerce semblabe au leur, sans quell il n'y aurait pas de concurrence possible. Mais certains commerçants vendent des objets variés et peuvent avoir intérêt à interdire l'exercise d'un commerce qui, bien que specialize, leur ferait concurrence."*

O trespasse do estabelecimento pode, eventualmente, caracterizar sinal de insolvência[28] porque, em determinadas circunstâncias, significa a supressão da garantia comum dos credores. Será motivo para decretação da

quebra, se encetada sem o assentimento dos credores, restando o devedor com patrimônio insuficiente para fazer frente a seu passivo. Caso contrário, isto é, ficando com bens suficientes, o consentimento dos credores é dispensável. A prova da insuficiência do ativo remanescente incumbe ao autor do pedido de quebra.

Pelo art. 1.145 do CC, se ao alienante não sobrar bens capazes de fazer frente a seu passivo, a alienação do estabelecimento será ineficaz, salvo se pagar todos os credores ou se estes concordarem, expressa ou tacitamente, com o negócio, no prazo de 30 dias após notificados.

A condição do alienante que enfrenta situação patrimonial deficitária resume-se numa indesejável opção: preserva o estabelecimento empresarial, como garantia do pagamento de seus débitos, ou notifica seus credores em busca de anuência para o trespasse. Nessa conjuntura, a concordância dos credores passa a ser condição de eficácia da alienação.

Aliás, os efeitos do contrato de alienação só alcançam terceiros após a devida averbação no registro empresarial e a respectiva publicação oficial.

Sob a óptica fiscal, a transferência do estabelecimento dá-se quando o contribuinte do ICMS transmite seu estabelecimento a outrem, pessoa física ou jurídica, bem como nos casos de sucessão por falecimento do titular da firma individual, fusão e incorporação de estabelecimentos.

A regularização da transferência obriga o novo titular do estabelecimento a oferecer ao fisco os documentos seguintes:

- declaração cadastral (Deca) e declaração anterior;
- prova de inscrição no CNPJ ou CPF, conforme o caso;
- provas de identidade e residência do signatário do Deca;
- ficha de inscrição cadastral;
- comprovante de pagamento da taxa de fiscalização;
- comprovantes de entrega das guias de informação e apuração do ICMS (GIA) pertinentes aos 12 últimos períodos (para os contribuintes por estimativa, a do último período);
- registro de firma individual, contrato social ou estatuto arquivados na Junta Comercial;
- no caso de fusão ou incorporação, cópia de publicação no *Diário Oficial*, da ata de aprovação daquela operação;
- os livros fiscais em uso nos últimos cinco anos;
- último talão de notas fiscais total ou parcialmente utilizado;
- talões de notas fiscais não usados, devidamente inutilizados por impressos, acompanhados de relação discriminativa assinada pelo transmitente e pelo sucessor ou seus representantes legais;

•relação, em duas vias, do *ativo fixo* assinada pelo transmitente e pelo sucessor;
•relação, em duas vias, assinada pelo transmitente e pelo sucessor, do estoque de mercadorias existentes no estabelecimento ou em estabelecimentos de terceiros, substituível por menção no Deca, do número e da folha do livro Registro de Inventário em que estão escriturados;
•tratando-se de ambulantes ou feirantes, a matrícula e a licença municipais, bem como a ficha de sanidade médica;
•tratando-se de sucessão *causa mortis*, os herdeiros deverão ostentar o respectivo alvará judicial.

No caso de alienação judicial de filiais ou unidades produtivas, em plano de recuperação judicial, inocorrerá sucessão do arrematante nas obrigações fiscais e trabalhistas.

7.10Estabelecimento e falência

O estabelecimento serve como norte para a determinação de competência do juízo de falência. A LRE adotou a competência do foro do domicílio do "principal estabelecimento" (*principal établissement*) do devedor, para a instauração do juízo falencial.[29]

Competente para o processamento e a decretação da quebra será o juiz do local onde o devedor tem seu principal estabelecimento, sendo, pois, absolutamente incompetente para declarar o estado do falido o juízo do foro onde se situa estabelecimento subsidiário.[30]

Carvalho Neto (*31, v. 1 : 22*) entende que

> "(...) o lugar onde o comerciante reúne os elementos contábeis gerais de seus negócios, onde se encontre o arquivo dos seus documentos, de onde ele emite, periodicamente, instruções, avisos e ordens aos demais estabelecimentos, é o do principal estabelecimento".

Muitos autores reduzem a questão a uma solução formal, estabelecendo como critério único o da sede prevista no contrato ou na inscrição comercial do devedor.

Nesse sentido, Aristeu Pereira e Bernardo Timm (*121 : 149*) ensinam que

> "em se tratando de firma individual, de sociedade em nome coletivo, ou de outra que não as de responsabilidade limitada, as anônimas ou por ações, cujas sedes são prefixadas pelos respectivos contratos sociais e estatutos – a sede principal decorre do registro no competente cartório da localidade".

Sampaio Lacerda (*78 : 56*) também pensa assim:

> "Se se trata de sociedade mercantil, facilmente se conhece qual seja ele, pois como dizia Percerou, é o lugar que corresponde à sede social. E, deste modo, bastará consultar-se o contrato social para se saber onde está a sede da sociedade". Mas, também se apega ao critério da sede administrativa, ao dizer que "é o lugar em que o comerciante centraliza a sua atividade, onde se encontra o centro do qual irradiam todos os seus negócios (Vidari, Bolafio, Carvalho de Mendonça), onde se faz a contabilidade geral de suas operações (Miranda Valverde). Não é, como pode parecer à primeira vista, acentua Lincoln Prates, o maior de entre eles, o mais bem sortido, ou aquele cuja massa de negócios é mais volumosa, senão o que constitui o centro das atividades mercantis do devedor (...)"

Consoante a lição de Umberto Azzolina, citado por Sylvio Marcondes (*93 : 115*):

> "Por sede principal da sociedade deve entender-se o lugar onde está o centro efetivo de direção e desenvolvimento da atividade social, de tal modo que, se a sociedade tem diversas sedes, é principal aquela onde se encontra a direção e a administração; se a sede indicada no seu ato constitutivo torna-se puramente nominal e a sede efetiva se encontra alhures, a esta segunda é que se deve dar a atenção, ao determinar o tribunal competente para declarar a falência da sociedade."

De fato, para a conceituação de "principal estabelecimento", não interessa o domicílio contratual ou estatutário do devedor. Ao direito falimentar aproveita o domicílio real, de caráter econômico, ou seja, aquele onde se localiza o estabelecimento em que o empresário exerce maior atividade, o de maior expressão patrimonial.

Deve preponderar, insista-se, na definição de estabelecimento principal, o critério quantitativo do ponto de vista econômico, tendo em mira melhor atender aos fins da falência, quais sejam, a liquidação do ativo e a solução do passivo do devedor.

Podemos concluir, portanto, que estabelecimento principal, para o efeito de decretação de falência, não é aquele a que os estatutos da sociedade conferem o título de principal, "mas o que forma concretamente o corpo vivo, o centro vital das principais atividades comerciais do devedor, a sede ou núcleo dos negócios, em sua palpitante vivência material".[31]

Sempre é bom ter em mente que, nos termos da Súmula nº 451 do STJ, é legítima a penhora da sede do estabelecimento comercial.

7.11Acesso virtual

A Internet é um instrumento eletrônico de grande espectro que possibilita a comercialização de mercadorias e insumos, bem como da prestação de serviços, com especial destaque para os de natureza bancária. As contratações por meio de transmissão eletrônica de dados assumem, hoje, grandes proporções, impondo-se considerar, ao menos superficialmente, a matéria ao tratar do estabelecimento empresarial.

Certamente, o empresário está sujeito, no comércio eletrônico, às mesmas obrigações impostas por lei relativamente ao exercício de sua atividade no estabelecimento empresarial.

Desde já, o nome de domínio do empresário é elemento de seu estabelecimento empresarial.

Importante acentuar que o empresário ou sociedade empresária que se utilizar de ambiente eletrônico em sua atividade deve adotar medidas mínimas de segurança sobre as informações trocadas nas transações, atualizando-as periodicamente, com base na evolução tecnológica e na experiência desenvolvida.

O sítio que o empresário disponibiliza na rede mundial de computadores, como via de acesso para comercialização de seus produtos e serviços, deve conter pelo menos dois documentos essenciais, com acesso direto, insertos na página introdutória: (a) a política de privacidade; e (b) os termos de uso.

Na página sobre política de privacidade, são mencionados os dados coletados dos usuários, bem como sua forma de tratamento e compartilhamento, os meios de instalação e desinstalação de programas no computador do usuário. Nos termos de uso são especificados os direitos e deveres dos usuários e do empresário envolvidos na relação jurídica emergente do acesso ao ambiente eletrônico.

---

[1] "Modernamente, a expressão *fundo de comércio* apresentou expansão do seu conceito, abrangendo as atividades civis ou industriais que objetivam lucro." (STJ, 6º T., REsp 27.912-8-RJ, Rel. Min. Vicente Leal, *DJU* 24-4-95, p. 10.429.)

[2] Apud Orozimbo Nonato, Parecer "in" *RF*, 208/32.

[3] "A Lei nº 8.245/91 põe o locatário a salvo dos efeitos da decadência se, no prazo, apresentar a petição inicial ao juiz ou ao serviço de distribuição, onde houver, independentemente do momento em que se der o despacho ordenatório da citação." (*RT* 710/110 e 703/126.)

[4] "Se as partes expressamente celebraram o prazo locacional de cinco anos, torna-se irrelevante que tenham posto como termo final data que não corresponda ao sistema legal de contagem dos prazos de meses e anos (Lei nº 810/49), tendo pertinência a regra do art. 85 do CC." (STJ, 4º T., REsp 6.934-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *DJU* 22-4-91, p. 4.800.)

[5] Súmula 482 do STF: "O locatário, que não for sucessor ou cessionário do que o precedeu na locação, não pode somar os prazos concedidos a este, para pedir a renovação do contrato, nos termos do Decreto nº 24.150."

[6] STJ, 5º T., REsp 69.842-RJ, Rel. Min. Felix Fischer, *DJU* 24-11-97, p. 61.258.

[7] STJ, 5º T., REsp 47.844-8-RJ, Rel. Min. Assis Toledo, *DJU* 17-10-94, p. 27.909.

[8] "É admissível a '*accessio temporis*' quando houver pequeno período de tempo que entremeia os contratos, lapso considerado razoável e proporcional à duração do vínculo '*ex locato*'." (*RT* 715/191.)

"É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que se breve o interregno entre os contratos escritos, é permitida a '*accessio temporis*' para viabilizar o perfazimento do prazo mínimo legal, exigido na Lei de Luvas para a renovação da locação." (STJ, 4º T., REsp 14.540-SP, Rel. Min. Cesar Rocha, *DJU* 14-4-97, p. 12.747.)

"O interregno de seis meses entre o vencimento de um contrato de locação e a pactuação de outro não impede a '*accessio temporis*' se destinado a tratativas, mantidas, no período, as regras do contrato vencido." (STJ, 6º T., REsp 120.207-SP, Rel. Min. Anselmo Santiago, *DJU* 18-5-98, p. 158.)

"A interrupção de um mês, entre dois contratos escritos, não obsta o direito de renovação, pois o inciso II do art. 51 deve ser interpretado em consonância com o art. 45 da Lei nº 8.245, de 1991, sob pena de legitimar-se a exigência do locador visando frustrar o objetivo da lei." (*JTA* 148/164.)

[9] STJ, 5º T., REsp 44.668-SP, Rel. Min. José Arnaldo, *DJU* 18-11-96, p. 41.910.

[10] *RT* 657/132.

[11] "Art. 52. O locador não estará obrigado a renovar o contrato se:

I – por determinação do Poder Público, tiver que realizar no imóvel obras que importarem na sua radical transformação; ou para fazer modificação de tal natureza que aumente o valor do negócio ou da propriedade;

II – o imóvel vier a ser utilizado por ele próprio ou para transferência de fundo de comércio existente há mais de um ano, sendo detentor da maioria do capital o locador, seu cônjuge, ascendente ou descendente.

§ 1º Na hipótese do inciso II, o imóvel não poderá ser destinado ao uso do mesmo ramo do locatário, salvo se a locação também envolvia o fundo de comércio, com as instalações e pertences.

§ 2º Nas locações de espaço em "shopping-centers", o locador não poderá recusar a renovação do contrato com fundamento no inciso II deste artigo.

§ 3º O locatário terá direito a indenização para ressarcimento dos prejuízos e dos lucros cessantes que tiver que arcar com a mudança, perda do lugar e desvalorização do fundo de comércio, se a renovação não ocorrer em razão de proposta de terceiro, em melhores condições, ou se o locador, no prazo de três meses da entrega do imóvel, não der o destino alegado ou não iniciar as obras determinadas pelo Poder Público ou que declarou pretender realizar."

[12] "Concede-se a retomada para uso comercial de filho do locador, sócio majoritário de sociedade com ramo de negócio diverso do explorado pela locatária e estabelecido há mais de dois anos." (*RT* 666/193.)

[13] Súmula 485 do STF: "Nas locações regidas pelo Decreto nº 24.150, de 20 de abril de 1934, a presunção de sinceridade do retomante é relativa, podendo ser ilidida pela locatário."

[14] STJ, 3º T., REsp 4.144-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJU* 4-2-91, p. 574.

[15] *RT* 754/417.

[16] *RT* 749/228.

[17] *RT* 707/92.

[18] *RT* 657/124.

[19] "O pedido de retomada, na ação renovatória, deve indicar o ramo de atividade a que se pretende dedicar o imóvel, sob pena de não ser atendido em face de sua imperfeição." (*RSTJ* 22/367.)

[20] *RT* 758/179.

[21] *RTJ* 81/101.

[22] *RT* 745/299.

[23] Apud FERREIRA, Waldemar (*64, v. 2 : 389*).

[24] Dá-se o nome de *faturamento* ao valor arrecadado pela empresa, em determinado período, com a venda de seus produtos. Por exemplo, faturamento mensal ou faturamento anual. Difere da receita, uma vez que esta envolve também valores outros (por exemplo, os resultantes de aplicações financeiras).

[25] "Freguês é o *filius ecclesiae*, filho da igreja. Veio disso chamar-se freguesia ao lugar onde vivem os fregueses daquela, confundindo-se a paróquia com a freguesia." (Ferreira, *64 : 613.*)

[26] Art. 195 da Lei nº 9.279/96.

[27] *RT* 671/89.

[28] Art. 94, III, *c*, da LRE.

[29] Art. 3º da LRE.

[30] *RTJ* 106/825.

[31] *RT* 589/105.

Parte III



Sociedade Empresária

8

Regime Jurídico da Sociedade Empresária



8.1Princípios da sociedade empresária

Identifica-se como sociedade empresária a pessoa jurídica de direito privado, implementada por um contrato, cujo objeto social é a exploração de atividade empresarial, ou que, independentemente de seu objeto, adota a forma societária por ações.

No direito brasileiro, a sociedade empresária é um ente que vem à luz em decorrência de um contrato. Seja o contrato social da sociedade constituída em razão da pessoa dos sócios, seja o contrato social ínsito no estatuto da sociedade por ações. A sociedade empresária sempre é produzida por um contrato; é uma sociedade contratual, cuja personalidade jurídica surge quando devidamente registrada na Junta Comercial.

Todo o regramento da matéria societária observa alguns princípios, para os quais impõe-se redobrada atenção. Há princípios explícitos e implícitos.

Os dois princípios explícitos comportam menção especial, porque deles decorrem todos os demais. São princípios reitores que, necessariamente, se interpenetram:

- a sociedade empresária é fruto de um contrato plurilateral de organização; e
- a sociedade empresária é uma pessoa jurídica de direito privado.

Os demais são princípios de orientação; existem de forma implícita no contexto legislativo, continuamente realimentados pela doutrina e acolhidos pela jurisprudência, como parâmetros de interpretação e atualização das normas regentes da atividade negocial:

- conservação da empresa;
- defesa da minoria societária;
- tutela da pequena e média empresa;

•liberdade de contratar e autonomia da vontade;
•legalidade;
•controle jurisdicional; e
•responsabilidade societária.

8.1.1Princípios explícitos: contrato social plurilateral

O contrato de sociedade empresária não é um contrato ortodoxo. Nada tem de comum. Trata-se de um pacto diferenciado das demais modalidades contratuais porque dirigido à formação de uma pessoa jurídica.

Também é diverso dos outros contratos de sociedade porque a pessoa jurídica que implementa é afetada por uma destinação empresarial, ou seja, exsurgirá como agente de uma atividade econômica organizada no sentido da produção e/ ou circulação de bens ou serviços. A sociedade empresária é pessoa jurídica que congrega pessoas físicas interessadas em obter lucro mediante a exploração de atividade econômica. Não é, simplesmente, uma sociedade comerciante. Trata-se de titularização de uma organização econômica, quer dizer, dirigida à produção e circulação de bens e/ou serviços.

Predomina, na doutrina, o entendimento que o define como *contrato plurilateral de organização.*

De fato, o contrato de sociedade empresária não se confunde com os demais modelos contratuais bilaterais, à medida que estes embutem conflitos de interesses representados pelas partes. Se, normalmente, nos contratos bilaterais, há convergência de pretensões antagônicas, no consenso plurilateral, que se contém no instrumento de contrato social, há paralelismo de intenções. Subjetivamente, nos primeiros, os contraentes concordam, com base em objetivos diferentes; no segundo, o objetivo é comum a todos. Aqueles envolvem partes, este reúne sócios. Aqueles são fechados, este é aberto à adesão de outros interessados.[1]

Define-o bem, Philomeno José da Costa (*49 : 72*)

> "Cada participante não contrai obrigações com uma 'parte contrária' e sim as contrai com 'todos os outros participantes' e com um ente a se criar, que é a sociedade. Cada participante pode ter e tem não raro interesses contrastantes com aqueles dos demais, mas todos os amoldam por meio de um escopo comum, criando um novo sujeito de direito, que é sempre a sociedade."

A plurilateralidade nada tem a ver com o número de intervenientes. Diz respeito à viabilidade da participação de um número indeterminado de partes. A circunstância de ser, eventualmente, reduzido a dois o número de sócios não subverte a natureza do contrato de sociedade. É plurilateral,

mesmo com apenas dois sócios, precisamente em virtude de seu objeto aglutinador, a convergência para exercício da empresa com fito de lucro. O objeto comum a todos os sócios é a organização de uma empresa. Engendram uma sociedade para empresariar. O fim colimado no contrato é que o caracteriza, sem partes ou contrapartes.

Tullio Ascarelli (*8 : 272*) enfatiza magistralmente essa função instrumental finalística do contrato plurilateral, tecendo as considerações seguintes:

> "Com efeito, a função do *contrato plurilateral* não termina, quando executadas as obrigações das partes (como acontece, ao contrário, nos demais contratos); a execução das obrigações das partes constitui a premissa para uma atividade ulterior; a realização desta constitui a finalidade do contrato; este *consiste, em substância, na organização de várias partes em relação ao desenvolvimento de uma atividade ulterior*."

O efeito mais expressivo dessa compreensão é que a impossibilidade da execução da obrigação de uma parte atinge só, e unicamente, a adesão dessa parte, não afetando, em regra, o contrato em relação às outras.

Vem a pelo inquirir: e no caso da sociedade por ações, cujo ato conceptivo é estatutário?

O estatuto também tem essência contratual. Difere do contrato das outras sociedades, apenas, formalmente. É um contrato institucional, mas um contrato. Por escritura pública ou deliberação assemblear, duas ou mais pessoas contribuem para a formação do capital social, adquirindo o direito de auferir lucros derivados da prática empresarial desempenhada pela entidade. É verdade que a existência da sociedade anônima não está vinculada à pessoa dos sócios, porque acionistas são partícipes de capital, mas também é verdade que acionistas são pessoas que subscrevem o capital e criam a companhia, como o são os sócios dos demais tipos societários.

Formalmente, o contrato de sociedade empresária pode materializar-se em instrumento público ou particular. Todavia, se a sociedade envolver sócio que não saiba ou não possa assinar, o instrumento público só será dispensável se referido sócio for representado por mandatário, devidamente autorizado por instrumento público, com poderes especiais. O instrumento adotado não impede que as futuras alterações de suas cláusulas se efetivem por outro meio; não há vinculação instrumental.

8.1.2Princípios explícitos: personificação jurídica

Pessoa jurídica é pessoa só no universo jurídico. Resulta de uma ficção pragmática necessária que atribui personalidade e regime jurídico próprios a entes coletivos, tendo em vista a persecução de determinados fins.

Entre as pessoas jurídicas de direito privado (art. 44, inciso II, do CC), estão as sociedades empresárias. A existência das pessoas jurídicas de direito privado deflui da inscrição de seus atos constitutivos no registro peculiar (arts. 45 e 985 do CC).

Por conseguinte, quer seja contratual, quer seja institucional, a personalidade jurídica da sociedade empresária começa com o registro, cujos efeitos retroagem à data do ato constitutivo. Em outras palavras, somente com o arquivamento de seu ato constitutivo (contrato ou estatuto, conforme o caso) no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins (Junta Comercial), a sociedade empresária adquire personalidade jurídica, quer dizer, o direito de ser, positivamente, no mundo jurídico.

A sociedade empresária como pessoa jurídica é sujeito de direito e poderá, em virtude dessa atribuição legal, praticar atos jurídicos não vedados por lei. Seus sócios manterão relações jurídicas entre si e com a nova pessoa que produziram. Perante terceiros é a sociedade que, com capacidade própria, negociará. Responderá, com seu próprio patrimônio, pelos encargos que contrair, e poderá estar em juízo. A sociedade é um núcleo de atribuições jurídicas com regime de existência próprio. Tem vida própria e vontade real.

Sujeito de direito dotado de personalidade jurídica para reger seus próprios negócios, a sociedade empresária pode intervir no universo jurídico, por meio de seus membros. Bem por isso, traduz um patrimônio autônomo em relação ao de seus integrantes, o que acarreta a irresponsabilidade relativa ou mitigada destes pelos encargos daquela. Relativa porque se manifesta apenas em relação ao passivo social oriundo de relações interempresariais. Excepcionalmente, quando se cuida de obrigação pública (o credor é o Estado), social (o credor é empregado) ou de relações de consumo (o credor é o consumidor), ou seja, encargos derivados de relações regidas pelo interesse público ou social, ocorre a mitigação da separação jurídica. Em outras palavras, a isenção dos sócios, efeito da personificação jurídica, não vigora, em se tratando de encargos que ultrapassam o singelo campo dos negócios e afetam interesses superiores como o público, o social e o difuso.

A aquisição da personalidade jurídica traz múltiplas consequências. Uma vez personalizada,

•a sociedade é um sujeito capaz de direitos e obrigações: pode estar em juízo, contratar e se obrigar;
•a sociedade tem individualidade: não se confunde com a pessoa natural dos sócios que a constituem;
•a sociedade tem patri mônio próprio que responde ilimitadamente por seu passivo; e
•a sociedade pode modificar sua estrutura jurídica (adotando outro tipo de sociedade) e/ou econômica (pela retirada, substituição ou ingresso de sócios).

Resumindo, resultado da personificação jurídica da sociedade empresária é a aquisição de capacidade ou titularidade, sob tríplice aspecto:

•*titularidade jurídica negocial*: quando um sócio atua no mundo dos negócios, representando uma sociedade empresária, é esta quem celebra negócios jurídicos, já que sujeito de direito autônomo, em relação ao sócio, quer dizer, pessoa;
•*titularidade jurídica processual*: a pessoa jurídica é capaz de titularizar, ativa e passivamente, ações em juízo; pode ser parte em sentido processual;
•*titularidade jurídica patrimonial*: dotada de patrimônio próprio e inconfundível com os dos sócios, a sociedade responde, com ele, pelas obrigações que assumir ou que os sócios assumirem em nome dela.

Os sócios, em regra, não respondem pelas obrigações da sociedade. Somente se o patrimônio social revelar-se insuficiente para fazer frente ao passivo da sociedade é que, ainda assim, em circunstâncias expressamente previstas em lei, o sócio será chamado a responder pelos encargos sociais. Sua responsabilidade, mesmo nessa eventualidade, será subsidiária (secundária, suplementar), ou seja, os sócios responderão se a sociedade não tiver com que responder, ou responderão pelo que a sociedade não tiver forças para responder.

Assim, o art. 795 do CPC declara que os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos expressos em lei. O sócio responsabilizado por dívida da sociedade tem o direito de exigir que primeiro sejam excutidos os bens da sociedade, nomeando-os aqueles que bastem para solver o débito. Se pagar a dívida (art. 795, § 3º, do CPC) poderá executar a sociedade, nos autos do mesmo processo.

Se a personificação jurídica emana do registro, a falta deste significa a falta daquela.

Como já anotamos, sociedade não registrada é sociedade não personificada, conhecida como sociedade em comum (de fato ou irregular). A existência informal acarreta-lhe as seguintes restrições:

•não tem legitimação ativa para, como empresária, requerer a falência de outro empresário;
•não pode desfrutar do favor legal das recuperações;
•sua escrituração não desfruta de eficácia probatória;
•se insolvente, incidirá em crime falimentar (art. 178 da LRE);
•seus sócios, respondem, sempre, ilimitada e solidariamente, pelos encargos sociais, excluído do benefício de ordem aquele que contratou em nome da sociedade;
•os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum;
•os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo;
•não existindo perante os órgãos tributários, não pode contratar com o Poder Público;
•não existindo perante os órgãos fiscais, não poderá emitir nota fiscal;
•vendendo sem emitir nota fiscal, incidirá em sonegação fiscal.

8.1.3Desconsideração da personalidade jurídica

Vimos que, em decorrência do arquivamento do contrato social no Registro Público de Empresas Mercantis, a sociedade empresária adquire personalidade jurídica, respondendo pelas obrigações sociais com seu próprio patrimônio. Realmente, a pessoa jurídica da sociedade não se confunde com a pessoa física dos sócios.

Não se entenda, porém, que referido princípio jurídico é um dogma.

Como a personalidade jurídica é um atributo ficto emulado pelo direito, tem como raiz a licitude. No sentido positivo da capacidade, personalidade jurídica supõe observância das normas jurídicas. Por isso, mesmo regular, a sociedade empresária pode, momentaneamente, ser tratada como sociedade não personificada. Sua personalidade jurídica, atribuída pelo direito, pode ser transitoriamente desconsiderada, quando subvertida.

Essa circunstância excepcional ocorrerá quando sua autonomia patrimonial servir para acobertar práticas fraudulentas dos sócios. Como já se decidiu, "é de aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica toda vez que se patenteie o recurso de pessoas físicas de agir sob a forma de pessoas jurídicas para lesar a outrem".[2]

Com a intenção de impedir que a personificação jurídica seja instrumento para assegurar a impunidade de atos sociais fraudulentos, a

jurisprudência passou a adotar a teoria[3] da "desconsideração da personalidade jurídica", também chamada "da superação" e "da penetração". Esta consiste em colocar de lado, episodicamente, a autonomia patrimonial da sociedade, possibilitando a responsabilização direta e ilimitada do sócio por obrigação que, em princípio, é da sociedade. Afasta-se a ficção para que aflore a realidade.

Exemplificando, se, numa execução, verifica-se que a sociedade empresária está em situação irregular, pelo desaparecimento de seus bens (garantia comum de terceiros), é justo que sejam penhorados bens de seus sócios, para o pagamento de dívida assumida em nome da empresa. O juiz, constatando a ocorrência de fraude, desconsidera a personalidade jurídica da sociedade e determina a constrição dos bens particulares dos sócios que se valeram daquela.

É o que explica Rolf Serick (*148 : 30*)

> "*Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartala para que fracase el resultado contrario al Derecho que se persigue, para lo qual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios. Existe un abuso cuando com ayuda de la persona jurídica se trata de burlar una ley, de quebrantar obligaciones e de perjudicar fraudulentamente a terceros.*"

Com efeito, a teoria da *disregard of legal entity* tem por finalidade coibir abusos que transformam a pessoa jurídica "em capa eficiente do engodo nas transações comerciais. Não faz desaparecer a sociedade, apenas a *desconhece* para ver através dela, com transparência, os responsáveis pela prática de ilicitudes".[4] "Busca atingir a responsabilidade dos sócios por atos de malícia e prejuízo. A jurisprudência aplica essa teoria quando a sociedade acoberta a figura do sócio e torna-se instrumento de fraude."[5]

O art. 50 do CC, ensaia uma incursão nos domínios da desconsideração, aplicando-a em, apenas, uma hipótese: abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Caracterizado o uso indevido da pessoa jurídica, o juiz pode decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Embora o desfalque do patrimônio social por sócios inescrupulosos quase sempre se apresente como geratriz de situação ensejadora da desconsideração, não basta a simples impotência patrimonial da sociedade; reclama-se seja derivada de fraude.[6] A desconsideração visa corrigir o mau uso da pessoa jurídica, não sua singela inadimplência. A isquemia patrimonial não deriva necessariamente de ilegalidades. Estas justificam a

desconsideração acidental, como solução conjuntural inafastável para a realização da justiça que é o parâmetro de análise para todos os problemas jurídicos.[7]

Com certeza, a desconsideração não é a regra. Tratando-se de um mecanismo excepcional, há de ser aplicada com cautela, fundamentadamente, evitando-se o risco de destruir o instituto da pessoa jurídica e lesionar os direitos da pessoa física. Deve ser apoiada em fatos concretos que tornem a medida excepcional inevitável. Não pode ser descuidadamente banalizada. Assim,

> "simples indícios e presunções de abusos e atos fraudulentos, são insuficientes para formar a convicção do julgador, até porque o princípio de que a fraude não se presume, deve ser provada", incide como critério prevalecente no direito civil para que se impeça seja praticada uma injustiça. Percalços econômico-financeiros da empresa, tão comuns na atualidade, mesmo que decorrentes da incapacidade administrativa de seus dirigentes, não se consubstanciam, por si sós, em comportamento ilícito e desvio de finalidade da entidade jurídica. Do contrário, seria banir completamente o instituto da pessoa jurídica".[8]

Em matéria de direitos do consumidor, a desconsideração da personalidade jurídica é disposição legal expressa, desde 1990. Poderá ser adotada pelo juiz, 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", diz o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Vai mais longe. Acrescenta que "a desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocadas por má administração". E o § 5º, do mesmo artigo, de forma genérica, declara que "também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores".

De outra parte, ao sancionar os atos de improbidade administrativa, a Lei nº 8.429/92 (art. 12, parte final dos incisos I, II e III) insere a interdição para contratar com o Poder Público, de empresa que tenha como acionista majoritário autor de ato de improbidade. Assim, desconsidera a personalidade jurídica da sociedade empresária porque esta poderia servir de instrumento para burlar o impedimento de contratar aplicado àquele sócio reconhecido como ímprobo, por sentença transitada em julgado na ação civil de improbidade.

Ainda aqui, é interessante enfatizar que, sempre, a efetivação da responsabilidade pessoal dos sócios só se processará em caráter subsidiário, ou seja, uma vez executado o patrimônio social.[9] Se a sociedade tem

condições de suportar os encargos que lhe são reclamados, inexiste motivo para desvendar a pessoa jurídica. As eventuais ilicitudes ou excessos dos sócios não atingindo terceiros, ou seja, não projetando seus efeitos para além dos lindes societários, à pessoa jurídica incumbe regressar contra os autores daquelas ilegalidades.

8.1.3.1Incidente de desconsideração

O Capítulo IV do CPC cuida do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (arts.133 a 137).

Desde logo, sua instauração é dispensada, quando requerida a desconsideração na petição inicial. Cabe em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Seus pressupostos são os previstos em lei (*v.g.* art. 50 do CC) e devem ser demonstrados no requerimento.

Com a instauração do incidente, o processo fica suspenso, comunicando-se ao distribuidor.

O sócio ou a pessoa jurídica serão citados para responder e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias. Finda a instrução (quando necessária), o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Acolhido o pedido de desconsideração, a eventual alienação ou oneração de bens verificada no curso do incidente será ineficaz em relação ao requerente.

O art. 133, § 2º, contempla a *desconsideração inversa*, vale dizer, atribuir à pessoa jurídica a responsabilidade por obrigações do sócio, quando ocorrer desvio abusivo ou fraudulento de bens deste para aquela.

Pode valer-se do embargo de terceiro quem sofrer constrição judicial de seus bens por força da desconsideração, de cujo incidente não fez parte (art. 674, § 2º, inciso III).

Estão sujeitos à execução os bens do responsável (sócio ou administrador), em casos de desconsideração, por força do art. 790, inciso VII.

Pelo art. 792, § 3º, nos casos de desconsideração, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.

8.1.4Sociedade não personificada

Há quem encete distinção entre a sociedade empresária irregular e a sociedade empresária de fato. Por exemplo, Carvalho de Mendonça (*30, v. 7 : 118*), João Eunápio Borges (*18 : 248*), Miranda Valverde (*158, v. 1 : 68)* e Carvalho Neto (*31 : 309*):

> "Sociedade irregular é a que não reveste todas ou qualquer das formalidades legais instituídas para disciplinação das pessoas jurídicas. Isto é, têm contrato, mas seu contrato carece de obediências às normas legais (...) Enfim, há transgressão omissiva ou comissiva das formalidades legais intrínsecas, atinentes às sociedades.
>
> Já as sociedades de fato ou sociedades informais são as que existem e funcionam sem contrato algum, sem a menor preocupação de respeito às regras legais instituídas para regularizar a vida societária. Nas irregulares há uma errônea obediência à lei, daí sua irregularidade. Nas de fato, há um total descumprimento da lei, uma proposital ignorância da mesma. A sociedade de fato vive à margem da lei, as irregulares dentro da lei, mas com desrespeito às suas normas. A sociedade irregular existe de direito e de fato, a de fato, apenas de fato. Toda sociedade de fato é sempre irregular, mas a recíproca não é verdadeira."

Sintetizando, a primeira é sociedade irregular porque, embora tendo contrato social, não o arquivou no registro competente. A segunda, de fato porque não tem mais ou nunca teve contrato social. Ambas são sociedades não personificadas, ou pela ausência do contrato, ou porque sem registro.

São duas modalidades distintas de sociedade em comum, mas ambas são sociedades em comum, ou seja, foram concebidas por um contrato (no primeiro caso, verbal; no segundo, escrito) mas não nasceram porque não registradas. O efeito de serem seus "sócios" compelidos a responder solidária e ilimitadamente pelo passivo é o mesmo em ambos os casos. O efeito de não desfrutar dos atributos positivos da juridicidade é o mesmo para ambas. Não há, pois, sob a perspectiva jurídica, nenhuma utilidade prática na distinção. Sociedade em comum é sociedade em comum. Não tendo personalidade jurídica por uma causa ou por outra, não detém os atributos positivos da sociedade empresária; só os negativos.

Ainda que não se chegue a adotar a sinonimização que confunde os dois tipos, a lei não as distingue. Pessoa jurídica nasce do registro. A distinção doutrinária, aqui, parece ser supérflua. Ambas são sociedades informais e em ambas eclodem os efeitos negativos correspondentes.

8.1.5Fim da personalidade jurídica

Se, para adquirir personalidade jurídica, basta que a sociedade empresária tenha seu contrato social arquivado no Registro Público de Empresas Mercantis, para perdê-la observa processo extintivo (judicial ou extrajudicial, conforme o caso) complexo. Seu desaparecimento observa um procedimento dividido em etapas sequenciais que examinaremos mais adiante. Por enquanto, basta elencar os passos que deverão ser palmilhados até a extinção:

•primeiro: dissolução (resolução ou desfazimento do ato constitutivo, judicial ou não, conforme o caso);
•segundo: liquidação (realização do ativo e pagamento do passivo da so-ciedade); e
•terceiro: partilha do acervo remanescente da sociedade, se houver, entre os sócios.

8.1.6Princípios implícitos

O primeiro diz respeito à conservação da empresa como organização de capital e trabalho, como núcleo de desenvolvimento social. Aludido princípio determina a inserção no universo jurídico de normas tendentes a priorizar a sobrevivência da sociedade, como objetivo alocado acima dos interesses individuais de seus integrantes. Citem-se, como exemplo, as disposições sobre a dissolução parcial de sociedade empresária, ensejando a continuidade da empresa apesar da retirada de sócios. Também, exemplificando, a sobrevida da sociedade limitada, por 180 dias, após a perda do consócio, para que o sócio supérstite logre recompor a pluralidade social.

Outro princípio implícito refere-se à defesa das minorias societárias. Exsurge como decorrência da necessidade de especial proteção ao pequeno investidor ou do titular de pequena participação social, em face dos grupos de controle e dos acionistas ou quotistas majoritários. Exemplo apropriado é o direito de recesso, pelo qual garante-se ao sócio dissidente da alteração social da sociedade por quotas, e também assim ao acionista divergente das diversas deliberações assembleares em que seus interesses são postergados, a possibilidade de retirar-se da sociedade, com o reembolso de seus haveres. Também não se olvide o progressivo aumento de poderes de fiscalização e assecuratórios do direito à informação, propiciando às minorias societárias expedientes operacionais potentes para a defesa de seus interesses opostos aos dos administradores.

Depois, a tutela da pequena e da média empresa. Ambas contam com instrumentos legais de cobertura jurídica diferenciada, que são evidentes na regulação das microempresas e das empresas de pequeno porte, e que estão implícitos na disciplina das sociedades de pessoas. Também serve como exemplo a regra da LRE que permite ao pequeno empresário a possibilidade de obter plano especial de recuperação.

A liberdade contratual e a autonomia da vontade revelam-se bem nítidas na possibilidade de escolha dos tipos societários, na amplitude ensejada para elaboração do pacto social e na possibilidade sempre presente de desfazimento do vínculo societário, sem prejuízo da manutenção da empresa. Claro que tanto a liberdade de convencionar como a autonomia da vontade encontram limites naturais na legislação, tendo em vista a inviabilidade de derrogação de normas cogentes por deliberação de particulares. Também são mitigadas pela presença de normas de controle estatal que se justificam pela finalidade de preservar a higidez do crédito e a regularidade do mercado. Exemplo típico dessa exceção interventiva é o elenco de poderes que a Lei outorga à CVM na fiscalização das companhias abertas.

A legalidade é um princípio que contagia todo o sistema jurídico. É o ponto de partida do Estado democrático de direito. São inúmeras as regras impositivas da observância da legalidade. Vão desde a exigência de formulação do objeto social *secundum legem* até a possibilidade de intervenção jurisdicional (a quem não deve escapar nenhuma lesão ou ameaça a direito) para dirimir litígios intrasocietários, definir as respectivas responsabilidades e cominar sanções civis e criminais. Exterioriza-se, *v. g.*, na ascendência do art. 170 da CF, quando fornece as condicionantes da empresa, aludindo, entre outras, à função social da propriedade, à proteção do consumidor e ao pleno emprego.

Por último, e não menos importante, a responsabilidade societária, seja em caráter institucional, seja pessoal singular, seja pessoal plural, solidária. A exigência de integralização de todo o capital social como condição para limitação da responsabilidade patrimonial dos cotistas e a necessidade de pagamento integral das ações subscritas como pressuposto para o exercício dos direitos de acionista – tais são exemplos claros do princípio em foco, visando à proteção da sociedade, dos consócios e de terceiros. Ainda nesse diapasão, cite-se a responsabilidade da sociedade pelos encargos assumidos por administradores em abuso dos poderes estatutários ou contratuais, conservando-se dessarte os direitos de terceiros que entabulam negócios com a pessoa jurídica. E, também, a ação de regresso da sociedade contra aqueles administradores.

8.2Concepção e constituição da sociedade

A doutrina clássica acomodou-se com a ideia de que o conceito de sociedade do Código Civil de 1916 serviria como raiz da sociedade empresária. No art. 1.363 desse diploma, está escrito que celebram contrato de sociedade pessoas que unem capital e trabalho para lograr a consecução de fins comuns. Bastaria, dizia-se, acrescentar àquela definição a expressão *de natureza comercial* e ter-se--ia o conceito de sociedade mercantil.

Com a unificação formal da matéria societária no CC de 2002, este profere (art. 981) normação com teor semelhante: celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parece-nos que a predita norma do CC, ainda que com sua redação hodierna, não é suficiente para conceituar a sociedade empresária, porque sugere que pessoas naturais unem capital e trabalho, criam uma sociedade para (elas, pessoas naturais) exercerem a empresa. Talvez fosse isso mesmo quando o CCom. exigia que um ou alguns dos sócios fossem comerciantes e dizia que os sócios exerciam a mercancia debaixo de uma firma social, na fase pré-personalidade jurídica. Não é mais assim.

É preciso distinguir. Não é que sócios desejem exercer juntos, combinadamente, a profissão empresarial. O que pretendem, quando contratam a criação da sociedade, é trazer à vida um ser jurídico, para que esta criatura jurídica desempenhe a atividade empresária. É, pois, um contrato que emula uma empresária, a sociedade. Não é um singelo rótulo para sua comunhão de interesses ou a geração de uma presta-nome para preservação de seus patrimônios particulares contra os riscos do empreendimento.

A propósito, convém trazer à colação o escólio de Camara Leal (*27 : 95*), quando afirma que

> "a pessoa jurídica tem de fato uma entidade objetiva distinta da entidade das pessoas naturais que a constituem, e é dotada de um *corpus* e um *animus*, tendo uma vontade, que não é a soma das vontades de seus associados, nem o querer de seus administradores. Em uma palavra, a pessoa jurídica é um organismo autônomo, com constituição orgânica e funções que lhe são próprias".

O contrato social traduz um ato de concepção. Os sócios concebem uma sociedade empresária ao celebrarem o contrato de sociedade. E nesse ato convergente de geração ainda não a constituem juridicamente. Criam-na de fato, não de direito. Juridicamente, a sociedade empresária realmente nasce quando o instrumento contratual é registrado (arquivado no Registro

Público de Empresas Mercantis). O registro do contrato produz a sociedade empresária. Se não for registrado, o contrato será apenas um compromisso de intenções, despido de aptidão para o desfrute de direitos, seja entre os sócios, seja em relação a terceiros. Sociedade empresária sem registro é entidade juridicamente incompleta, irregular.

Dir-se-á, num paralelismo indevido com a pessoa natural, que o ser humano não é criado pelo registro. Ele existe, antes de se registrar. Todavia, pondere-se, o ser humano é real, a sociedade empresária é ser virtual produzido por seres reais. É um ser só no mundo jurídico e, para existir juridicamente (exercer direitos e assumir obrigações), resulta de um ato jurídico constitutivo: o registro.

Também poder-se-á argumentar que a sociedade irregular está sujeita à falência e, ao submetê-la ao regime de insolvência peculiar aos empresários, o direito positivo estaria reconhecendo sua existência, ainda que irregular. Ora, essa circunstância, antes de ser um reconhecimento de existência da sociedade irregular, nada mais significa do que tratá-la como ela se apresenta. Se afirma como tal, embora não o seja; se contrata como tal, embora não o seja; será tratada como tal para responder como se o fosse. Entretanto, não desfrutará dos direitos e privilégios das sociedades que realmente o são. Depois, pelas obrigações irregularmente assumidas respondem pessoalmente os sócios, já que a personalidade jurídica não está presente.

Assim, a ausência de contrato social registrado significa a falta de personalidade jurídica que permitiria à sociedade empresária o exercício de direitos. Mas não é assim para arcar com as responsabilidades derivadas dos encargos assumidos. Em outras palavras, uma sociedade empresária sem contrato social ou, ainda que o tenha, não o tenha registrado, quando pratica atos jurídicos, está agindo como pessoa jurídica, embora não o seja. Faz de conta que é pessoa jurídica e nesse faz de conta assume obrigações. Claro que não poderá deixar de responder por elas a pretexto de não existir. Responderá como se existisse, porque aparentemente existe e não pode ilaquear a boa-fé de terceiros que acreditam em sua existência e com ela negociam.

Com efeito, a irregularidade sujeita a sociedade não personificada aos deveres e obrigações impostos para todas as sociedades registradas ou não (responsabilidade dos sócios, falência etc.), mas tem o condão de privá-la dos direitos e prerrogativas inerentes à condição societária (limitação de responsabilidade dos sócios, titularidade contratual, judiciária e patrimonial).

A sociedade em comum (irregular ou de fato) é um fantasma jurídico cuja existência é presumida para o fim de que seus membros respondam pelos atos praticados como se ela existisse. Para o desfrute de direitos, é diferente; precisa ser uma pessoa jurídica. O único efeito juridicamente relevante da sociedade em comum é a possibilidade de responder.

Exemplificando, para efeitos falimentares, a sociedade "existe", ainda que não exista legalmente, porque não registrada. A falência é um instituto jurídico que visa proteger o crédito e a proporcionalidade entre os credores. Por isso, que-brará a sociedade irregular insolvente e seus "sócios" responderão patrimonialmente de forma solidária e ilimitada. Agora, o que protegeria a sociedade seria a possibilidade de recuperação, mas como não está registrada, não existe legalmente, não pode beneficiar-se de um favor instituído por lei só a quem existe.

Pelo exposto, parece-nos apressado apelidar o contrato social ou o estatuto de *ato constitutivo.*Não. O contrato é meramente declarativo do *animus* societário. Implementa a geração da sociedade, é conceptivo. É pré-constitutivo. Constitutivo, mesmo, é o registro que introduz a sociedade empresária no universo jurídico.

Não estamos acrescentando nada ao que já existe no sistema jurídico nacional. Nada mais do que está gravado no art. 45 do CC de 2002 ao preceituar que começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição de seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos em seu registro peculiar.

Uma sociedade empresária resulta, assim, de contrato mais arquivamento do contrato no Registro Público de Empresas Mercantis.

8.3Contrato social

Nesta seção, devemos abordar:

- os elementos essenciais do contrato social;
- os requisitos formais de seu arquivamento no RPEM; e
- as alterações a que está sujeito no curso da vida societária.

8.3.1Elementos do contrato social

A definição de sociedade empresária é o que está escrito em seu ato conceptivo (contrato social ou estatuto, conforme o caso). O contrato plurilateral é um retrato da sociedade. Mais que isso, é programático, porque estabelece uma verdadeira programação da vida social. Mais ainda

que isso, é um compromisso de realização de determinado objeto, ou seja, de determinada atividade empresarial.

Os elementos de validade do ato conceptivo de sociedade empresária são de duas espécies:

- os *comuns* a todos os contratos; e
- os *específicos* das sociedades empresárias.

A validade do contrato de sociedade empresária está, direta e necessariamente, vinculada à observância do disposto no art. 104 do CC de 2002, que exige, para o reconhecimento de atos jurídicos válidos, a coexistência de três elementos *comuns*:

- capacidade do agente;
- licitude, possibilidade e determinação do objeto; e
- forma prescrita ou não defesa em lei.

Agente capaz, aqui, é a pessoa civilmente capaz, seja porque maior; seja porque emancipada; seja porque, se incapaz, devidamente assistida.

Com relação ao objeto social, este não pode consistir em exploração de empresa ilícita, *v. g.*, a exploração de descaminho ou de lenocínio. A atividade para a qual se constitui a sociedade empresária deve ser reconhecida pelo direito como lícita.

Formalmente, o contrato social deve ser escrito, lavrado por instrumento particular ou público, de acordo com regras peculiares a cada tipo societário. Embora a lei civil não vede o contrato oral, a exigência de registro na Junta Comercial torna-o inviável.

Com relação aos elementos específicos, vislumbramos no contrato social um conteúdo misto, que envolve duas espécies de cláusulas:

- cláusulas que podemos chamar de cogentes, porque decorrentes de imposições legais e portanto indisponíveis; e
- cláusulas dispositivas, ou seja, de livre pactuação entre os sócios.

Trataremos apenas das primeiras, uma vez que as outras, inerentes à liberdade de contratar, são insuscetíveis de acomodação em qualquer esquema classificatório, já que só têm por óbice o dever de não infringir a lei e os bons costumes.

No contrato social, mesclam-se a liberdade de contratar e um mínimo de cogência normativa.

São elementos *específicos* do contrato social revelados por cláusulas cogentes:

- pluralidade de sócios;
- consti tuição de capital;
- *affectio societatis* (ânimo societário); e
- participação nos lucros e nas perdas.

8.3.1.1Pluralidade de sócios

Uma sociedade empresária resulta da vontade de, no mínimo, duas pessoas. Sócio é sócio de. Estas duas pessoas tanto poderão ser pessoas naturais, como pessoas jurídicas, como ambas.

O contrato social é, dessarte, uma relação que envolve uma pluralidade de pessoas. O CC, art. 997, inciso I, destaca, entre os elementos que deve conter o instrumento de contrato social, os sócios.

No direito comercial brasileiro, ainda, não se admite a sociedade unipessoal originária. A sociedade *subsidiária integral*, que pode ser constituída tendo como único acionista a sociedade brasileira (art. 251 da LSA), é a exceção que confirma a regra *non datur societas de individuo.*

Uma observação se faz necessária. Na sociedade composta por apenas dois sócios, quando um deles vem a falecer ou sai da sociedade, esta fica reduzida à individualidade. A solução jurídica normalmente apontada para esse caso é a dissolução, porque o mínimo do quadro social deve ser plural, conforme a lei. É que, em tese, não há sociedade de um sócio.

É o que doutrinava Cunha Peixoto (*50 : 43*), para quem

> "não há sociedade de um sócio, de sorte que, embora na sociedade de apenas dois sócios ou no caso de cessão de todas as cotas a um só, se possa estipular a continuação do negócio, a sociedade desaparece de pleno direito".

Pela regra do art. 1.033, inciso IV, do CC, na sociedade simples, que é subsidiária das sociedades tratadas no diploma privado, a pluralidade social pode ser reconstituída no prazo de até 180 dias. Referida estipulação tem congênere no art. 206, inciso I, da LSA, em que o interstício para recomposição da pluralidade é de um ano.

A admissão da sociedade momentaneamente unipessoal é uma tentativa de solução para viabilizar a sobrevivência da empresa, oportunizando a recomposição plural da empresária que a titula.

8.3.1.2Constituição do capital social

Em concreto, uma sociedade começa pela formação de seu capital. O nascimento patrimonial é o que densifica a sociedade empresária, tornando-a apta a negociar.

O capital social constitui o primeiro patrimônio da sociedade comercial. É seu fundo originário e essencial. Por isso, é fundamental que o conceituemos, dizendo, com a maioria da doutrina, que corresponde à soma representativa das participações (em dinheiro ou em bens) dos sócios.

Inicialmente, será identificado com o patrimônio porque é o patrimônio inicial. Depois, dele se afastará, porque variável. Tem, principalmente, a função de servir como parâmetro para a detecção dos resultados da atividade negocial, seja durante o exercício financeiro, seja na liquidação, tendo em vista a partilha dos lucros líquidos verificados ou os prejuízos sofridos.

A obrigação de concorrer para a formação do capital social é imprescindível, seja qual for a modalidade societária eleita. É mandamento congênito das sociedades empresárias que cada um dos sócios contribua para seu capital com alguma cota em dinheiro ou em efeitos e qualquer sorte de bens. Por isso, trata-se de requisito essencial do contrato social previsto no art. 997, inciso IV, em que se reclamam a menção da cota de cada sócio no capital social e o modo de realizá-la.

Nas sociedades de pessoas, a formação ou complementação do capital social pela incorporação de bens depende do que for convencionado entre os sócios. Pela exata estimação dos bens conferidos ao capital social, respondem solidariamente todos os sócios, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade. Nas sociedades por ações, decorre da lei, que explicita detalhadamente o procedimento avaliatório e as condições de transmissão.

Que direitos resultam para o sócio, pelo fato de contribuir para o capital social? A resposta poderia ser singela: a própria condição de sócio. Contudo há que se examinar as dimensões dessa qualificação.

Esse *status* de sócio compreende, ao mesmo tempo, direitos patrimoniais e pessoais.

Os primeiros materializam-se na possibilidade de auferir lucros durante a existência social e, bem assim, de participar na partilha da massa residual, uma vez liquidada a sociedade.

Os direitos pessoais derivados do estado de sócio são, em síntese, os de participar da administração da sociedade diretamente e de fiscalizar sua gestão, conforme a natureza de seu título societário.

Exemplificando, nenhuma sociedade empresária pode recusar aos sócios o exame dos livros e documentos de sua escrituração (direito subjetivo pessoal de participar, fiscalizando). Se não houver limitações em seu ato constitutivo, esse direito poderá ser livremente exercido, isto é, em qualquer tempo e lugar. O art. 1.021 do CC assevera que, salvo estipulação que determina época própria, o sócio pode, a qualquer tempo, examinar os livros e documentos, e o estado da caixa e da carteira da sociedade.

Nesse ponto, urge encetar uma distinção básica. Capital social e patrimônio social são coisas diversas. Genericamente, o capital social é

nominal e intangível. O patrimônio social é real e variável. A fixidez é característica do primeiro; a mobilidade é traço inerente ao segundo.

Enquanto o capital permanece nominal, expresso na soma declarada no contrato, o patrimônio social crescerá ou não, conforme a variação do valor dos bens que o integram e segundo o desempenho da sociedade, produzindo lucros que são, periodicamente, partilhados entre os sócios. O patrimônio responde pelo passivo social e não pode ser inferior ao valor do capital social. O mínimo patrimônio que uma sociedade forçosamente terá é seu capital social realizado. Como garantia mínima para terceiros, o capital social é intangível.

Em regra, fixo, o capital social pode ser aumentado ou reduzido, ou seja, modificado para mais ou para menos, nas situações previstas em lei, como veremos nos próximos capítulos, ao estudarmos especificamente a sociedade limitada e a sociedade anônima.

Exemplificando com a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, Nelson Abrão (*1 : 94*) ensina que

> "o meio mais frequente de aumento do capital é pelas novas contribuições dos próprios sócios, podendo ocorrer também pela capitalização de reservas estatutárias e voluntárias, pela reavaliação do ativo, pela incorporação de outra sociedade, ou pela admissão de novos sócios".

Agora, exemplificando com a sociedade anônima, seu capital pode ser reduzido quando excessivo, ou até o montante dos prejuízos acumulados, se houver perda.

8.3.1.3 Affectio societatis

Também dito como *animus* societário, é o intento de se associar, é a vontade de constituir sociedade. Refere-se à disposição de ingressar em uma sociedade empresária, de correr o risco inerente à atividade empresarial. Quem contrata a criação de uma sociedade empresária quer ser sócio.

O ânimo societário é requisito fático, de índole subjetiva, da existência da sociedade, posto que, a sua ausência, descaracterizada estará a própria natureza constitutiva desta. Mais que um elemento impulsionador, é um dever dos sócios, envolvendo a lealdade, a conduta coerente com o propósito declarado e a implementação contínua do intento societário.

A propósito, vale a pena reproduzir as considerações de Fábio Konder Comparato (*42 : 65*):

> "A *affectio societatis* é, portanto, não um elemento exclusivo do contrato de sociedade, distinguindo-o dos demais contratos, mas um critério interpretativo

dos deveres e responsabilidades dos sócios entre si, em vista do interesse comum. Quer isto significar que a sociedade não é a única relação jurídica marcada por esse estado de ânimo continuativo, mas que ele comanda, na sociedade, uma exacerbação do cuidado e diligência próprios de um contrato *bonae fidei.* (...) Há, assim, dois elementos componentes da *affectio* ou*bona fides societatis*, representativos do duplo aspecto dessa relação: a fidelidade e a confiança. A fidelidade é o escrupuloso respeito à palavra dada e ao entendimento recíproco que presidiu à constituição da sociedade, ainda que o quadro social se haja alterado, mesmo completamente. Por outro lado, a confiança é também um dever do sócio para com os demais, dever de tratá-los não como contrapartes, num contrato bilateral em que cada qual persegue interesses individuais, mas como colaboradores na realização de um interesse comum."

8.3.1.4Participação nos lucros e nas perdas

O Código proscreve a sociedade *leonina*,[10] cujo contrato social atribui a um dos sócios o total das perdas ou dos lucros. Deve predominar, como regra, o princípio romano do *jus fraternitatis.*

Não há sociedade empresária quando se estipula que a totalidade dos lucros pertencerá a um só dos associados, ou em que algum seja excluído, ou, ainda, que desonerar de toda a contribuição nas perdas as somas ou efeitos entrados por um ou mais sócios para o capital social (CC, art. 997, inciso VII).

Aqui, o contrato celebrado naquelas condições não é nulo; nula é a cláusula leonina.

Certamente, a distribuição dos lucros pode não ser pactuada de modo absolutamente igualitário. Atenderá à medida da participação de cada sócio, ou seja, é calcada na proporcionalidade.

Como, acertadamente, exemplifica Carvalho de Mendonça (*30, v. 3 : 47*):

"Leonina não se considera a sociedade em que se atribui a um dos sócios o direito de receber preferencialmente certa quantia sobre os lucros ou, o que dá no mesmo, o juro, sobre o valor com o qual entrou, sendo o excesso, se houver, distribuído pelos outros sócios. A isso se chama segurar os lucros do sócio. A cláusula não tira aos outros sócios a esperança de lucro: condiciona apenas o seu direito a participar daquele excesso. Igualmente, é lícito estipular no contrato social que o sócio, que infringir tal ou qual cláusula, seja privado, a título de pena, de todo ou parte do seu direito nos lucros sociais durante certo tempo."

Conforme o tipo societário adotado, poderá existir classe de sócios com maior ou menor participação, o que não agride o princípio paritário em questão.

Assim, os comanditários (sociedades em comandita simples) e os acionistas (companhias) têm sua responsabilidade limitada ao *quantum* com que entram para a sociedade. Os quotistas (sociedades limitadas) estão obrigados apenas à integralização do capital social. Todos esses sócios, em regra, não serão obrigados a comparecer às perdas eventuais das sociedades em que participam e, em condições normais, não responderão perante terceiros, por débitos delas.

8.3.2Requisitos de registro do contrato social

Os requisitos necessários ao arquivamento do contrato social no Registro de Empresas Mercantis e Atividades Afins são os estipulados no art. 53, inciso III, do Decreto nº 1.800/96:

- tipo de sociedade mercantil adotado;
- declaração precisa de seu objeto social;
- capital social, forma e prazo de sua integralização, e quinhão de cada sócio;
- responsabilidade dos sócios;
- identificação e qualificação dos sócios, procuradores, representantes e administradores;
- prazo de duração da sociedade;
- nome empresarial; e
- endereço completo da sede e das filiais declaradas.

O tipo societário deve ser um dos admitidos no ordenamento positivo, inexistindo margem de liberdade para criação de modelo composto ou inédito. As modalidades societárias aceitas pela legislação comercial não constituem mera enumeração; seu elenco é taxativo.

O objeto social é a atividade que será explorada economicamente pela sociedade. É a empresa. Sua declaração precisa e objetiva serve para que o Registro de Empresas Mercantis avalie sua licitude e viabilidade. Delimita o campo de atuação dos administradores e orienta terceiros que negociam com a sociedade.

Se o objetivo da sociedade empresária é o lucro, seu objeto é a empresa. Com efeito, a sociedade tem por objeto o exercício da atividade negocial com objetivo de lucro.

Para Cerami,[11] o objeto social é o gênero de atividade econômica (um ramo de indústria ou comércio) que a sociedade desenvolve para atingir seu

escopo lucrativo, ao passo que cada ato ou negócio jurídico em particular é o instrumento ou meio para a realização do objeto.

A distinção entre sociedade simples (civil) e sociedade empresária reside, pois, regra geral, no objeto. A pessoa jurídica de direito privado será empresária se seu objeto social for a empresa. O exercício efetivo da atividade econômica organizada só não define a índole da sociedade quando se trata de sociedade por ações. É que estas são empresárias por força de lei, mesmo quando não têm por fito a empresa (LSA, art. 2º, § 1º).

O capital social deve ser especificado no contrato, estipulando a parte de cada sócio, inclusive como e quando será integralizado, quer dizer, forma (em dinheiro e/ou bens) e prazo (concomitante com a constituição ou parcelado).

O contrato social deve estabelecer o grau de responsabilidade dos sócios, que, obviamente, será o fixado em lei para o tipo societário adotado.

A qualificação dos sócios compreende o nome, a nacionalidade, o estado civil, o domicílio, o número do documento oficial de identidade e o de inscrição no CPF.

A nomeação do(s) gerente(s) é também compulsória, porque fixa a representação legal da sociedade, o que não importa na impossibilidade de delegação funcional da gerência, desde que sob a responsabilidade do sócio. Quem representa a sociedade, no contrato, é o sócio.

O contrato social deve mencionar o nome empresarial que identifica a sociedade, cláusula essencial, até porque dela decorre o direito ao uso exclusivo daquele, independentemente de outra espécie de registro.

Sede é a circunscrição territorial onde se localizam a sociedade (se tiver mais de um estabelecimento, o principal) e seu representante legal. O foro é a circunscrição judiciária eleita para a solução de eventuais pendências entre os sócios. Para responder processualmente perante terceiros, o foro será, ordinariamente, o da sede. Em ação de falência, o do principal estabelecimento, patrimonialmente aferida a principalidade.

Como a sociedade pode ser contratada por tempo determinado ou indeterminado, o prazo de sua duração precisa ser esclarecido. A adoção de exercício social não coincidente com o ano civil reclama a estipulação do termo *ad quem* daquele.

O CC de 2002 prevê a possibilidade de prorrogação tácita da sociedade por tempo determinado, que ocorrerá quando, sem oposição de sócio, esvair-se o prazo de duração sem que a sociedade entre em liquidação.

8.4Sociedade empresária e atos de registro

A vida da sociedade empresária envolve permanente relacionamento com o Registro Público de Empresas Mercantis (RPEM), porque a formalização dos atos que interferem em sua estrutura organizacional é condição de sua eficácia perante terceiros e em relação aos sócios, conforme o caso.

Por isso, convém destacar, no bojo do CC, as principais determinações legais que se impõem à sociedade empresária, quanto aos atos carentes de registro.

A aquisição da personalidade jurídica da sociedade ocorre com a inscrição de seu contrato social no registro próprio, diz o art. 985.

A vinculação do empresário e da sociedade empresária ao RPEM, a cargo das Juntas Comerciais, é mandamento exposto no art. 1.150 do CC.

No art. 998 do CC, a sociedade simples deve requerer a inscrição do contrato social no Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local de sua sede. Se instituir sucursal, filial ou agência na circunscrição de outro Registro Civil (art. 1.000), neste deverá também inscrevê-la com a prova da inscrição originária.

A sociedade que tenha por escopo o exercício de atividade própria do empresário rural e seja constituída ou transformada, de acordo com um dos tipos de sociedade empresária, pode requerer inscrição no RPEM de sua sede.

As atas de assembleias da sociedade limitada devem ser arquivadas e averbadas no RPEM (art. 1.075).

A redução de capital social pela diminuição proporcional do valor nominal das cotas, na sociedade limitada, torna-se efetiva a partir da averbação da ata de aprovação no RPEM. Também, a redução operada pela restituição de parte do valor das cotas ou dispensa de prestações devidas, que, igualmente, resultam na diminuição proporcional de seu valor nominal, deve ser averbada no RPEM.

Por outro lado, o contrato de alienação, usufruto ou arrendamento do estabelecimento empresarial só produzirá efeitos quanto a terceiros após averbado à margem de inscrição da sociedade empresária, no RPEM, e devidamente publicado na imprensa oficial.

Em relação ao gerente de sociedade empresária, as limitações insertas na outorga de poderes, como condição para serem opostas a terceiros, dependem de arquivamento e averbação do instrumento no RPEM, exceto quando comprovado que eram conhecidas da pessoa que negociou com o

gerente. Também, a revogação e a modificação do mandato precisam ser arquivadas e averbadas no registro.

Sobre a escrituração empresarial obrigatória, os livros ou fichas devem ser autenticados no RPEM, antes de serem utilizados, diz o art. 1.181 do CC.

Na resolução da sociedade em relação a sócios minoritários, a exclusão determinada em reunião ou assembleia deve ser registrada, art. 1.086, para que se proceda à liquidação (art. 1.031).

A averbação da resolução da sociedade é marco divisório para assinalar a responsabilidade do ex-sócio ou de seus herdeiros, que perdura até dois anos depois da retirada, exclusão ou morte. Também é ponto limítrofe para fixar a responsabilidade do ex-sócio por obrigações posteriores ao desfazimento do laço social, posto que a partir da averbação é que se conta o prazo bienal.

Não é demais lembrar, enfim, que qualquer modificação do contrato social da sociedade empresária deverá ser averbada no RPEM, nos termos do art. 999, parágrafo único, do CC.

8.5Direitos e obrigações dos sócios

Tanto faz que os direitos dos sócios estejam ou não explicitados no contrato social. Mesmo na omissão deste, alguns direitos básicos decorrem da própria lei e, por isso, são insuscetíveis de supressão. Podemos resumi-los aos seguintes:

- direito de participar dos lucros sociais;
- direito de fiscalizar a escrituração social;
- direito de recesso;
- direito à prestação de contas dos administradores;
- direito de votar nas deliberações sociais nas sociedades contratuais.

É lógico que os sócios tenham assegurado o direito de participar dos lucros sociais. A sociedade empresária visa à obtenção de lucro. Não é outra a *mens legis*, como se lê no art. 1.008 do CC, ao considerar nula a cláusula contratual que exclui sócio de participar dos lucros e das perdas.

Quanto ao direito de fiscalização, devemos compreendê-lo em dois níveis. O primeiro refere-se ao acompanhamento dos atos de gestão da sociedade. O segundo, especificamente, pertine com a possibilidade facultada a cada sócio de, a qualquer tempo, examinar a escrituração contábil da sociedade. O sócio tem o direito de saber o que está sendo feito, quem está fazendo, por que está sendo feito e como. A sociedade é produto

de sua participação, o que compreende desde o aporte de capital até a condição de *custos* permanente de sua destinação.

Na sociedade empresária, não se pode recusar aos sócios o exame de todos os livros, documentos, escrituração e correspondência, e do estado da caixa na companhia ou sociedade, sempre que o requererem. Nessa mesma direção, os administradores ou gerentes são obrigados a dar contas justificadas de sua gestão aos demais sócios.

Outro direito de crucial importância nas sociedades empresárias é o *direito de recesso*, ou seja, direito de sair da sociedade. Decorrência da liberdade contratual e da autonomia da vontade, que permeiam todo o direito privado, o direito de retirar-se da sociedade, em algumas circunstâncias legalmente previstas e autorizadas, funciona como extraordinário instrumento de defesa do sócio. À evidência, *v. g.*, se o cotista não assente na modificação do contrato social para alteração do objeto da sociedade, deve ter a possibilidade de sair daquela sociedade que não mais lhe interessa. Da mesma forma, *v. g.*, deve assistir o acionista divergente de deliberação da assembleia-geral que leva ao aumento de capital, porque sem lastro patrimonial para adquirir valores mobiliários ou porque dissidente do meio adotado para a elevação, a alternativa de, reembolsando-se do que é seu, deixar o quadro acionário da companhia. Veja, a propósito, o art. 1.077 do CC.

Direito de singular magnitude no cotidiano societário é o direito à prestação de contas justificada e à análise dos balanços anuais (art. 1.020 do CC).

Há, sobretudo, o direito de votar nas deliberações sociais, que é nuclear nas sociedades de pessoas (art. 1.010 do CC). Se nas sociedades *intuitu personae* as alternativas decorrem da vontade dos sócios, o voto é o instrumento por excelência da manifestação daquela. Exceção é a regra inserta no art. 1.074, § 2º do CC, obstando a que o sócio vote deliberação de matéria que lhe afeta diretamente.

Diversamente, nas sociedades por ações, em que prevalece o elemento *capital*, o direito de voto não é essencial. Até eventualmente negado aos titulares de ações preferenciais, é inerente aos acionistas ordinários, mas pode ser objeto de suspensão em dadas circunstâncias.

Vistos os direitos, devemos destacar as obrigações dos sócios.

A primeira e fundamental obrigação do sócio é o pagamento de sua fração na composição do capital social.

8.6Administração societária

A condução da vida societária depende, nas sociedades contratuais, da vontade da maioria. As regras sobre a matéria são as contidas no art. 1.010 e seus parágrafos do CC:

- as deliberações sociais são adotadas por maioria de votos, contados segundo o valor das cotas de cada sócio;
- a maioria absoluta equivale a votos que representem mais da metade do capital;
- no caso de empate nas deliberações, prevalece o maior número de sócios;
- persistindo o empate, a matéria deverá receber deliberação judicial;
- o sócio ou administrador cujo voto aprove deliberação sobre operação contrária ao interesse social responde por perdas e danos;
- a oneração ou a venda de bens imóveis depende da vontade da maioria.

Normalmente, o contrato social regula a matéria atinente à administração da sociedade empresária. Entretanto, quando isso não ocorre, a administração social incumbe separadamente a cada um dos sócios. É a chamada *administração disjuntiva*. Nessa conjuntura, eventuais impugnações de um sócio a operações cogitadas por outro serão decididas pela maioria social. A realização de negócios com inobservância da vontade da maioria acarreta a responsabilidade por perdas e danos.

Nada dispondo o contrato social, os administradores podem praticar todos os atos de gestão necessários à realização do objeto social. A regra é que o excesso de mandato não pode ser oposto a terceiros, salvo se houver limitação de poderes inscrita ou averbada em registro social e do conhecimento do terceiro, ou quando tratar-se de operação estranha ao objeto social.

Nos atos que reclamem decisão conjunta de vários administradores, a adoção de providências depende de todos, exceto na iminência de dano irreparável decorrente da omissão ou protelação.

Contudo, o administrador que, sem a anuência escrita dos sócios, aplicar créditos ou bens sociais com desvio de poder, beneficiando-se ou favorecendo terceiros, deverá reparar o dano social causado, seja pela restituição, seja pelo pagamento de valor equivalente, com os lucros resultantes. No caso de prejuízo, responderá pelo valor correspondente.

Os administradores da sociedade têm responsabilidade solidária perante a sociedade e terceiros prejudicados, quando agirem com culpa funcional. É que domina a administração societária o dever da boa administração sintetizado no art. 1.011 do CC, ao asseverar que o administrador deverá ter

o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na gestão de seus próprios negócios.

Fique claro que o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente, declara a Súmula nº 430 do STJ.

Se o administrador for nomeado por instrumento em separado e não averbá--lo à margem da inscrição da sociedade, responderá pessoal e solidariamente perante a sociedade pelos atos que praticar.

Orientam a atividade administrativa as regras pertinentes ao mandato. Também assim quanto à delegação de poderes, que devem ser especificados no instrumento de constituição do mandatário.

O dever de prestar contas devidamente justificadas de sua administração impõe ao administrador a apresentação ao corpo social, anualmente, do inventário, do balanço patrimonial e do balanço de resultado econômico. Sem embargo dessa norma geral, inscreve-se entre os direitos inerentes à condição de sócio o de examinar a escrituração, documentos, estado de caixa e a carteira da sociedade.

Não podem exercer a administração social as pessoas impedidas por lei especial e as condenadas a pena que obste o acesso, ainda que temporário, a cargos públicos. Também assim, enquanto perdurarem os efeitos da condenação por crime falimentar, contra a administração pública, contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas protetivas da concorrência, contra as relações de consumo, contra a fé pública ou a propriedade.

8.7Classificações das sociedades empresárias

Os juristas são, quase sempre, tentados a engendrar classificações para equacionar sistematicamente os institutos jurídicos. Contudo, o próprio direito é tão rico em casuísmos e tão complexo, que se torna pouco compensador assumir tal tarefa. Na matéria em tela, só para exemplificar, a própria dicotomia entre direito público e privado, que durante séculos pareceu intangível, já se entremostra ultrapassada, seja pelo reconhecimento dos chamados direitos difusos, seja em virtude da visível interpenetração das normas oriundas do mundo público e do privado.

As classificações das sociedades empresariais não fogem a essa regra. São em grande número, fato que por si só já demonstra a pouca concordância na matéria. Nenhuma delas é perfeita ou imune às críticas. Aqui, também exemplificando, uma sociedade anônima fechada está muito próxima de ser uma sociedade de pessoas, beira a *affectio societatis*. Por

outro lado, o hibridismo da sociedade limitada alimenta a perplexidade da doutrina, impedindo a inserção de referido tipo societário em qualquer esquema ortodoxo. O próprio CC acabou por institucionalizar essa atipicidade, permitindo que os sócios optem pela regência subsidiária da LSA ou do próprio Código (sociedade simples).

Contudo, para fins meramente didáticos, ainda é possível reconhecer um mínimo classificatório. Repita-se, porém: os critérios adotados para tais classificações são frágeis e vulneráveis.

Com certeza, não teria qualquer rigor técnico, *v. g.*, classificar os tipos societários com base nos diplomas que os disciplinam. Por outro lado, seria excessivo esmero metodológico (perda de tempo?) examinarmos, aqui, todas as classificações propostas, na doutrina, para as sociedades empresárias, porque sem critério científico e sementes de confusões indesejáveis.

Com efeito, a compreensão da matéria, em suas linhas essenciais, será plenamente satisfeita com a exposição detalhada de cada um dos tipos societários. Por isso, aqui, basta o enfoque superficial de três classificações mais importantes:

- pela natureza do ato constitutivo;
- pela responsabilidade dos sócios;
- pela composição ou estrutura econômica; e
- pelo volume da receita bruta.

8.7.1 Quanto à natureza do ato conceptivo

As sociedades empresárias podem nascer de um contrato social ou de um estatuto social. Daí por que as primeiras são chamadas *sociedades contratuais* e as últimas, *sociedades institucionais ou estatutárias.* O que as diferencia é o ato formalizador da vontade inaugural dos sócios e o grau de estabilidade. As sociedades contratuais são mais voláteis, à medida que muito mais suscetíveis ao desfazimento estrutural pela possibilidade de resolução em relação a um ou mais sócios.

O CC diz no art. 1.029 que, além dos casos previstos no contrato social, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade de prazo indeterminado, mediante singela notificação dos consócios, com antecedência mínima de 60 dias.

São sociedades institucionais as sociedades anônimas e as sociedades em comandita por ações. Todas as demais são contratuais.

8.7.2Quanto à responsabilidade social

Com esteio na responsabilidade dos sócios, as sociedades são:

- limitadas;
- ilimitadas; ou
- mistas.

Falamos em sociedades limitadas, quando nos referimos às nascidas de pacto social que limita a responsabilidade dos sócios ao valor de suas contribuições (sociedades por ações) ou à integralização do capital social (sociedades limitadas).

Já nas sociedades ilimitadas, todos os sócios assumem responsabilidade ilimitada e solidária relativamente às obrigações sociais (sociedades em nome coletivo).

Temos sociedades *mistas*, quando o contrato social combina a responsabilidade ilimitada e solidária de alguns sócios com a responsabilidade limitada de outros sócios (sociedades em comandita simples, sociedades em comandita por ações).

Embora o CC conceitue a sociedade como uma união de bens e serviços, eliminou a sociedade de capital e indústria do contexto societário.

Destaque-se que, mesmo no caso das sociedades ilimitadas, a responsabilidade dos sócios é sempre subsidiária. Nos termos do art. 1.024 do CC, os bens particulares dos sócios não respondem por dívidas da sociedade, senão depois de executados todos os bens sociais. Se os bens da sociedade não cobrirem as dívidas, a responsabilidade dos sócios pelo saldo deve ser proporcional à participação nas perdas sociais, exceto se existir cláusula contratual determinando a responsabilidade solidária. É bom que se registre a lição de Waldemar Ferreira (*64, v. 2 : 31*):

> "Toda sociedade responde com todo o seu acervo por suas obrigações. O limite está sempre no montante patrimonial. Os sócios comanditários, os cotistas e os acionistas é que têm responsabilidade limitada ao valor de sua comandita, de suas ações ou de todo o capital da sociedade por cotas. Isso, sim. Esses sócios têm, efetivamente, sua responsabilidade limitada, nos termos expostos. A sociedade, não. Se seu fundo social, o conjunto de seus bens e haveres excederem, por seu valor, à cifra contratual ou estatutária de seu capital; e se suas dívidas sobre--excederem a este, todo aquele fundo responderá por elas."

Em caso de insolvência, equiparam-se ao devedor os sócios de responsabilidade ilimitada (art. 190 da LRE).

8.7.3Quanto à composição econômica

Com base na composição ou estrutura econômica, as sociedades são de pessoas ou são de capital, conforme o índice de participação do elemento pessoal ou financeiro na realização do objeto social.

Entendem-se por sociedades de pessoas aquelas constituídas em função da qualidade pessoal dos sócios (sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade de capital e indústria), que se subordinam às condições jurídicas daquelas. Por exemplo, se um dos sócios se retira ou falece, a pessoa jurídica pode dissolver-se, à medida que resta desfeito o contrato que as ligava. Estão assentadas na homogeneidade subjetiva, mais que na junção objetiva de capitais, e notabilizam-se pela estabilidade da estrutura societária.

Por seu turno, as sociedades de capital são as que se formam tendo em vista, principalmente, o capital social (sociedade por ações), sendo menos relevante a pessoa dos sócios, meros investidores. A pessoa jurídica independe de quem titule as parcelas que constituem o capital social. Estas podem mudar de proprietários e a pessoa jurídica continua inalterada, porque não condicionada ao estado dos sócios.

A sociedade limitada, nativamente uma sociedade contratual de pessoas, poderá, conforme o conteúdo de seu ato conceptivo (condições de alienação da participação societária), reger-se como sociedade de capital ou como sociedade de pessoas, como se verá adiante.

8.7.4Quanto ao volume da receita bruta

Nos termos do art. 3º da Lei nº 11.638/07, aplicam-se às sociedades de grande porte, *mesmo que não constituídas sob a forma de sociedades por ações*, as disposições da Lei nº 6.404/76, sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários.

O dispositivo citado considera sociedade de grande porte a sociedade ou conjunto de sociedades sob controle comum que tiver, no exercício social anterior, ativo total superior a R$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) ou receita bruta anual superior a R$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais).

É conveniente destacar que, por força do art. 246, § 1º do CPC, as empresas de médio e grande porte (públicas e privadas) são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento citações e intimações.

8.8Sociedades de objeto misto

Na prática, nem sempre são claras as fronteiras objetivas entre sociedade simples e sociedade empresária. Com o CC de 2002 e a aplicação subsidiária das regras da primeira nas omissões na regência da segunda, referidos limites tornaram-se muito estreitos. Contudo, a sociedade simples permanece como um expediente jurídico formal destinado a titular as atividades que não são próprias do empresário.

É forçoso considerar que, na prática, a sociedade simples, às vezes, tem sua atividade tangenciando a atividade empresarial, o que ocorre instrumentalmente, vale dizer, como meio para alcançar seus fins sociais.

Assim, no que concerne às chamadas sociedades de objeto misto, a orientação mais segura é fixar sua qualidade com alicerce na atividade preponderante, mesmo porque para a tipificação empresarial não basta a atividade negocial esporádica, sendo necessária a profissionalidade.

Podem praticar, e praticam, eventualmente, atos tipicamente negociais, o que não as desnatura. Para a identificação da natureza da sociedade, o que importa é a atividade principal por ela desempenhada.

Com efeito, a chamada negociabilidade secundária ou subsidiária não tem o condão de transformar a sociedade simples em empresária.

8.9Sociedades dependentes de autorização

Nos arts. 1.123 *usque* 1.141, o CC trata das sociedades nacionais e estrangeiras que, para funcionar, dependem de autorização do Poder Executivo federal. Referida autorização está sujeita à caducidade, se a sociedade que a obtiver não entrar em funcionamento nos 12 meses seguintes à publicação pertinente. Também está sujeita à cassação pelo poder concedente, no caso de infração à disposição de ordem pública ou prática de atos contrários aos fins declarados em seu estatuto.

Vale ressaltar que a sociedade estrangeira, independentemente de seu objeto, sempre necessitará de autorização para funcionar no Brasil, o que não a impede de ser acionista de companhia brasileira.

Também é bom salientar que a autorização pode ser condicionada. Isso significa que o Poder Executivo federal pode estabelecer condições que protejam os interesses nacionais para autorizar o funcionamento de sociedade estrangeira.

As modificações contratuais ou estatutárias de tais sociedades, sejam brasileiras ou estrangeiras, dependem sempre de aprovação do poder concedente.

O CC estabelece a sujeição da sociedade estrangeira autorizada à lei e aos tribunais brasileiros, quanto aos atos e operações praticados no país, onde deverá funcionar sob o nome empresarial de origem, facultando-se-lhes a adjunção das expressões *do Brasil* ou *para o Brasil*. Está obrigada, outrossim, a manter representante permanente no país, com poderes para dirimir quaisquer questões, inclusive o de receber citação judicial, arquivado e averbado o instrumento de sua nomeação.

O art. 1.127 do CC proíbe a mudança de nacionalidade de sociedade brasileira, qualquer que seja seu tipo societário, sem a aprovação unânime dos sócios. É nacional a sociedade organizada conforme a lei brasileira, com sede administrativa no Brasil.

8.10Sociedades empresárias no CC

O CC trata das sociedades de pessoas, ou seja, daquelas entidades mercantis constituídas com base na pessoa dos sócios, ancoradas à *affectio societatis*. Cada uma deve possuir, no mínimo, um sócio com responsabilidade ilimitada. Além da sociedade limitada, estão regradas no diploma civil a sociedade em nome coletivo e a sociedade em comandita simples. É extinta a sociedade de capital e indústria.

Na sociedade coletiva, só pode haver sócios pessoas físicas, todos com responsabilidade solidária e ilimitada pelas obrigações sociais. Claro que os sócios podem limitar entre si a responsabilidade de cada um, no próprio ato constitutivo ou em convenção posterior. Todavia, mencionado ajuste não tem qualquer efeito perante terceiros.

A administração da sociedade em nome coletivo não admite quem não seja sócio.

O credor particular de sócio em nome coletivo não pode, antes de dissolver-se a sociedade, pretender a liquidação da cota do devedor. É a letra do art. 1.043 do CC. Contudo, poderá fazê-lo se houver prorrogação tácita da sociedade com prazo determinado ou quando da prorrogação contratual for acolhida oposição judicial do credor, levantada no prazo de 90 dias, contado da publicação do ato dilatório.

Na sociedade em comandita simples, há sócios de duas espécies: os comanditados (responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais) e os comanditários (obrigados somente pelo valor de sua cota parte). Ambos devem ser discriminados no contrato social.

A dissolução da sociedade, além das causas elencadas no art. 1.044 do CC, também pode resultar do decurso do prazo de 180 dias sem uma das

categorias de sócio. A falta do comanditado é suprida pela nomeação de um administrador provisório (não sócio).

As regras do CC em relação ao sócio comanditário podem ser resumidas assim:

- •pode participar das deliberações sociais;
- •pode fiscalizar a gestão social;
- •não pode praticar ato de gestão;
- •não pode ter seu nome na firma social;
- •pode ser procurador da sociedade para negócio determinado;
- •não é obrigado à reposição de lucros hauridos de boa-fé e conforme o balanço;
- •não pode receber lucros se houver diminuição do capital social por perdas supervenientes, enquanto não ocorrer a reintegração.

8.11Resolução (dissolução parcial)

Como assente pela maioria dos comercialistas, a dissolução *parcial* foi construída pela doutrina e adotada pela jurisprudência, precisamente para resguardar a estabilidade da empresa contra eventual instabilidade dos interesses dos sócios, suprindo assim as deficiências do individualismo do Código Comercial, voltado preferencialmente para a proteção destes. Por isso, só uma leitura produtiva daquele diploma pode superar a perplexidade despertada por sua exegese literal.

Claro que estamos nos referindo apenas às sociedades contratuais, assentadas sobre o substrato pessoal, e, numa leitura ampla, às sociedades anônimas familiares ou fechadas. Se não se faz mais presente a *affectio societatis*, nem por isso se desfaz a sociedade, para o bem dela mesmo, dos sócios que ficam e da coletividade que usufrui da empresa. O princípio protetivo da continuidade desta alicerça, por si só, a dissolução parcial e não total.

Mais preocupado com os haveres do sócio dissidente, excluído e, bem assim, seus sucessores, o estatuto instrumental civil (arts. 599 e ss.) contempla a ação constitutiva negativa de dissolução parcial da sociedade tendo por objeto a resolução da sociedade empresária contratual ou simples, em relação ao sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de recesso. Também, simplesmente, para apuração dos haveres daquele sócio.

A ação de dissolução parcial estende-se à sociedade anônima de capital fechado, se demonstrado que não pode preencher o seu fim. Pode ser promovida por acionista(s) representante(s) de cinco por cento ou mais do capital social.

O foro competente é o da sede da sociedade (arts. 46 e 53, inciso III, "a" e "b" do CPC/2015)

São causas de resolução:

- vontade do sócio (art. 1.029 do CC);
- exclusão judicial do sócio (art. 1.030 do CC);
- dissociação (exclusão social do remisso) (art. 1.004, parágrafo único do CC);
- falência do sócio (art. 1.030 do CC);
- liquidação de sua cota por execução de credor (art. 1.026 do CC);
- morte do sócio (art. 1.028, inciso II, do CC).

O art. 600 do CPC anuncia que a ação pode ser proposta pelo sócio, pelo espólio do sócio falecido, pelos seus sucessores, pela sociedade ou pelo sócio excluído conforme o caso. Também assim, o cônjuge ou companheiro do sócio cujo casamento, união estável ou convivência terminou, para postular a apuração de seus haveres.

Sócios e sociedade serão citados para, em 15 dias, concordar com o pedido ou contestar. Têm direito ao prazo em dobro, se representados por advogados diversos (art. 229 do CPC). A sociedade não será citada se o forem todos os seus sócios, conquanto fique sujeita aos efeitos da decisão e da coisa julgada.

Tendo em vista a apuração dos haveres, o juiz fixará a data da resolução da sociedade, definirá o critério de apuração dos haveres e nomeará perito contábil para determinar o valor da(s) cota(s).

A bússola do juiz na definição do critério para apuração dos haveres é o contrato social. Se este não dispuser a respeito, o juiz determinará o valor patrimonial líquido da sociedade, via balanço de determinação.

A data da dissolução do vínculo societário será, no caso de falecimento do sócio, a do óbito; na retirada imotivada, o sexagésimo dia seguinte ao da recepção, pela sociedade, da notificação do sócio retirante; no recesso, a data do recebimento, pela sociedade, da notificação do sócio dissidente; na retirada por justa causa de sociedade por prazo determinado e na exclusão judicial de sócio, o dia do trânsito em julgado da decisão resolutória da sociedade e; na exclusão extrajudicial, a data da assembleia ou da reunião deliberativa dos sócios.

Adite-se que, até a data da resolução, há uma suposição de que o ex-sócio estivesse no exercício de suas atribuições sociais. Portanto, integram-no o valor que lhe é devido (ou espólio, ou sucessores), a participação nos lucros ou os juros sobre o capital próprio declarados pela sociedade e, quando tratar-se de ex-sócio administrador, a remuneração respectiva.

A etapa final dessa modalidade dissolutória é a da efetiva apuração do valor devido ao ex-sócio (ou herdeiros, conforme o caso). Assiste-lhe(s) o direito de recolher o que teria direito em caso de extinção da sociedade. Para ele(s), a sociedade acabou.

Esse direito de crédito refere-se ao valor patrimonial das cotas que titulava. Certamente, aludido valor tem como parâmetro determinativo o patrimônio líquido atual da sociedade, do qual detinha parcelas, e não o valor nominal expresso no contrato social. Em síntese, os haveres do ex-sócio devem ser pagos por seu valor real.[12]

O art. 1.031 do CC estatui que o valor da cota do ex-sócio, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade à época da resolução, verificada em balanço especialmente levantado (balanço de determinação, diz o CPC). Será pago em dinheiro, no prazo de 90 dias, a partir da liquidação, salvo acordo ou previsão contratual em contrário.

Aqui, não se aplica o critério estabelecido no art. 45, § 1º, da LSA, relativo à determinação do valor de reembolso ao dissidente. Tratando-se de dissolução parcial de sociedade por cotas, a apuração de haveres deve ser procedida como se de dissolução total se tratasse. Assim, impõe-se a realização de balanço especial para mensuração do valor das cotas. A apuração de haveres deve ser a mais abrangente possível, já que se busca fixar o justo preço da parcela social, incluindo-se, pois, o aviamento, o fundo de comércio, em suma, a exata verificação física e contábil dos bens e direitos da sociedade.[13]

Cabe, aqui, ainda mencionar que, se o sócio excluído da sociedade por vontade da maioria, intenta anular a deliberação social que decidiu por sua saída do quadro social, na eventual demanda não há necessidade de que venham a integrar a lide todos os sócios, porque a deliberação que se ataca representa a vontade da sociedade. Não há pois litisconsórcio necessário ativo.

Enfim, pelo art. 1.032 do CC, a saída, morte ou exclusão do sócio não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade. A retirada e a exclusão do sócio não o isentam de responder pelas obrigações posteriores a sua saída até dois anos, enquanto não requerer a averbação.

8.12Dissolução

A dissolução da sociedade empresária pode ocorrer:

•por deliberação unânime dos sócios (art. 1.033, inciso II, do CC);
•expirado o prazo determinado de duração, sem prorrogação expressa ou tácita (art. 1.033, inciso I, do CC);
•pelo encerramento da falência (art. 1.044 do CC);
•pela extinção da autorização para funcionar (art. 1.033, inciso V); e
•por condição contratual (art. 1.035 do CC).

No caso de sociedade constituída por apenas dois sócios, em princípio, a saída de um deles reduz à unipessoalidade. Tratando-se de sociedade contratual, por força do art. 1.033, inciso IV, do CC, enseja-se ao sócio remanescente, detentor de todas as cotas do capital social:

•o prazo de 180 dias para recomposição da pluralidade social; ou
•transformação da sociedade em empresa individual; ou, ainda,
•transformação em empresa individual de responsabilidade limitada.

Caso não ocorra nenhuma dessas alternativas, então sim, dissolver-se-á de pleno direito a sociedade.

Condição contratual pode determinar a dissolução. É que pode constar do ato constitutivo previsão de dissolução da sociedade se ocorrer determinada condição (*v. g.*, frustração de meta mínima de lucro).

No caso da sociedade anônima, são causas de dissolução total de pleno direito:

•término do prazo de duração (art. 206, inciso I ,"*a*", LSA);
•causas estipuladas no estatuto (art. 206, inciso I, "*b*", LSA);
•deliberação da assembleia-geral (art. 206, inciso I, "*c*", LSA);
•unipessoalidade, quando não restaurada, no prazo, a pluralidade social (art. 206, inciso I, "*d*", LSA);
•extinção de autorização para funcionar (art. 206, inciso I, "*e*", LSA).

Também por decisão de autoridade administrativa (art. 206, inciso III, da LSA) pode dissolver-se a companhia. É o caso, *v. g.*, da liquidação extrajudicial de instituição financeira que pode ocorrer por proposta do interventor (quando sob este regime se encontrar), dos administradores ou por decreto *ex officio* do Banco Central.[14]

Vale acrescentar que a Súmula nº 435 do STJ estabelece a presunção de dissolução irregular da empresa que deixa de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, o que torna legítimo o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

8.13Dissolução judicial

Dissolução judicial é a dissolução por sentença. O caminho judicial será seguido sempre que houver conflito de pretensões entre os sócios sobre a dissolução ou quando sobrevir a falência da sociedade.

As hipóteses de dissolução judicial estão catalogadas no art. 1.034 do CC:

- pela anulação de sua constituição;
- pela impossibilidade de preencher o fim social (perda total ou insuficiência do capital social);
- pelo exaurimento do objeto social.

Observe que o elenco legal de causas justificadoras de dissolução judicial não é exaustivo, nada obstando que o sócio procure o amparo judiciário sempre que sofra ou esteja na iminência de sofrer lesão a direito individual.

No caso da sociedade anônima, são causas de dissolução judicial:

- anulação da constituição da sociedade (art. 206, inciso II, "*a*", LSA);
- não poder preencher sua finalidade (art. 206, inciso II, "*b*", LSA);
- falência (art. 206, inciso II, "*c*", LSA).

8.14Prorrogação

Algo precisa ser dito sobre a prorrogação da sociedade empresária.

Na sociedade pactuada por prazo determinado, com a fluência deste, não mais será possível a prorrogação da vida societária (art. 53, inciso V, do Decreto nº 1.800/96). E por um motivo lógico. É que, expirado o prazo contratual de duração, terminou a personalidade jurídica da sociedade. Não pode haver mais pedido de prorrogação; ressurreição seria a palavra.

O prosseguimento da vida societária após o decurso do prazo, sem prorrogação tempestiva, será sempre irregular. Trata-se, agora, de uma sociedade de fato, posto que sequer contrato constitutivo possui.

A alteração contratual para regularizar a continuidade societária deverá ser aprovada pela unanimidade dos sócios. Se um ao menos não concordar com a prorrogação, nada poderá obrigá-lo, uma vez expirado o prazo do contrato que celebrou. Na pendência de solução consensual, a dissolução será judicial.

Pode ocorrer a prorrogação tácita da sociedade por tempo determinado se, dissolvida a sociedade, sem oposição de sócio, não entrar em liquidação. Permite-o, reflexamente, o art. 1.033, inciso I, do CC.

8.15Liquidação

Procedimento peculiar à execução da sentença dissolutória, a liquidação é a fase final de extinção da sociedade, consistente em realizar o ativo e solucionar o passivo social, podendo processar-se judicialmente ou não.

Verificada a dissolução, devem os administradores promover a investidura do liquidante e limitar a gestão própria aos negócios inadiáveis, vedadas novas operações, que se realizadas levarão a sua responsabilização solidária e ilimitada.

Não constando do contrato social a indicação do liquidante, os sócios poderão escolher pessoa estranha ao quadro social.

Na dissolução de pleno direito, o sócio pode requerer, desde logo, a liquidação judicial.

No caso de dissolução decorrente da extinção da autorização governamental para funcionar a sociedade, o Ministério Público tem legitimação subsidiária para intentar a liquidação. Isso significa que se os administradores não o fizerem, nos 30 dias seguintes à extinção; ou se sócio não tomar a iniciativa, o representante do *parquet* deverá ajuizá-la. Se o Ministério Público não o fizer, a autoridade competente para conceder a autorização nomeará interventor para requerer a medida e administrar provisoriamente a sociedade, até a nomeação do liquidante.

Na dissolução judicial, na própria sentença que decretar a dissolução, o juiz nomeará o liquidante conforme o contido no ato constitutivo da sociedade ou o disposto na lei de regência.

O liquidante poderá ser destituído pelo juiz, de ofício, ou mediante postulação de qualquer sócio, se ocorrer justa causa. Por exemplo, em caso de inobservância dos deveres legais, de retardamento injustificado do andamento do processo, de procedimento doloso ou de defesa de interesse adverso ao da liquidação.

Se for pessoa alheia à sociedade, eleita pelos sócios, por eles poderá ser destituído a qualquer tempo (art. 1.038, § 1º, inciso I).

Os deveres do liquidante estão expressos no art. 1.103 do CC (sociedades contratuais) e no art. 210 da LSA (sociedades por ações).

São, em síntese, os seguintes:

- arquivar e publicar a ata da assembleia-geral, sentença ou instrumento que tiver deliberado ou decidido a liquidação;
- arrecadar os bens, livros e documentos da sociedade, onde quer que estejam;
- fazer levantar, de imediato, em prazo não superior ao fixado pela assembleia-geral ou pelo juiz, o balanço patrimonial da sociedade;

•ultimar os negócios da sociedade, realizar o ativo, pagar o passivo e partilhar o remanescente entre os acionistas;
•exigir dos sócios, quando o ativo não bastar para a solução do passivo, a integralização de suas participações;
•convocar a assembleia-geral, nos casos previstos em lei ou quando julgar necessário;
•apresentar prestação de contas semestrais;
•confessar a falência e pedir recuperação, nos casos previstos em lei;
•finda a liquidação, submeter aos sócios relatório dos atos e operações da liquidação e suas contas finais;
•arquivar e publicar a ata da assembleia-geral ou instrumento social que houver encerrado a liquidação.

O liquidante só poderá gravar bens e contrair empréstimos com expressa autorização da assembleia-geral. A exceção fica por conta dos recursos indispensáveis ao pagamento de obrigações inadiáveis.

Quanto à identificação empresarial, na fase liquidatória, a sociedade empresária assina-se com a adição da expressão *em liquidação*, representada pelo liquidante, só podendo praticar os atos necessários para se ultimarem as negociações pendentes, procedendo-se à liquidação das ultimadas.

O liquidante convocará a assembleia-geral a cada seis meses, para prestar-lhe contas dos atos e operações praticados no período e apresentar-lhe o relatório e o balanço do estado da liquidação. A assembleia-geral pode fixar, para essas prestações de contas, períodos menores ou maiores que, em qualquer caso, não serão inferiores a três nem superiores a doze meses.

Nas assembleias-gerais da companhia em liquidação, todas as ações gozam de igual direito de voto, vedadas, sob pena de ineficácia, restrições ou limitações porventura existentes em relação às ações ordinárias ou preferenciais. Uma vez cessado o estado de liquidação, restaura-se a eficácia das restrições ou limitações relativas ao direito de voto.

No curso da liquidação judicial, o juiz convocará e presidirá as assembleias-gerais necessárias para deliberar sobre os interesses da sociedade, dirimindo, sumariamente, as dúvidas e litígios suscitados. As cópias autenticadas das atas das assembleias-gerais serão apensadas ao processo judicial.

8.16Pagamento do passivo

Quanto ao pagamento do passivo, o art. 214 da LSA e o art. 1.106 do CC dispõem que, respeitados os direitos dos credores preferenciais, o liquidante pagará as dívidas sociais, proporcionalmente e sem distinção entre vencidas e vincendas, mas, em relação a estas, com desconto. Se o ativo for superior ao passivo, o liquidante poderá, sob sua responsabilidade pessoal, pagar integralmente as dívidas vencidas.

A ordem de preferência é a mesma estabelecida para a classificação dos créditos no processo falimentar.

8.17Partilha do ativo residual

Os sócios podem deliberar que, antes de ultimada a liquidação e depois de pagos todos os credores, se façam rateios entre os sócios, à proporção que se forem apurando os haveres sociais.

Na companhia, a assembleia-geral pode aprovar, desde que pelo voto de acionistas que representem 90%, no mínimo, das ações depois de pagos ou garantidos os credores, condições especiais para partilha do ativo remanescente, com a atribuição de bens aos sócios, pelo valor contábil ou outro por ela fixado.

Contudo, se comprovado pelo acionista dissidente que as condições especiais de partilha visaram favorecer a maioria, em detrimento da parcela que lhe tocaria, se inexistissem tais condições, será a partilha suspensa, se não consumada, ou, se já consumada, os acionistas majoritários indenizarão os minoritários pelos prejuízos apurados.

A prestação final de contas do liquidante ocorrerá perante a assembleia-geral após pago o passivo e partilhado o ativo remanescente. Aprovadas as contas, encerra-se a liquidação e a sociedade se extingue. O dissidente terá o prazo de 30 dias, a contar da publicação da ata, para promover a ação que lhe couber.

Encerrada a liquidação, o credor não satisfeito só terá direito de exigir dos acionistas, individualmente, o pagamento de seu crédito, até o limite da soma, por eles recebida, e de propor contra o liquidante, se for o caso, ação de perdas e danos. O sócio executado terá direito de haver dos demais a parcela que lhes couber no crédito pago.

O sócio não pode exigir sua parte no ativo enquanto o passivo da sociedade não estiver integralmente solvido ou depositado o valor bastante para o pagamento dos credores. É lógico: a partilha incide sobre o saldo

resíduo. Há uma densificação absoluta das cotas (frações ideais) em frações materiais individualizadas.

O desfazimento da sociedade deve ser arquivado no Registro de Empresas Mercantis, bem como publicado. A pena para a omissão é a subsistência da responsabilidade de todos os sócios a respeito de obrigações que algum deles venha a contrair com terceiro em nome da sociedade.

Para o arquivamento do distrato social ou da ata de dissolução são necessários:

- certificado de regularidade do FGTS (emitido pela Caixa Econômica Federal);
- certidão negativa de débitos do INSS;
- certidão de quitação de tributos e contribuições federais (emitida pela Secretaria da Receita Federal); e
- certidão negativa de inscrição de dívida ativa da União (emitida pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional).

Arquivado o ato de dissolução no Registro Público de Empresas Mercantis, extingue-se a pessoa jurídica.

Extinção é o término da personalidade jurídica da sociedade, o desfazimento de todos os vínculos pactuados e o fim da conjugação paralela de intenções em torno do objeto social. Enfim, é a morte da entidade.

---

[1] "Por isso, a expressão *contrato*, supondo a ideia de duas ou mais pessoas com interesses antagônicos umas em face das outras, não passa sem crítica, para traduzir o ato institucional da sociedade. Os alemães preferem a palavra *Vereinbarung* a*Vertrag*" (*30 : 15*).

[2] 2º TAC – Ap. c/ rev. 427.582-00/3 – 5º C. – Rel. Juiz Sebastião Amorim (*RT* 725/279).

[3] MELLO FRANCO, Vera Helena (*103 : 143*), citando SEALEY, narra a possível origem da teoria do *lifting the veil*, no caso Salomon v. A. Salomon & Co. Ltd., em Whitechapel, Inglaterra.

[4] TJMG – Ap. 80.482-1 – 1º C. – Rel. Des. Bady Curi.

[5] TAC – AI 554.563-3 – 4º C. – Rel. Juiz Octaviano Santos Lobo (*RT* 708/116).

[6] Ver, nesse sentido, a magnífica lição de Fábio Konder Comparato (*44 :* 69).

[7] "Sociedade por quotas – Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica – Transferência da quase totalidade das quotas à esposa mediante alteração contratual – Executados que fogem ao confronto com a Justiça, deixando de nomear bens à penhora – Recurso não provido" (TJSP – Apelação Civil nº 142812 2 – Rel. Des. Bueno Magano).

"Sociedade por quotas – Ausência absoluta de patrimônio – Existência meramente formal – Manifesto prejuízo aos credores – Presunção de fraude – Aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica – Recurso provido" (TJSP – Apelação Civil nº 206787 2 – Rel. Des. Pinheiro Franco.

[8] TAC – Ap. 507.880-6 – 3º C. – Rel. Juiz Ferraz Nogueira.

[9] Art. 2.304 do CC italiano: *I creditori sociali, anche se la società è in liquidazione, non possono pretendere il pagamento dei singoli soci, se non dopo l'escussione del patrimonio sociale.*

[10] "*Cette clause, déjà interdite en droit romain (Dig., 17, 2, fr. 29, § 2º) comme contraire au jus fraternitatis, est dénomée clause léonine en souvenir la fable de Phèdre sur le lion qui, entrant en societé avec les autres animaux, s´attribue toutes les parts et la première en vertu de son nom (quoniam nominor leo)*". Cf. Ripert (*135 : 284*).

[11] Gli atti stranei all'oggetto sociale. In: *Riv. deile Società*, 1959, p. 655, apud GUERREIRO, José Alexandre Tavares (*74 :*17).

[12] TJSP – Ap. 178.263-2/1 – 11º C. – Rel. Des. Salles Penteado (*RT* 685/87).

[13] *RTJ* 89/1.054.

[14] Lei nº 6.024/74.

9

Sociedade Limitada



9.1Noção

Antes regida pelo Decreto nº 3.708/19 (LSQL), hoje pelo CC (arts. 1.052 *usque* 1.087), a enorme aceitação da sociedade limitada no meio empresarial deve-se aos dois fatores que determinaram seu surgimento na Europa (Alemanha e Inglaterra), em fins do século XIX:

- garante os sócios contra os indesejáveis efeitos patrimoniais suscetíveis de ocorrer nas sociedades ilimitadas; e
- ao mesmo tempo, dispensa a complexa estruturação das sociedades por ações, podendo traduzir-se, em determinadas situações, numa sociedade simplificada de capitais.

Tanto a LSQL como o CC, mais pelo que não dizem do que, propriamente, pelo teor de suas regras, ensejam ampla liberdade na constituição da sociedade limitada, o que, se em princípio é salutar, não deixa de oferecer os inconvenientes resultantes da diversidade de entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre diversos de seus pontos obscuros.

A sociedade limitada tem como nota predominante uma elástica margem de liberdade de estruturação, principalmente, em cotejo com a burocrática formatação das companhias e os riscos da responsabilidade ilimitada típica das sociedades em nome coletivo.

Que é a sociedade limitada?

Qualquer conceito de sociedade limitada deverá ser construído a partir dos elementos fornecidos por sua regência legal. É, precisamente, o que se encontra nas conceituações dos principais comercialistas nacionais, permitindo-nos formular um conceito-síntese que contempla a sociedade limitada como a pessoa jurídica constituída por sócios de responsabilidade limitada à integralização do capital social, individualizada por nome empresarial que contém o adjuntivo *limitada*.

A sociedade limitada é uma sociedade de pessoas ou de capitais?

Para Rubens Requião e Pontes de Miranda, trata-se de sociedade de pessoas. Tem-na como sociedade de capitais Waldirio Bulgarelli.

Nem uma, nem outra – seria a melhor resposta, porque todas as sociedades empresárias são compostas por pessoas e não existem sem capitais. A classificação é extraída da predominância de um ou de outro elemento e, como já expusemos, destina-se a facilitar a compreensão da estrutura peculiar a cada tipo societário.

À primeira vista, a observância subsidiária das normas da sociedade simples pode conferir-lhe caráter personalístico, mas nada obsta que seja formatada como sociedade de capitais, uma vez que o art. 1.053 do CC de 2002 enseja aos sócios prever a disciplina supletiva da sociedade limitada pelas regras da sociedade anônima.

Portanto, a opção entre a regência subsidiária das normas inerentes a sociedade simples ou a incidência secundária dos ditames orientadores das companhias permite que a sociedade limitada seja rotulada como uma ou outra modalidade. Certamente, desde o princípio, revela-se um tipo societário eclético e alternativo.

Bem a propósito, anote-se o ensinamento de Mário Engler Pinto Junior (*126 : 27*):

> "A despeito da existência de diver sos pontos polêmicos em torno da es trutura e do funcionamento da Ltda., é possível apontar-se algumas tendências atuais. Entre elas, destaca-se aquela que encara preferencialmente tal sociedade sob o prisma do *intuitu personae*, considerando-o a base da *affectio societatis*, i. e., a disposição permanente de conjugação de esforços para alcançar determinado objetivo comum. Não se quer com isso afirmar que a Ltda. equipara-se em tudo às sociedades de pes soas, a exemplo daquelas reguladas pe lo vetusto Código Comercial brasileiro. No entanto, seria igualmente exagerado sustentar a posição diametralmente oposta, vale dizer, colocando-a no mesmo plano da S.A., em que o aspecto capitalístico acaba normalmente se sobrepondo à figura dos acionistas, a ponto de o eventual desentendimento entre eles dificilmente poder ser invocado como causa extintiva do enlace societário."

Contudo, sem embargo da aludida opção de regime subsidiário, quando a sociedade limitada é uma sociedade *intuitu personae*?

Será *de pessoas* a sociedade limitada:

- se o contrato social estipular cláusula que condicione a cessão de cotas sociais à anuência dos demais cotistas; ou
- se o contrato social silenciar sobre a cessão de cotas, mas declarar a impenhorabilidade; ou ainda

•se, omisso quanto a essas matérias, o contrato social estipular que, no caso de morte de um dos cotistas, os sócios supérstites decidirão sobre a apuração de seus haveres.

Fora dessas hipóteses, em que é relevante o elemento "pessoa do sócio", a sociedade em tela terá uma configuração mais próxima da das sociedades de capital.

O hibridismo da sociedade limitada e as lacunas de sua regulamentação permitem-na oscilar entre o *intuitu personae* e o *intuitu pecuniae.*

9.2Capital social

Todos os sócios respondem solidariamente pela integralização do capital social (art. 1.052 do CC), cada sócio responde pelo valor de suas cotas e veda-se a participação de sócio de indústria (art. 1.055, § 2º, do CC).

Assim, em relação ao capital social, é possível montar o seguinte esquema:

•ato constitutivo da sociedade limitada deve conter a designação específica da cota com que cada um dos sócios entra para o capital social e o modo de realizá-la (art. 997, IV, do CC);

•cada sócio deve contribuir para o capital social com alguma cota, seja em dinheiro, seja em bens (art. 1.055, § 2º, do CC);

•a contribuição de cada sócio deve observar os prazos e a forma estipulados no contrato social;

•a responsabilidade dos sócios é limitada à importância total do capital social.

O capital social pode ser integralizado com dinheiro de contado, com bens ou com ambos. No caso de contribuição em bens, o CC de 2002, a exemplo do sistema anterior, não reclama a prévia avaliação daqueles, o que não significa que não possa ocorrer. O art. 1.055, § 1º, do CC de 2002 atribui responsabilidade solidária a todos os sócios pela exata estimação dos bens conferidos ao capital social até o prazo de cinco anos, contado da data do registro da sociedade.

Em relação ao momento de realização do capital social, seguindo as pegadas do direito germânico, no Brasil, não há exigência de que a constituição da sociedade e realização do capital ocorram simultaneamente. Admite-se, pois, a integralização parcial e a realização fracionada no tempo, conforme deliberem os sócios. Estes, com efeito, decidirão quanto ao montante do capital e o prazo de sua integração ou totalização. Importante é que a sociedade poderá, validamente, praticar a empresa a que

se propõe, independentemente de estar ou não plenamente pago o capital social. É, aliás, o que ocorre com a sociedade por ações (art. 106 da LSA).

O capital social pode ser aumentado ou reduzido, o que não macula o princípio que consagra sua intangibilidade.

Pagas as participações, pode ser o capital aumentado, mediante deliberação societária, modificando-se, é claro, o contrato. Certamente, os cotistas têm preferência na aquisição de novas cotas, na proporção dos quinhões de que são titulares. Dita preferência (que pode ser objeto de cessão) deve ser manifestada até 30 dias da deliberação. Após aludido prazo, com a assunção pelos sócios, ou por terceiros, da totalidade do aumento, haverá reunião ou assembleia dos sócios, para aprovação da modificação contratual.

A sociedade pode reduzir seu capital, uma vez integralizado, mediante a correspondente modificação do contrato, se houver perdas irreparáveis ou se excessivo em relação ao objeto da sociedade.

Na redução por perdas irreparáveis, haverá a diminuição proporcional do valor nominal das cotas, tornando-se efetiva a partir da averbação, no Registro Público de Empresas Mercantis, da ata da assembleia que a tenha aprovado (art. 1.083 do CC).

Na hipótese de excesso, a redução do capital pode ser feita com diminuição proporcional do valor nominal das cotas pela restituição de parte de seu valor aos sócios ou pela dispensa das prestações ainda devidas.

A eficácia da redução ocorrerá uma vez averbada a ata deliberativa no Registro Público de Empresas Mercantis, no prazo de 90 dias, se não for impugnada por credor ou se provado o pagamento da dívida ou o depósito judicial do respectivo valor. Nesse prazo, o credor quirografário detentor de título líquido e certo poderá opor-se à redução.

9.2.1 Capital e patrimônio

Em princípio, o capital social será identificado com o patrimônio da sociedade porque é o patrimônio inicial, o único. O patrimônio nasce da inversão do capital. Depois, dele se afastará, porque o patrimônio, mercê da evolução negocial, é de índole variável e tem, principalmente, a função de servir como parâmetro para a detecção dos resultados da exploração mercantil, seja durante o exercício financeiro, seja na liquidação, tendo em vista a partilha dos lucros líquidos verificados ou os prejuízos sofridos.

Capital social e patrimônio da sociedade são entidades econômica e juridicamente diferentes, que coincidem (economicamente) só no momento inicial da empresa.

O patrimônio social não é singela cifra contratual resultante de um conjunto de aportes, mas o conjunto de bens do ativo, que se presta à atuação da sociedade no mundo dos negócios e faz frente ao passivo. É o resultado da inversão do capital ou o desdobramento natural da aplicação do capital inicial. Por isso, é sua característica a variabilidade. Oscilar é próprio do patrimônio, uma realidade dinâmica de índole econômica.

Pondere-se, contudo, que, no cotidiano dos negócios, ninguém se preocupa com a cifra contratual do capital social, como garantia. Até mesmo o patrimônio concreto da sociedade limitada tem sua importância mitigada. Outros elementos ligados às hesitações do mercado, às características da atividade da empresa, a seu potencial humano e à capacidade produtiva, têm sua importância maximizada como coordenadas para aquilatar a idoneidade econômica do ente jurídico sociedade empresária.

Uma distinção básica, todavia, deve ser bem posta. Capital social e patrimônio social são coisas diversas e, ao mesmo tempo aparentadas. Genericamente, o capital social é nominal e intangível. O patrimônio social é real e variável. A fixidez é característica do primeiro; a mobilidade é traço inerente ao segundo.

Enquanto o capital permanece nominal, definido na soma declarada no contrato, o patrimônio social crescerá ou não, conforme a variação do valor dos bens que o integram e segundo o desempenho empresarial da sociedade, produzindo lucros que podem ser, periodicamente, partilhados entre os sócios. O patrimônio responde pelo passivo social e não pode ser inferior ao valor do capital social. O mínimo patrimônio que uma sociedade empresária necessariamente terá é seu capital social realizado. Como garantia mínima para satisfazer às legítimas pretensões de terceiros, o capital social é intangível ou de redutibilidade vinculada a situações excepcionais expressas em lei.

Não se entenda que o capital social expresso no contrato é definitivo. Se, como regra, é fixo, pode ser aumentado ou reduzido, ou seja, modificado para mais ou para menos. Um ou outro movimento, ascendente ou descendente, carece de definição legal, mas esta deverá, sempre, guardar proporção com as necessidades e possibilidades econômicas da atividade empresarial que se persegue.

O capital representa uma linha ideal delimitando o valor primitivo dos bens trazidos para a formação da sociedade; o patrimônio ou ativo social pode permanecer dentro desse círculo, porém, pode extravasar com o acréscimo de seu volume ou de seu valor, enquanto a circunferência é imutável.

Acentue-se, ademais, que os credores são garantidos pelo patrimônio da sociedade, ou seja, pelo complexo de todos os bens do ativo social. O capital social, porque valor necessariamente integralizado, é a mínima e última garantia dos credores da sociedade limitada. Quer dizer, qualquer que seja a situação patrimonial, o valor do capital social integralizado deverá existir.

9.3Responsabilidade limitada

Limitada é a responsabilidade do cotista, não da sociedade, é claro. Na verdade, trata-se de uma sociedade empresária com a totalidade dos sócios de responsabilidade limitada. A responsabilidade da sociedade perante terceiros é plena, posto que dotada de autonomia jurídica.

A característica essencial desse tipo societário é a limitação da responsabilidade subsidiária dos sócios à integralização do capital social. Cada sócio responde, solidariamente, pela integralização de todas as cotas sociais. Uma vez completo o capital social, o patrimônio particular dos sócios não será afetado por débitos da sociedade. Esta responderá ilimitadamente, com seu próprio patrimônio, pelas obrigações sociais.[1]

Tanto faz tenha o contrato social nascido por escritura particular como por escritura pública. Nuclear é que contenha cláusula expressa, declarando que a responsabilidade dos sócios é limitada à importância total do capital social. Caso contrário, a sociedade será considerada uma sociedade em nome coletivo. A omissão, portanto, acarreta aos sócios a responsabilização solidária e ilimitada, embora sempre subsidiária.

Tratando-se de sociedade formada por cotas de responsabilidade limitada, os sócios respondem até o limite do capital social por inteiro, somente ficando liberados quando integralizado o capital.[2]

Em outras palavras, não integralizado o capital social, é válida a penhora que recai sobre os bens de sócios por dívida de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, se não houver bens sociais que respondam pela obrigação.[3]

9.4Exceções

A regra da limitação da responsabilidade dos cotistas não é absoluta. Comporta algumas exceções:

- os sócios que decidirem contrariamente à lei ou ao contrato social responderão, ilimitadamente, pelas obrigações sociais decorrentes,

isentos, é claro, os que formalizarem sua discordância (art. 1.080 do CC);

•com a desconsideração da personalidade jurídica, se o sócio utilizar a separação patrimonial como expediente para fraudar credores, poderá responder pessoalmente pela obrigação que assim assumir a sociedade (art. 50 do CC);

•nos débitos da dívida ativa, por força do art. 135 do CTN, os administradores respondem com seu patrimônio particular se houver inadimplemento da sociedade;

•os sócios gerentes ou administradores que, no exercício de suas funções, agiram de modo ilícito ou excederam seus poderes, respondem solidariamente pelas dívidas da pessoa jurídica perante o INSS;

•todos os sócios respondem pessoalmente se a sociedade cessa as atividades sem prévio e legal procedimento dissolutório, existindo débito tributário (art. 135, III, do CTN).

Claro que, se os sócios atuarem *contra legem,* não poderão beneficiar-se da limitação da responsabilidade patrimonial. Se os sócios, por exemplo, extinguirem a sociedade sem deixar bens suficientes para o pagamento das dívidas contraídas por ela, certamente deverão responder com seu próprio capital por esses débitos.[4]

A responsabilidade pelas obrigações tributárias é de todos os sócios quando a sociedade cessa as atividades sem prévia e legal dissolução, circunstância que possibilita o chamamento à responsabilidade pessoal de qualquer sócio (art. 135, inciso III, do CTN), independentemente de constar ou não seu nome na Certidão de Dívida Ativa que alicerça a execução fiscal.[5]

Cuida-se de desobediência ao disposto no art. 1.109 do CC, ou seja, o desfazimento voluntário ou judicial da sociedade deve ser inserto no Registro Público de Empresas Mercantis, e publicado, pena de subsistir a responsabilidade de todos os sócios a respeito de quaisquer obrigações que algum deles possa contrair com terceiro em nome da sociedade.

Os sócios de sociedade irregularmente dissolvida são substitutos tributários, e, portanto, sujeitos passivos em ação executiva de débito fiscal, respondendo, com seus bens particulares, conforme os arts. 134 e 135 do CTN. Se a sociedade encerra suas atividades de forma irregular, qualquer uma das pessoas referidas na lei pode ser citada, com a penhora de seus bens, para garantia da execução fiscal.[6]

O redirecionamento de execução fiscal só é cabível quando fica comprovado que o sócio gerente da empresa agiu com excesso de poderes,

infração à lei, contrato social ou estatuto, ou no caso de dissolução irregular da empresa.

Adite-se que a responsabilidade dos administradores, pelas obrigações fiscais assumidas em sua gestão, permanece mesmo na hipótese de transferência das cotas sociais.

Não custa lembrar que os créditos de raiz trabalhista não têm a mesma força dos créditos fiscais e previdenciários, no que se refere à limitação da responsabilidade dos sócios.

9.5Regime das cotas

O capital da sociedade limitada é dividido em cotas. É importante compreendê-las.

Cota é o quinhão em dinheiro ou bens com que cada sócio contribui para a constituição do capital social. Em outras palavras, é a entrada ou contingente de bens, coisas ou valores com o qual cada um dos sócios contribui ou se obriga a contribuir para a formação do capital social (*151 : 85*).

Qual é a natureza jurídica da cota?

A cota social é fração do capital da sociedade. Sua titularização, pelo cotista, tem natureza bifrontal: confere ao sócio direitos patrimoniais e direitos pes soais. Os primeiros, traduzidos no direito à percepção de lucros e no direito à partilha da massa residual (ativo líquido) depois da liquidação. Os direitos pessoais consistem na participação em sentido estrito (como administrador) e em sentido amplo (na fiscalização inerente à condição de sócio).[7]

No caso de integralização em bens, não é necessária sua avaliação, se todos os sócios estiverem de acordo quanto a seu valor. Eventual fraude na determinação desse valor poderá ser demonstrada em juízo pelos credores ou por terceiros interessados, mediante processo próprio. Evidenciada a superestimação dos bens, o capital não estará integralizado na parte correspondente à redução do valor desses bens. Por consequência, os sócios serão responsáveis solidários, em caso de falência, pela integridade do capital social.

Aqui, cabe investir, ao menos superficialmente, na questão das aproximações e diferenças entre as cotas e as ações.

Como explicamos em nosso *Sociedades limitadas* (*58 : 134*),

> "como frações consignadoras de participação social (Mitgliedschaft), as quotas e as ações são parentes muito próximas. Tanto umas como as outras proporcionam

ao sócio um complexo de direitos e obrigações. Ambas são alíquotas do capital social. Com assento nelas é que se pode aferir o direito aos lucros, ao exercício do voto nas deliberações sociais, à parte cabente na partilha do ativo remanescente da liquidação e bem assim a obrigação essencial de conferência de valores para a formação do capital social. Contudo, distanciam-se na medida em que as quotas não podem converte-se em entidade patrimonial autônoma e não podem concretizar-se em valor mobiliário incorporado em título de crédito. A transmissibilidade é propriedade essencial das ações, mas em relação às quotas é acidental (regra geral, de transferibilidade condicionada). As ações incorporam os direitos do sócio num título de crédito, documento autônomo. Nenhuma norma jurídica confere esta propriedade às quotas".

"Não se pode negar que as quotas detêm, ainda que em menor grau, um certo potencial circulatório, o que se evidencia quando o contrato social enseja sua negociabilidade entre vivos ou *causa mortis*.Todavia, no caso das ações, o que circula é um título dotado de existência própria. Quanto às cotas, não há o que circular. Ainda que as quotas estejam documentadas, não há direito próprio do documento, e por isso eles não se transmitem. Na transmissão de ações, transferem-se os direitos do título e o título. A cessão de quotas é contratual; a de ações é cambiária."

9.6Número de cotas

A LSQL (art. 5º), ao ditar que, "para todos os efeitos, serão havidas como cotas distintas a cota primitiva de um sócio e as que posteriormente adquirir", adotou o sistema alemão de cota inicial única. Em consequência, no art. 6º, intentou disciplinar a comunhão na cota indivisa.

Contudo, embora não fosse esta a intenção do legislador de 1919, por força dos usos e costumes, o capital social, hoje, divide-se em cotas de igual valor. Na prática, o que "pegou" foi o sistema francês de pluralidade de cotas. É que esse sistema torna viável a negociabilidade das cotas e mais cômoda sua divisibilidade.

Em outras palavras, as cotas das sociedades limitadas identificam-se com as ações das companhias. Por isso, hoje, adota-se a divisão do capital social em cotas do mesmo valor nominal, atribuindo-as em quan tidades diversas a cada sócio, conforme a parcela de contribuição que realizou.

Assim, as disposições modeladas nos arts. 5º e 6º da LSQL[8] ficaram sem nenhuma razão de ser.

Contudo, o art. 1.055 do CC admite cotas desiguais e, no § 1º do art. 1.056, o condomínio de cota, para efeito de transferência. Nesse caso, os direitos pertinentes a cota em condomínio serão exercidos pelo condômino

representante. Tratando-se de sócio falecido, pelo inventariante do espólio. O § 2º do art. 1.056 estatui que os condôminos de cota indivisa têm responsabilidade solidária por sua integralização. Perante a sociedade a cota é indivisível e deve ser paga.

9.7Sócio de indústria

Já vimos que a responsabilidade de cada sócio está limitada à força do capital social. Por isso, todos os cotistas, sem exceção, estão obrigados a contribuir para a formação do capital. Isso alija da sociedade limitada a possibilidade de incluir o chamado sócio de indústria, prestador apenas de serviços. É o que está expressamente declarado no art. 1.055, § 2º, do CC, singelo eco do art. 4º, da LSQL.

9.8Exclusão do sócio remisso

Se o sócio não integralizar suas cotas, ficando totalmente ou em parte inadimplente em relação à sociedade, torna-se *remisso*. Caracterizada essa condição, podem os demais sócios cobrá-lo e/ou excluí-lo, não sem antes constituí-lo em mora, mediante interpelação judicial.

Os sócios poderão optar pela exclusão do remisso. É de expulsão que se cuida, sob a égide do resguardo ao interesse social. Se não for possível cobrar, amigavelmente, do sócio, de seus herdeiros ou sucessores a soma devida por suas cotas, ou preferindo-se sua exclusão, poderão os outros sócios adquirir as cotas não pagas ou transferi-las a terceiros, pagando ao proprietário primitivo as entradas por ele realizadas, deduzindo-se os juros de mora e mais prestações estabelecidas no contrato e as despesas.[9] É o que consta do art. 1.058 do CC.

Como a redação do dispositivo aludido utiliza a expressão *sem prejuízo do disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único*, o sócio remisso deverá ser notificado pela sociedade, com prazo de 30 dias para adimplir sua obrigação. É condição posta por lei para que os sócios possam decidir sobre o destino do remisso e de suas cotas.

Resumindo, quanto ao sócio remisso, os demais sócios poderão:

- compeli-lo a responder pelo dano emergente da mora, se o contingente não consistir em dinheiro;
- consistindo em dinheiro, fazê-lo pagar, por indenização, os juros legais;
- em qualquer caso, excluí-lo, tomando a si ou transferindo a terceiro as respectivas cotas;

•em qualquer caso, excluí-lo, permitindo que a própria sociedade adquira as cotas, se para isso tiver reservas livres, sem mácula ao capital social;
•ou reduzir-lhe a cota ao montante já realizado, caso em que o capital social será reduzido se não suprirem o valor da cota.

9.9Outras hipóteses de exclusão

Não é apenas na hipótese de inadimplência relativa à integralização de cota que o sócio pode ser expulso. Além dessa conduta profilática, outras causas poderão determinar a medida extrema, em atenção ao princípio da preservação da empresa. Havendo causa justificada, não há obstáculos a que um sócio seja excluído da sociedade, por vontade da maioria dos consócios, assistindo-lhe tão somente o direito de ajuizar ação anulatória da deliberação social.

Também por justa causa pode ser excluído o sócio. Essa hipótese depende de prévia estipulação no contrato social. A maioria dos sócios (mais da metade do capital social), entendendo que um ou mais sócios estão colocando em risco a continuidade regular da empresa, pela prática de atos de indiscutível gravidade, poderá excluí-los da sociedade.

É lógico que a exclusão por justa causa não deve ser entendida como expressão do arbítrio da maioria. Com efeito, a eliminação do sócio deverá ser determinada em assembleia ou reunião convocada para esse fim específico, oferecendo-se-lhe oportunidade e prazo para comparecer e exercer o direito de defesa.

Conforme o que constar do contrato social e sua regência subsidiária, a maioria dos sócios poderá excluir judicialmente o consócio que incidir em falta grave no cumprimento de seus deveres ou ainda em caso de incapacidade superveniente. Trata-se de resolução judicial da sociedade em relação a um sócio.

Como disserta Pontes de Miranda (*127, v. 49 : 372*), "a cláusula de despedida por justa causa não é preciso que se inclua (no contrato) porque o princípio é legal".

E reforça esse entendimento Fábio Konder Comparato (*45 : 141*), esclarecendo que a solução "decorre do princípio geral da resolução contratual por inadimplemento, aplicada à situação especial dos contratos plurilaterais".

Há alguns casos de exclusão, por exemplo o do sócio prevaricador, que se justificam, independentemente de expressa disposição legal, pois seus

fatos geradores tornam impossível a convivência societária e a realização do objeto contratual.

Com certeza, a ruptura do dever elementar de fidelidade, a omissão de diligência na defesa dos interesses sociais, a falta grave no desempenho de funções etc. constituem justa causa para o afastamento.[10]

Depois, também a desarmonia entre os sócios é suscetível de acarretar a exclusão de um deles por deliberação da maioria, independentemente de previsão contratual ou de pronunciamento judicial.[11]

Outra hipótese de exclusão, agora de pleno direito, é a do sócio que em sua empresa particular for declarado falido.

Enfim, também será excluído de pleno direito o sócio cuja cota for liquidada para pagamento de credor em execução (arts. 1.026, parágrafo único c/c art. 1.030, parágrafo único, ambos do CC).

9.10Aquisição das cotas pela sociedade

O CC não é expresso a respeito.

O art. 8º da LSQL autoriza a aquisição pela sociedade limitada das próprias cotas que compõem seu capital, desde que o faça com fundos disponíveis e sem ofensa do capital estipulado no contrato. A aquisição dar-se-á por acordo dos sócios, ou verificada a exclusão de algum sócio remisso, mantendo-se intacto o capital durante o prazo da sociedade.

Vemos, pois, que permite-se à sociedade limitada, intentando evitar a redução de seu capital social pela exclusão, retirada ou morte de sócio, adquirir cotas representativas de seu capital, tornando-se sócia de si mesma.[12]

Há necessidade de que o contrato social disponha sobre a aquisição das cotas pela própria sociedade.

São condições para aludida aquisição:

- que tais cotas não estejam titularizadas (estejam liberadas);
- que haja unanimidade dos sócios; e
- que sejam pagas com reservas disponíveis, livres de comprometimento.

9.11Cessão de cotas

As cotas são livremente cessíveis ou eventual cessão depende da aquiescência unânime dos sócios? O contrato social pode prever a livre

cessão ou não? Na omissão do contrato social é franqueada a cessão por vontade da maioria?

O art. 1.057 do CC começa a disciplinar o tema referindo-se à omissão do contrato social. Portanto, com o advento desse diploma, a matéria tem sua solução dependente do que rezar o contrato social. Omisso o pacto inicial, não se poderá lançar mão de regra subsidiária, porque a hipótese está expressamente prevista no CC. Por ele, o sócio pode ceder sua cota, total ou parcialmente a consócio, independentemente de audiência dos outros sócios. Também, pode ceder a cota a terceiro, mas nesse caso precisará da anuência de titulares de ¾ do capital social. Quer dizer, se não houver oposição *de mais de* ¼ do capital.

Enfim, consignamos que, se o contrato de cessão não estiver registrado na Junta Comercial, não lhe poderá ser reconhecida eficácia *erga omnes*, posto que sem a publicidade necessária a propiciar a ciência produtiva de terceiros. E a publicidade emerge da averbação do instrumento. No caso de cessão a terceiro, o instrumento deverá expressar a anuência de ¾ do capital social.

9.12Penhorabilidade das cotas

Será a cota penhorável, para garantir o credor particular do sócio? A controvérsia não é nova na doutrina nem na jurisprudência.

Bem, nos termos do art. 789 do CPC, para o cumprimento de suas obrigações, o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as exceções expressamente fixadas na legislação.

A cota social estaria entre os bens a que se refere a norma-princípio aludida? Assinalamos, desde logo, que a cota social é um bem penhorável, à medida que não integra as relações de bens impenhoráveis contidas nos arts. 833 e 835 do CPC.

Como já se decidiu, não há por que inadmitir a penhora de cotas representativas do capital social de sociedade limitada, mesmo porque, em um sistema processual em que a execução é esmagadoramente real e em que o patrimônio do devedor é garantia comum dos credores, somente a existência de regra expressa de exclusão permite arredar de determinados bens sua afetação à responsabilidade de seu titular na execução contra ele dirigida.

O art. 1.026 do CC reza que o credor particular de sócio pode, na insuficiência de outros bens do devedor, fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar na liquidação. O credor pode, se a sociedade não estiver dissolvida, requerer a

liquidação da cota do devedor, depositando-se seu valor em dinheiro, no juízo da execução, no prazo de 90 dias.

Nos termos do art. 861 do CPC, penhoradas as cotas de uma sociedade, o juiz assinará prazo razoável, não superior a três meses para que a sociedade: a) apresente balanço especial; b) ofereça as cotas aos demais sócios, observada a preferência legal ou contratual. Inexistindo interesse dos sócios na aquisição, a sociedade deve promover a liquidação das cotas, depositando em juízo o valor apurado, em dinheiro.

9.13Cotista menor

Não há impedimento para o menor participar de sociedade limitada, desde que devidamente assistido, uma vez que o capital social tenha sido integralizado. Os herdeiros menores dos sócios poderão possuir cotas das sociedades limitadas pela mesma razão que podem ser acionistas das sociedades por ações.

Na autorizada lição de Cunha Peixoto (*50, v. 1 : 214*), se o menor está sob o regime do pátrio poder e sua contribuição é em dinheiro ou bens móveis, nada impede que seus pais subscrevam em nome dele cotas de responsabilidade limitada.

Consoante a Instrução Normativa nº 01/13, do DREI, são requisitos para o arquivamento de atos de sociedades limitadas, da qual participam menores, que o capital social esteja integralizado e que não sejam atribuídos ao menor poderes de gerência ou administração.

9.14Sucessão nas cotas

No caso de morte do sócio, suas cotas se transferem a seus herdeiros, por força da sucessão. Serão também cotistas?

Há várias hipóteses de solução para conjuntura instaurada em virtude do falecimento do sócio. A matéria poderá ter previsão expressa no contrato social. Se este nada dispuser, os sócios supérstites poderão optar pela dissolução da sociedade ou compor-se com os herdeiros para regular a substituição do sócio falecido. Em último caso, promove-se a liquidação da respectiva cota. São os caminhos indicados pelo art. 1.028 e seus incisos do CC.

Em princípio, se os herdeiros participarão ou não da sociedade ao lado dos consócios remanescentes, é questão dependente do exame do contrato social. De qualquer forma, estes poderão alterar a cláusula permissiva,

promovendo a liquidação da parte do sócio falecido e pagando aos herdeiros o que lhes compete.

Contudo, se as cotas do sócio premorto constituírem a maioria do capital social, dificilmente se lhes obstará a participação. Os sócios remanescentes, integrando a minoria social, só terão a opção da dissolução.

Claro que a matéria não é tão pacífica. Como exemplo, vem à colação a posição de Vivante:

> "Tal pacto obriga os sócios sobreviventes a suportar a companhia dos herdeiros que, por seu número, por sua menoridade, por sua posição social e por seu valor moral e econômico, podem diminuir o vigor e o crédito da empresa social; não assegura a sua continuação, porque o herdeiro pode subtrair-se a ele renunciando a herança, e perturba a ordem das sucessões, porque poderá obrigar o herdeiro a renunciar para não suportar um peso e um perigo que não convém ao seu estado. Não é, pois, com esse pacto que se pode assegurar o exercício da empresa no caso de morte de sócio, convém empreender outro caminho."[13]

Se o contrato social estabelecer peremptoriamente a vedação do ingresso de sócio(s) em virtude de sucessão, conferindo à sociedade o perfil *intuitu personae*, pensamos que os sócios remanescentes terão que optar pela liquidação da parte do premorto com o reembolso aos herdeiros de seus haveres.

Em homenagem ao princípio da conservação da empresa deve ser adotada solução que não a dissolutória.

9.15Alteração contratual e recesso

O sócio não é refém da sociedade.[14] Por isso, ao lado das causas de dissolução da sociedade (parcial ou total), o CC, seguindo a tendência das demais legislações societárias, prevê uma causa de dissociação: o recesso. O art. 1.077 do CC o consagra ao outorgar ao sócio que divergir da alteração do contrato social ou de deliberação modificativa da estrutura da sociedade o direito de retirar-se, nos 30 dias subsequentes.

Aqui, trata-se de retirada, não de exclusão. Quer dizer, o sócio sai porque quer, não porque seja afastado, mas porque a lei o autoriza. Não querendo submeter-se às alterações do contrato social, retira-se da sociedade.

O direito de recesso é instrumento protectivo da minoria social em face da maioria. Tem como pressuposto a deliberação, pela maioria, sobre matéria que a lei estipula como propiciadora do recesso.

Nem precisa ocorrer modificação contratual ou transformação societária. Tratando-se de sociedade de prazo indeterminado, qualquer

sócio pode retirar-se da sociedade, mediante notificação aos demais sócios com antecedência mínima de 60 dias. Estes têm 30 dias, após a notificação, para optar pela dissolução da sociedade.

Se sociedade limitada com prazo determinado, o sócio recedente deverá provar, em processo judicial, justa causa para a retirada.

O sócio dissidente de qualquer deliberação que implique alteração contratual tem o direito de*recesso*, assistindo-lhe recolher o valor patrimonial (não apenas nominal) de sua cota.

O valor para reembolso da cota do sócio recedente será apurado em balanço específico, denominado *balanço de determinação*, destinado a determinar o valor real atual da cota.

Quanto ao prazo de pagamento da referida importância, a matéria deve estar regulada no contrato social. Se este for omisso quanto ao prazo de reembolso daquele valor, ou se não houver acordo, a cota será paga em dinheiro no prazo de 90 dias.

Tratando-se de sociedade empresária constituída por apenas dois sócios, se o contrato social prevê a hipótese de retirada de um deles, qualquer dos sócios po-derá retirar-se sem que isso im plique extinção da empresa, sendo lícito dar-se ao sócio remanescente a faculdade de aguardar a aquisição, por terceiros, das cotas do retirante.[15]

O art. 1.033, inciso IV, do CC, reclama a reconstituição da pluralidade social, no prazo de 180 dias, sob pena de dissolução da sociedade.

Contudo, predito comando não incide quando o sócio remanescente titular de todas as cotas da sociedade requerer, no Registro Público de Empresas Mercantis, a transformação do registro da sociedade para empresa individual ou para empresa individual de responsabilidade limitada (art. 1.033, parágrafo único, do CC).

9.16Administração social

A administração da sociedade limitada incumbe a uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado. Contudo, a administração atribuída a todos os sócios não se estende de pleno direito aos que posteriormente adquirirem essa qualidade. É o que consta do art. 1.060 e seu parágrafo único do CC.

Normalmente, a administração social é deferida para um ou mais sócios, mas nada impede que o contrato estipule a designação de administrador não sócio. Nessa circunstância, a designação só se efetivará mediante a aprovação de todos os sócios, enquanto o capital social não

estiver integralizado. Se íntegro o capital social, com aprovação de, no mínimo, 2/3.

Como visto, a designação de quem deve gerir a sociedade limitada pode provir de expressa cláusula contratual ou de ato separado.

O administrador designado em ato separado deve assinar o termo de posse no livro de atas da administração, nos 30 dias seguintes à designação, sob pena de ineficácia. Investido, o administrador deve requerer, em 10 dias, seja averbada sua nomeação no registro competente, mencionando sua qualificação e residência, com exibição de documento de identidade. Do ato de nomeação deve constar o prazo de gestão.

Só os administradores podem fazer uso da firma social.

Não podem administrar a sociedade limitada:

- as pessoas impedidas por disposição constitucional ou lei especial;
- as proibidas ou impedidas de exercer atividade empresarial em nome próprio;
- as condenadas por crimes contra a economia popular, a fé pública, a Administração Pública (prevaricação, corrupção passiva, concussão e peculato), o sistema financeiro nacional, a defesa da concorrência, as relações de consumo;
- as condenadas por delito falimentar, enquanto não reabilitadas; e
- as apenadas criminalmente com sanção proibitiva do acesso a funções, empregos ou cargos públicos.

Reproduzindo a redação da LSA referente aos impedidos para administrar a sociedade, o CC repete, também, a omissão de condenação por delitos patrimoniais (furto, roubo, extorsão, apropriação indébita, estelionato e receptação) como óbice à assunção de cargo administrativo societário. Não compreendemos o silêncio legal quanto a esses delitos. Também não compreendemos que no século XXI um diploma legal que se pretende sintonizado com a realidade jurídica e social use a expressão *peita ou suborno* para designar a conduta característica da corrupção. O CC perdeu a oportunidade de inserir, além das condenações criminais referidas, a condenação civil por ato de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92) como impeditiva do acesso à administração de sociedade empresária.

O art. 1.011 do CC recomenda que o administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios. É o *dever da boa administração societária*, que não se compraz com o excesso de mandato ou a gestão contrária ao contrato social.

Regra geral, o excesso por parte dos administradores não pode ser oposto a terceiros. Só excepcionalmente se:

•a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade;
•provando-se que era conhecida do terceiro;
•tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

Diz o art. 1.016 do CC que os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados por culpa no desempenho de suas funções. No desempenho irregular de suas funções, esclarecemos.

Também, o administrador que, sem anuência escrita dos cotistas, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros deverá restituí-los à sociedade, ou pagar o equivalente, com todos os lucros resultantes, e arcar com os prejuízos, se ocorrerem. Trata-se, na hipótese, de desvio de poder, uma vez que a competência do administrador está diretamente vinculada à busca do interesse societário.

Por outro lado, poderá ser objeto de sanção o administrador que, tendo em qualquer operação interesse contrário ao da sociedade, tomar parte na correspondente deliberação. É claro que a lei pressupõe a aprovação da operação. Não diz qual é a sanção, mas, certamente, trata-se da destituição, sem prejuízo de eventual ação civil de recomposição dos prejuízos decorrentes da decisão.

O administrador societário não pode fazer-se substituir no exercício de suas funções, mas pode, desde que nos limites de seus poderes, constituir mandatários da sociedade. No instrumento de mandato devem ser especificados os atos e operações que estes poderão praticar. Aqui, trata-se de mandatário do mandatário. À atividade dos administradores aplicam-se as disposições concernentes ao mandato.

Pelo art. 1.019 do CC são irrevogáveis os poderes do sócio investido na administração por cláusula expressa do contrato social, salvo justa causa, reconhecida judicialmente, a pedido de qualquer dos sócios. Contudo, são revogáveis, a qualquer tempo, os poderes conferidos a sócio por ato separado, ou a quem não seja sócio. Regra geral, pois vige a irrevogabilidade para o administrador nato e a revogabilidade para o constituído.

O exercício da função administrativa não supõe irresponsabilidade. Administrador societário responde. Por isso, está sujeito a um conjunto de mecanismos de controle societário, destacando-se o dever de dar aos sócios contas justificadas de sua administração, e apresentar-lhes, anualmente, o inventário, o balanço patrimonial e o de resultado econômico da atividade empresarial da sociedade. A aprovação, sem reserva, do balanço

patrimonial e do de resultado econômico, salvo erro, dolo ou simulação, exonera de responsabilidade os membros da administração e, se houver, os do conselho fiscal. Extingue-se em dois anos o direito de anular a referida aprovação.

Nos termos do art. 1.063 do CC, o administrador pode ser destituído, em qualquer tempo. Também cessará a designação pelo término do prazo se, fixado no contrato ou em ato separado, o gestor não for reconduzido.

Se o administrador for sócio nomeado no contrato, e este não expressar disposição diversa, sua destituição somente se opera pela aprovação de titulares de cotas correspondentes, no mínimo, a 2/3 do capital social. Assim, no caso do administrador originário, o contrato social pode prever *quorum* maior ou menor para sua destituição. É elevado o *quorum* legal para destituição do administrador originário. É que nos demais casos de destituição bastam votos correspondentes a mais da metade do capital social (art. 1.076, II, c/c art. 1.071, III, do CC). Pensamos que a lei torna muito difícil o afastamento do administrador, ensejando o fortalecimento do gestor e dificultando o controle de sua atuação.

A cessação do exercício do cargo de administrador deve ser averbada no registro competente, nos 10 dias seguintes ao da ocorrência.

A renúncia de administrador torna-se eficaz:

- em relação à sociedade, desde o momento em que esta toma conhecimento da comunicação escrita do renunciante; e,
- em relação a terceiros, após a averbação e publicação.

Afinal, quais são as obrigações do administrador?

Aplicando-se, se não supletivamente, ao menos analogicamente, o art. 154, § 2º, da LSA, o administrador da sociedade limitada também está inibido de:

- praticar ato de liberalidade às expensas da companhia;
- sem prévia autorização dos demais cotistas, emprestar recursos ou bens da sociedade, ou utilizar, em seu próprio proveito ou de sociedade em que tenha interesse, os bens, serviços ou crédito de terceiros;
- sem autorização contratual ou dos demais sócios, receber qualquer espécie de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício do cargo.

9.17Deliberações sociais

O órgão social mais importante da sociedade limitada é a assembleia, se o número de cotistas for superior a 10, ou a reunião, se o corpo social não ultrapassar a dezena.

Sem prejuízo de outras matérias contidas na legislação ou no contrato social, dependem da deliberação dos cotistas (com o respectivo *quorum*):

- a aprovação das contas da administração (maioria dos presentes à reunião ou assembleia);
- a designação dos administradores, quando feita em ato separado (mais da metade do capital social);
- a destituição dos administradores não nomeados no contrato social (mais da metade do capital social);
- o modo de sua remuneração, quando não estabelecido no contrato (mais da metade do capital social);
- a designação e a remuneração dos membros do conselho fiscal;
- a modificação do contrato social (3/4 do capital social);
- a incorporação, a fusão e a dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação (3/4 do capital social);
- a nomeação e destituição dos liquidantes e o julgamento de suas contas (maioria dos presentes na assembleia ou reunião); e
- o pedido de recuperação (mais da metade do capital social).

O contrato social deve, conforme a lei, regular a matéria pertinente às deliberações societárias, estipulando, se for o caso, a convocação dos administradores.

A assembleia pode ser ordinária ou extraordinária.

A assembleia ordinária deve realizar-se ao menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes ao término do exercício social, com o objetivo de:

- tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico;
- designar administradores, quando for o caso;
- tratar de qualquer outro assunto constante da ordem do dia.

A reunião (sociedade limitada com 10 sócios ou menos) poderá ter regras específicas fixadas no contrato social, desde que consonantes com os princípios estabelecidos no CC.

As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram.

Claro que se dispensam as formalidades de convocação quando todos os sócios comparecerem ou se declararem, por escrito, cientes do local, data, hora e ordem do dia.

Também não há necessidade de reunião ou assembleia quando todos os sócios decidirem, por escrito, sobre a matéria que seria objeto delas.

No caso de pedido de recuperação, os administradores poderão fazê-lo se houver urgência e com autorização de titulares de mais da metade do capital social.

É bom salientar que as deliberações tomadas de conformidade com a lei e o contrato vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes.

A reunião ou a assembleia podem também ser convocadas por qualquer cotista se os administradores retardarem a convocação por mais de 60 dias, nos casos previstos em lei ou no contrato ou pelo conselho fiscal, se houver.

A assembleia extraordinária pode ser convocada por titulares de mais de 1/5 do capital quando não atendido, no prazo de 8 dias, pedido de convocação fundamentado, com indicação das matérias a serem tratadas.

A assembleia, que será presidida e secretariada por sócios escolhidos entre os presentes, instala-se com titulares de, no mínimo, 3/4 do capital social (1º convocação). Em segunda, com qualquer número.

O sócio pode ser representado na assembleia por outro sócio, ou por advogado, mediante outorga de mandato com especificação dos atos autorizados, devendo o instrumento ser levado a registro, juntamente com a ata da assembleia.

Nenhum sócio, por si ou na condição de mandatário, pode votar matéria que lhe diga respeito diretamente.

A regra da maioria impera nas deliberações gerais dos cotistas. Contudo, a lei ou o contrato podem exigir maioria qualificada, isto é, 2/3, 3/4 etc., conforme o caso.

Dos trabalhos e deliberações será lavrada, no livro próprio, ata assinada pelos membros da mesa e pelos sócios participantes, quantos bastem à validade das deliberações, mas sem prejuízo dos que queiram assiná-la. Ao sócio que a solicitar será entregue cópia autenticada da ata.

Cópia da ata autenticada pelos administradores, ou pela mesa, será, no prazo de 20 dias, apresentada ao Registro Público de Empresas Mercantis para arquivamento e averbação.

9.18Conselho Fiscal

O Conselho fiscal não é órgão obrigatório na sociedade limitada. O contrato social pode instituí-lo. Deverá ser composto de três ou mais

membros e respectivos suplentes, sócios ou não, residentes no país, eleitos na assembleia anual.

Não podem integrar o conselho fiscal:

- os impedidos por lei de exercer funções administrativas;
- os membros dos demais órgãos da sociedade ou de outra por ela controlada;
- os empregados de quaisquer delas ou dos respectivos administradores; e
- o cônjuge ou parente destes até o terceiro grau.

Protege-se a minoria societária, assegurando-se aos sócios minoritários, que representarem pelo menos 1/5 do capital social, o direito de eleger, separadamente, um dos membros do Conselho Fiscal e o respectivo suplente. Entendemos que o legislador pretendeu que a representação da minoria no Conselho Fiscal deva ser de 1/3 do colegiado. É que o órgão pode ser composto por mais de três membros. Se, por exemplo, for integrado por seis membros, parece-nos que a minoria poderá eleger dois membros do Conselho Fiscal com os respectivos suplentes. Se assim não for, ou seja, a representação da minoria for sempre de um conselheiro fiscal, qualquer que seja o número de integrantes do órgão, a proteção da minoria societária poderá converter-se em mera retórica.

A remuneração dos membros do Conselho Fiscal será fixada, anualmente, pela assembleia dos sócios que os eleger. Portanto, o mandato e o valor da remuneração são anuais.

Além de outras atribuições determinadas na lei ou no contrato social, aos membros do Conselho Fiscal compete, individual ou conjuntamente, os seguintes deveres:

- examinar, pelo menos trimestralmente, os livros e papéis da sociedade e o estado da caixa e da carteira, devendo os administradores ou liquidantes prestar-lhes as informações solicitadas;
- lavrar no livro de atas e pareceres do Conselho fiscal o resultado dos exames realizados;
- exarar no mesmo livro e apresentar à assembleia anual dos sócios parecer sobre os negócios e as operações sociais do exercício em que servirem, tomando por base o balanço patrimonial e o de resultado econômico;
- denunciar os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, sugerindo providências úteis à sociedade;

•convocar a assembleia dos sócios se a diretoria retardar por mais de 30 dias sua convocação anual, ou sempre que ocorram motivos graves e urgentes;

•praticar, durante o período da liquidação da sociedade, os atos a que se refere este artigo, tendo em vista as disposições especiais reguladoras da liquidação.

O regime de competência do Conselho Fiscal é insuscetível de transferência a outro órgão societário. Suas atribuições e poderes são conferidos por lei. A responsabilidade de seus membros obedece à mesma regra alusiva aos administradores.

Não é, apenas, o Conselho Fiscal o único *custos* da administração societária. O direito de fiscalização decorre da condição de cotista.

---

[1] "Execução Fiscal – Penhora – Incidência sobre bens particulares de sócio – Sociedade de capital – Ínfima participação no capital – Sócio alheio à gerência – Exclusão da responsabilidade por dívida da sociedade – Embargos procedentes – Recurso não provido. EMENTA: Quanto à sociedade por quotas de responsabilidade limitada, inclui-se naturalmente nas de capital, porque, embora responsáveis os sócios solidariamente pela integralização do capital, depois de integralizado este, nada mais devem nem à sociedade, nem a terceiros" (TJSP – Apelação Cível nº 193.759-2 – Rel. Des. Corrêa Vianna – JAPMP).

[2] TAC – Ap. 374.327-00/2 – 1º C. – Rel. Juiz Francisco Barros (*RT* 711/141).

[3] TAC – Ap. 465.416-4 – 8º C. – Rel. Juiz Ademir Benedito (*RT* 682/123).

[4] TJSP – 7º C. – Ap. 269.062-1/9 – Rel. Des. Benini Cabral (*RT* 723/348).

[5] TJPA – AI 23886-8 – 1º C. – Rel. Des. Oto Luiz Sponholz (*RT* 702/153).

[6] *RTJ* 124/365. *Contra*: "O sócio quotista de sociedade por quotas de sociedade limitada que não tem poderes de gerência não é responsável pelos débitos fiscais da sociedade que teve seu capital integralizado e que se extinguiu irregularmente porque sua situação não se enquadra no artigo 134, VII e nem no artigo 135, III, do CTN" (TJSP – Ap. 257.056-2 e 257.057-2 – 9º C. – Rel. Aldo Magalhães).

[7] Para J. X. Carvalho de Mendonça (*30, v. 3 : 71*), o direto de crédito é condicionado, "podendo ser exercido somente sobre os *lucros líquidos*, partilháveis conforme os termos do contrato social, e sobre o *ativo líquido*, a dizer, o saldo verificado depois da liquidação".

[8] Como cada sócio teria uma cota inicial de valor diferente, conforme sua participação, o art. 5º previa que as cotas que ele adquiriu primeiro seriam distintas da primitiva. Já o art. 6º estipulava o condomínio de cotas e sua representação.

[9] Art. 7º do Decreto nº 3.708/19.

[10] "É interativo o posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade de exclusão de sócio por deliberação da maioria, ainda que ausente previsão contratual a esse respeito, uma vez presente justa causa" (TJSP – MS 231.990-2 – Rel. Des. Marrey Neto).

[11] TJSP – Ap. 246.302-2 – Rel. Des. Hermes Pinotti.

[12] "E embora correndo o risco de escandalizar a muitos, dou convictamente um passo a mais no caminho da institucionalização da sociedade por cotas de responsabilidade limitada; entre nós ela poderá existir ocasionalmente não apenas com um sócio único. Mas sem qualquer sócio (...) Podendo ela adquirir as próprias cotas" (BORGES, J. E. *RF* 217/51).

[13] Apud BARBOSA, Josias Correa (*11: 19*).

[14] "Desejando os sócios remanescentes prosseguirem a vida social, e tendo, a sociedade, condições de continuar operando, será a dissolução parcial, apurando-se os haveres do sócio que a deixa" (TJSP – Ap. 247.268-2 – Rel. Des. Gildo dos Santos).

"Desaparecendo a *affectio societatis*, podem os sócios dissidentes afastar-se, recebendo os seus haveres, sem que isto importe no desaparecimento da sociedade, não obstante sua constituição *intuitu personae*" (TJSP – Ap. 176.181-2 – Rel. Des. Accioli Freire).

[15] TJSP – Ap. 159.618-2 – 9º C. – Rel. Des. Lair Loureiro (*RT* 665/87).

Parte IV



Companhia

10

Caracterização da Companhia



10.1Noção

Sociedade anônima ou companhia é a pessoa jurídica de direito privado, empresária por força de lei, regida por um estatuto e identificada por uma denominação, criada com o objetivo de auferir lucro mediante o exercício da empresa, cujo capital é dividido em frações transmissíveis, composta por sócios de responsabilidade limitada ao pagamento das ações subscritas.

10.2Nome

A Lei nº 6.404/76 (LSA) emprega indiferentemente as designações *sociedade anônima* e*companhia.* A sinonímia nasceu na Lei nº 1.083, de 1860, porque, antes dela, o CCom. empregava as expressões *companhias de comércio*, para designar as sociedades anônimas, e *sociedades comerciais*, quando aludia às demais espécies societárias.[1]

Carvalho de Mendonça (*30, v. 3 : 288*) observa que

> "não há, certamente, expressão mais imprópria do que a de sociedade anônima, para designar essa forma de sociedade, por que tem ela um nome, sob o qual aparece na cena jurídica e no mundo dos negócios".

Na verdade, a companhia não é inominada. O adjetivo *anônima* serve para indicar que a companhia não se notabiliza como uma associação de pessoas.

10.3Princípios estruturantes[2]

Os princípios estruturantes são aqueles sobre os quais está edificado o modelo *companhia*. São os princípios nucleares, dos quais decorrem os

subprincípios e as regras disciplinadoras das sociedades anônimas. Também funcionam como "operadores paramétricos", ou seja, como critérios básicos de interpretação que iluminam todo o sistema do anonimato empresarial, contagiando cada uma de suas normas.

Tais princípios são:

- a responsabilidade limitada;
- a divisão do capital em frações negociáveis.

10.3.1Responsabilidade limitada

A responsabilidade do acionista é limitada no sentido de que se obriga, apenas, pela integralização do valor das ações que subscreve, quer dizer, pela parcela do capital social que adquire. Não responde pelas dívidas da sociedade, mas tão somente pela integralização da ação. Participa da sociedade com risco restrito ao valor pelo qual se compromete. Propende mais para a condição de investidor, no empreendimento, do que para o *status* de sócio.

Dessa forma, pelo pagamento das ações subscritas, o acionista responde ilimitadamente, perante a sociedade, até que as integralize, quando nada deverá nem à sociedade nem a terceiros que com ela negociem. A companhia é que res-ponderá com todo o seu patrimônio.

Há dois complexos patrimoniais perfeitamente distintos: o da sociedade e o do acionista. Aquela é uma pessoa jurídica com seus bens, créditos e débitos. Este é uma pessoa natural, com seus bens, créditos e débitos. São sujeitos jurídicos rigorosamente diversos.

10.3.2Divisão do capital em ações

O segundo princípio refere-se à divisão do capital social em ações.[3] A sociedade anônima é um ser jurídico, cujo capital é dividido em quinhões transferíveis e negociáveis representados por papéis chamados *ações.* Sua nota diferencial é a congregação de capitais de titularidade móvel.

Trata-se de um mecanismo complexo marcado pela impessoalidade, embora seja fato que, durante a fase de sua constituição, não passa desapercebido o elemento pessoal, visto não serem os capitais ou as ações que a organizam, porém os subscritores do capital, os sócios.[4] Uma vez formalmente legalizada, a impersonalidade é quase absoluta.

Assim, este segundo princípio alude a nenhuma importância da pessoa do acionista para a tipificação da sociedade: mudam os sócios sem que isso importe a alteração do ato constitutivo. A irrelevância pessoal é tal que a

participação societária acaba por se tornar uma singela representação de crédito.

É uma *sociedade de capital* constituída por frações com titularidade móvel e impessoal, ou seja, seu capital é dividido em ações suscetíveis de transferência, não interessando a pessoa de seus detentores. Transferem-se as participações, a sociedade não tem face, a dinâmica do capital substitui o personalismo estático, mobilizam-se economias de vastos contigentes populares.

Vem a calhar a esmerada preleção de Tullio Ascarelli (*8 : 321*):

> "Essa mobilização, todavia, só é possível na medida em que a participação de cada sócio seja facilmente circulável; esta circulabilidade, por seu turno, exige seja a posição de sócio corporizada em um título de crédito (ação), pois a disciplina dos títulos de crédito se coaduna justamente com as exigências de circulação. Chega, ela, assim, a ser como que materializada e objetivizada, podendo circular como valor autônomo. Com efeito, é somente sob uma tal condição que se pode apelar para um grande público, enquanto a facilidade em 'revender' a ação torna a sua aquisição mais fácil e diminui o risco econômico do adquirente."

Sob o pálio desses princípios, convivem algumas características comuns e outras próprias da companhia.

10.4Características societárias comuns

Por características comuns devemos entender aquelas inerentes a qualquer sociedade empresária e, por isso, também presentes na sociedade anônima:

- a personalidade jurídica de direito privado;
- o exercício de atividade empresarial lícita como objeto social; e
- o lucro como objetivo social.

10.4.1Personalidade jurídica

A companhia é uma pessoa jurídica de direito privado[5] constituída por, no mínimo, duas pessoas (art. 80, inciso I, da LSA). Tem, portanto, existência distinta da de seus membros. É uma realidade jurídica[6] autônoma em relação a eles; tem nome, patrimônio e domicílio próprios. Distingue-se das demais sociedades por uma denominação, ostenta patrimônio inicialmente oriundo de seu capital social constitutivo e está domiciliada no lugar de sua sede administrativa.[7]

A exemplo dos demais tipos societários, a anônima resulta de um *contrato plurilateral*, ou seja, um contrato de convergência de vontades pelo qual cada sócio assume obrigações com os demais e com o ente embrionário (a sociedade), que é o escopo comum e finalístico para onde estão direcionados aqueles interesses.

Não há nenhuma razão especial que justifique atribuir-se ao ato conceptivo da companhia uma natureza jurídica diversa da que ostenta o de qualquer outra espécie de sociedade, apesar da reconhecida complexidade dos chamados atos de pré-constituição. A sociedade anônima, como as demais, vem à luz sempre como produto de uma convergência de vontades que se exterioriza em cada subscrição de ações e se positiva na assembleia constitutiva.[8]

A LSA determina que à constituição da companhia deve, necessariamente, suceder o arquivamento e a publicação de seus atos constitutivos (art. 94), sob pena de não poder funcionar como tal. Com isso, fica evidente que o registro tem natureza *constitutiva* e não meramente declaratória. Ou seja, a personalidade jurídica da sociedade anônima aperfeiçoa-se com a publicação, em 30 dias, de seu estatuto registrado, bem como da pertinente certidão do arquivamento, em órgão oficial do local de sua sede.

10.4.2Empresa como objeto social

O objeto de uma sociedade é a razão de sua constituição e o que, basicamente, a individualiza. Seu objeto é a empresa, como organização da atividade econômica voltada para a produção de bens ou serviços. A empresa é uma coordenação finalística de atos, uma sequência ordenada e habitual de atos ou negócios jurídicos de conteúdo econômico, praticados profissionalmente com intuito de lucro.[9] Em suma, uma atividade econômica organizada.

A companhia existe para exercer a atividade empresarial. Contemplada apenas sob essa ótica, tem o mesmo objeto das demais sociedades empresárias. Não é o objeto que a distingue daquelas, mas, sua peculiar constituição, a complexidade de sua estruturação administrativa, o fracionamento do capital em unidades negociáveis, a possibilidade de vender seus valores mobiliários no mercado de capitais e a limitação da responsabilidade dos sócios pontuais.

A dicção legal não enseja dúvidas: pode ser objeto da companhia, *empresa de fim lucrativo.*Entretanto, não qualquer empresa. Somente aquela atividade que não afronte a lei, não contrarie a ordem

pública ou os bons costumes. Em poucas palavras, o objetivo de lucro deve ser perseguido mediante empresa juridicamente lícita e moralmente adequada. A lei não se contenta com a legalidade do objeto, reclama sua conformação ética.

Nem pode ser diferente. O direito não pode reconhecer, abrigar e conferir personalidade jurídica a qualquer atividade que o renegue ou a suas finalidades maiores. Por mais que se admita a plasticidade do mundo negocial, o contexto jurídico é de submissão à lei e subsunção aos ditames morais.

Já ao cuidar da fase constitutiva, o art. 83 da LSA enuncia que o projeto de estatuto "conterá as normas pelas quais se regerá a companhia". A lei não pretende que o estatuto desça às minúcias, mas que seja suficientemente claro para singularizar a empresa que se pretende praticar.

O Decreto nº 1.800/96, que regula a Lei nº 8.934/94 (Registro de Empresas Mercantis e Atividades Afins), dispõe, em seu art. 53, inciso I, que não podem ser arquivados "os documentos que não obedecerem às prescrições legais ou regulamentares ou que contiverem matéria contrária à lei, à ordem pública ou aos bons costumes..."

O estatuto social deve definir o *objeto social de modo preciso*, delimitando o campo de atuação da sociedade. Para o § 2º do art. 53 do Decreto nº 1.800/96, "entende-se como preciso e detalhadamente declarado, o objeto da empresa mercantil quando indicado o seu gênero e espécie".

Quando a lei enuncia que o ato conceptivo da companhia deve definir o objeto social de modo preciso e completo, quer dizer que o estatuto precisa delimitar integral e cabalmente a espécie e a extensão da atividade empresarial que se vai exercitar, ou seja, a definição da empresa.

Trata-se de exigência indispensável porque, na intimidade social, é o parâmetro nuclear para aferição dos limites de atuação dos administradores da companhia. É o que vai circunscrever o espectro de responsabilidade de cada administrador, é o que vai determinar se há ou não subversão das metas sociais, se efetivamente ocorre inobservância estatutária por desvio do objeto social.

Já na dimensão externa, é o que serve como bússola aos terceiros que negociam com a sociedade. Mais que mero rótulo, é o que expressa a alocação da companhia no universo empresarial.

Registre-se, por outro lado, que apesar de sua reconhecida indiferenciação em relação às pessoas dos sócios, a companhia não deixa de ser produto da vontade deles. Ora, se convergiram para investir numa forma específica de atividade, certamente não se despiram do poder de

divergir de eventuais alterações substanciais de percurso. A prática de atos de filiação econômica que se revelam espúrios, quando cotejados com o objeto social proclamado no estatuto, autoriza, e em certas circunstâncias, recomenda a dissensão.

Pode parecer, numa primeira abordagem, que a rigidez da normação em tela favorece a paralisia empresarial, máxime num contexto complexo, em que os negócios andam mais rápidos que sua regulamentação legal. As constantes metamorfoses do mundo econômico sugerem flexibilidade e, às vezes, até compelem à diversificação da atividade empresarial. Bem por isso, a LSA consente na alteração do objeto social da companhia, mas, nesse caso (art. 136, VI), assegura ao acionista dissidente o direito de recesso mediante o reembolso dos valores que titulariza (art. 137, *caput*).

Urge sublinhar que não se está aludindo àquelas atitudes formalmente dissonantes com o objeto social. Não é isso. O critério para diagnóstico de condutas estranhas ao objeto social é finalístico. Um ou outro ato negocial pode entremostrar-se divorciado das atividades nucleares da companhia, mas revelar-se necessário para a plena consecução daquelas. Só há ato estranho ao objeto social ou abuso de poder quando não coincidentes com a atividade econômica da sociedade.

Advirta-se, para boa compreensão da matéria, que é preciso diferenciar as atividades instrumentais e as atividades finais da companhia, o que, na prática, nem sempre é muito fácil. Essa distinção é importante, porque, no caso concreto, o exame da eventual dissonância de uma conduta em relação ao objeto social passa, necessariamente, pela consideração das atividades finais, ou seja, aquelas que correspondem à razão de ser da companhia.

Como se percebe, *objeto social* não é uma noção tão precisa e tão inflexível, reclamando para o diagnóstico de sua violação uma análise de correlação entre as atividades-meios e os fins colimados. Só quando aquelas não se entremostrarem predispostas à concretização destes é que serão tidas como atos estranhos ao objeto social. Entretanto, se houver nexo de conclusividade, se as atividades-meios estiverem direcionadas na mesma linha de desdobramento causal, não há como se cogitar de mácula ao objeto social.[10]

A companhia também pode ter por objeto participar de outras sociedades. À evidência, referido objeto deve ser previsto no estatuto. É a regra, mas, nem sempre incontornável. A LSA oferece alternativas que permitem relativizar a imposição. Dessa forma, ainda que não contemplada no estatuto, a participação é facultada em duas circunstâncias:

- como meio de realizar o objeto social; ou
- para o desfrute de incentivos fiscais.

É a *realização oblíqua* ou *reflexa* do objeto social de que trata o § 3º, do art. 2º da LSA. Lendo-se a regra por inteiro, verifica-se que a junção societária como objeto social é possível:

- se estipulada no estatuto como exclusivo objeto social;
- se, não prevista estatutariamente como objeto social, servir para viabilizá-lo; ou
- se não contemplada como objeto no estatuto, proporcionar a recepção de incentivos fiscais.

É bom esclarecer que não se trata apenas da hipótese de ser sócia ou controladora de outra sociedade, mas até mesmo de constituir nova sociedade com outra sociedade ou empresário individual. As alternativas implícitas na participação são variadas. Constante é a finalidade superior de realizar o objeto social.

A lei tem em conta que o estatuto, conquanto preciso, não é dogmático e sua intangibilidade nativa não é absoluta. Se a participação em outras sociedades é o caminho para a densificação da empresa, não será pela imprevisão estatutária que se postegará a substância para atender à forma. Não se trata, apenas, de louvável ductibilidade legal, mas de coerência.

Também assim, a lei enseja a participação, a despeito de inexistir previsão estatutária, quando necessária para a companhia beneficiar-se de incentivos fiscais. É regra permissiva consonante com o papel socioeconômico desempenhado pela companhia e adequado às contigências de uma época em que a intensidade e o volume da tributação acossam, para não dizer oprimem, as sociedades empresárias.

Ora, se o governo, tendo em mira o interesse geral, oferece estímulos à sociedade contribuinte que se associa com outra para colaborar com sua atividade superior, mais que o cumprimento precípuo do objeto social, interessa o objetivo social de proveito patrimonial pela redução dos encargos fiscais. Afinal, o objeto social (empresa) é instrumento para a consecução do objetivo social (lucro), e não o contrário.

Na verdade, as exceções em foco não traduzem transformação do objeto social, mas adequação terapêutica adotada para conduzir a sociedade ao cumprimento do programa que serviu de esteio a sua constituição, sem necessidade de deformação formal de seu espectro objetivo. O estatuto da companhia é programático, mas não predestinado. Definidor, não redutor.

10.4.3Objetivo de lucro

É óbvio que não se confundem *objeto* social e *objetivo* social. O primeiro é imediato; o segundo é remoto. O primeiro é meio para concretização do segundo. Senão, vejamos.

O objeto social é essencialmente comum: a prática da empresa. A diversificação reside na espécie de atividade, no ramo escolhido. Por exemplo, tanto exercita a empresa a sociedade que explora o ramo hoteleiro como a que vivencia o de eletrodomésticos, ou aquela outra, que fabrica calçados, ou a que se dedica à exploração do tráfego áereo etc.

Agora, o objetivo social que se pretende alcançar via atividade empresarial é outra coisa. Em princípio, pode ou não ser o lucro. Ainda que todas as sociedades empresárias sejam criadas para o exercício de atividade econômica, nem toda sociedade colima fito lucrativo. Realmente, a busca de vantagens patrimoniais não serve, em regra, como traço diferencial entre as diversas modalidades de sociedades empresárias.

Contudo, aqui, até por definição legal, a meta lucrativa faz parte do tipo *companhia*. A produção de riqueza sem busca de ganho patrimonial é incompatível com a sociedade anônima. Ao preceituar que "pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo...", o legislador diz que seu objeto é a empresa e seu objetivo é o lucro. Por isso, a realização de lucros é integrante essencial de seu perfil, é seu fim social, a *ratio essendi* de sua existência no universo real e uma de suas marcas distintivas no plano jurídico.[11]

10.5Características próprias da companhia

São características próprias da companhia aquelas relativas à sua individualização como tal no contexto societário, quer dizer, as linhas que a singularizam:

- natureza empresarial *ex-vi legis*;
- identificação exclusiva por uma denominação; e
- valor subscrito como limite de responsabilidade.

10.5.1Natureza empresarial

Qualquer que seja seu objeto, a companhia é empresária por força de sua própria formatação, quer dizer, porque adota a forma acionária, diz o § 1º do art. 2º da LSA.

Aqui estamos diante de uma exceção ao princípio vigente no direito brasileiro, segundo o qual a forma não determina a natureza da sociedade. Se uma sociedade simples pode, por exemplo, adotar a forma de sociedade limitada, sem que só por isso se torne empresária, no caso da companhia, a lei é expressa: outorga o caráter empresarial sem levar em conta o objeto social.

Não há, pois, aqui, qualquer preocupação quanto à difícil distinção entre sociedades simples e empresárias, separadas hoje tão somente pelo processo de insolvência peculiar destas (falência), já que tecnicamente incindíveis com esteio no critério da persecução de lucros. Uma sociedade de pessoas pode ser de um tipo ou outro, conforme seu objeto. No caso da sociedade de capital, a forma, por si só, já lhe confere o caráter empresarial.

O dispositivo aludido assinala que a companhia é disciplinada "pelas leis e usos do comércio", declarando, pois, expressamente, suas fontes. Desse modo, tratando-se de sociedade anônima, à lei civil resta o papel de coadjuvante suplementar: só a define (art. 1.088 do CC de 2002).

10.5.2Identificação exclusiva por uma denominação

Como a companhia não vive em função das pessoas que a integram, seu nome empresarial não pode ser uma *razão social* com os patronímicos dos acionistas.

Depois, a circulabilidade de suas ações impõe o anonimato, porque não possui quadro social estável. Os sócios mudam, à medida que se transmite a titularidade de suas frações-capital. Daí por que sua identificação se faz por meio de uma *denominação*.

A denominação, exige a lei, deve ser coadjuvada pelas expressões *companhia* ou *sociedade anônima*, abreviadamente, ou por extenso. Não é lícito empregar o vocábulo *companhia* ao final da denominação, de modo a insinuar outro tipo societário (nome coletivo, por exemplo). Faculta-se a utilização do nome do fundador, acionista ou pessoa que, por qualquer modo, tenha concorrido para o êxito da empresa.

Não é reclamo legal que da denominação conste a indicação da atividade desempenhada pela sociedade, ou seja, seu objeto específico. Quem cogita com ela contratar, só terá certeza de sua área de atividade se consultar o estatuto, precavendo-se contra eventuais desvios de finalidade ou subversão de objeto.

Sobre eventuais coincidências ou semelhanças entre denominações de sociedades diversas, o § 2º do art. 3º da LSA assegura à prejudicada o direito de requerer a alteração, seja no plano administrativo, seja mediante

processo judicial, podendo, até mesmo, postular perdas e danos, uma vez provados. O art. 34 da Lei nº 8.934/94 estatui que o nome empresarial deve obedecer aos princípios da veracidade e da *novidad*e.

Idêntica quer dizer igual; semelhante quer dizer parecida, suscetível de gerar confusão. Quando a lei faculta à companhia lesada pela identidade ou similitude a correção administrativa, não está dizendo que é necessário intentá-la primeiro, antes de socorrer-se do caminho judicial. Não é preciso exaurir a instância administrativa para socorrer-se da judiciária. Ou seja, a companhia prejudicada pode, diretamente, promover as medidas judiciais cabíveis, porque vigente o art. 5º, inciso XXXV, da CF, em que nenhuma lesão de direito ou ameaça de lesão pode ser subtraída ao controle jurisdicional.

De qualquer modo, como o controle do nome, hoje, integra o cardápio de incumbências do Registro de Empresas Mercantis, a este compete sanar eventuais irregularidades passíveis de gerar prejuízos à companhia cuja denominação se intenta copiar. Com efeito, a Lei nº 8.934/94 preceitua, no art. 33, que a "proteção ao nome empresarial decorre automaticamente do arquivamento dos atos constitutivos de firma individual ou sociedades ou de sua alterações".

10.5.3Valor subscrito como limite de responsabilidade

A companhia não é a única sociedade, no sistema jurídico brasileiro, constituída por sócios de responsabilidade limitada. Também o é a sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Todavia, a expressão *responsabilidade limitada* não tem o mesmo sentido em ambos os tipos societários. O grau de responsabilização do sócio quotista não é o mesmo do sócio acionista.

Na sociedade por quotas, a limitação cinge-se à integralização de todo o capital social. Enquanto este não estiver plenamente realizado, pago, a responsabilidade dos sócios é solidária e ilimitada, conquanto subsidiária.

Diversamente, na companhia, cada acionista tem sua responsabilidade circunscrita apenas ao pagamento do valor de emissão das ações que subscreveu. Naquela, enquanto o capital social não se aperfeiçoa, um responde por todos e todos por um. Nesta, cada subscritor responde pelo que se comprometeu.

10.6Espécies de companhia

Conquanto seja possível formular diversas classificações de sociedades anônimas, o legislador optou por uma bipartição básica. Por isso, são duas as principais espécies de companhia:

•companhia aberta; e

•companhia fechada.

A companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários, diz o art. 4º da LSA. Somente os valores mobiliários de companhia registrada na Comissão de Valores Mobiliários (CVM) podem ser negociados no mercado.

10.6.1Companhia aberta

Companhia *aberta* (*open corporation*, *publicy-held*) é a sociedade anônima cujo capital pode ser disseminado pelo público, segundo índices e percentagens obrigatórios, e cujas ações e outros títulos mobiliários de sua emissão, depois de registro na CVM, se negociam em Bolsa ou fora dela por meio de instituição financeira habilitada.

A lei não exige que, efetivamente, a companhia negocie seus valores no mercado de capitais, para caracterizar-se como aberta, mas que esteja autorizada a fazê-lo. Basta a possibilidade legal cifrada na expressão *estejam* (...) *admitidos à negociação*, diferente de *sejam negociados.*

A Comissão de Valores Mobiliários poderá classificar as companhias abertas em categorias, segundo as espécies e classes dos valores mobiliários por ela emitidos negociados no mercado, e especificará as normas sobre companhias abertas aplicáveis a cada categoria.

É interessante atentar para outra opção distintiva das sociedades anônimas: o caráter*institucional* da companhia aberta, como segmento de política econômica, vinculado à vigilância e controle governamental, por oposição ao contratualismo *intuitu personae* detectado na sociedade anônima fechada, ainda atada à fidelidade e à mútua confiança, ingredientes tipificadores da *affectio societatis.*

Em síntese, enquanto nas companhias abertas desponta a feição institucional e a necessidade de se preservar o interesse coletivo do mercado, nas fechadas prevalece o caráter contratual atado à liberdade dos sócios e seus desígnios privados.

10.6.2Companhia fechada

Companhia *fechada* (*close corporation, private company*) é a sociedade anônima cujas ações e outros títulos mobiliários de sua emissão não são negociados em Bolsa ou fora dela. Não faz apelo de fundos, não enceta captação de recursos da poupança pública.

Pelo menos é o que resulta da Exposição de Motivos da LSA quando justifica-se, explicando que "toda companhia que faz apelo – por mínimo que seja – à poupança pública cria, ao ingressar no mercado de capitais, relações que não existem na companhia fechada, e que exigem disciplina própria para proteção da economia popular e no interesse do funcionamento regular e do desenvolvimento do mercado de valores mobiliários".

Para a sociedade aberta transformar-se em fechada, precisa requerer o cancelamento do registro à CVM, nos termos da Instrução CVM nº 361/02, não sem antes promover o recolhimento dos valores que colocou no mercado.

Contemplando-as superficialmente, as companhias abertas e fechadas parecem ser, respectivamente, companhias de capital aberto e companhias de capital fechado.

Entretanto, não é bem assim. A definição legal de companhia aberta entre--mostra-se ao legislador como noção mais ampla do que a de companhia de capital aberto.

José Washington Coelho (*39 : 33*) adverte que são distintos e inconfundíveis os conceitos de "companhia aberta" e "sociedade anônima de capital aberto". Assim, "companhia aberta é a que faz apelo à poupança popular, associando o público à empresa e ao empreendimento dentro do esquema da aplicação com risco", enquanto a

> "sociedade anônima de capital aberto é a que, sendo companhia aberta, apresenta uma estrutura de capitalização democratizada segundo limites mínimos fixados pela legislação fiscal como requisito para outorga de estímulos tributários".

Muitas e importantes são as diferenças legais decorrentes dos conceitos de companhia aberta e companhia fechada. Como sua exaustiva enunciação não atende ao intuito didático desta obra, a exemplificação é suficiente. Assim, por exemplo, na companhia fechada, a capitalização da reserva de capital poderá ser feita com ou sem alteração do número de ações emitidas, mas, na companhia aberta, deverá ser feita sem alteração daquele número e com o aumento do valor nominal das ações, se for o caso (art. 167, § 1º).

10.7Bolsa de valores e mercado de balcão

O *mercado de capitais* é o conjunto de meios e instrumentos geradores das negociações recíprocas entre investidores e grandes empresas.[12]

Em outras palavras, o mercado de valores mobiliários compreende instituições e instrumentos operacionais de natureza financeira. Oportuniza a transferência de recursos entre poupadores e empresas tomadoras. Implica, portanto, um complexo operacional que compatibiliza os interesses de aplicadores de recursos e tomadores, de forma direta ou por meio de intermediários.

Embora, imediatamente, o mercado de valores mobiliários tenha por meta proporcionar liquidez aos títulos emitidos por companhias abertas e viabilizar sua capitalização, mais importante é seu papel de implementador do crescimento econômico. Ao mesmo tempo em que assegura vantagens para o público (retorno e garantia), funciona como matriz geradora de recursos que permitem financiar a expansão e a otimização tecnológica das empresas. Explicando melhor, as empresas precisam de financiamentos de médio e longo prazos; os capitais pertinentes resultam de recursos de poupadores e investidores.

Cumpre examinar, pois, pelo menos, três institutos: a Bolsa de Valores, o mercado de balcão e a Bolsa de Mercadorias e Futuros.

A *Bolsa de Valores* apresenta-se, legalmente, como uma associação civil constituída por sociedades corretoras, operando no mercado secundário de capitais. Embora algumas de suas atividades sejam exercidas como funções delegadas da Administração Pública, certamente assim não se consideram as operações de compra e venda de valores mobiliários em mercado livre e aberto.

Claro que a Bolsa de Valores não constitui um serviço público, não é um órgão administrativo, mas, um ente autonômo que, no exercício de seus poderes normativo e disciplinar, revela-se uma entidade de cooperação com o poder público, na medida em que é órgão auxiliar da CVM.[13] Exerce, por via de delegação legal e regulamentar, atividade normativa-fiscalizatória de seus membros, sob a supervisão desta.

Para melhor compreensão, é importante transcrever a lição de Fábio Konder Comparato (*41 : 45*), ao consignar que

> "as Bolsas de Valores fazem parte dessa classe especial de pessoas jurídicas de direito privado, incumbidas por lei – e não apenas por concessão da autoridade administrativa – do exercício de um serviço público". Trata-se, pois, de "gestão de um serviço público" deferida a uma pessoa jurídica privada, dotada por lei de "um regime peculiar, comportando prerrogativas e sujeições".

Naquilo que não diz com o interesse público, ou seja, sob os aspectos patrimonial, financeiro e administrativo, a Bolsa é autônoma, diz a lei, embora determine que seja supervisionada pela CVM. É bastante dúbia a condição jurídica da Bolsa de Valores, na medida em que vivencia uma autonomia controlada, se é que se pode assim traduzi-la.

A propósito, é atual e bem plausível a crítica formulada, já em 1976, por Waldirio Bulgarelli (*24 : 109*), ao detectar que

> "criadas por favor do Príncipe, nos moldes e nas condições impostas pela lei, também produto arbitrário da vontade do Príncipe, que cometeu ao órgão fiscalizador poderes para alterá-la, quando e como lhe convier, não são as Bolsas senão um apêndice do Poder Público, um agregado estatal disfarçado de entidade privada. Mascara-se a sua dependência por via de expressões incorretas, como autonomia patrimonial, financeira e administrativa, que já mereceram as críticas corretas de Vicente Ráo".

Por *mercado de balcão* entende-se o conjunto de operações praticadas fora de Bolsa, por meio de instituição financeira habilitada para atuar no mercado de capitais ou por seus agentes autônomos. É a venda de títulos fora de Bolsa, envolvendo os mercados primário e secundário de capitais. É a negociação direta de valores mobiliários, sem mediação da Bolsa.

Além da Bolsa de Valores, há a Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&F), que envolve dois tipos de negociação. As negociações a vista abrangem o ouro e mercadorias agropecuárias, como café, gado, açúcar, feijão e soja. Os negócios futuros baseiam-se em previsões sobre como determinados mercados se comportarão nos próximos dias, semanas ou meses. Essas previsões são transformadas em contratos, que são comprados e vendidos livremente na BM&F. Existem contratos futuros de dólar, do índice Bovespa, de boi gordo, soja e café, por exemplo. Quem recorre a esses mercados normalmente tem um objetivo: proteger-se de flutuações nos preços dos produtos ou mercadorias.

10.8CVM

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) é órgão oficial, governamental, ou seja, uma autarquia administrativa jungida ao Ministério da Fazenda, nos termos do art. 5º da Lei nº 6.385/76. Sua função primordial concentra-se na fiscalização das atividades do mercado de valores mobiliários.

Evite-se a compreensão equivocada que vê na CVM um órgão com funções judicantes. Se é vero que tem atribuições para apreciar e solucionar questões envolvendo ilegalidades no mercado de capitais ou no âmbito das

sociedades anônimas abertas, sua atuação não escapa ao controle judiciário.[14] Assim, quando o art. 9º da Lei nº 6.385/76 assevera que a CVM "terá jurisdição em todo o território nacional", quer dizer atribuição e não *jurisdictio.*

Suas finalidades básicas são:

- estimular a poupança e sua aplicação em valores mobiliários;
- promover a expansão e o funcionamento regular do mercado de ações;
- estimular as aplicações em ações do capital social de companhias abertas sob controle de capitais privados nacionais;
- garantir a eficiência e a regularidade do mercado de capitais;
- preservar os interesses dos investidores;
- garantir o direito público à informação sobre negociação de valores mobiliários e sobre as companhias emissoras; e
- assegurar a equidade no mercado de valores mobiliários.

Para a consecução dessas macrometas, a CVM regulamenta, fiscaliza e inspeciona atividades e serviços do mercado e companhias abertas, bem como propõe ao Conselho Monetário Nacional a assunção de medidas normativas.

Ressalte-se que nenhuma emissão pública de valores mobiliários poderá ser distribuída, no mercado, sem prévio registro na CVM, entendendo-se por atos de distribuição a venda, promessa de venda, oferta à venda ou subscrição, aceitação de pedido de venda ou subscrição de valores mobiliários.

No tocante à aplicação de penalidades, a CVM deve promover processo administrativo para investigar a ocorrência de irregularidades no mercado, ensejando aos acusados amplo direito de defesa, vigente o princípio do devido processo legal na esfera administrativa. As sanções para quem descumpre as regras legais do mercado de valores mobiliários, sobretudo as normas editadas pela CVM, são: advertência, multa, suspensão ou inabilitação para o exercício do cargo, ou cassação da autorização ou do registro, bem como a proibição por prazo determinado para o exercício de atividades e operações do sistema de distribuição. Também o investidor pode ser proibido temporariamente de atuar, direta ou indiretamente, no mercado.

É bom consignar que a CVM tem a obrigação de comunicar ao Ministério Público quaisquer indícios de ilícito penal verificados nos processos sobre irregularidades no mercado. Da mesma forma, tratando-se de ilegalidade fiscal, deve encaminhar o processo à Secretaria da Receita Federal.

Em matéria criminal, a Lei nº 10.303/01 acrescentou à Lei nº 6.385/76 três delitos dolosos contra o mercado de valores mobiliários:

- manipulação de mercado;
- uso indevido de informação privilegiada; e
- exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função.

O bem jurídico tutelado é o desenvolvimento regular das atividades do mercado de valores mobiliários.

Pelo art. 27-C, será punido com reclusão de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa de até 3 (três) vezes o valor da vantagem ilícita obtida com o crime, o enriquecimento ilícito mediante a realização de operações simuladas ou outras manobras fraudulentas, com a finalidade de alterar artificialmente o regular funcionamento dos mercados de valores mobiliários em bolsa de valores, de mercadorias e de futuros, no mercado de balcão ou no mercado de balcão organizado, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros.

Também é modalidade de enriquecimento ilícito "utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários" (art. 27-D). Predita conduta criminosa acarretará ao agente pena de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

Já o art. 27-E dispõe que "atuar, ainda que a título gratuito, no mercado de valores mobiliários, como instituição integrante do sistema de distribuição, administrador de carteira coletiva ou individual, agente autônomo de investimento, auditor independente, analista de valores mobiliários, agente fiduciário ou exercer qualquer cargo, profissão, atividade ou função, sem estar, para esse fim, autorizado ou registrado junto à autoridade administrativa competente, quando exigido por lei ou regulamento", trazendo para o agente a pena detentiva de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

A aplicação das multas cominadas para os crimes previstos nos arts. 27-C e 27-D terá em conta o dano provocado ou a vantagem ilícita auferida pelo agente. Nos casos de reincidência, a multa poderá ser triplicada.

Concluindo este segmento, insta sublinhar que a Lei nº 11.941/09 reforça o papel da CVM, sobretudo quando mediante o acréscimo do § 7º ao art. 176 da LSA, lhe confere o poder de disciplinar o registro das demonstrações financeiras, de forma diversa da estabelecida no § 3º do mesmo artigo.

Ao focalizar as operações societárias, o art. 184-A defere à CVM estabelecer normas especiais de avaliação e contabilização nos casos de aquisição de controle, participações societárias ou negócios. Trata dos critérios para avaliação do passivo adotados no balanço.

Também adita o § 4º ao art. 252, atribuindo à CVM aptidão para estabelecer normas especiais da avaliação e contabilização aplicáveis às operações de incorporação de ações que envolvam companhia aberta.

Por meio das alterações que aplica à LSA, o que a Lei nº 11.941/09 faz é, simplesmente, aperfeiçoar a caracterização da CVM como *longa manus* do Ministério da Fazenda, ou seja, ampliar o espectro público de controle do mercado e reforçar o *design* do chamado Direito Empresarial Público.

---

[1] O uso do nome *sociedade anônima* remonta ao Código de Comércio da França (1807), uma vez que as primeiras sociedades por ações são as companhias coloniais da era moderna.

[2] A expressão *princípios estruturantes* foi cunhada pelos constitucionalistas alemães e adotada por CANOTILHO, José Joaquim Gomes (*28 : 345*) para designar os princípios constitutivos do núcleo da Constituição, garantindo-lhe identidade e estrutura.

[3] VALVERDE, Trajano de Miranda (*158, v. 1 : 75*) define a sociedade anônima como "uma pessoa jurídica de direito privado, de natureza mercantil, em que todo o capital se divide em ações, que limitam a responsabilidade dos participantes, sócios ou acionistas ao montante das ações, por eles subscritas, ou adquiridas, as quais facilitam, por sua circulação, a substituição de todos os sócios ou acionistas".

[4] CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. (*30, v. 3 : 287*).

[5] Art. 44 do CC de 2002.

[6] COSTA, Philomeno José da (*49, v. 1 : 68*) destaca que o direito brasileiro adotou a teoria organicista alemã para fundamentar a existência da pessoa jurídica, pela qual " a sociedade não é só uma pessoa dotada de existência real como também existe por si mesma como organização; as pessoas que atuam por sua conta são seus órgãos; a ficção (física) é quanto possível plena".

[7] Art. 75, inciso IV, do CC de 2002.

[8] Cf. BORGES, João Eunápio. (*18 : 399*), para quem "o nome pouco importa: contrato, contrato plurilateral, ato complexo, ato coletivo, negócio coletivo, a essência, a substância do ato é sempre a mesma".

[9] TEIXEIRA, Egberto Lacerda, GUERREIRO, José Alexandre Tavares (*152, v. 1 : 102*).

[10] Cf. GUERREIRO, José Alexandre Tavares (*74 : 71*), para quem a consideração finalística "parece decisiva para caracterizar o desvio do objeto social como autêntica espécie de desvio de poder e, portanto para identificar a ocorrência dos denominados atos estranhos ao objeto social".

[11] Para a companhia, ficar acima do *break even* (ponto de equilíbrio) é questão essencial. As receitas devem sempre sobrepujar as despesas.

[12] COSTA, Philomeno José da (*49 : 111*).

[13] Nesse sentido, WALD, Arnoldo, e EIZIRIK, Nelson (*167 : 5*).

[14] Pelo art. 5º, inciso XXXV, da CF, nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional).

11

Constituição da Companhia



11.1Requisitos preliminares

Considerando que os acionistas têm responsabilidade limitada e que os valores mobiliários da companhia podem ser objeto de negociação no mercado, é natural que o direito positivo regulamente, com rigor, os procedimentos necessários à constituição da sociedade anônima. Seu papel socioeconômico o exige.

Requisitos preliminares é a expressão adotada pela LSA (art. 80) para identificar atos de pré-constituição da sociedade anônima, ou seja, os atos formais e inafastáveis que antecedem a constituição propriamente dita:

- subscrição por, pelo menos, duas pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto;
- realização, como entrada, de 10%, no mínimo, do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro; e
- depósito, no Banco do Brasil S.A., ou outro estabelecimento bancário autorizado pela CVM, da parte do capital realizado em dinheiro.

O fundador, em cinco dias após o recebimento das entradas, deve depositá--las em nome dos respectivos subscritores e a favor da *sociedade em organização*. A companhia só poderá levantar esses valores depois que adquirir personalidade jurídica. Se, decorridos seis meses do depósito, a companhia não se constituir, o banco restituirá as quantias depositadas, diretamente, aos subscritores.

11.2Procedimentos constitutivos

Como o capital inicial da companhia pode ser subscrito pública ou particularmente, há duas formas procedimentais diversas adotadas para sua constituição:

•a constituição *continuada* ou *sucessiva*, na subscrição pública do capital; e

•a constituição *simultânea*, na subscrição particular.

Tais ritos são radicalmente diferentes, mas apresentam algumas regras comuns, que merecem alusão:

•tanto na assembleia-geral como na escritura pública, o subscritor não precisa estar presente, podendo fazê-lo via procurador com poderes especiais;

•é desnecessária a escritura pública para a incorporação de imóveis na formação do capital social;

•os fundadores e instituições financeiras que participarem da constituição da sociedade respondem pelos prejuízos resultantes de atos ilegais;

•os fundadores são solidariamente responsáveis por eventuais danos dolosos ou culposos que causarem na fase pré-constitutiva;

•os fundadores devem entregar aos primeiros administradores da companhia todos os documentos desta;

•entre fundadores e subscritores nenhum nexo contratual se estabelece;

•os primeiros administradores são responsáveis solidariamente, perante a companhia, por prejuízos causados pela demora no cumprimento das formalidades complementares à sua constituição;

•enquanto não completo o processo de constituição, a companhia deverá portar na denominação a expressão *em organização*.

11.2.1Subscrição pública (continuada ou sucessiva)

Continuada ou sucessiva é a subscrição pública, porque desmembra a constituição da companhia em fases, sendo a primeira pré-constitutiva, e a última, conclusiva.

Por oportuno, fique dito que a *companhia aberta* se constitui por subscrição pública que depende de prévio registro na CVM e somente pode ser efetuada com a intermediação de instituição financeira.[1]

Esta integrante do sistema de distribuição de valores mobiliários assessora a *companhia em organização* desde o estudo de viabilidade e registro de emissão, mediante o contrato de*underwriting* (contrato de garantia de subscrição ou de colocação, conforme o caso).

Trata-se, o *underwriter*, diz Nelson Eizirik,[2]

> "daquela instituição financeira que compra os valores mobiliários da companhia emissora para revendê-los ao público ou que participa do processo de

distribuição, prestando serviços à companhia. Ou seja, atua por sua conta e risco, ou como agente da companhia, colocando publicamente os valores mobiliários de sua emissão".

O assessoramento do *underwriter* pode ser resumido no binômio assessoramento-mediação. Sua função econômica, leciona o predito jurista,

> "é a de servir como um elemento de aproximação entre a empresa que emite publicamente os valores mobiliários e o público investidor. Nessa linha, ressalta a sua atuação como empresa especializada, apta a assessorar a companhia emissora em todas as etapas do lançamento ao público de seus valores mobiliários".

A etapa pré-constitutiva sugere a figura do fundador.

Fundadores da companhia são as pessoas que tomam a iniciativa de sua geração e presidem os atos que a lei reputa necessários para sua constituição válida. Não precisam ser subscritores, podem não se tornar acionistas, consistindo seu trabalho em idealizar a companhia e encetar as medidas cabíveis para sua concretização. Com plenos poderes para instituir a sociedade, incumbem-se de todos os atos preparatórios, por exemplo, redação do estatuto, convocação da Assembleia Constituinte etc.

Ao longo da LSA, diversos dispositivos orientam sua atuação, bastando destacar que:

- fixam o preço de emissão das ações sem valor nominal, na constituição da companhia (art. 14, *caput*);
- organizam e assinam o prospecto que instrui o pedido de registro à CVM, no caso da companhia aberta (art. 82, § 1º, *c*);
- estimam o valor dos bens com que se pretende integralizar o capital (art. 84, inciso II);
- convocam e presidem a assembleia-geral de constituição da companhia (art. 86, inciso II, e art. 87, § 1º);
- respondem solidariamente por eventuais prejuízos dolosos ou culposos em atos ou operações anteriores à constituição (art. 92, parágrafo único);
- respondem pela entrega aos primeiros administradores eleitos de todos os documentos constitutivos (art. 93);
- assinam os originais do estatuto e do prospecto para arquivamento no Registro de Empresas Mercantis e autenticam a relação de subscritores do capital (art. 95, incisos I e II).

A constituição sucessiva está escalonada em quatro segmentos:

- registro na CVM;
- subscrição do capital social;
- assembleia de fundação; e

•personificação da companhia.

11.2.1.1Registro na CVM

O pedido de registro de emissão, além de atender às normas expedidas pela CVM, deverá ser instruído com:

•o estudo da viabilidade econômica e financeira do empreendimento;
•o projeto do estatuto social; e
•o prospecto assinado pelos fundadores e pela instituição financeira intermediária.

O estudo da viabilidade econômica e financeira da companhia que se pretende constituir inaugura o pedido de registro à CVM.

Entende Waldirio Bulgarelli (*24 : 77*) que se trata de

> "peça meramente estimatória e que tem um valor jurídico remoto, pois quando muito servirá para se verificar, posteriormente, ao constituir-se a sociedade, se ela estará alcançando os objetivos visados".

Embora correta, em parte, a lição do notável comercialista, parece-nos que a peça em questão é juridicamente relevante, à medida que, nos termos do art. 82, § 2º, da LSA, a CVM poderá denegar o*registro por inviabilidade ou temeridade do empreendimento.* Assim sendo, sem olvidar-se da preservação da segurança e da idoneidade do mercado de capitais, pelos quais aquela entidade pública deve zelar, a companhia aberta só poderá se constituir se evidenciar que o empreendimento é viável, seja do ponto de vista econômico, seja sob a perspectiva financeira, o que torna a exigência legal mais que mero suporte retórico.

Sobre o projeto dos estatutos, a lei reclama um conteúdo geral, comum a todas as sociedades empresárias, e um conteúdo específico, com os elementos inerentes às sociedades anônimas.

O estatuto é bifrontal. De um lado, é a lei original disciplinadora da companhia. De outro, é a representação formal do contrato plurilateral[3] que se consuma quando aprovado pelos subscritores de mais da metade do capital social, em assembleia.

O estatuto é o documento fundamental da sociedade anônima, como um contrato que traduz a extensão da lei, impondo-se sua estrita observância, como condição de validade de todos os atos da vida societária e como garantia de terceiros que com ela negociem.

> "A carta que rege a sociedade anônima e da qual não se pode esta afastar, em outros termos, as bases, cláusulas e condições do respectivo contrato são formuladas em uma peça ou documento denominado*estatutos.* Estes formam a lei

fundamental reguladora da atividade social; são a primeira e a mais solene manifestação da sociedade."[4]

Quanto a seu conteúdo, deve satisfazer a todos os requisitos exigidos para os contratos das sociedades empresárias em geral e aos peculiares às companhias, e conterá as normas pelas quais estas se pautarão.[5]

Quando se cuida da constituição continuada ou sucessiva (por subscrição pública), o ato inaugural assume invulgar relevo, à medida que passará, preliminarmente, pelo crivo da CVM, que poderá condicionar o registro de emissão de valores a modificações estatutárias. Mais. Na fase definitiva de constituição da companhia, já terá se tornado intangível, não comportará mais alterações: ou será aprovado pela assembleia ou a companhia não se constituirá.

É conveniente alinhavar que nenhuma questão mais grave se apresenta, quando a companhia se constitui por escritura pública, veículo constitutivo semelhante aos de outros tipos societários.

11.2.1.2Prospecto

O prospecto (*memorandum of association*) a que alude o art. 82, § 1º, *c*, da LSA, é a exposição clara e precisa das bases da sociedade e dos motivos ou razões que têm os fundadores para esperar êxito do empreendimento.

O prospecto (informe prévio) deve declarar, com precisão e clareza:

- •valor do capital social a ser subscrito, o modo de sua realização e a existência ou não de autorização para futuro aumento;
- •parte do capital a ser formada com bens, a discriminação desses bens e o valor a eles atribuídos pelos fundadores;
- •número, espécies e classes de ações em que se dividirá o capital, o valor nominal das ações e o preço de sua emissão;
- •importância da entrada a ser realizada no ato da subscrição;
- •obrigações assumidas pelos fundadores, os contratos assinados no interesse da futura companhia e as quantias já despendidas e por despender;
- •vantagens particulares a que terão direito os fundadores ou terceiros e o dispositivo do projeto do estatuto que as regula;
- •autorização governamental para constituir-se a companhia, se neces sária;
- •datas de início e término da subscrição e as instituições autorizadas a receber as entradas;
- •solução prevista para o caso de excesso de subscrição;

•prazo para a assembleia de constituição da companhia, ou a preliminar para a avaliação dos bens, se for o caso;
•qualificação completa de cada acionista ou, se pessoa jurídica, a firma ou denominação, nacionalidade e sede, bem como o número e espécie de ações que cada um houver subscrito;
•instituição financeira intermediária do lançamento.

Examinando a documentação, a CVM poderá conceder o registro de emissão, condicioná-lo a modificações no projeto de estatuto e/ou no prospecto, ou, ainda, indeferir o registro, seja por inviabilidade do empreendimento, seja por inidoneidade dos fundadores.

Consumado o registro, a etapa seguinte da fase pré-constitutiva destina-se à subscrição do capital social, que será efetuada perante a instituição autorizada.

11.2.1.3Subscrição

Subscrição é o ato mediante o qual uma pessoa capaz assume a obrigação de contribuir para o capital da companhia, nos termos previstos no estatuto, com dinheiro, bens ou direitos, pagando, no mínimo, um décimo do valor pelo qual se compromete e assinando a lista ou boletim de subscrição.

Ainda uma vez, insta recorrer à clareza de Carvalho de Mendonça (*30 : 325*):

> "Por meio da subscrição, ato preliminar e necessário à constituição da sociedade, a pessoa não somente se empenha em adquirir uma ou mais ações, como manifesta a vontade de formar a sociedade. Ela importa adesão implícita aos estatutos e, conseguintemente, a aceitação de todos os direitos e obrigações que de acordo com estes estatutos e a lei cabem aos acionistas."

A subscrição plena ou integral do capital prefixado, por agentes capazes, é pressuposto legal indeclinável para a constituição da sociedade anônima.

Por isso, é bom distinguir: subscritor não é acionista, ainda não é acionista, poderá vir a sê-lo. É mero promitente, em decorrência da entrada paga na subscrição. Com a realização por inteiro do preço de emissão das ações subscritas, constituída a companhia, então sim, assumirá o *status* de acionista.

A subscrição compreende:

•o pagamento da entrada em dinheiro; e
•a assinatura da lista ou boletim individual de subscrição (que também pode ser feita por carta).

Com a emissão do recibo da entrada inicial, pelos fundadores, está aceita a adesão do subscritor.

Pela assinatura da lista ou boletim individual de subscrição, o subscritor fica vinculado ao adimplemento de uma obrigação futura, implícita a condição de ser constituída a sociedade.

O boletim de subscrição envolve um acordo de vontades, tendo de um lado o subscritor e, de outro, a companhia. É um contrato que vincula de forma irretratável a empresa e o subscritor. O subscritor assume uma obrigação de pagar e adquire o direito à emissão das ações ou à devolução da entrada, se frustrada a constituição.[6]

Como toda manifestação de vontade destinada a criar direitos e obrigações, a subscrição exige agente capaz. Se laborando em nome de terceiro, como mandatário, o subscritor deverá estar autorizado por instrumento de procuração com poderes especiais definidos; como representante legal, os pais, tutores e curadores fazem-no em nome dos absolutamente incapazes. Os relativamente incapazes poderão subscrever, uma vez devidamente assistidos pelos pais ou representante legal.

Claro que, como se trata de ato jurídico, o de subscrição é suscetível de ser anulado, com esteio no art. 171 do CC de 2002, ou seja, por erro, dolo, coação, simulação ou vício de consentimento, bem como pode ser ratificado (art. 172 do CC de 2002).

Já as pessoas jurídicas subscrevem por atos de representação de seus órgãos, conforme os estatutos ou deliberação da Assembleia-Geral ordinária ou extraordinária.[7]

Subscrito todo o capital social, os fundadores convocarão a Assembleia-Geral para constituir a companhia (fase conclusiva).

Subscritores que representem a metade do capital social é o *quorum* mínimo para a instalação da assembleia de constituição, em primeira convocação. Não obtido esse número, em segunda convocação, com qualquer número se promo-verá a assembleia.

Quanto à assembleia de constituição, valem as seguintes regras:

- será presidida por um dos fundadores e secretariada por subscritor;
- cada ação corresponde a um voto, independentemente de espécie ou classe;
- a inexistência de oposição de subscritores que representem mais da metade do capital social é pressuposto de constituição da companhia;
- não é possível a alteração do projeto de estatuto pela maioria.

Os atos do procedimento observarão a seguinte ordem:

- leitura do recibo do depósito de entrada;
- discussão e votação do projeto de estatuto;

•declaração de constituição da companhia;
•eleição dos administradores e fiscais; e
•leitura, aprovação e assinatura da ata.

A ata da reunião será lavrada em duplicata: um exemplar ficará em poder da companhia e outro será arquivado no Registro de Empresas Mercantis (fase de personificação da companhia).

11.2.2Subscrição particular (simultânea)

Simultânea, porque enfeixa num só ato a constituição da companhia.

A subscrição particular, presentes *todos* os subscritores (que são considerados fundadores), pode ser feita por assembleia-geral dos subscritores ou por escritura pública.

Se feita por Assembleia, deverão ser observadas nesta as regras estabelecidas para a constituição sucessiva, entregando-se à Assembleia o projeto do estatuto, assinado em duplicata por *todos* os subscritores do capital, e as listas ou boletins de subscrição de todas as ações.

Se a opção for pela escritura pública, esta será assinada por *todos* os subscritores e deverá conter:

•qualificação dos subscritores;
•estatuto da companhia;
•relação das ações tomadas pelos subscritores e a importância das entradas pagas;
•transcrição do recibo de depósito da entrada;
•transcrição do laudo de avaliação dos bens incorporados (se for o caso);
•nomeação dos primeiros administradores e, quando for o caso, dos fiscais.

11.3Formalidades complementares

Para iniciar, validamente, suas atividades empresariais, a companhia precisa arquivar e publicar seus atos constitutivos. É tarefa primordial de seus primeiros administradores.

Se a companhia tiver sido constituída por escritura pública, bastará o arquivamento de certidão do instrumento. Na constituição via assembleia são arquivados os atos constitutivos:

•um exemplar do estatuto social, assinado por todos os subscritores, ou, se a subscrição houver sido pública, os originais do estatuto e do

prospecto, assinados pelos fundadores, bem como do jornal em que tiverem sido publicados;

•a relação completa, autenticada pelos fundadores ou pelo presidente da Assembleia, dos subscritores do capital social, com a qualificação, número das ações e o total da entrada de cada subscritor;

•o recibo do depósito da entrada;

•a duplicata das atas das assembleias realizadas para a avaliação de bens, se for o caso;

•a duplicata da ata da Assembleia-Geral dos subscritores que houver deliberado a constituição da companhia.

A ata da Assembleia-Geral traduz a manifestação de vontade dos subscritores de constituir a companhia. O estatuto é a lei interna que rege a vida da sociedade anônima. O recibo de depósito da entrada comprova a subscrição do capital social.

O *animus* dos subscritores na constituição da companhia por escritura pública está evidenciado na própria escritura pública, assim como no estatuto.

Se o Registro de Empresas Mercantis negar o arquivamento dos atos constitutivos, os primeiros administradores deverão convocar, imediatamente, a Assembleia-Geral, para corrigir as eventuais irregularidades ou autorizar as providências necessárias ao saneamento das falhas impeditivas do arquivamento, juntando a segunda via da ata da Assembleia ao novo pedido de registro.

Arquivados e publicados os atos constitutivos, a companhia adquire personalidade jurídica e poderá funcionar regularmente.

É irregular a sociedade anônima já fundada quando explora o comércio antes do registro de seus estatutos na Junta Comercial? Quem responde pelas operações praticadas no período compreendido entre a fundação e o registro?

O art. 99, parágrafo único, da LSA estatui que:

> "os primeiros administradores são, solidariamente, responsáveis perante a companhia por prejuízos resultantes da demora no cumprimento das formalidades complementares à constituição; e a companhia não responde pelos atos ou operações praticados pelos primeiros administradores antes de cumpridas as formalidades de constituição, mas a Assembleia-Geral pode deliberar em contrário".

A LSA não reconhece como válidas as operações executadas por conta da sociedade, pelos primeiros administradores, enquanto não formalizada e publicada a constituição da companhia. Quer, com esse dispositivo, dizer

que o patrimônio da companhia em fase de organização, ainda incompleta, não responde por tais atos exploradores de seu objeto social. Indo mais além, significa que os terceiros, ainda que de boa-fé, não podem reclamar da sociedade o adimplemento de obrigações assumidas, em nome dela, por seus primeiros administradores.

A norma do art. 99, parágrafo único, em princípio, excepciona a regra geral de responsabilidade da sociedade, que não pode se escusar de cumprir as obrigações contraídas, em seu nome, por seus diretores.

Justifica a exceção Trajano de Miranda Valverde (*158 : 271*), ao escrever que:

> "As sociedades anônimas vivem sob o regime da publicidade dos seus principais atos, os que justamente interessam a terceiros. Os seus atos constitutivos devem ser não só arquivados no registro competente, mas também integralmente publicados no jornal oficial da sede. Os terceiros que pretendem entrar em relação de negócios com elas, não devem ignorar a extensão dos poderes dos administradores. E, para saber que poderes têm eles, se realmente possuem a qualidade que invocam, são os terceiros forçados a recorrer ao jornal oficial em que vieram publicados os estatutos da sociedade e a certidão do seu arquivamento no registro."

Ora, não arquivados os atos constitutivos no Registro de Empresas Mercantis, não há irregularidade da companhia, não há companhia, nem seus administradores podem ser tidos como tais. Condição de existência jurídica da sociedade anônima é o registro, porque o art. 94 da LSA é taxativo: nenhuma companhia poderá funcionar sem que sejam arquivados e publicados seus atos constitutivos. Tal ainda não ocorreu? Pois, então, inexiste sociedade anônima. Respondem, em princípio, pelas preditas obrigações os administradores que, indevidamente, as assumiram em nome e por conta do ser jurídico ainda em formação.

A parte final da regra excludente da responsabilidade da companhia, neste caso, conhece uma ressalva expressa na frase "mas a Assembleia-Geral poderá deliberar em contrário". Poderá, pois, a sociedade assumir tais encargos e exonerar os administradores.

No caso, não se trata de *ratificação* ou não daqueles atos, mas de mera *substituição obrigacional*, decorrente da própria lei.

11.4Transferência de bens

A certidão dos atos constitutivos da companhia, passada pelo Registro do Comércio em que foram arquivados, será o documento hábil para a

transferência, por transcrição no registro público competente, dos bens com que o subscritor tiver contribuído para a formação do capital social.

A ata da Assembleia-Geral que aprovar a incorporação deverá identificar o bem com precisão, mas poderá descrevê-lo sumariamente, desde que seja suplementada por declaração, assinada pelo subscritor, contendo todos os elementos necessários para a transcrição no registro público.

---

[1] A CVM, previamente à análise de pedido de registro de distribuição pública de valores mobiliários, por sociedades controladas direta ou indiretamente por estados, municípios e pelo Distrito Federal, ouvirá o Banco Central quanto ao atendimento às disposições das Resoluções do Senado Federal sobre endividamento público.

[2] *RDM* 66/19.

[3] Consoante PONTES DE MIRANDA, F. C. (*127, v. 50 : 128*), "a afirmação de que os estatutos, depois da constituição da sociedade por ações, não são contratuais, é errônea. Os que chegam até aí não atendem, flagrantemente, a que o *conteúdo* de todo negócio jurídico é negocial, o *conteúdo* de qualquer contrato é, necessariamente, contratual, salvo se a lei cogente preestabeleceu conteúdo. Os estatutos são elementos contenutísticos necessários".

[4] CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. (*30 : 320*).

[5] Art. 83 da LSA.

[6] Para BORGES, João Eunápio (*18 : 348*), "a subscrição é o ato pelo qual as pessoas que desejam fazer parte, como acionista da sociedade em organização, manifestam por escrito a sua vontade de contribuir para o capital social, obrigando-se por determinado número de ações, cuja entrada inicial será paga no ato da subscrição e o restante pela forma e nas épocas determinadas nos esta-tutos".

[7] PONTES DE MIRANDA, F. C. (*127, v. 50 : 139*).

12

Capital Social



12.1Noção

Capital social é a soma da contribuição dos acionistas, o conjunto de valores (dinheiro e bens suscetíveis de avaliação em dinheiro) que constitui o montante inicial da sociedade. Representa a totalidade expressa em dinheiro dos contingentes prometidos ou realizados pelos sócios.[1] Como passivo não exigível, só é devolvido aos acionistas ultimada a liquidação pelo pagamento dos credores, exceto as hipóteses de resgate e reembolso.

Não se deve confundir capital social e patrimônio da companhia.

O *capital social* é estabelecido no estatuto, dividido em ações. Outra coisa é o *patrimônio social*, conjunto de direitos e obrigações da companhia, de índole variável.

Assim, enquanto a estabilidade caracteriza o capital nominal (cifra estatutária), o patrimônio é instável, refletindo o capital real (efetivo). O capital social só coincide com o fundo social quando da constituição da companhia. Contudo, se permanece inalterado, o mesmo não ocorre com o patrimônio, que aumenta ou diminui conforme os resultados obtidos no curso de suas operações e atividades. Se o capital social e o patrimônio líquido podem equivaler-se nos primeiros dias da sociedade, essa situação se modifica logo em seguida, passando a traduzir diversidade de valores, porque o patrimônio conhece as variações derivadas do valor dos bens que o integram e as alterações decorrentes do êxito ou não dos negócios.

O capital representa uma linha ideal delimitando o valor primitivo dos bens trazidos para a formação da sociedade; o patrimônio ou ativo social pode permanecer dentro desse círculo; porém, pode extravazar com o acréscimo de seu volume ou de seu valor, enquanto a circunferência é imutável.[2]

A respeito da distinção ora encetada, Tullio Ascarelli (*9 : v. 1 : 46*) registra, com propriedade, que o capital social é um "índice" do patrimônio líquido social.

> "Interessa aos credores atuais da sociedade, pois que indica-lhes ter, a sociedade, um ativo superior ao seu passivo, podendo, por isso, satisfazer as suas dívidas, mesmo que o valor do ativo venha a diminuir; interessa aos que venham a ser credores da sociedade, indicando-lhes a solvabilidade desta; interessa aos adquirentes de ações, porque constitui um índice do patrimônio líquido social ao qual passam a participar adquirindo as ações."

Acentue-se, ademais, que os credores são garantidos pelo patrimônio da sociedade, ou seja, o complexo de todos os bens do ativo. O capital social, porque valor necessariamente integralizado, é a *mínima* e *última* garantia dos credores da companhia. Quer dizer, qualquer que seja a situação patrimonial, o valor do capital social integralizado deverá existir. É essa função financeira que impõe a estabilidade do capital nominal, como adverte a maioria dos doutrinadores.

Não se confunda, entretanto, *estabilidade* com *imutabilidade*. O capital social deve ser íntegro, mas não imutável. Pode ser reduzido ou aumentado. A própria legislação prevê a existência de aumento autorizado no estatuto, de aumento do capital social decorrente da conversão de debêntures, ou até mesmo a redução do capital em caso de excesso. É de estabilidade ou intangibilidade mitigada que se cuida, não de imutabilidade ou rigidez.

12.2Formação

O diploma regente das companhias não reclama capital mínimo para a adoção do formato acionário de sociedade, mas determina, no art. 5º, que o estatuto declare o valor do capital social, expressando-o em dinheiro nacional.

O capital social tanto poderá ser constituído com contribuições em dinheiro como mediante a transferência de bens móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, suscetíveis de mensuração pecuniária.

No caso do ingresso de bens para a formação do capital social, a avaliação dos referidos bens será feita por peritos ou por empresa especializada, nomeados em Assembleia-Geral dos subscritores. É claro que a escolha dos peritos ou de empresa especializada deve ser feita sob a égide da aptidão técnica e da idoneidade moral.

O laudo de avaliação deverá ser fundamentado. Isso significa que serão apontados os critérios adotados para a avaliação e os elementos de comparação utilizados, tudo coadjuvado pelos documentos relativos aos

bens avaliados. Se necessário, os peritos estarão presentes à Assembleia que conhecer do laudo, prestando as informações necessárias e convenientes para a deliberação assemblear.

Aqui, duas situações podem ocorrer:

- se aceito o valor aprovado pela Assembleia, os bens serão incorporados ao patrimônio da companhia, ou seja, transmitidos a título de propriedade, competindo aos primeiros diretores cumprir as formalidades necessárias à respectiva transmissão; ou
- se não aprovada a avaliação ou se o subscritor não aceitar a avaliação aprovada, ficará sem efeito o projeto de constituição da companhia.

Tenha-se em mente as palavras de Trajano de Miranda Valverde (*158 : 74*), definindo que:

> "a entrada em bens, para a formação de todo ou parte do capital de uma companhia opera, na conformidade dos preceitos reguladores do ato, a transferência de tais bens do patrimônio do subscritor para o da companhia. Quando feita a título de propriedade importa, evidentemente, na transmissão definitiva dos bens do subscritor para a pessoa jurídica – a sociedade anônima".

É importante salientar que o valor conferido aos bens, pelo subscritor, é seu máximo valor de incorporação. Não poderão, portanto, ser transferidos por quantia acima daquela cifra.

Por outro lado, se a avaliação dos louvados for inferior ao valor estimado pelo subscritor e a Assembleia aprovar o laudo, os bens poderão ser incorporados à companhia, se aquele consentir naquele valor menor.

Em qualquer caso, os avaliadores e o subscritor respondem perante a companhia, os acionistas e terceiros, pelos danos culposos ou dolosos que lhes acarretarem na avaliação dos bens, podendo mesmo incorrer em responsabilização criminal.[3]

Ainda em matéria de responsabilidade, não custa realçar duas hipóteses:

- no caso de bens em condomínio, a responsabilidade dos subscritores é solidária; e
- se a entrada consistir em crédito, o subscritor ou acionista responderá pela solvência do devedor.

A respeito dessa última hipótese, intentando obviar a possibilidade de fraude na incorporação de créditos, Rubens Requião (*133, v. 2 : 50*) sugere, com razão, que as ações provenientes de títulos de crédito só devem ser consideradas plenamente integralizadas após o pagamento dos respectivos títulos; antes, a sociedade não poderá emitir os certificados de ações. É que, no caso, a conversão em dinheiro é condicionada ao prazo, e nem sempre

há garantia de que o devedor terá capacidade de solver à época do vencimento.

A expressão *créditos*, contida no parágrafo único do art. 10, engloba tanto créditos pessoais como reais ou títulos de crédito, estando implícita a necessidade de plena prova de sua existência, o que se faz mediante a apresentação do respectivo documento.

Não é demasia ressaltar que a responsabilidade do acionista não se restringe à órbita privada. Se, eventualmente, restarem positivados os elementos constitutivos da definição legal do estelionato (art. 171 do CP) e, é claro, sua concorrência para o delito, poderá arcar com a persecução criminal.

Dispõe, ainda, o art. 10 da LSA que a responsabilidade civil dos subscritores ou acionistas que contribuírem com bens para a formação do capital social será idêntica à do vendedor. Embora a lei não o mencione, também aqui poderá incidir a responsabilidade criminal, conforme o caso.

Resumindo, o subscritor, a exemplo do vendedor no contrato de compra e venda, tem a obrigação de entregar a coisa e assegurar sua posse tranquila à companhia, respondendo por vícios ou defeitos ocultos dos bens transferidos e pela evicção.

12.3Modificação

Formalmente, o capital social é fixo. Sua modificação pode operar-se:

- •por reforma estatutária, via Assembleia-Geral; ou
- •sem reforma dos estatutos, quando estes já trouxerem autorização para aumento, mediante deliberação assemblear ou do Conselho de Administração.

Essencialmente, o capital pode ser aumentado ou reduzido, dependendo do êxito ou insucesso dos negócios. A regra é o aumento; a redução, seja compulsória, seja discricionária, é exceção.

12.3.1Redução de capital

A lei vislumbra as seguintes hipóteses de redução:

- •quando se registrar perda substancial até o montante dos prejuízos acumulados;
- •quando o ca pital for excessivo em relação ao objeto social;
- •obrigatoriamente no reembolso, quando a companhia, em 120 dias, não encontra substituto para o acionista reembolsado;
- •fa cultativamente, no caso de resgate.

Se em funcionamento o Conselho Fiscal, seu parecer é pressuposto necessário para que a proposta de redução do capital social, de iniciativa dos administradores, seja submetida à deliberação da Assembleia-Geral. Ou seja, (1) os administradores propõem a redução, (2) o Conselho Fiscal exara seu parecer e (3) a Assembleia-Geral decide.

Deliberada a redução, ficarão suspensos os direitos correspondentes às ações cujos certificados tenham sido emitidos, até que sejam apresentados à companhia para a necessária substituição.

Ressalvado o disposto nos arts. 45 e 107 (quer dizer, a lei excepciona as hipóteses de reembolso e do acionista remisso), a redução do capital social com restituição aos acionistas de parte do valor das ações, ou pela diminuição do valor destas, quando não integralizadas, à importância das entradas, só se tornará efetiva 60 (sessenta) dias após a publicação da ata da Assembleia-Geral que a tiver deliberado. É prazo *decadencial*, durante o qual os credores quirografários por títulos anteriores à data da publicação da ata poderão, mediante notificação, cientificado o Registro de Empresas da sede da companhia, opor-se à redução do capital.

Se não houver oposição, findo aquele prazo, a ata da Assembleia-Geral que houver deliberado a redução poderá ser arquivada no Registro de Empresas Mercantis. Por outro lado, havendo oposição de algum credor, o arquivamento deverá ser precedido de prova do pagamento daquele crédito ou do depósito judicial do respectivo valor.

Se houver em circulação debêntures emitidas pela companhia, a redução do capital só se efetivará após deliberação assemblear pela maioria dos debenturistas.

12.3.2Aumento de capital

Já o aumento de capital pode ocorrer:

- por deliberação da Assembleia-Geral ou do Conselho de Administração, conforme o que dispuser o estatuto, nos casos de emissão de ações dentro do limite autorizado;
- por deliberação da Assembleia-Geral ordinária, para correção da expressão monetária de seu valor;
- por conversão, em ações, de debêntures ou partes beneficiárias e pelo exercício de direitos conferidos por bônus de subscrição, ou de opção de compra de ações;
- por deliberação da Assembleia-Geral extraordinária convocada para decidir sobre reforma do estatuto social, no caso de inexistir autorização de aumento, ou de estar seu limite esgotado.

No caso da conversão de debêntures em ações, embora a LSA não o diga, o aumento deve ser precedido de deliberação da Assembleia-Geral extraordinária, se inexistir autorização expressa do estatuto para aumento do capital social.

Com respeito aos bônus de subscrição e às opções de compra de ações, vale lembrar que são valores mobiliários de emissão exclusiva por *companhias de capital autorizado.*

O Conselho Fiscal, se em funcionamento, deverá ser, obrigatoriamente, ouvido antes da deliberação sobre o aumento de capital. É a regra. Excepcionalmente dispensa-se o ato, se o aumento de capital resultar:

- de conversão de valores mobiliários;
- do exercício dos direitos conferidos por bônus de subscrição; ou
- de opção de compra de ações.

Nas *sociedades anônimas abertas*, o aumento do capital social será efetivado sem modificação do contingente de ações, com a alteração de seu valor nominal. Trata-se, pois, de aumento meramente nominal e não de valorização, quer dizer, é singela modificação numérica. Objetiva-se com tal regramento prevenir a distribuição excessiva de ações bonificadas,

> "que equivale à subdivisão anual das ações em circulação no mercado, impedindo que as cotações sirvam de referência para medir a evolução do seu valor real, e fomentando, no público investidor, ilusão de ganhos que contribuem para dificultar o funcionamento normal do mercado".[4]

A companhia tem o prazo de 30 dias para promover o arquivamento no Registro de Empresas Mercantis, da ata da Assembleia que promoveu a reforma estatutária para aumento do capital social. Nos demais casos, tem o mesmo prazo para averbar o aumento de capital no mesmo órgão.

Salvo no caso de aumento por conversão de valores mobiliários em ações ou opção de compra de ações, o Conselho Fiscal, se em funcionamento, deve ser obrigatoriamente ouvido antes da deliberação.

12.3.3Capital autorizado[5]

Desde que previsto no estatuto, o capital nominal poderá ser aumentado até determinado limite, sem que se precise promover reforma estatutária. De tal forma que o capital da companhia será o integralizado ou emitido, mas, já se sabe, previamente, que poderá ser aumentado até seu valor final. Em outras palavras, no estatuto já está presente a autorização para aumento de capital sem necessidade de reforma estatutária. É a concordância antecipada de todos os acionistas no aumento de capital.

Esse sistema preserva o estatuto de sucessivas alterações para aumento de capital, ensejando que, por mera deliberação assemblear ou do Conselho de Administração, a companhia promova gradativamente, mediante aumentos periódicos, a realização de seu capital final.

O estatuto pode prever, ainda, que a companhia outorgue opção de compra de ações a seus administradores ou empregados, ou a pessoas naturais que prestem serviços à companhia, ou à sociedade sob seu controle, sempre dentro do limite de capital autorizado e de acordo com plano aprovado pela Assembleia-Geral.

Do capital autorizado trata o art. 168 da LSA, exigindo que a autorização estatutária especifique:

- limite de aumento;
- espécies e classes das ações que poderão ser emitidas;
- o órgão que deve deliberar sobre as emissões;
- as condições a que estão sujeitas as emissões;
- a existência ou não de direito de preferência.

O estatuto da companhia aberta que contiver autorização para aumento do capital pode, ainda, prever a emissão, sem direito de preferência para os antigos acionistas, de ações, debêntures ou partes beneficiárias conversíveis em ações e bônus de subscrição, cuja colocação seja feita mediante venda em Bolsa ou subscrição pública, ou ainda mediante permuta por ações, no caso de oferta pública de aquisição de controle. Trata-se de retribuição compensatória ou estímulo às pessoas que concorrem para o êxito da companhia.

Quais são os órgãos da companhia de capital autorizado aptos a deliberar sobre as emissões de ações?

O art. 168, § 1º, *b*, diz que a autorização deverá especificar o órgão competente para deliberar sobre as emissões, que poderá ser a Assembleia-Geral ou o Conselho de Administração. Coerentemente, o art. 166, inciso II, preceitua que o capital da sociedade pode ser aumentado por deliberação da Assembleia-Geral ou do Conselho de Administração, observado o que dispuser o estatuto. Portanto, este determinará qual dos dois órgãos poderá fazê-lo. Não há nenhum espaço para interpretação suscetível de alcançar outro órgão social, *por exemplo*, a Diretoria.

Enfim, não se exige mais que, nas publicações ou documentos da sociedade de capital autorizado, sejam inseridos os valores do capital subscrito e do autorizado.

12.3.4Aumento por capitalização de lucros ou reservas[6]

O aumento por capitalização de lucros ou de reservas acarretará a alteração do valor nominal das ações ou distribuição das ações novas, correspondentes ao aumento, entre acionistas, na proporção do número de ações que possuírem, exceto na companhia com ações sem valor nominal.

Salvo cláusula em contrário, às ações distribuídas se estenderão o usufruto, o fideicomisso, a inalienabilidade e a incomunicabilidade que porventura gravarem as ações de que elas forem derivadas.

As ações que não puderem ser atribuídas por inteiro a cada acionista serão vendidas em Bolsa, dividindo-se o produto da venda, proporcionalmente, pelos titulares das frações. Antes da venda, a companhia fixará prazo, não inferior a 30 dias, durante o qual os acionistas poderão transferir as frações de ação.

12.3.5Aumento por emissão de novas ações

O aumento mediante subscrição pública ou particular de ações só poderá ocorrer depois de realizados ¾, no mínimo, do capital social. A Assembleia-Geral, quando for de sua competência deliberar sobre o aumento, poderá delegar ao Conselho de Administração a fixação do preço de emissão de ações a serem distribuídas no mercado.

Na fixação do preço de emissão das ações, não poderá haver diluição injustificada da participação dos antigos acionistas, mesmo que tenham direito de preferência para subscrevê-las, tendo em vista:

- a perspectiva de rentabilidade da companhia; e/ou
- o valor de patrimônio líquido da ação; e/ou
- a cotação de suas ações em Bolsa de Valores ou no mercado de balcão organizado, admitido ágio ou deságio em função das condições do mercado.

As entradas e as prestações da realização das ações poderão ser recebidas pela companhia independentemente de depósito bancário.

No aumento de capital observar-se-á:

- se mediante subscrição pública, o disposto no art. 82 para a constituição da companhia; e
- se mediante subscrição particular, o que deliberar a Assembleia-Geral ou o Conselho de Administração, dependendo do que rezar o estatuto.

Três regras devem ser observadas, no caso de aumento realizado por emissão de mais de uma espécie ou classe de ações:

•na mesma proporção do número de ações de todas as espécies e classes existentes, cada acionista exercerá o direito de preferência sobre ações idênticas às de que for possuidor (art. 171, § 1º, *a*);
•se as ações emitidas forem de espécies e classes existentes, mas implicarem na alteração das respectivas proporções no capital social, a preferência será exercida sobre ações de espécies e classes idênticas às de que forem possuidores os acionistas, somente se estendendo às demais se aquelas forem insuficientes para lhes assegurar, no capital aumentado, a mesma proporção que tinham no capital antes do aumento (art. 171, § 1º, *b*);
•se houver emissão de ações de espécie ou classe diversa das existentes, cada acionista exercerá a preferência, na proporção do número de ações que possuir, sobre ações de todas as espécies e classes do aumento (art. 171, § 1º, *c*).

Na *companhia aberta*, o órgão que deliberar sobre a emissão mediante subscrição particular deverá dispor sobre as sobras de valores mobiliários não subscritos, podendo:

•mandar vendê-las em Bolsa, em benefício da companhia; ou
•promover seu rateio, na proporção dos valores subscritos, entre os acionistas que tiverem pedido, no boletim ou lista de subscrição, reserva de sobras, vendendo-se em Bolsa o saldo não rateado.

Na *companhia fechada*, será obrigatório o rateio mencionado. Se houver saldo, poderá ser subscrito por terceiros, conforme o que for determinado pela Assembleia-Geral ou pelos órgãos da administração.

12.4Direito de preferência

Os acionistas terão preferência para a subscrição do aumento de capital, na proporção do número de ações que possuírem, devendo exercê-la, sob pena de decadência no prazo fixado no estatuto ou pela Assembleia-Geral. Esse prazo não poderá ser inferior a (30) dias.

O direito de preferência tem por fito proteger os primitivos acionistas, em face do aumento de capital, permitindo-lhes conservar a mesma proporção de participação no capital da companhia. Como explica João Eunápio Borges (*18 : 412*), se inexistisse o direito de preferência, os novos sócios estariam "adquirindo, pelo valor nominal da ação, um direito sobre um patrimônio possivelmente muito valorizado, em igualdade de condições com os demais acionistas".

No caso de aumento por capitalização de créditos ou subscrição em bens, os acionistas sempre terão garantido o direito de preferência. Se for o

caso, as importâncias por eles pagas serão entregues ao titular do crédito a ser capitalizado ou do bem a ser incorporado.

Os acionistas também terão preferência nas emissões de debêntures conversíveis em ações, dos bônus de subscrição e partes beneficiárias conversíveis em ações emitidas para alienação onerosa; contudo, não na conversão desses títulos em ações, nem na outorga e no exercício de opção de compra de ações.

O acionista que, por qualquer motivo, não quiser exercitar a preferência, po-derá negociar esse direito com outro acionista, ou com terceiro.

O estatuto da companhia, seja ela aberta, seja fechada, pode excluir o direito de preferência para subscrição de ações, nos termos de lei especial sobre incentivos fiscais.

---

[1] CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. (*30, v. 3 : 26*).

[2] PIRES, Gudesteu (*124 : 5*).

[3] Ainda valem os comentários de CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. (*30 : 355*), embora alusivos à legislação pretérita: "Bela disposição, não há dúvida...no papel! As maiores extorsões contra as sociedades anônimas têm sido praticadas de conivência com esses louvados, instrumentos dos interessados. Assembleias incompetentes e compostas de pessoal recrutado pelos fundadores aprovam as avaliações mais escandalosas e imorais".

[4] Exposição de motivos da LSA.

[5] Introduzido no sistema jurídico brasileiro pelo art. 45 da Lei nº 4.728/65.

[6] "À vista dos naturais riscos da atividade comercial e da possibilidade portanto de um exercício feliz ser seguido por outro infeliz, de um período de *boom* ser seguido por um período de crise, bem como à vista de inversões futuras para o desenvolvimento da sociedade, é natural seja uma parte dos lucros de exercício destinada a constituir reserva. Visa-se, assim, prover a eventuais perdas futuras ou à necessidade de futuras inversões, aumentando, para este fim, o patrimônio líquido da sociedade. Constituem, portanto, as reservas, importâncias excluídas da distribuição para o fim de reforçar a estrutura financeira da sociedade, aumentando o patrimônio líquido social" (*8 : 408*).

13

Órgãos Sociais



13.1Órgãos sociais de administração e controle

A estrutura da sociedade anônima congrega, basicamente, três órgãos sociais com funções específicas e poderes determinados:

- Assembleia-Geral (deliberação);
- Diretoria e/ou Conselho de Administração (administração); e
- Conselho Fiscal.

13.2Assembleia-geral

As decisões mais importantes da companhia são tomadas pela Assembleia-Geral, com esteio na vontade da maioria. À minoria, em contraposição, é assegurado o direito de recesso, nas hipóteses definidas em lei.

Tenha-se em mente que Assembleia-Geral é sinônimo de poder. Ao menos, em tese, é o órgão direto de manifestação acionária. Na prática, os controladores e administradores dispõem de instrumentos de manobra que os habilitam a manipular sofisticados esquemas de controle decisório.

A soberania deliberativa da Assembleia-Geral revela-se formalmente como uma reunião dos acionistas, minudentemente regulamentada em lei, com poderes para deliberar e decidir todas as questões pertinentes ao objeto social e, bem assim, adotar as resoluções que julgar adequadas à proteção dos interesses da companhia e de seu desenvolvimento.

Não se entenda entretanto que a Assembleia decide tudo o que se refere à sociedade. Não é bem assim. Em algumas matérias, seus poderes deliberativos e resolutórios são compartilhados ou, até mesmo, deferidos a outros órgãos administrativos. Assim, a Assembleia-Geral, embora seja o

primeiro órgão de deliberação da companhia, não é órgão decisório absoluto.

É bem verdade que a LSA reserva-lhe algumas matérias com exclusividade, disciplinando, no art. 122, sua competência privativa. Certamente, são as decisões nucleares da vida da companhia, como se observa do elenco adiante:

- a reforma do estatuto social;
- a eleição ou destituição dos administradores e fiscais da companhia, salvo quando possua Conselho de Administração;
- apreciação anual das contas e demonstrações financeiras;
- autorização para emissão de debêntures;
- suspensão do exercício de direitos dos acionistas;
- deliberação sobre a avaliação de bens na formação do capital social;
- autorização para emissão de partes beneficiárias;
- deliberação sobre a transformação, fusão, incorporação, cisão, dissolu ção, liquidação;
- autorização aos administradores para confessar a falência ou requerer recuperação ou ratificar a medida adotada pelos administradores em caso de urgência.

13.3Reforma estatutária

Hoje, a reforma estatutária pode ser aprovada pelos controladores da sociedade, sem a exigência de unanimidade. Basta a aprovação por maioria simples.

Se essa é a regra, não se trata de normação absoluta. Há casos em que a reforma carece de anuência mais expressiva. Assim, será necessário *quorum* qualificado[1] para a deliberação (metade, no mínimo, das ações com direito de voto) nos casos de modificação estatutária para:

- criação de ações preferenciais ou aumento de classe existente, sem guardar proporção com as demais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto;
- alterações nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amor tização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de novaclasse mais favorecida;
- criação de partes beneficiárias;
- alteração do dividendo obrigatório;
- mudança do objeto da companhia;
- incorporação da companhia em outra ou fusão;
- cisão da companhia;

•participação em grupo de sociedade;
•dissolução da companhia;
•cessação do estado de liquidação.

Se o acionista minoritário resta impossibilitado de opor-se à reforma estatutária, outorga-se-lhe, conforme o caso, o direito de recesso, como solução compensatória. Em relação a este, não custa repisar que o estatuto social não pode negá-lo, mitigá-lo ou condicioná-lo, nos casos em que a lei o admite.

13.4Competência

Competente para convocar Assembleias-Gerais é o Conselho de Administração; se a companhia não o tiver, caberá aos diretores fazê-lo. Excepcionando a regra, as Assembleias-Gerais também podem ser convocadas:

•pelo Conselho Fiscal, a ordinária, se os órgãos da administração retardarem por mais de um mês essa convocação, e a extraordinária, sempre que ocorrerem motivos graves ou urgentes (art. 163, V);
•por qualquer acionista, quando os administradores retardarem, por mais de 60 dias, a convocação, nos casos previstos em lei ou no estatuto;
•por acionistas que representem 5%, no mínimo, do capital votante, quando os administradores não atenderem ao pedido de convocação fundamentado.

É necessário lembrar que se considera válida a Assembleia-Geral realizada sem convocação regular, desde que todos os acionistas a ela compareçam. Nem teria sentido outro entendimento, já que a convocação é simples meio de cientificar os acionistas. Se todos comparecem...

A companhia fechada que tiver menos de 20 acionistas, com patrimônio líquido inferior a R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), poderá convocar assembleia-geral por anúncio entregue a todos os acionistas, contra recibo, arquivando no registro de empresas cópia autenticada dos recibos de entrega.

As Assembleias-Gerais podem ser ordinárias (AGO) ou extraordinárias (AGE). Resumidamente,*ordinárias* são as que se realizam anualmente, nos quatro primeiros meses seguintes ao término do exercício social, para apreciar matéria determinada na LSA (art. 132 e incisos). *Extraordinárias* são todas as outras assembleias regularmente convocadas para a apreciação de qualquer matéria não reservada, por lei, às Assembleias-Gerais Ordinárias.

Os prazos para convocação da Assembleia-geral são diferentes, conforme se trate de companhia fechada ou aberta.

Na fechada, a primeira convocação deverá observar, pelo menos, 8 (oito) dias de antecedência, com termo *a quo* na publicação do primeiro anúncio; a segunda convocação, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias.

Na aberta, o prazo de antecedência da primeira convocação será de 15 (quinze) dias e o da segunda convocação, de 8 (oito) dias.

13.5Assembleia-Geral Ordinária (AGO)

A AGO é uma reunião compulsória dos acionistas realizada no primeiro quadrimestre seguinte ao término do exercício social, para deliberar sobre os assuntos definidos por lei como de sua competência privativa e indelegável.

Do conceito enunciado retiramos suas características fundamentais:

- •obrigatoriedade;
- •periodicidade;
- •objeto definido em lei.[2]

13.5.1Obrigatoriedade

A lei impõe a realização anual porque, como lembra Sampaio de Lacerda *(80 : 91)*,

> "a companhia tem a obrigação, como qualquer comerciante, de formar anualmente um balanço geral do seu ativo e passivo (art. 10, inciso IV, do CCom.). E, em o formando, deverá dar conhecimento aos acionistas que, reunidos em Assembleia-Geral, aprovarão ou não o que naquele documento se contém".

Assim, todo ano os acionistas devem reunir-se, para deliberar, no mínimo, sobre os resultados do exercício passado (art. 132, II). Pondere-se que, antes de ser um dever legalmente imposto, é interesse dos próprios acionistas, contido em seu direito geral e amplo de fiscalização.

Por outro lado, os administradores (Conselho de Administração ou Diretoria, conforme o caso) não têm disponibilidade das matérias elencadas nos incisos do art. 132. Não podem procrastinar, por exemplo, a aprovação das contas do exercício vencido. Não lhes é facultado esquivar-se à sua apreciação ou sonegá-la do corpo acionário. Se é fato que o elenco de atribuições da AGO não comporta ampliação pelos acionistas, também não admite redução, seja por arbitrariedade, seja por inação. Daí porque é seu

dever convocar a reunião e deliberar. Não há exceção à obrigatoriedade legal da realização anual.[3]

Argumenta-se que, às vezes, as assembleias acabam resumindo-se na reunião de diminuto número de acionistas, transformando o ditame legal em mera assembleia de *faz de conta.* Não procede. Primeiro, porque é dever dos administradores prestar contas, ainda que em face da minoria. Não seja pretexto a abstenção. Depois, porque o fato de a maioria, eventualmente, não exercitar o direito, não significa que não o tem. Aliás, o direito de fiscalizar não traduz obrigação de fiscalizar, bastando a oportunidade e a possibilidade de seu exercício.

Quantas assembleias ordinárias podem ser realizadas durante o mesmo exercício social?

Uma só, é a única resposta ante a dicção legal (LSA, art. 132) incontroversa ao determinar que "anualmente, nos quatro primeiros meses seguintes ao término do exercício social, deverá haver uma assembleia-geral".

Realmente, no exercício social, somente se poderá realizar uma Assembleia-Geral Ordinária. As matérias de sua competência que não foram tratadas nessa AGO realizada deverão aguardar o exercício seguinte. Bem por isso, é prevista a responsabilidade solidária dos administradores por prejuízos decorrentes de sua eventual omissão (art. 158, § 2º). Os administradores têm o dever de diligenciar para que, na AGO, seja cumprida integralmente a determinação do art. 132 da LSA.

13.5.2Periodicidade

Segundo ainda o aludido art. 132, o período para realização da AGO é aquele compreendido pelos quatro primeiros meses seguintes ao término do exercício social.

A AGO eventualmente realizada fora desse prazo é válida?

Sobre essa questão, leia-se Sampaio de Lacerda (*79 : 93*):

> "Não parece ser possível decretar-se a sua invalidade só por esse fato. Se as demonstrações financeiras estavam regularmente elaboradas, se o balanço foi formado no fim do exercício social, por que invalidar uma assembleia em tais condições? É verdade que o prazo de quatro meses fixado na lei parece bastante razoável e, já originário da lei anterior, nunca trouxe problemas – ao que consta decorrentes de seu não cumprimento. Por outro lado, se o exercício social se findar, cabe aos administradores convocar a Assembleia-Geral Ordinária, ou, em caso de atraso por parte deles, ao conselho fiscal, conforme vimos em comentário ao art. 123. Desse modo, conquanto formalmente legalizada a assembleia, salvo

no concernente à data de sua realização porque ultrapassou o prazo de quatro meses fixados na lei, no máximo, se algum prejuízo trouxer, por ele serão responsáveis solidariamente os administradores (art. 158, § 2º) e os membros do conselho fiscal (art. 165, § 2º).”[4]

Convocada no quadrimestre legal ou extraordinariamente, fora do prazo estatutário, a AGO será, para todos os efeitos, ordinária, porque o critério legal distintivo entre assembleia ordinária e extraordinária não é o temporal, mas o de competência, ou seja, o que caracteriza a AGO é a matéria que lhe é reservada e não, simplesmente, o período de sua convocação.[5]

Adite-se que se a administração da companhia não promover a convocação tempestiva da AGO, o Conselho Fiscal (art. 163, inciso V) e até mesmo o acionista (art. 123, parágrafo único, *b*) têm, por lei, legitimidade subsidiária para fazê-lo, importando na responsabilidade solidária dos administradores os prejuízos decorrentes da omissão.

Até 1 (um) mês antes da Assembleia-Geral Ordinária, os administradores devem disponibilizar, para exame dos acionistas, os seguintes documentos:

- relatório da administração do exercício findo;
- cópia das demonstrações financeiras;
- parecer de auditoria independente, se houver;
- parecer do Conselho Fiscal (inclusive votos dissidentes), se houver; e
- outros documentos relativos a assuntos insertos na ordem do dia.

13.5.3Objeto definido em lei

O múltiplo objeto da AGO é definido pelos arts. 131 e 132 da LSA. Sintetizando-o, a Assembleia-Geral Ordinária:

- realizase anualmente;
- toma as contas dos administradores, examina, discute e vota as de monstrações financeiras;
- delibera sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos;
- elege os administradores e os membros do Conselho Fiscal; e
- aprova a correção da expressão monetária do capital.

O *quorum*[6] para a instalação da Assembleia-Geral Ordinária, em primeira convocação, é o de acionistas que representem no mínimo 1/4 do capital social com direito de voto. Em segunda convocação, instala-se com qualquer número.

Para deliberar, basta a maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco. Em caso de empate, que não é frequente, a solução pode residir no estatuto e, na omissão deste, deverá ser dirimido em nova assembleia.

13.6Assembleia-Geral Extraordinária (AGE)

A Assembleia-Geral Extraordinária (AGE) é convocada sempre que necessário. Se tiver por objetivo a reforma dos estatutos, exige-se *quorum* qualificado para sua instalação, ou seja, a presença de acionistas representando 2/3, no mínimo, do capital com direito a voto, mas somente para a primeira convocação, pois, em segunda, instala-se com qualquer número.

A lei exige *quorum* qualificado (mínimo de metade das ações com direito de voto) também para a deliberação concernente às matérias enumeradas pelo art. 136:

- criação de ações preferenciais ou aumento de classe existente sem guardar proporção com as demais, salvo se já previstos ou autorizado, pelo estatuto;
- alterações nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amorti zação de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida;
- criação de partes beneficiárias;
- alteração do dividendo obrigatório;
- mudança do objeto da companhia;
- incorporação da companhia em outra, sua fusão ou cisão;
- dissolução da companhia ou cessação do estado de liquidação; e
- participação em grupo de sociedades.

Os acionistas podem comparecer pessoalmente ou enviar representante, constituído há menos de um ano, que seja acionista, administrador da companhia ou advogado. Tratando-se de companhia aberta, o procurador pode ser também instituição financeira, e em caso de fundo de investimento, a representação caberá aos respectivos administradores.

Em caso de *empate,* se o estatuto não contemplar solução, outra assembleia será convocada, com intervalo mínimo de dois meses, para votar a deliberação. Permanecendo o empate, se os acionistas não acordarem em cometer a decisão a um terceiro, caberá ao Poder Judiciário decidir.

A ata da Assembleia-Geral será arquivada no Registro de Empresas Mercantis e publicada.

A Lei nº 10.303/01 inseriu na LSA o art. 4º – A, pelo qual, na companhia aberta, os titulares de, no mínimo, 10% (dez por cento) das ações em circulação no mercado poderão requerer aos administradores da companhia que convoquem assembleia especial dos acionistas titulares de ações em circulação no mercado, para deliberar sobre a realização de nova avaliação pelo mesmo ou por outro critério, para efeito de determinação do valor de avaliação da companhia.

O requerimento deverá ser apresentado no prazo de 15 (quinze) dias da divulgação do valor da oferta pública, devidamente fundamentado e acompanhado de elementos de convicção que demonstrem a falha ou imprecisão no emprego da metodologia de cálculo ou no critério de avaliação adotado, podendo os acionistas convocar a assembleia quando os administradores não atenderem, no prazo de 8 (oito) dias, ao pedido de convocação.

São ações em circulação no mercado todas as ações do capital da companhia aberta menos as de propriedade do acionista controlador, de diretores, de conselheiros de administração e as em tesouraria.

Os acionistas que requerem a realização de nova avaliação e aqueles que votarem a seu favor deverão ressarcir a companhia pelos custos incorridos, caso o novo valor seja inferior ou igual ao valor inicial da oferta pública.

13.7Conselho de administração

A LSA, ao enunciar que "a administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao Conselho de Administração e à Diretoria, ou somente à Diretoria", e estabelecendo que "o Conselho de Administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores", diz, em síntese, que o Conselho de Administração é órgão permanentemente deliberativo e acidentalmente administrativo.

O estatuto poderá prever:

- *quorum* qualificado para deliberações das matérias que especificar; e
- a participação de representantes dos empregados, eleitos diretamente pelos votos destes em pleito organizado pela empresa, em conjunto com as respectivas entidades sindicais.

O estatuto deverá dispor sobre o número de conselheiros no mínimo, três bem como sobre o processo de escolha e substituição do presidente do Conselho, o modo de substituição dos conselheiros, o prazo de gestão (não

poderá ser superior a três anos, permitida a reeleição), e disciplinar sua convocação, instalação e funcionamento.

É inelegível quem ocupar cargos em sociedade concorrente no mercado ou mantiver interesse conflitante com o da sociedade, ressalvada a excepcional dispensa pela Assembleia-Geral.

O conselheiro residente ou domiciliado no exterior tem sua posse condicionada à constituição de representante residente no Brasil, devidamente munido de poderes para receber citações. O prazo de validade do instrumento procuratório deverá dilatar-se por, pelo menos, 3 (três) anos após o final do prazo de gestão do outorgante.

O Conselho de Administração é, pois, um órgão colegiado com atribuições deliberativas insuscetíveis de delegação. Posiciona-se, objetivamente, entre a Assembleia-Geral e a diretoria, em virtude da duplicidade de suas atribuições, pois atua como representante da sociedade e, ao mesmo tempo, desempenha poderes de gestão.

As companhias fechadas podem ter o Conselho de Administração e a Diretoria, ou apenas a Diretoria. Já as companhias abertas, as de capital autorizado e as de economia mista, devem possuir o Conselho de Administração e a Diretoria.

Para a eleição do Conselho de Administração, faculta-se a adoção do processo de *voto múltiplo*, ainda que não haja previsão estatutária a respeito. É faculdade legal. Consiste em atribuir a cada ação tantos votos quantos sejam os membros do Conselho, permitindo-se ao acionista o direito de optar entre cumular os votos num só candidato ou distribuí-los entre vários. Sua finalidade é a de ensejar a representação da minoria, no Conselho, por meio da eleição de um ou mais membros.

O art. 141, § 4º, da LSA trata da eleição de membros do Conselho de Administração e da utilização do voto múltiplo.

Assim, poderão eleger um membro e seu suplente do Conselho de Administração, em votação em separado, na Assembleia-Geral, excluído o acionista controlador, a maioria dos titulares, respectivamente:

- de ações de emissão de companhia aberta com direito a voto, que representem, pelo menos, 15% (quinze por cento) do total das ações com direito a voto; e
- de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito de emissão de companhia aberta, que representem, no mínimo, 10% (dez por cento) do capital social, que não houverem exercido o direito previsto no estatuto, em conformidade com o art. 18.

Os conselheiros eleitos por essa forma poderão vetar, desde que fundamentadamente, a escolha e destituição de auditor independente.

Pelo § 5º do mesmo dispositivo, se nem os titulares de ações com direito a voto nem os titulares de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito perfizeram, respectivamente, aquele*quorum*, poderão agregar suas ações para elegerem em conjunto um membro e seu suplente para o conselho de administração, observando-se, nessa hipótese, o *quorum* de representação mínima de 10% (dez por cento) do capital social.

O § 6º condiciona o exercício dos aludidos direitos à comprovação, pelos acionistas votantes, de titularidade ininterrupta da participação acionária durante o período de 3 (três) meses, no mínimo, imediatamente anterior à realização da Assembleia-Geral. A companhia deverá manter registro com a identificação dos aludidos acionistas.

Pelo § 7º, sempre que, cumulativamente, a eleição do Conselho de Administração se der pelo sistema do voto múltiplo e os titulares de ações ordinárias ou preferenciais exercerem a prerrogativa de eleger conselheiro, será assegurado a acionista ou grupo de acionistas vinculados por acordo de votos que detenham mais do que 50% (cinquenta por cento) das ações com direito de voto o direito de eleger conselheiros em número igual ao dos eleitos pelos demais acionistas, mais um, independentemente do número de conselheiros que, segundo o estatuto, compuser o órgão.

O elenco de atribuições do Conselho de Administração compreende:

- orientação geral dos negócios da companhia;
- eleição e destituição dos diretores e fixação de suas atribuições;
- fiscalização da gestão da diretoria;
- convocação da Assembleia-Geral;
- deliberação, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição;
- autorização (se o estatuto não dispuser em contrário) para alienação de bens do ativo não circulante, constituição de ônus reais e prestação de garantias a obrigações de terceiros;
- escolha e destituição de eventuais auditores independentes.

Serão arquivadas no Registro de Empresas Mercantis e publicadas as atas de suas reuniões que contiverem deliberação destinada a produzir efeitos perante terceiros.

13.8Diretoria

A Diretoria é órgão, ao mesmo tempo, executivo e representativo, eleito pelo Conselho de Administração ou, se este não existir, pela Assembleia-Geral. Composta por, no mínimo, dois membros não necessariamente

acionistas, destituíveis a qualquer tempo, tem um mandato máximo de três anos.

O estatuto estabelece a composição da Diretoria, mas, em sua omissão sobre quem deve representar a companhia, a incumbência ficará a cargo do Conselho de Administração. Se este não existir, a lei estabelece que competirá a qualquer diretor a representação da companhia e a prática dos atos necessários a seu funcionamento regular (art. 144).

A Diretoria poderá ser eleita ou ser composta por membros do próprio Conselho de Administração, até o máximo de 1/3.

Poderão ser eleitos administradores tanto acionistas como não acionistas, vedada a possibilidade de pessoa jurídica ser investida no cargo, já que a lei se refere à pessoa natural, no art. 146.

No art. 147, § 1º, a lei consigna hipóteses de inelegibilidade para o exercício dos cargos de administração. São inelegíveis as pessoas impedidas por lei especial, as declaradas inabilitadas pela CVM e as condenadas por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato, contra a economia popular, a fé pública ou a propriedade ou a pena criminal que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos.

Intentando prevenir excessos, a lei oferece os parâmetros para a fixação, pela Assembleia-Geral, da remuneração dos conselheiros, mas não estabelece limites quantitativos.

No que concerne à participação nos lucros, determina que os administradores somente terão esse direito:

- no exercício social em que for atribuído aos acio nistas o dividendo obrigatório;
- se o estatuto estabelecer o dividendo obrigatório em 25% ou mais do lucro líquido;
- se essa participação não ultrapassar sua remuneração anual, nem 1/10 dos lucros, prevalecendo o menor valor.

A LSA disciplina os deveres e responsabilidades dos administradores (arts. 153 *usque* 157), bem como a ação de responsabilidade respectiva. Os princípios éticos enumerados nesses dispositivos, se examinados contextualmente, constituem apreciável instrumental para garantia de uma administração proba e voltada para os interesses da companhia, mas é impossível não mencionar que a equivocidade e a excessiva generalidade do texto transformam alguns deveres em mera retórica.[7]

Isento de responsabilidade é o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de Administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata, e por escrito, ao órgão da

Administração, ao Conselho Fiscal, se em funcionamento, ou à Assembleia-Geral.

Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do descumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia (ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles), bem como por não comunicarem à Assembleia-Geral o não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente.

Incumbe à companhia, após deliberação da Assembleia-Geral, promover a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados a seu patrimônio por culpa, dolo ou violação do estatuto ou da lei.

Se a Assembleia-Geral deliberar pelo não aforamento da ação, acionistas representando 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social poderão ajuizála.

Isso não significa a exclusão de outras ações que possam, eventualmente, caber ao acionista ou ao terceiro prejudicado, por ato de administrador, até porque a reparação de danos causados por ato ilícito (doloso ou culposo) é regra básica de responsabilidade prevista no art. 186 do CC de 2002.

Excepcionalmente, o art. 159, § 6º, da Lei das S.A. dispõe que o juiz "poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia".

Pode parecer, à primeira vista, que o legislador criou para o administrador de sociedade anônima uma nova causa excludente de responsabilidade, ao lado do motivo de força maior e do caso fortuito. Não é bem assim. A isenção de quem age com boa-fé é um princípio geral. Tanto faz se está escrito ou não.

13.9Conselho Fiscal

O Conselho Fiscal é o *custos* da regularidade administrativa da sociedade. Existe para fiscalizá-la.

Possivelmente, em razão de seu desprestígio, o legislador, embora imponha sua existência estatutária, torna facultativo seu funcionamento. Explique-se: a lei não o extinguiu, mas deixou a critério da companhia seu funcionamento permanente. O Conselho Fiscal deve existir; a companhia resolverá sobre a necessidade de seu eventual funcionamento. Por isso, se não for permanente, só funcionará a pedido de acionistas que representem,

no mínimo, 1/10 das ações com direito a voto ou 5% das ações sem direito a voto.

O papel nuclear do Conselho Fiscal é o de exercer permanente fiscalização sobre os órgãos de administração da companhia, especificamente em relação às contas, e à legalidade e regularidade dos atos de gestão. Sua atuação é instrumental, já que disponibiliza aos acionistas as informações necessárias para o exercício dos direitos de fiscalizar e votar.[8]

Sobre os limites à atuação do Conselho Fiscal, Nelson Eizirik ensina que:

> "a atuação do Conselho Fiscal, como órgão, e dos conselheiros individualmente considerados, embora ampla, apresenta certos limites, necessários ao desenvolvimento normal dos negócios da companhia. Tais limites referem-se a:
>
> 1. inexistência de relação hierárquica entre o Conselho Fiscal e os membros do Conselho de Administração e diretores;
> 2. obrigatoriedade de ser o cargo de membro do Conselho Fiscal exercido com vista a atender os interesses da companhia, os quais devem prevalecer sobre os interesses dos acionistas que o elegerem;
> 3. inexistência de controles por parte do Conselho Fiscal sobre a conveniência e oportunidade de decisões empresariais adotadas pelos diretores e pelo Conselho de Administração, a não ser no caso de matérias a respeito das quais a lei atribua expressamente ao referido órgão competência para opinar".[9]

A composição do Conselho Fiscal compreende de três a cinco membros, com suplentes em igual número, acionistas ou não, eleitos pela Assembleia-Geral, juntamente com os membros da Diretoria e do Conselho de administração (se houver). É órgão colegiado e decide por maioria.

A função do membro do Conselho Fiscal é indelegável. Poderão ser eleitos os diplomados em curso de nível universitário ou que tenham exercido, por prazo mínimo de três anos, cargo de administrador de empresa ou de conselheiro fiscal. Nas localidades em que não haja pessoas habilitadas, pode o juiz dispensar a companhia daquelas exigências.

Os membros do Conselho Fiscal da companhia aberta têm a obrigação de informar imediatamente as modificações em sua posição acionária na companhia à CVM e às Bolsas de Valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos à negociação.

A lei (art. 162, § 2º) cria uma inexigibilidade necessária, obstando a que os empregados da companhia ou de sociedades controladas ou do mesmo

grupo e o cônjuge ou parente até terceiro grau do administrador da companhia sejam eleitos para o conselho fiscal.

Se ao Conselho Fiscal, como órgão, cabe a atividade de fiscalização e controle da gestão administrativa da sociedade, a cada conselheiro, de per si, deve caber o acesso às informações necessárias a essa função. Porém, *esse poder tem de estar delimitado pelo interesse da fiscalização de gestão do exercício social em desdobramento*, sem remontar a toda a vida pretérita da entidade, alcançando períodos de administração acobertados pela aprovação de Assembleias-gerais anteriores.[10]

Como lembra Nelson Eizirik (*56 : 13*), o art. 163 da LSA estabelece, expressamente, a competência do Conselho Fiscal (não dos conselheiros, individualmente considerados), tanto no*caput* como em seu § 7º, referindo, ademais, a existência de atas de reuniões e pareceres, somente possíveis em órgão colegiado. Além disso, a menção ao registro da dissidência (art. 165, § 2º) pressupõe a deliberação colegiada e a decisão pelo voto da maioria.

O art. 165, § 1º, prevê a responsabilização do conselheiro conivente ou que colaborar com medida ilícita ou danosa aos interesses societários, enquanto o § 2º estipula que a omissão do conselheiro o tornará solidariamente responsável. Claro que o membro dissidente que fizer consignar sua divergência em ata da reunião do órgão e a comunicar aos órgãos da administração e à assembleia-geral não poderá ser responsabilizado, eximindo-se de eventual sanção.

No caso das companhias abertas, as demonstrações financeiras devem obrigatoriamente passar por auditores independentes registrados na CVM.

No tocante à remuneração dos fiscais, atribui-se sua fixação à Assembleia que os eleger. No intuito de fortalecer o órgão, a lei estatui que sua remuneração não poderá ser inferior, para cada membro em exercício, a 1/10 da atribuída a cada diretor, não computada a participação nos lucros.

Os órgãos de administração devem fornecer ao Conselho Fiscal, dentro de 10 dias, cópias das atas de suas reuniões e, dentro de 15 dias de seu recebimento, cópias dos balancetes e demais demonstrações financeiras elaboradas periodicamente e, quando houver, dos relatórios de execução de orçamentos. Em resumo, a administração da companhia disponibiliza as informações sem as quais a fiscalização se torna mera formalidade.

13.10Administradores[11]

É possível localizar duas espécies de administradores na companhia:

- os administradores em sentido estrito, que são os conselheiros e os diretores; e

•os administradores em sentido amplo, compreendendo, além daqueles, os membros de outros órgãos estatutários e os conselheiros fiscais.

Pelo art. 145, a LSA determina que as normas relativas a requisitos, impedimentos, investidura, remuneração, deveres e responsabilidades dos administradores apliquem-se a conselheiros e diretores. O art. 160 estende tais normas aos membros de quaisquer órgãos criados pelo estatuto, com funções técnicas ou destinados a aconselhar os administradores. E o art. 165 atribui aos membros do Conselho Fiscal os mesmos deveres dos administradores, asseverando que também respondem pelos danos decorrentes de omissão no cumprimento de seus deveres e de atos praticados dolosa ou culposamente, ou com violação legal ou estatutária.

13.10.1Deveres

Impõe-se-lhes a observância de deveres impostos por lei, pelos estatutos e por deliberações das Assembleias-Gerais, todas garantidas pela incidência de sanções para seu descumprimento:

•convocar e participar das Assembleias-Gerais (art. 142, IV);
•prestar informações tempestivas aos acionistas antes das Assembleias-Gerais (art. 133 e incisos);
•empregar cuidado e diligência no exercício funcional (art. 153);
•assegurar o funcionamento regular da sociedade;
•absterse de atos dolosos, culposos ou com desvio de poder;
•fiscalizar os demais administradores e comunicar aos órgãos competentes as irregularidades de que tenha conhecimento (art. 158, § 4º);
•declarar, na posse, os valores mobiliários da sociedade de que é titular (art. 157);
•prestar todas as informações legalmente exigíveis (art. 157, §§ 1º e 2º);
•zelar pelo cumprimento da lei, do estatuto e das decisões que afetam interesses da companhia.

13.10.2Proibições

Como corolário daquelas imposições, os administradores *lato sensu* ficam sujeitos a diversas proibições, destacando-se, porque mais importantes, as seguintes:

•praticar atos de liberalidade às expensas da sociedade (art. 154, § 2º, *a*);

•emprestar, usar para si ou para outrem, bens, serviços ou créditos da companhia, salvo se autorizado (art. 154, § 2º, *b*);
•auferir vantagem de terceiro ou oportunidades negociais em razão do exercício do cargo (art. 154, § 2º, *c*);
•negligenciar na defesa dos interesses sociais (art. 155, II);
•quebrar sigilo a que está sujeito (art. 155, § 1º);
•obter vantagem, no mercado mobiliário, mediante o uso de informações privilegiadas (art. 155, § 1º);
•participar de operação social na defesa de interesse conflitante com os da companhia (art. 156).[12]

13.10.3Responsabilidade

Assunto de visceral importância é o relativo à responsabilidade dos administradores perante terceiros e perante a própria companhia.

Regra geral, os administradores não são pessoalmente responsáveis pelas obrigações que assumirem em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão, mas respondem:

•*individualmente*, pelos prejuízos que causarem, singularmente, no exercício de suas atribuições ou poderes, quando agirem com dolo, culpa ou violação da lei ou dos estatutos;
•*solidariamente*, pelos prejuízos que causarem, ao inobservar suas obrigações legais, ainda que, pelas regras estatutárias, referidos deveres não sejam impostos a todos os administradores;
•*solidária e subsidiariamente*, quando, tomando conhecimento das irregularidades cometidas por seus predecessores, com prejuízo à companhia, delas não derem ciência à Assembleia-Geral.

Na prática, todas essas espécies de responsabilidade são ratificadas pela Assembleia-Geral. Contudo, mesmo assim, se os administradores infrigiram a lei e o estatuto, os acionistas podem anular, judicialmente, a deliberação colegiada. A decisão da assembleia-geral não exime os administradores de sua responsabilidade legal e estatuária.

No caso das instituições financeiras, é bom atentar para o disposto nos arts. 39 e 40 da Lei nº 6.024/74:

•os administradores e membros do Conselho Fiscal responderão, a qualquer tempo, salvo prescrição extintiva, por seus atos e omissões;
•os administradores respondem solidariamente pelos prejuízos causados nas obrigações assumidas pela instituição financeira durante sua gestão, até que aquelas se cumpram.

Haveria, no caso, responsabilidade objetiva dos administradores de instituição financeira, ou seja, responderiam independentemente de dolo ou culpa?

Sem embargo das poderosas vozes em contrário, parece-nos que sim.

O dever da boa administração é imposição decorrente da natureza do bem protegido, isto é, o crédito público. Não se trata de mera gestão de interesses e valores privados, mas de interesses, no mínimo, difusos, que dependem de especial resguardo, sob pena de serem relegados ao completo relento. A atribuição da responsabilidade objetiva ao administrador desidioso ou, o que é pior, que manipula canhestramente recursos de vastos contingentes de investidores, às vezes pequenos investidores, é plenamente compatível com a segurança e a liquidez que devem caracterizar as instituições financeiras, pena de inexorável descrédito.

Nesse sentido, fazemos coro ao magistério de Ricardo Negrão (*114 : 323*), que tomamos a liberdade de reproduzir:

> "Entendemos que o caráter objetivo da responsabilidade decorre da necessária proteção que se deve dar ao crédito público, formado por investidores e correntistas que, aplicando seus recursos junto ao sistema de crédito, procuram a segurança – liquidez e solvência – que não teriam ao manter sob sua própria guarda os recursos financeiros que levam ao sistema financeiro.
>
> O vultoso volume de recursos alheios que se soma sob a égide dessa garantia é a base do desenvolvimento de todo o sistema financeiro, daí advindo aos administradores dessas instituições recursos – alheios – para aplicação em projetos que beneficiem a empresa que administram, o investidor e, de forma direta, suas elevadas remunerações por este serviço."

Nos termos da Lei nº 9.447/97, a responsabilidade solidária dos controladores de instituições financeiras estabelecida no art. 15 do Decreto-Lei nº 2.321/87 aplica-se, também, aos regimes de intervenção e liquidação extrajudicial de que trata a Lei nº 6.024/74.

O disposto naqueles diplomas, sobre a indisponibilidade de bens, aplica-se, também, aos bens das pessoas, naturais ou jurídicas, que detenham o controle, direto ou indireto, das instituições submetidas aos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária.

Entretanto, com o fito de assegurar a normalidade da atividade econômica e os interesses dos credores, o Banco Central do Brasil, por decisão de sua diretoria, poderá excluir da indisponibilidade os bens das pessoas jurídicas controladoras das instituições financeiras submetidas aos regimes especiais, além dos legalmente inalienáveis ou impenhoráveis.

A indisponibilidade não impede a alienação de controle, cisão, fusão ou incorporação da instituição submetida aos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária.

O inquérito previsto na Lei nº 6.024/74 compreende também a apuração dos atos praticados ou das omissões atribuídas a pessoas naturais ou jurídicas prestadoras de serviços de auditoria independente às instituições submetidas aos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária.

É facultado ao Banco Central do Brasil, visando assegurar a normalidade da economia pública e resguardar os interesses dos depositantes, investidores e demais credores, sem prejuízo da posterior adoção dos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária, determinar as seguintes medidas:

- capitalização da sociedade, com o aporte de recursos necessários a seu soerguimento, em montante por ele fixado;
- transferência do controle acionário;
- reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão.

O encerramento, por qualquer forma, dos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária não prejudicará:

- o prosseguimento da persecução destinada a apurar as responsabilidades dos controladores, administradores, membros dos conselhos da instituição e das pessoas naturais ou jurídicas prestadoras de serviços de auditoria independente às instituições financeiras;
- a legitimidade do Ministério Público para prosseguir ou propor as ações previstas nos arts. 45 e 46 da Lei nº 6.024/74;

Uma vez instaurado processo administrativo contra instituição financeira, seus administradores, membros de seus conselhos, a empresa de auditoria contábil ou auditor contábil independente, o Banco Central do Brasil, por decisão da diretoria, considerando a relevância da irregularidade, poderá, cautelarmente:

- determinar o afastamento dos indiciados da administração dos negócios da instituição, enquanto perdurar a apuração de suas responsabilidades;
- impedir que os indiciados assumam quaisquer cargos de direção ou administração de instituições financeiras ou atuem como mandatários ou prepostos de diretores ou administradores;
- impor restrições às atividades da instituição financeira;

•determinar à instituição financeira a substituição da empresa de auditoria contábil ou do auditor contábil independente.

13.11Acionista controlador

Controlador é o que controla. Controlar é ter disponibilidade sobre os bens de outrem; não significa, necessariamente, ser dono. Controlar uma companhia é exercer o *jus abutendi* sobre seus bens, orientando-lhe a atividade econômica. É o sentido do vocábulo *controlador*, na LSA.

Cite-se a precisa lição de Orlando Gomes.

> "O que distingue, porém, o controlador do proprietário é que este tem o direito de dispor dos bens próprios, enquanto aquele pode dispor praticamente de bens alheios, pouco importando – como se discute – se os bens sociais são da pessoa jurídica ou dos acionistas. Em qualquer hipótese, quem cede o controle de uma sociedade anônima não está a vender bens próprios.
>
> Nesta linha de pensamento, controle vem a ser juridicamente, como o definiu Champaud, o direito de dispor dos bens alheios como um proprietário. Esse direito pressupõe, obviamente, o mecanismo da sociedade anônima. Tem ele, no seu conteúdo, as virtualidades da propriedade, assegurando ao titular a mesma ascendência pessoal do proprietário.
>
> Lógico é, portanto, que a gestão dos bens sociais, vale dizer, o governo da empresa, fique na dependência da vontade dos detentores do controle acionário da sociedade. São eles próprios que se elegem administradores ou escolhem que lhes convenha para o exercício da função."[13]

Há duas espécies de controle: o interno e o externo. O primeiro, exercido pelo detentor de ações que tem a maioria nas decisões (não necessariamente o titular da maioria do capital social). O externo pode ser legal (por exemplo, o exercido pela CVM) ou não (por exemplo, o exercício de um poder contratual), não exigindo seja o controlador diretor ou sequer acionista.[14]

A LSA (art. 116), tratando do controle interno, conceitua o controlador como a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

- é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da Assembleia-Geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
- usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Sob o aspecto da titularidade do controle, a LSA o atribui, singularmente, à pessoa física ou jurídica, ou ainda ao grupo arrimado em acordo de voto ou controle comum, não prevendo a hipótese do vínculo informal entre os acionistas (pessoas física ou jurídicas).[15]

O acionista controlador da companhia aberta e os acionistas, ou grupo de acionistas, que elegerem membro do Conselho de Administração ou membro do Conselho Fiscal, deverão informar imediatamente as modificações em sua posição acionária na companhia à CVM e às Bolsas de Valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos à negociação.

O art. 117 da LSA estabelece a responsabilidade objetiva do acionista controlador por abuso de poder causador de danos à companhia, exemplificando com os seguintes atos abusivos:

- tenham fim estranho ao objeto social;
- impliquem no favorecimento de outra sociedade;
- induzam o administrador à ilegalidade;
- signifiquem contratação privilegiada com a companhia;
- aprovem ou façam aprovar contas irregulares;
- deixem de apurar denúncia sobre irregularidades;
- decidam contra o interesse social.

No caso de companhia com participação de dinheiro público, os atos aludidos podem caracterizar atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), seja por gerarem enriquecimento ilícito, seja por importarem em lesão ao erário, sujeitando seus autores à suspensão dos direitos políticos, multa civil, ressarcimento de dano, se houver, perdimento de bens e proibição de contratar com a Administração Pública.

Com efeito, constituem atos de improbidade administrativa os praticados contra o patrimônio de empresa incorporada ao patrimônio público, contra entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual (art. 1º, *caput*) e entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% (parágrafo único do art. 1º). Na segunda hipótese, a lei limita "a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos", isto é, o ressarcimento do dano causado será limitado à repercussão da improbidade sobre aquilo que o erário contribuiu, o que equivale dizer, não será integral.

13.12Acordo de acionistas

A LSA estatui, no art. 118, que "os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, ou exercício do direito de voto, deverão ser observados pela Companhia quando arquivados na sua sede".

Debate-se sobre a fonte estrangeira do acordo de acionistas, ora derivada do *voting trust* (para Rubens Requião), ora inspirada no *pooling agreement* (para Fran Martins). Ambas as diretrizes apontadas têm em comum que o acordo entre acionistas é um contrato *plurilateral e parassocial*, como bem o identifica Fábio Konder Comparato.

A plurilateralidade, aqui, com certeza, não quer dizer que os subscritores do acordo são em número superior a dois, mas, significa a existência de um contrato de colaboração, com interesses idênticos e direitos e obrigações que incumbem a todos, aberto ao acesso de outros eventuais intervenientes.

Mais. O acordo de acionistas é um contrato *parassocial* subordinado aos princípios do Direito Civil, porque, como quer Fábio Konder Comparato (*44 : 179*), ao cuidar das convenções de voto, em acordos de acionistas, estas

> "não podem ser tratadas como um negócio jurídico *sui generis*, mas devem submeter-se às normas comuns de validade de todo o negócio jurídico privado, em particular no que se refere à causa, enquanto elemento objetivo e aos motivos dos convenientes".

Consoante Egberto Lacerda Teixeira e Tavares Guerreiro (*152 : 305*),

> "os acordos de acionistas geram direitos e obrigações reguladas, substancialmente, pelo direito comum, e não pelo direito das sociedades, muito embora seus efeitos jurídicos digam respeito à participação acionária em determinada companhia, em seus vários possíveis desdobramentos".

Estabelece o art. 118, § 1º, que as obrigações ou ônus decorrentes do acordo de acionistas só poderão ser opostos a terceiros uma vez devidamente averbados nos livros de registro e nos certificados de ações, se emitidos. Por que a averbação? A averbação tem por meta tornar público o acordo para terceiros estranhos à sociedade, é claro, posto que, em relação a esta, o acordo já é público, uma vez que seu instrumento foi arquivado em sua sede. Quer dizer, o arquivamento dos instrumentos do acordo na sede da companhia constitui a forma de publicidade, o meio de cientificação que o torna eficaz em relação a ela.

A Lei nº 10.303/01 acrescentou ao art. 118 da LSA algumas normas reguladoras do acordo de acionistas. Assim,

•o acordo de acionistas com prazo fixado em função de termo ou condição resolutiva só pode ser denunciado segundo suas estipulações;
•o presidente da AssembleiaGeral ou do órgão colegiado deliberativo da companhia não computará o voto proferido com infração de acordo de acionistas regularmente arquivado;
•os acionistas vinculados a acordo de acionistas indicarão, no ato de arquivamento, um representante para comunicações e informações com a companhia; e
•a companhia poderá solicitar aos membros do acordo de acionista esclarecimentos sobre suas cláusulas.

---

[1] O procedimento é o do art. 135 e ss da Lei nº 6.404/76.

[2] Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro *(152, v. 1 : 407)* falam em "obrigatoriedade legal", "periodicidade certa" e "objeto determinado", respectivamente.

[3] CARVALHOSA, Modesto *(33 : 258).*

[4] VALVERDE, Trajano de Miranda *(158, v. 1 : 129).*

[5] Cf. CARVALHOSA, Modesto *(33 : 260)*, que assim se expressa: "Portanto, a convocação dentro dos quatro meses seguintes ao encerramento do exercício não se refere à qualificação da assembleia nem à sua validade, mas apenas à responsabilidade dos administradores. Assim, as assembleias ordinárias caracterizam-se tanto pela periodicidade como pela competência e não perdem o seu caráter ordinário, mesmo quando realizadas fora do prazo. Entender contrariamente significaria admitir o absurdo de que uma assembleia ordinária pudesse adquirir, em segunda convocação, a qualidade de extraordinária".

[6] "Sem *quorum* não há assembleia. A que sem ele se constitua será mero agrupamento de acionistas, sem nenhuma expressão jurídica e cujas deliberações nenhuma significação terão em relação à sociedade" (*RT* 675/91).

[7] São sempre oportunas as observações de FERREIRA, Waldemar Martins *(66, v. 5 : 60)* alertando que "as administrações constituem recintos sagrados e intransponíveis, mesmo aos acionistas mais solertes e desconfiados", e concluindo que "a luta contra as diretorias desonestas é inglória".

[8] "O Conselho Fiscal de sociedade anônima é órgão de controle, fiscalização e também de informação cuja atividade não se esgota na mera revisão de contas, vindo a atingir a própria fiscalização da gestão administrativa. A legislação confere ao membro do Conselho o poder de pedir ao órgão – e este, não poderá recusar, conforme opinião generalizada da doutrina nacional – que solicite à administração esclarecimentos e informações, assim como a elaboração de demonstrações financeiras e contábeis" (*RT* 670/77).

[9] *RDM* 84/18.

[10] *RT* 605/58.

[11] CARVALHO DE MENDONÇA *(30, v. 3 : 87)*, citando Saleilles, observa que os administradores são órgãos da sociedade, e não meros representantes. "O representante substitui a sua personalidade jurídica por outra personalidade. O papel dos administradores de uma coletividade é diverso. Eles trazem do interior e manifestam exteriormente essa vontade coletiva e, ao mesmo tempo, una, que se encontra na base da personalidade civil; servem de intermediários; são os órgãos. A vontade dos administradores, quando se produz na esfera de sua ação social, não é a vontade individual substituindo a de outrem, de modo a se poder distinguir duas personalidades diferentes; é a própria vontade do corpo social expressa pela sua personalidade."

[12] Vale, aqui, o comentário de Orlando Carlos Gandolfo: "Bem de ver, portanto, se as relações de negócios positivarem os mesmos interesses, traduzirem interesses convergentes e não opostos, especialmente se prevalecer o interesse da companhia, pode o diretor intervir na operação, inclusive participar da deliberação, posto que, então, deixará de existir qualquer impedimento legal. (...) A existência ou não de interesses contrários ou opostos, é portanto uma questão de fato, a ser apreciada e julgada em cada caso, constituindo o objetivo da lei, evitar que o diretor interessado na operação abuse de suas funções para auferir vantagens ou lucros à custa da sociedade, inclusive por via indireta, como, por exemplo, quando a operação é celebrada com sociedade da qual o diretor é sócio ou acionista" (*RT* 432/56).

[13] *RT* 429/15.

[14] COSTA, Carlos Celso Orcesi da *(47 : 70)*, em síntese, define o controle externo como o direito de pretender o cumprimento de uma dívida, ou a transformação de direito de crédito em controle interno, decorrente de um poder contratual de ação, dividindo-o em controle tecnológico, controle comercial e controle financeiro.

[15] Omissão que mereceu a fundada crítica de TEIXEIRA, Egberto Lacerda, e GUERREIRO, José Alexandre Tavares *(152 : 702).*

14

Acionista



14.1Direitos e deveres do acionista

Como já visto, o *status* de acionista envolve um regime jurídico que não permite identificá-lo com a figura do singelo investidor. O acionista não é só um apostador. Na condição de sócio da companhia, observa um sistema jurídico próprio de direitos e deveres estabelecido, desde logo, pela LSA, complementado pelas normas estatutárias e pela vontade da maioria expressa na Assembleia-Geral.

Se, explicitamente, a LSA só impõe-lhe a integralização do valor de suas ações, sua participação não se restringe aos estreitos limites do dever de prestação. Ao menos, teoricamente, o acionista é mais que mero aplicador de recursos ou credor da sociedade. É coproprietário e, eventualmente, pode ser administrador ou fiscal da companhia. Daí, e não apenas da condição de capitalista, resultam diversos direitos.

A doutrina costuma estabelecer distinção entre os *direitos coletivos* e os *direitos individuais essenciais* do acionista.

Os primeiros, porque sociais, estão diretamente vinculados à vida dinâmica da sociedade, amarrados à própria coletividade acionária, sujeitos sempre às deliberações da maioria societária. Portanto, são suscetíveis de derrogação.

Já os direitos individuais do acionista, adquiridos com a aquisição da condição de sócio, são insuscetíveis de supressão, seja pela maioria, seja pelo estatuto. São direitos intangíveis *ex-vi legis.*

O art. 109 da LSA diz quais são os referidos direitos essenciais:

- participação nos resultados sociais;
- fiscalização da administração da companhia;
- preferência na subscrição de ações e de valores mobiliários conversíveis em ações;

•retirada (recesso), quando dissidente de determinadas deliberações da Assembleia-Geral, recebendo o reembolso do valor patrimonial de suas ações.

Entende-se como direito aos resultados sociais tanto o direito de auferir dividendo (parcela nos lucros sociais) como o de participar do acervo remanescente da companhia, em caso de liquidação. Significa dizer, direito aos resultados imediatos e aos resultados remotos.

A fiscalização da administração social não é monopólio do Conselho Fiscal. Certamente, o direito de fiscalizar deve ser compreendido com amplitude maior: não apenas o de integrar o colegiado fiscal, mas também o de ser previamente informado sobre o andamento dos negócios sociais, antes de assembleias, bem como o de instar os administradores à prestação de esclarecimentos, o de convocar excepcionalmente a Assembleia-Geral, o de acionar diretores por prejuízos gerais ou individuais e, até mesmo, o de requerer a liquidação judicial da sociedade.

Quanto à preferência para subscrição de valores mobiliários em caso de aumento de capital, o acionista tem o direito de impedir que o valor de suas ações seja diluído[1] pelo ingresso de novos acionistas, para não perder a posição que, anteriormente, desfrutava em relação ao patrimônio da sociedade. Exemplo é o do art. 57, § 1º, ao dispor que os acionistas terão direito de preferência para subscrever a emissão de debêntures com cláusula de conversibilidade em ações.

14.1.1Direito de recesso

Por que tem o acionista o direito de retirada?

Importante direito para impedir a opressão da minoria acionária pela maioria ou pelo acionista controlador é o de *recesso2* (retirada), inscrito entre as prerrogativas fundamentais, e por isso intangíveis, do acionista. Portanto, seu fundamento, nas companhias, é a proteção aos direitos da minoria.

O direito de retirada deve estar, expressa e necessariamente, previsto na lei. Não é qualquer discordância, qualquer matéria sujeita a deliberação da assembleia que enseja ao acionista dissidente seu exercício.

A Lei nº 13.129/15 acrescentou o art. 136-A ao texto da LSA, garantindo ao acionista dissidente da aprovação de inserção da convenção de arbitragem no estatuto social o direito de retirada mediante o reembolso do valor de suas ações.

Para autorizar o exercício do direito de recesso, deve a Assembleia-Geral deliberar sobre uma das matérias que permitem a retirada. Essas

matérias são as previstas na lei, que o faz de forma exaustiva. Em conse quência, não se admite exista direito de recesso em hipóteses análogas às previstas na lei, não se permitindo ao estatuto aditar outras hipóteses.

Em percuciente trabalho, Rubens Approbato Machado (*92 : 46*) cataloga na LSA as seguintes hipóteses expressas do direito de recesso:

- •criação de ações preferenciais ou aumento de classe existente sem guardar proporção com as demais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto (arts. 136, I, e 137);
- •alterações nas preferências, van tagens e condições de resgate ou amor tização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova clas se mais favorecida (arts. 136, II, e 137);
- •redução de dividendo obrigató rio (arts. 136, III, e 137);
- •mudança do objeto da compa nhia (arts. 136, VI, e 137);
- •dissolução da companhia ou ces sação do estado de liquidação (arts. 136, VII, e 137);
- •transformação da sociedade (art. 221);
- •incorporação, fusão ou cisão (arts. 225, IV, e 230);
- •redução do capital (art. 174);
- •sociedade de economia mista, de sapropriação (art. 236);
- •subsidiária integral (art. 252, § 1º);
- •compra de companhia aberta (art. 256, § 2º);
- •incorporação de companhia con trolada (art. 264, § 3º);
- •participação de companhia em grupo de sociedade (art. 270, parágrafo único);
- •fixação de dividendo em condições que não sa tisfaçam aos requisitos do § 1º do art. 202 (art. 296, § 4º – disposições tran sitórias);
- •transformação em sociedade por quotas (art. 298, III, disposições transitórias).

Também, no caso de cisão da companhia, incidirá o direito de retirada se a cisão implicar mudança de objeto social para outro descoincidente com o da cindida, redução do dividendo obrigatório ou participação em grupo de sociedades.

Nos casos de fusão da companhia, sua incorporação em outra e, ainda, de participação em grupo de sociedades, o titular de ação de espécie ou classe que tenha liquidez e dispersão no mercado não terá direito de recesso.

14.1.2Deveres

E no que se relaciona aos deveres?

Já que se trata de uma sociedade de capital, o primeiro e mais importante dever do acionista é, não é demasia repetir, o de integralizar o valor de emissão das ações que subscrever.

E se não o fizer no prazo?

Nessa eventualidade, estará automaticamente constituído em mora, independentemente de qualquer outro ato. Tornando-se *acionista remisso*, deverá pagar o principal de seu débito com os acréscimos (juros, correção monetária e eventual multa) previstos no estatuto, sob pena de arcar com execução judicial ou de ter suas ações vendidas em leilão na Bolsa, ou, ainda, de serem aquelas declaradas caducas. Nesta última hipótese, perderá a entrada paga no ato de subscrição.

14.2Direito de voto

O direito de voto não é um direito essencial. Nem todas as ações o possuem. Realmente, o direito de votar nas assembleias pode ser limitado pelo estatuto. Por exemplo, as ações preferenciais podem ter aquele direito restrito e, em algumas situações, até suprimido (art. 111).

O art. 110 permite que, no estatuto, seja limitado o número de votos de cada acionista e proíbe o voto plural em qualquer classe de ações, dispondo que a cada ação ordinária corresponde um voto nas deliberações da Assembleia-Geral.

As ações preferenciais adquirirão o exercício do direito de voto se a companhia, pelo prazo previsto no estatuto, não superior a três exercícios consecutivos, deixar de pagar os dividendos fixos ou mínimos a que fizer jus, direito que con-servará até o pagamento, se tais dividendos não forem cumulativos, ou até que sejam pagos os cumulativos em atraso.

O penhor da ação, diz o art. 113, não impede o acionista de exercer o direito de voto, se o contrato não vincular o exercício desse direito ao consentimento do credor pignoratício.

Já o credor garantido por alienação fiduciária da ação não poderá exercer o direito de voto; o devedor somente poderá exercêlo nos termos do respectivo contrato.

O direito de voto do titular de ação gravada com usufruto somente poderá ser exercido mediante prévio acordo entre o proprietário e o usufrutuário, salvo se for regulado no ato de constituição do gravame.

A lei considera, ainda, as hipóteses de voto abusivo e voto conflitante, sempre tendo como parâmetro o dano causado.

Desde que gere danos, considera-se *abusivo* o voto, mesmo que não tenha prevalecido, se exercido:

- com o fim de causar dano à companhia;
- com o fim de causar dano a outros acionistas; ou
- para obter, para si ou para outrem, vantagem indevida; e
- de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia; ou
- de que resulte ou possa resultar prejuízo para outros acionistas.

É anulável a deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia. Se houve dano, o acionista res-ponderá e, ainda, será obrigado a transferir para a companhia as eventuais vantagens que tiver desfrutado em razão da deliberação.

14.3Suspensão de direitos

Uma palavra sobre a suspensão de direitos. O art. 120 contempla a possibilidade de suspensão provisória de direitos do acionista que deixar de cumprir obrigação imposta por lei ou pelo estatuto. Referida sanção deverá ser declarada expressamente pela Assembleia-Geral, a quem compete especificar o direito suspenso.

A possibilidade de suspensão dos direitos do acionista, em determinadas contingências, serve como demonstração palpável de sua condição especial e milita no sentido de refutar a concepção leiga que vê no acionista mero especulador.

Quaisquer direitos do acionista podem ser suspensos?

Sim, o que não significa que o acionista deles será privado. A lei prevê, apenas, a suspensão (que supõe provisoriedade) do exercício, como medida coercitiva para compelir o acionista ao cumprimento do que lhe compete. O exercício dos direitos de acionista é diretamente proporcional ao cumprimento dos deveres que a lei e o estatuto lhe atribuem.

O prazo prescricional para a ação do acionista contra a companhia, qualquer que seja seu fundamento, é de 3 (três) anos.

---

[1] *Aguado* é a expressão encontradiça na doutrina.

[2] Consoante WALD, Arnold (*165 : 30*), o direito de recesso (*right to disente, right to appraisal, alternative remedy to winding up in cases of oppresion*) surgiu no Código Comercial Italiano de 1882, foi adotado nos Estados Unidos, na Inglaterra, na Itália e na Espanha, mas não na França nem na Alemanha.

15

Modalidades Especiais de Companhia



15.1Noção

Há companhias que, por traduzirem situações específicas que as distinguem das sociedades anônimas comuns, recebem tratamento diferenciado na LSA. Por outro lado, há agrupamentos societários com perfil próprio e concentrações diversificadas de empresas que implicam complexas relações contratuais, com reflexos indiscutíveis em relação ao mercado de capitais e no tocante aos direitos dos acionistas das diversas sociedades envolvidas. Daí porque englobamos tais fenômenos societários neste segmento, pretendendo sintetizar suas principais características, sob a epígrafe*modalidades especiais de companhia.* São elas:

- •sociedade de economia mista;
- •grupos intersocietários (coligação);
- •grupos societários (controle);
- •subsidiária integral;
- •grupos de sociedades;
- •consórcio de sociedades;
- •transformação; e
- •concentração e desconcentração.

15.1.1Sociedade de economia mista

Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei, sob a forma de sociedade anônima, para a exploração da atividade econômica ou serviço de interesse coletivo, sob controle majoritário da Administração Pública direta ou indireta. Envolve a participação conjugada do poder público e de particulares na constituição de seu capital social e em sua administração.

O art. 236, ao estabelecer que a constituição de companhia de economia mista depende de prévia autorização legislativa, está repetindo a norma constitucional do art. 37, inciso XIX, no qual se lê que só por lei específica poderá ser criada.

Quanto ao controle, sempre que pessoa jurídica de direito público adquirir, por desapropriação, o controle de companhia em funcionamento, os acionistas terão direito de pedir o reembolso de suas ações. Não incide a faculdade se a companhia já se achava sob o controle, direto ou indireto, de outra pessoa jurídica de direito público, ou no caso de concessionária de serviço público. O prazo para o exercício do direito ao reembolso é de 60 dias, contados da data em que for publicada a primeira ata da Assembleia-Geral realizada após a aquisição do controle.

Por sua característica híbrida, envolvendo capital público, a companhia de economia mista tem seu objeto social restrito à exploração dos empreendimentos e atividades previstos na lei que autorizou sua constituição. Portanto, o objeto social da sociedade mista vem fixado em sua lei de criação. Por isso, só poderá participar de outras sociedades se tiver autorização legal ou no exercício de opção legal para aplicar Imposto de Renda em investimentos para o desenvolvimento regional ou setorial. Se se tratar de instituição financeira, nada impede que participe de outras sociedades, desde que observada a normação fixada pelo Banco Central do Brasil.

Quanto ao acionista controlador, o art. 238 lhe atribui, além dos mesmos deveres inerentes ao controlador da sociedade anônima comum, o de orientar as atividades sociais tendo em mira o atendimento do interesse público que motivou sua criação.

Relativamente aos órgãos sociais, a sociedade mista observa regime idêntico ao das companhias abertas, mantendo obrigatoriamente o Conselho de Administração, tendo um de seus membros eleito pela minoria acionária, ou até mais, dependendo do processo de voto múltiplo. O funcionamento do Conselho Fiscal é permanente, sendo um de seus membros e respectivo suplente eleito pelas ações ordinárias minoritárias e outro pelas ações preferenciais, se houver.

Por força do art. 173, § 1º, da CF, a sociedade mista deve observar o regime jurídico próprio das empresas privadas, embora tenha suas ações com direito a voto pertencentes majoritariamente ao Estado ou à entidade da administração indireta.

15.1.2Grupos intersocietários

Intentando estabelecer normas específicas, que permitam assegurar no âmbito dos agrupamentos societários os direitos das minorias, as responsabilidades de seus administradores e as garantias de terceiros, a LSA disciplina as sociedades coligadas e os grupos de sociedades, tecendo expressa distinção entre as duas espécies de relacionamentos:

- (grupos intersocietários) sociedades coligadas, controladoras e controladas, que mantêm entre si relações societárias, como sociedades isoladas, sem organização conjunta; e
- (grupos societários) sociedades controladoras e controladas que, mediante convenção arquivada no Registro de Empresas Mercantis, constituem grupos de sociedades, com regramento próprio.

Começando pelos grupos inter societários, a LSA (art. 243, § 1º) declara *coligadas* as sociedades quando a investidora tem influência significativa. Por outro lado, considera (art. 243, § 2º)*controlada* a sociedade na qual a controladora, diretamente ou mediante outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

Para Arnoldo Wald e Nelson Eizirik,[1]

> "a própria definição legal de sociedades coligadas e controladas traduz existência de uma associação de sociedades, de um 'grupo de fato', por oposição aos 'grupos de direito'. Nos 'grupos de fato', as sociedades encontram-se vinculadas por meio de participação acionária, sem necessidade de se organizarem formalmente por meio de convenção. As relações entre elas são estritamente comutativas, respondendo a sociedade controladora pelos danos causados à controlada por atos praticados com abuso de poder (art. 245)".

Vedando a participação recíproca entre a companhia e suas coligadas ou controladas, a LSA contempla e disciplina duas exceções ao princípio que proíbe à companhia negociar com as próprias ações:

A primeira quando, pelo menos, uma das sociedades participa de outra com observância das condições em que a legislação autoriza a aquisição das próprias ações, ou seja, quando a aquisição destina-se à permanência em tesouraria ou cancelamento. Por força do que dispõe o art. 30, § 4º, tais ações, enquanto mantidas em tesouraria, não terão voto nem farão jus a dividendo. Mais. A sociedade deverá alienar, no prazo máximo de seis meses, as ações ou quotas que ultrapassarem o valor dos lucros e reservas, sempre que esses sofrerem redução.

A segunda exceção, prevista no art. 30, § 2º, refere-se à aquisição das próprias ações por companhia aberta, que deverá, pena de nulidade,

obedecer às normas da CVM, que poderá subordiná-la à autorização caso a caso.

Se a participação recíproca decorrer de fusão, incorporação ou cisão, ou da aquisição de controle, deverá constar nos relatórios e demonstrações financeiras de ambas as sociedades e será eliminada em prazo não superior a um ano.

Sobre a incidência de responsabilização por eventuais irregularidades ou ilegalidades, a LSA traz diversas regras que podem ser, assim, resumidas:

- a participação recíproca é, em princípio, proibida;
- nos casos excepcionais mencionados, se encetada em desacordo com o regramento legal, importará responsabilidade civil solidária dos administradores da sociedade;
- também importará, para efeitos penais, equiparação à compra ilegal das próprias ações;
- os administradores que, em prejuízo da companhia, favorecerem coligada, controladora ou controlada, responderão por perdas e danos;
- a sociedade controladora arcará com indenização e demais ônus de sucumbência, pelos danos que causar à companhia por atos que violem os princípios de controle estabelecidos nos arts. 116 e 117 da LSA;
- no mesmo caso, pagará ao autor da ação o prêmio de 5% do valor da indenização fixada.

No art. 254 e ss, trata a LSA da *alienação* de controle, e no art. 257 e ss da *aquisição* de controle.

15.1.2.1Alienação do controle

Alienação do controle de companhia aberta é a transferência, de forma direta ou indireta, de ações integrantes do bloco de controle, de ações vinculadas a acordos de acionistas e de valores mobiliários conversíveis em ações com direito a voto, cessão de direitos de subscrição de ações e de outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade.

A alienação do controle de companhia aberta que dependa de autorização do governo para funcionar está sujeita à prévia autorização do órgão competente para aprovar a alteração de seu estatuto (art. 255).

A operação somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de

aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.

O art. 256 sujeita à deliberação (prévia ou ratificação) da Assembleia-Geral da compradora a compra, por companhia aberta, do controle de qualquer sociedade empresária, nos seguintes casos:

- se o preço constituir, para a compradora, investimento relevante, ou seja, custo de aquisição igual ou superior a 10% do valor do patrimônio líquido da companhia;
- o preço médio de cada ação ou quota ultrapassar uma vez e meia o maior entre os três valores seguintes: (1) cotação média de bolsa das ações nos 90 dias anteriores à contratação; (2) valor de patrimônio líquido da ação ou quota a preços de mercado; ou (3) valor do lucro líquido da ação ou quota não superior a 15 vezes o lucro líquido anual por ação, nos dois últimos exercícios sociais, atualizado monetariamente.

Na segunda hipótese, o acionista dissidente poderá exercer o direito de recesso, devidamente reembolsado (art. 256, § 2º).

De outra parte, a aquisição de controle mediante oferta pública deverá ser feita com a participação de instituição financeira que garanta o cumprimento das obrigações assumidas pelo ofertante e, bem assim, se contiver permuta de valores mobiliários, dependerá de autorização da CVM. São seus requisitos gerais:

- a oferta será irrevogável;
- deverá ter por objeto ações com direito a voto que assegurem o controle da companhia;
- poderá ter por objeto as ações com direito a voto necessárias para completar o controle, se o ofertante já for titular de ações votantes, o que pro-vará perante a CVM;
- o projeto do instrumento de oferta de permuta deverá ser submetido à CVM;
- a existência de oferta pública em curso não impede oferta concorrente.

15.1.3 Grupos societários

A sociedade controladora e suas controladas podem constituir grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a

participar de atividades ou empreendimentos comuns. A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas (art. 265 e § 1º).

O grupo de sociedades será constituído por convenção aprovada pelas sociedades componentes, com observância das normas legais pertinentes à alteração do contrato social ou do estatuto. A avença será arquivada no Registro de Empresas Mercantis.

Serão observadas as seguintes regras gerais:

- a companhia dependente de autorização só integrará o grupo após aprovação da convenção societária pela autoridade competente;
- cada sociedade conservará personalidade e patrimônio distintos;
- o grupo terá designação de que constarão as palavras "grupo de sociedades" ou "grupo";
- a convenção definirá a estrutura administrativa do grupo societário;
- os sócios dissidentes da deliberação de se associar ao grupo têm o direito ao reembolso de suas parcelas no capital social;
- o grupo publicará, além das demonstrações financeiras referentes a cada uma das companhias componentes, demonstrações consolidadas, compreendendo todas as sociedades do grupo.

15.1.4Consórcio

As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir*consórcio,* para executar determinado empreendimento. Por força do disposto no art. 278, § 1º, o consórcio não tem personalidade jurídica, embora o contrato de consórcio seja arquivado no Registro de Empresas Mercantis.

O contrato consorcial tem como pressuposto sua aprovação pelo órgão societário competente para autorizar a alienação de bens do ativo permanente, ou seja, pelo Conselho de Administração, se houver, ou pela Assembleia-Geral.

As consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato (art. 279 da LSA), respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade. A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

Anota, com a costumeira precisão, Fábio Konder Comparato (*43 : 91*):

> "De modo explícito e insofismável, a lei exclui a responsabilidade solidária ou mesmo subsidiária das sociedades consorciadas, por débitos contraídos no exercício do empreendimento comum (art. 278, § 1º), ainda que sobrevindo a falência de uma delas (mesmo artigo, § 2º). Tal não significa, porém, que a solidariedade não possa ser estipulada por terceiro credor, ou imposta pela autoridade administrativa, como no caso dos consórcios de execução de obras públicas, por exemplo".

15.1.5Subsidiária integral

Designa-se *subsidiária integral* a companhia constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira ou a resultante da incorporação de todas as ações do capital social de uma sociedade ao patrimônio de outra companhia brasileira (art. 252).

Tem-se, pois, para a doutrina, unipessoalidade *originária*, no caso de sociedade brasileira constituir subsidiária integral por escritura pública, e unipessoalidade *secundária* ou *por conversão*, quando há a incorporação acionária integral de uma sociedade ao patrimônio de uma companhia brasileira.

A conversão da sociedade em subsidiária integral será submetida à deliberação da Assembleia-Geral das duas companhias (incorporadora e incorporada).

Do lado da companhia incorporadora, a Assembleia-Geral deverá aprovar a operação, autorizando o aumento do capital, a ser realizado com as ações a serem incorporadas. No mesmo ato, nomeará os peritos para a avaliação. Os acionistas não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital. Os dissidentes poderão exercer o direito de recesso, mediante o reembolso do valor de suas ações.

Do lado da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas, a Assembleia-Geral também deverá aprovar a operação. Porém, somente poderá fazê-lo pelo voto de metade, no mínimo, das ações com direito a voto. Uma vez aprovada, autorizará a diretoria a subscrever o aumento do capital da incorporadora, por conta de seus acionistas. Aqui, também, os dissidentes da deliberação terão o direito de recesso, mediante o reembolso do valor de suas ações.

Aprovado o laudo de avaliação pela Assembleia-Geral da incorporadora, efe-tivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem.

Pelo art. 253, na proporção das ações que possuírem no capital da companhia, os acionistas terão direito de preferência para adquirir ações do capital da subsidiária integral, se a companhia decidir aliená-las no todo ou em parte. Também poderão subscrever aumento de capital da subsidiária integral, se a companhia decidir admitir outros acionistas. Tanto a oferta de ações como a possibilidade de aumento de capital serão realizadas em Assembleia-Geral convocada para esse fim.

15.1.6Comandita por ações

Sociedade em *comandita por ações* é aquela em que o capital é dividido em ações, respondendo os acionistas apenas pelo valor das ações subscritas ou adquiridas, mas tendo os diretores ou gerentes responsabilidade subsidiária, ilimitada e solidária pelas obrigações sociais. É uma simbiose de sociedade em comandita e sociedade anônima, regendo-se no que couber pela normação das companhias.

Pode utilizar firma ou denominação, com a adjunção da cláusula *comandita por ações.* No primeiro caso, só constarão os nomes dos sócios diretores e gerentes, que ficam solidária e ilimitadamente responsáveis pelos encargos sociais.

A Lei das S.A. estabelece algumas restrições em relação a esse tipo societário:

- não pode possuir Conselho de Administração;
- seu estatuto não pode conter autorização para aumento de capital;
- não pode emitir bônus de subscrição;
- não comporta administração ou gerência de quem não seja acionista.

15.1.7Transformação

A transformação, diz o art. 220, é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro.

Na transformação, a sociedade que se transforma deve obedecer às normas sobre a constituição e o registro do tipo societário que pretende adotar.

Normalmente, a transformação é um procedimento formal que exige a aprovação unânime dos sócios ou acionistas, salvo se houver estipulação contratual ou estatutária dispensando essa exigência. De qualquer forma, será respeitado o direito de recesso, ou seja, o sócio ou acionista que não

concordar pode retirar-se da sociedade e será reembolsado do valor de suas ações.

O art. 222 estipula que a transformação não prejudicará os direitos de credores em relação às garantias que o tipo anterior de sociedade oferecia a seus créditos. Exemplifique-se com o credor de uma sociedade em nome coletivo, no caso em que esta se transforma em sociedade limitada.

Enfim, se a sociedade transformada incidir em falência, esta só projetará seus efeitos aos sócios que, no tipo anterior à transformação, a eles estariam sujeitos. E ainda assim, a requerimento dos credores anteriores à transformação, que serão seus únicos beneficiários. A lei não contempla interesse de agir para os credores da sociedade já transformada.

É lógico que, em nenhuma hipótese, os sócios serão falidos, assente que falida é a sociedade. Contudo, como já vimos, anteriormente, os efeitos da quebra da sociedade são diversos em relação aos sócios, conforme o grau de responsabilidade societária de cada um.

15.1.8Concentração de empresas

A concentração e a desconcentração de empresas compreendem os contratos intersocietários conhecidos como incorporação, fusão e cisão, que podem envolver sociedades de tipos iguais ou diferentes. Dependem sempre de pré-aprovação pelas sociedades participantes da operação, que observarão idêntico procedimento deliberativo estipulado para a alteração dos estatutos e/ou contratos.

As três modalidades observarão as seguintes normas gerais:

- nas operações em que houver criação de sociedade, serão observadas as normas sobre a constituição do tipo societário eleito (art. 223, § 1º);
- não poderão se concretizar se os valores patrimoniais lí quidos a serem vertidos para a formação do capital social forem inferiores ao montante do capital a realizar (art. 226);
- as operações de incorporação, fusão e cisão serão submetidas à deliberação da Assembleia-Geral das companhias interessadas (art. 225); e
- sempre será garantido ao acionista dissidente o direito de recesso, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 137 da LSA (art. 230).

O instrumento de *protocolo* é um projeto de contrato firmado pela direção ou pelos próprios sócios das sociedades interessadas, que deve mencionar (art. 224) todas as condições da operação, a saber:

•o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição;
•os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio, no caso de cisão;
•os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação e o tratamento das variações patrimoniais posteriores;
•a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das sociedades possuídas por outra;
•o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte na operação;
•o projeto ou projetos de estatuto, ou de alterações estatutárias, que deverão ser aprovados para efetivar a operação;
•todas as demais condições a que estiver sujeita a operação.

A *justificação*, que será apresentada à Assembleia-Geral pela administração, é uma exposição sobre os motivos da operação e evidenciará o interesse da companhia em sua materialização, bem como "às ações a que farão jus os acionistas preferenciais e as razões para a eventual modificação de seus direitos. Também deverá apresentar como será composto o capital das companhias que vão emitir ações substitutivas das que se extinguirão, segundo classes e espécies de ações, e o valor pelo qual serão reembolsados os acionistas dissidentes que exercerem o recesso.

15.1.8.1Incorporação

A *incorporação* é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Implica a dissolução das sociedades absorvidas e, em consequência, o aumento de capital da companhia incorporadora. Caracteriza-se, pois:

•pela versão global do patrimônio (todos os direitos e obrigações);
•pela participação dos acionistas ou sócios das incorporadas na sociedade incorporadora;
•pela extinção da(s) sociedade(s) incorporada(s), absorvida(s) pela incorporadora.

No caso de incorporação de companhias abertas, a avaliação dos patrimônios da controladora e da controlada também poderá ter por base outro critério aceito pela CVM, mas deverá ser levada a efeito por empresa especializada.

As normas disciplinadoras da incorporação, pela controladora, de companhia controlada aplicam-se também à incorporação de controladora

por sua controlada, à fusão de companhia controladora com a controlada, à incorporação de ações de companhia controladora ou controlada e, ainda, à fusão e incorporação de ações de sociedades sob controle comum.

15.1.8.2Fusão

Já a *fusão* é a união de duas ou mais sociedades que se extinguem dando lugar à criação de uma nova, que as sucede em todos os direitos e obrigações . É, simultaneamente, modo de extinção e forma de constituição, porque as sociedades participantes desaparecem, nascendo uma nova. É o que a doutrina costuma denominar "efeito extintivo-asso ciativo" resultante da fusão.

Hélio da Silva Nunes explica o efeito transmissivo-extintivo-associativo:

Forma especial de concentração empresarial, a fusão prescinde de dissolução e liquidação, ou melhor – para ser consentâneo com a doutrina alienígena – há na fusão uma dissolução sem liquidação. A sociedade fusionada passa diretamente para a extinção, sem entrar em liquidação ("*si puede sostenir que en la fusión hay extinción sin disolución previa*", no dizer de Fiorentino). Há a extinção sem a partilha do patrimônio da sociedade incorporada. Ainda que se aceite exprimir o termo *extinção* efeito maior que engloba a dissolução; de notar-se, porém, que, enquanto em dissolução, a sociedade incorporada guarda sua personalidade jurídica, sujeita de direitos e obrigações. A personalidade jurídica só deixa de existir quando da extinção. E esta só ocorre, em nosso Direito Positivo, após a efetivação da incorporação (art. 227, § 3º). E extingue-se porque aquele *ficto ente* jurídico já não tem mais patrimônio, nem corpo associativo. É pois um *acto ex lege post facto*, no dizer de Ferri. Não mais havendo patrimônio, nem corpo associativo, passa a inexistir o ente jurídico sociedade, que se pressupõe a existência de no mínimo dois sócios (ou excepcionalmente, ao menos um, enquanto não se processa o reenchimento constitutivo da sociedade), nos termos da lei. Sem sócio não há sociedade.

Na fusão, pelo efeito dito associativo, os sócios da fusionada passam, necessariamente, a integrar o corpo associativo da incorporadora ou da nova sociedade resultante. Há na fusão não só a transmissão patrimonial, mas também a absorção do corpo associativo (art. 223, § 2º).[2]

O credor anterior prejudicado pela *fusão* ou pela *incorporação* poderá postular judicialmente sua anulação até 60 dias contados da publicação dos

atos pertinentes, se não houver a consignação da importância em pagamento ou garantida a execução. O prazo é decadencial (art. 232).

Em caso de falência da incorporadora ou da sociedade nova (fusão), o credor anterior à operação poderá pedir a separação dos respectivos patrimônios, para pagar-se pelos bens da respectiva massa.

Tanto a fusão como a incorporação implicam a união de sociedades, a sucessão obrigacional universal e a extinção não liquidatória.

Cabe reproduzir o conceito de Miguel Motos Guirão:

> *"Al transmitir en bloque su patrimonio, las sociedades transmitentes se extinguen, y al extinguirse se opera una sucesion universal a favor de la absorbente o de la nueva. Los nexos obligationales, los derechos reales, los derechos sobre bienes inmateriales etc. se transmiten subsumidos en esse bloque patrimonial que constituye una unidad jurídica. Pero esa unidad de derecho continua siendo identica a si misma, inalterada, unicamente há cambiado su titular jurídico. El poder de disposición há pasado de una sociedad a outra; eso es todo.*"[3]

15.1.8.3Cisão

Enfim, sob o nome de *cisão*, a LSA disciplina a desconcentração empresarial, ou seja, tanto a cisão propriamente dita (que consiste no desdobramento de sociedade existente em, pelo menos, duas novas sociedades, criadas para suceder a trans mitente extinta) como a cisão parcial, quer dizer, a transferência de parte do patri mônio de uma sociedade a outra ou outras já existentes (art. 225).

Se a sociedade cindida ceder parcela de seu patrimônio à sociedade *existente*, observar-se-ão as mesmas formalidades da incorporação. Por outro lado, se a cindida ceder parcela de seu patrimônio à sociedade *nova*, a operação resultará de deliberação pela Assembleia-Geral da companhia, que funcionará como assembleia de constituição da *nova* companhia.

Se houver extinção da companhia cindida, incumbirá aos administradores das sociedades que tiverem absorvido parcelas de seu patrimônio promover a formalização da operação (arquivamento e publicação dos atos constitutivos). Por outro lado, na cisão com versão parcial do patrimônio, esse dever recairá sobre os administradores da companhia cindida, bem como sobre os daquela que absorver parcela de seu patrimônio.

Quando ocorrer a extinção da companhia cindida, as sociedades que absorverem frações de seu patrimônio responderão solidariamente pelas

obrigações daquela. Se a cindida sobreviver, responderá solidariamente com as que absorverem parcelas de seu patrimônio pelas obrigações da primeira anteriores à cisão. Eventual disposição em contrário no ato de cisão parcial poderá ser questionado judicialmente por qualquer credor anterior, desde que notifique a sociedade no prazo de 90 dias contados da publicação dos atos de cisão.[4]

Enfim, o art. 234 estatui que a certidão expedida pelo Registro de Empresas Mercantis, da incorporação, da cisão ou da fusão será documento hábil para a averbação nos órgãos públicos competentes, da sucessão em bens, direitos e obrigações, decorrente da respectiva operação.

---

[1] Arnoldo Wald e Nelson Eizirik (RDM 54/58) denominou os grupos societários como grupos societários de direito (art. 265) por oposição aos grupos societários de fato (art. 243 da LSA).

[2] RDM 73/78.

[3] RDM 73/77.

[4] Art. 233 e parágrafo único da LSA.

Parte V



Valores Mobiliários

16

Ações



16.1Valores mobiliários

Valor mobiliário[1] é título de investimento que a sociedade anônima emite para a obtenção de recursos. É investimento social oferecido ao público, pela companhia.

Além das ações, a LSA contempla como suas modalidades as partes beneficiárias e as debêntures. Também trata dos valores considerados pela doutrina como *subprodutos* de valores mobiliários: os bônus de subscrição e os certificados de emissão de garantia. Na verdade, são *valores mobiliários derivados.*

16.2Ação

A palavra *ação*[2] foi usada pela primeira vez com o significado de fração do capital social, para designar os *carati*, cotas de condomínio naval de companhias holandesas, no século XVI.

A*ção* é um título de investimento representativo de unidade do capital social da sociedade anônima, que confere a seu titular um regime próprio de direitos e deveres. É cada uma das frações, de igual valor, em que se divide o capital da companhia, mas também é título atributivo da condição de sócio.

Assim, a ação é, ao mesmo tempo, uma parcela do capital social, um conjunto de direitos atribuídos a seu titular e um título representativo do direito do acionista.

Por outro lado, a ação é indivisível em relação à companhia. Quando a ação pertencer a mais de uma pessoa, os direitos por ela conferidos serão exercidos pelo representante do condomínio.

Alerte-se que as ações da companhia aberta somente poderão ser negociadas depois de realizados 30% (por cento) do preço de emissão, sob pena de nulidade do ato.

A LSA veda à companhia negociar com as próprias ações. É o princípio. Contudo, não se incluem na referida proibição:

- as operações de resgate, reembolso ou amortização previstas em lei;
- a aquisição, para permanência em tesouraria ou cancelamento, desde que até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social ou por doação;
- a alienação das ações adquiridas nos termos do item anterior e mantidas em tesouraria;
- a compra, quando, resolvida a redução do capital mediante restituição, em dinheiro, de parte do valor das ações, o preço destas em Bolsa for inferior ou igual à importância que deve ser restituída, caso em que serão retiradas de circulação.

Ressalte-se que, sob pena de nulidade, a aquisição das próprias ações pela companhia aberta obedecerá às normas expedidas pela CVM, que poderá subordiná-la a prévia autorização, em cada caso.

Também, salvo para assegurar a gestão de seus administradores, a companhia não poderá receber em garantia as próprias ações.

O penhor, a caução, o usufruto, o fideicomisso, a alienação fiduciária em garantia e quaisquer cláusulas ou ônus que gravarem a ação deverão ser averbados no livro de registro respectivo.

As ações podem ser desapropriadas. Nesse caso, o poder expropriante, "uma vez imitado na posse, pode exercer desde logo, todos os direitos inerentes aos respectivos títulos". É o teor da Súmula nº 476 do STF.

16.3Natureza jurídica

Qual é a natureza jurídica das ações?

Trata-se de *vexata quaestio*. Há diversos e bem fundados posicionamentos doutrinários a respeito, evidenciando as dificuldades suscitadas pelo caráter complexo e versátil da ação.

No direito italiano, Brunetti considera que a ação possui as características estruturais e funcionais de um título de crédito não constitutivo, que legitima o acionista a fazer valer os direitos inerentes à condição de sócio, nela literalmente inscritos. Para Gasperoni e Carnelutti, é um documento que não se refere a um direito de crédito, nem a um direito de posse, mas a um direito de participação na sociedade. Invrea prefere denominá-la título cartular, que não certifica um simples direito de crédito,

mas de representação. Messineo compreende-a como título de crédito do tipo título de participação, com valor constitutivo e não meramente probatório. Para Pipia, Rocco, Salandra, Marghieri e Navarrini, a ação é um título de crédito.[3]

Para Miranda Valverde (*158 : 84*), "a ação é um título corporativo ou de participação, negociável e transmissível por ato *inter vivos*, segundo a forma de que se reveste".

Rubens Requião (*133, v. 2 : 63*) conceitua a ação

> "como um título de crédito ao mesmo tempo em que é um título corporativo, isto é, um título de legitimação que permite ao sócio participar da vida societária, além de representar ou corporificar uma fração do capital social".

Walter T. Álvares (*4, v. 2 : 398*) afirma tratar-se de um

> "título que representa parte de um todo e configura um conjunto de direitos, emitido por uma sociedade, facilmente transferível, e negociável em Bolsa. Por isto, a ação é ela mesma, pois tendo algo de cada elemento do qual se aproxima, na realidade, não é nenhum deles especificamente, donde, a sua liberação, para se afirmar como ação, isto é, tipo específico de título autônomo, independente, ainda que assemelhado, tangenciante, parcialmente, de dinâmica paralela à de muitos outros".

Já para João Eunápio Borges (*18 : 427*),

> "a ação é tudo isso, variando a importância relativa de seus diversos aspectos e funções de acordo com o ponto de vista em que se coloca o seu possuidor. Quem compra ações pode ter em mira tornar-se sócio de uma sociedade anônima, a fim de intervir em sua direção, controlando-a, se possível. Pode visar simplesmente à aquisição de um título de renda, dando a seu capital aplicação mais lucrativa do que o simples depósito bancário, ou pode praticar um ato de mera especulação bolsística, comprando o título, não para conservá-lo, mas para vendê-lo com lucro".

Título de participação, título corporativo, título de circulação, título bolsístico, título negociável, título de crédito, o leque de posições doutrinárias é farto.

É bom considerar que não se trata de título de crédito puro, à medida que não expressa, integralmente, todos os direitos e obrigações de seu titular (expressos no estatuto), e porque a legislação contempla ações escriturais (sem cartularidade) e ações sem valor nominal (literalidade vinculada ao estatuto). Em compensação, é imperativo admitir que sua incompletude física não afasta o direito creditício que representa e sua cessibilidade.

Sintetizando, podemos afirmar, sem embargo das abalizadas concepções doutrinárias expostas, que a ação é um valor mobiliário representativo de fração do capital social e atributivo da condição de sócio.

16.4Valores

As ações valem. Contudo, quando se menciona o valor de uma ação, impõe-se esclarecer de que natureza é referido valor. Daí o plural, valores.

Sobre os valores das ações, Carvalho de Mendonça (*30 : 408*) explica que

> "as ações têm um valor *nominal*, um valor *real* e um valor *corrente*. O primeiro acha-se designado no título; o segundo é representado pelo valor efetivo e realmente existente no patrimônio da sociedade e, portanto, só verificável exatamente na partilha; o terceiro é o da Bolsa, onde aquele título é cotado e negociado".

Na verdade, há que se distinguir, aqui, cinco valores diferentes das ações:

- valor nominal;
- valor contábil;
- valor de renda;
- valor de Bolsa;
- ágio.

Por valor *nominal* compreende-se a expressão monetária atribuída à ação na constituição da companhia. De pequena relevância econômica, o valor nominal significa, simplesmente, o valor estatutário.[4]

Valor *contábil* é o montante do patrimônio líquido social dividido pelo número de ações, ou seja, a parte de cada ação no patrimônio líquido. Nos termos do art. 45, § 1º , da LSA, o valor de reembolso no caso de dissidência "não será inferior ao valor de patrimônio líquido das ações, de acordo com o último balanço aprovado pela Assembleia-Geral".

Valor *de renda* da ação é a soma de todos os dividendos que dela se esperam, descontados à taxa de mercado. É o valor intrínseco da ação.[5]

Valor *de Bolsa* é a cotação que a ação alcança no mercado, determinada conforme a lei da oferta e da procura. Esse valor não traduz necessariamente o valor real, seja em decorrência de fatores psicológicos, seja em virtude de fatores econômico-financeiros.[6]

Á*gio* é a diferença entre o valor de emissão e o valor nominal, constituindo-se em reserva de capital da companhia. É prêmio do acionista que, não dispondo de recurso para subscrever sua parte no aumento de

capital, lucra, transferindo a terceiro, acionista ou não, seu direito de subscrição.[7]

O estatuto fixará o número das ações em que se divide o capital social e esta-belecerá se terão ou não valor nominal. O valor nominal será o mesmo para todas as ações da companhia. No caso da companhia aberta, não poderá ser inferior ao mínimo fixado pela CVM.

O número e o valor nominal das ações somente poderão ser alterados nos seguintes casos:

- modificação do valor do capital social ou de sua expressão monetária;
- desdobramento ou grupamento de ações; ou
- cancelamento de ações autorizado na LSA.

A lei proíbe a emissão de ações por preço inferior a seu valor nominal, cominando nulidade para o ato ou operação que infringir a vedação e, também, a responsabilização dos infratores, sem prejuízo de eventual persecução penal.

Outrossim, reza o art. 182, § 1º, *a*, da LSA, que a contribuição do subscritor que ultrapassar o valor nominal constituirá reserva de capital.

As *ações sem valor nominal* são aquelas que não portam a expressão monetária de sua participação na formação do capital social. Realmente, a companhia pode estabelecer que todas ou algumas de suas ações não ostentem valor nominal fixo.

Claro que o valor nominal significa apenas valor simbólico, mero ponto de referência, já que inexiste coincidência concreta entre os valores real e nominal. É da essência das ações a negociabilidade e, por consequência, a variabilidade de valores.

Por outro lado, é impossível exteriorizar na ação a expressão perfeita de seu valor real.[8]

Por isso, o art. 11 da LSA, enseja a emissão de ações sem valor nominal "que oferecem mais flexibilidade nos aumentos do capital social, e cuja existência contribuirá para diminuir a importância injustificada atribuída ao valor nominal das ações pelos participantes do nosso mercado de capitais, em prejuízo do seu funcionamento normal. A inovação é recomendada tendo em vista a definição mais estrita dos deveres e responsabilidades do acionista controlador e dos administradores".[9]

Contudo, ação sem valor nominal não quer dizer ação sem valor, visto que a ação é representação de valor. Assim, o preço de emissão das ações sem valor nominal será fixado, na constituição da companhia, pelos fundadores, e no aumento de capital, pela Assembleia-Geral ou pelo

Conselho de Administração (arts. 14, 166 e 170, § 2º). A divisão do capital social pelo número de ações estabelecido no estatuto traz como quociente o valor da ação.

O preço de emissão pode ser fixado com parte destinada à formação de reserva de capital. Na emissão de ações preferenciais com prioridade no reembolso do capital, somente a parcela que ultrapassar o valor de reembolso poderá ter essa destinação.

A lei permite que, na companhia com ações sem valor nominal, o estatuto possa criar uma ou mais classes de ações preferenciais com valor nominal.

16.5Prazo

Por representarem parcelas do capital da companhia, não existe prazo de validade para as ações, podendo a companhia, no entanto, resgatá-las, amortizá-las ou reembolsá-las, ou seja, liquidá-las antecipadamente.

16.6Espécies e classes

A LSA estabelece quais são as espécies de ações. As classes de ações serão criadas pela companhia.[10]

Conforme as vantagens outorgadas a seu titular, as ações podem ser de três espécies:

- ordinárias ou comuns;
- preferenciais;
- de gozo ou fruição.

Observe-se que, na verdade, as espécies de ações são apenas duas (ordinárias e preferenciais). Antes de se constituir espécie de ação, a chamada *ação de fruição* é, realmente, ação ordinária ou ação preferencial (conforme o caso), cujo valor foi restituído, antecipadamente, a seu titular, como se a sociedade tivesse sido liquidada. Não se qualifica pela participação no capital da companhia.

16.6.1Ordinárias

Ordinárias são ações que conferem a seus possuidores a plenitude dos direitos sociais, ou seja, a participação nos dividendos e o voto nas deliberações sociais. São também chamadas *ações de direção.*

As ações ordinárias de companhia fechada poderão ser de classes diversas, em função de:

•conversibilidade em ações preferenciais;
•exigência de nacionalidade brasileira do acionista; ou
•direito de voto em separado para o preenchimento de determinados cargos de órgãos administrativos.

A alteração do estatuto na parte em que rege a diversidade de classes, se esta não for expressamente prevista e regulada, dependerá da concordância de todos os titulares das ações atingidas.

Não se admite que as diferenças de classes envolvam a participação nos lucros e no acervo líquido, uma vez que as ações ordinárias devem concorrer paritariamente à distribuição daqueles.

16.6.2Preferenciais

Ações preferenciais,[11] também conhecidas como *ações de investimento* ou *ações de poupança*, são as que conferem a seus titulares privilégios ou vantagens consistentes em:

•prioridade na distribuição de dividendos fixo ou mínimo;
•prioridade no reembolso do capital, com prêmio ou sem ele;
•acumulação das vantagens enumeradas.

Vale aqui, porque procedente, a arguta observação de Osmar Brina Corrêa Lima (*86 : 14*):

> "Note-se que a denominada prioridade na distribuição de dividendos prevista na lei para as ações preferenciais (art. 17, inciso I, da LSA) é mais que mera prioridade. A palavra prioridade significa primazia, preferência, antecedência. No entanto, não é apenas isso que a lei reserva ao acionista preferencial, com prioridade na distribuição de dividendos. Mais que isso, a lei lhe assegura um crédito, condicionado à existência de lucro."

O art. 111 da LSA prevê a possibilidade estatutária de retirada ou limitação do direito de voto às ações preferenciais. Por isso, temos ações preferenciais *com* e *sem* direito de voto, com e sem limitações a esse direito.

Caracterizadas como representativas do direito a vantagens pecuniárias, as preferenciais traduzem, geralmente, e de forma prática, a compensação econômica pela eventual restrição daquele direito de raiz política.

Então temos uma classificação de ações preferenciais implicitamente consagrada na LSA, resultante da combinação do art. 17 e seus incisos com o art. 111:

•ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendo, fixo ou mínimo;

•ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendos *com direito pleno de voto*;
•ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendos *sem direito a voto*;
•ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendos *com direito de voto restrito*;
•ações preferenciais com prioridade no reembolso do capital, com prêmio ou sem ele, com direito pleno de voto;
•ações preferenciais com prioridade no reembolso do capital, com prêmio ou sem ele, sem direito a voto;
•ações preferenciais com prioridade no reembolso do capital, com direito de voto restrito;
•acumulação das prioridades na distribuição de dividendos e de reembolso do capital, com direito pleno de voto;
•acumulação das prioridades na distribuição de dividendos e de reembolso do capital, sem direito a voto;
•acumulação das prioridades na distribuição de dividendos e de reembolso do capital, com direito de voto restrito.

São apenas exemplos das infinitas possibilidades combinatórias. A casuística legal e a prática das companhias certamente oferecem *n* subdivisões insuscetíveis de se acomodarem numa classificação tranquila.

Com ou sem o direito de receber o valor de reembolso do capital com prêmio ou sem, as ações preferenciais com voto restrito ou sem esse direito têm sua negociação no mercado de valores mobiliários condicionada às seguintes vantagens:

•direito de participar do dividendo a ser distribuído, correspondente a, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) do lucro líquido do exercício;
•direito ao recebimento de dividendo pelo menos 10% (dez por cento) maior do que o conferido a cada ação ordinária; ou
•direito à inclusão na oferta pública de alienação de controle, com dividendo, pelo menos, igual ao das ações ordinárias.

Certamente, o elenco de preferências ou vantagens eventualmente conferidas às preferenciais não se exaure no catálogo legal. Outras podem ser ensejadas aos acionistas sem direito a voto ou com voto restrito. Contudo, é necessário que o estatuto as mencione, precisamente.

É bom sublinhar que, salvo quando assegurada expressamente na liquidação da companhia, não poderá ocorrer distribuição de dividendos, ainda que fixos ou cumulativos, em prejuízo do capital social.

Consigne-se a permissão legal para criação de ação preferencial de classe especial, nas companhias objeto de desestatização. Seu proprietário, no caso, o ente desestatizante titulará os poderes pertinentes conforme disposição estatutária, inclusive o de vetar deliberações da Assembleia-Geral em algumas matérias especificadas.

Por outro lado, são inerentes às preferenciais algumas vantagens que podem ser tidas por políticas. Assim, o estatuto pode assegurar a uma ou mais classes de ações preferenciais o direito de eleger, por votação em separado, um ou mais membros dos órgãos de administração. Também pode subordinar as alterações estatutárias que especificar à aprovação, em Assembleia Especial, dos titulares de uma ou mais classes de ações preferenciais.

De qualquer forma, o estatuto da companhia com ações preferenciais de-clarará as vantagens ou preferências atribuídas a cada classe dessas ações e as restrições a que ficarão sujeitas, e poderá prever o resgate ou a amortização, a conversão de ações de uma classe em ações de outra e em ações ordinárias, e destas em preferenciais, fixando as respectivas condições.

Diz-se que, as preferenciais observam um regime peculiar, porque conferem privilégios na recepção de dividendos e no reembolso do capital, mas sofrem restrições estatutárias e podem ter duração limitada.

Recorde-se que, existe permissão legal estampada no art. 111 da LSA para que o estatuto subtraia às preferenciais o direito de voto. Entenda-se, em regra, aquelas ações têm direito de voto; a supressão estatutária é excepcional e precisa ficar expressa.

Mesmo nessa eventualidade, as ações preferenciais sem direito a voto passarão a tê-lo se a companhia, no prazo estatutário, não superior a três exercícios consecutivos, deixar de pagar os dividendos fixos ou mínimos que lhe compete. É lógico. A perda da vantagem inerente às ações preferenciais é recompensada pela outorga do direito de voto até que sejam pagos; inclusive, os dividendos cumulativos.

De outra parte, o número de ações preferenciais sem direito a voto não pode ultrapassar 50% do total das ações emitidas, nos termos do art. 15, § 2º, da LSA.

16.6.3Rentabilidade

A rentabilidade determinada não é um atributo das ações, posto que são títulos de renda variável. Deriva de diversos fatores:

- participação do acionista nos resultados da companhia;

•distribuição de dividen dos;
•bonificações;
•venda, no mercado de Bolsa ou balcão, das ações anteriormente adquiridas ou subscritas, ou ainda, de direitos de subscrição.

16.6.4Dividendos

Para João Eunápio Borges (*18 : 445*), dividendo significa

> "não a totalidade do lucro partilhável entre os acionistas, mas a parte que toca a cada um, isto é, não o dividendo, mas o quociente deste dividendo total (quantia a ser dividida) pelo número de ações".

O dividendo *fixo* é o estabelecido de forma imutável no estatuto, percentualmente sobre o valor do capital social. *Cumulativo* é aquele que, não tendo sido pago em um ou mais anos, permanece como obrigação da companhia, transferindo-se para outro(s) exercício(s).

Os dividendos, ainda que fixos ou cumulativos, não poderão ser distribuídos em prejuízo do capital social, salvo quando, em caso de liquidação da companhia, essa vantagem tiver sido expressamente assegurada.

Aqui, também, é necessário distinguir *dividendo fixo* e *dividendo mínimo.* O primeiro é contemplado de forma imutável no estatuto. Uma vez pago, satisfeito estará o direito do acionista, sem participação, portanto, dos lucros que remanescerem. Já no caso do dividendo mínimo, precisamente por se tratar do mínimo estatutário, mesmo pago, não obsta a que as ações preferenciais concorram em condições idênticas com as ordinárias aos lucros remanescentes.

Salvo disposição em contrário do estatuto:

•o dividendo prioritário não é cumulativo;
•a ação com dividendo fixo não participa dos lucros remanescentes; e
•a ação com dividendo mínimo participa dos lucros distribuídos em igualdade de condições com as ordinárias, depois de a estas assegurado dividendo igual ao mínimo.

A companhia somente pode pagar dividendos:

•à conta de lucro líquido do exercício;
•de lucros acumulados; e
•de reserva de lucros.

O estatuto não pode excluir ou restringir o direito das ações preferenciais de participar dos aumentos de capital decorrentes da capitalização de reservas e lucros (art. 169).

Excepcionalmente, a lei enseja ao estatuto prever, para o exercício em que o lucro for insuficiente, que as preferenciais com prioridade na distribuição de dividendo cumulativo recebam-no à conta das reservas de capital.

A distribuição de dividendos com inobservância desse preceito implica responsabilidade solidária dos administradores e fiscais, quer dizer, deverão repor a importância distribuída e poderão ser responsabilizados penalmente.

O mesmo não acontece com os acionistas, que não são obrigados a restituir os dividendos que em boa-fé tenham recebido. Presume-se a má-fé quando os dividendos forem distribuídos sem o levantamento do balanço ou em desacordo com os resultados deste.

16.6.4.1Dividendo obrigatório

Dividendo *obrigatório* é expressão que serve para nominar tanto o dividendo estatutário obrigatório como o dividendo legal incidente na omissão daquele. O dividendo legal atua como subsidiário.

Os acionistas têm direito de receber como *dividendo obrigatório*, em cada exercício, a parcela dos lucros estabelecida *no estatuto*, ou, se este for omisso, metade do lucro líquido do exercício diminuído ou acrescido dos seguintes valores:

- quota destinada à constituição da reserva legal (art. 193);
- importância destinada à formação de reservas para contingências (art. 195) e reversão das mesmas reservas formadas em exercícios anteriores;
- lucros a realizar transferidos para a respectiva reserva e lucros anteriormente registrados nessa reserva, que tenham sido realizados no exercício (art. 197, § 2º).

O estatuto poderá estabelecer o dividendo como porcentagem do lucro ou do capital social, ou fixar outros critérios para determiná-lo, desde que sejam minuciosamente regulados e não sujeitem os acionistas minoritários ao arbítrio dos órgãos de Administração ou da maioria.

Quando o estatuto for omisso e a Assembleia-Geral deliberar alterá-lo, para introduzir norma sobre a matéria, o *dividendo obrigatório* não poderá ser inferior a 25% (vinte e cinco por cento) do lucro líquido, assim entendido o resultado do exercício, uma vez deduzidos os prejuízos de exercícios anteriores, o imposto de renda do exercício (art. 189) e as participações de empregados, administradores e partes beneficiárias (art. 190).”[12]

Na companhia fechada, se não houver discordância de nenhum dos acionistas presentes, a Assembleia-Geral pode deliberar a distribuição de dividendo inferior ao obrigatório, ou a retenção de todo o lucro.

O dividendo não será obrigatório, em determinado exercício, se incompatível com a situação financeira da companhia, circunstância que deverá ser informada pelos órgãos da Administração à Assembleia-Geral Ordinária, cuja deliberação deverá ser antecedida de parecer do Conselho Fiscal, se em funcionamento. Na companhia aberta, seus administradores encaminharão à CVM, dentro de cinco dias da realização da Assembleia-Geral, exposição justificativa da informação transmitida à Assembleia.

Os lucros que deixarem de ser distribuídos serão registrados como reserva especial e, se não absorvidos por prejuízos em exercícios subsequentes, deverão ser pagos como dividendos assim que o permitir a situação financeira da companhia.

A lei prevê, outrossim, a distribuição de dividendos *intermediários* quando a companhia, por força de lei ou de regra estatutária, levantar balanço semestral, caso em que poderá declarar, por deliberação dos órgãos da Administração, se autorizados pelo estatuto, dividendo à conta do lucro apurado nesse balanço.

A companhia poderá, se houver previsão estatutária nesse sentido, levantar balanço e distribuir dividendos em períodos menores, desde que o total dos dividendos pagos em cada semestre do exercício social não exceda o montante das reservas de capital.

16.6.5Pagamento

Sobre o pagamento de dividendos, vigoram as seguintes regras básicas:

- quanto à titularidade, receberá o dividendo de ações nominativas a pessoa que, na data do ato de declaração do dividendo, estiver inscrita como proprietária ou usufrutuária da ação;
- quanto à forma, os dividendos poderão ser pagos por cheque nominativo remetido por via postal para o endereço comunicado pelo acionista à companhia ou mediante crédito em conta corrente bancária aberta em nome do acionista;
- no caso de ações em custódia bancária ou em depósito, os dividendos serão pagos pela companhia à instituição financeira depositária, responsável por sua entrega aos titulares das ações depositadas;

•quanto ao prazo, o dividendo deverá ser pago dentro de 60 dias da data em que for declarado e, em qualquer caso, dentro do exercício social, salvo deliberação em contrário da Assembleia-Geral.

O dividendo antecipado, distribuído por companhia aberta, será corrigido monetariamente a partir do mês de sua distribuição ou de cada parcela correspondente. O dividendo relativo ao resultado de exercício social findo, ou seu complemento, caso tenha havido antecipação, poderá ser pago pela companhia aberta com correção monetária.

Consigne-se que o prazo de prescrição da ação destinada à recepção de dividendos é de três anos, cujo termo *a quo* é a data em que tenham sido postos à disposição do acionista.

16.7Ações de gozo ou fruição

As ações de gozo ou fruição são as conferidas aos titulares de ações já amortizadas, observando, em regra, o mesmo regime jurídico das ações substituídas. São as que receberam antecipadamente o valor que lhes caberia em caso de liquidação da companhia.

Assim, o acionista já obteve o retorno de seu investimento e continua usufruindo dos demais direitos de sócio inerentes às ações ordinárias ou preferenciais que tinha, exceto, é claro, o de reembolso de seu capital.

A LSA não regulou especificamente as ações de fruição. E nem haveria de fazê-lo, porque, não representando parcela do capital social, aquelas sequer deveriam integrar o elenco das espécies de ações.

16.8Propriedade da ação

O direito de uso e disponibilidade da ação por seu titular é o primeiro e mais sensível efeito da titularidade da ação. Esse direito, traduzido, principalmente, na forma de circulação, hoje ficou bastante restrito, com a proibição dos títulos ao portador e endossáveis.

A ação é *indivisível* em relação à companhia. Quando pertencer a mais de uma pessoa, os direitos por ela conferidos serão exercidos pelo representante do condomínio e não por seus detentores, individualmente. Quer dizer, uma ação pode ter muitos titulares, mas, perante a sociedade anônima, um só a representará.

O que o art. 28 da LSA estabelece é a vedação do parcelamento quantitativo da ação, visto que aquela é o módulo mínimo do capital social. A regra tem em mira proteger não apenas a sociedade, obviando os

percalços decorrentes da fragmentação e indeterminação da titularidade, mas também o acionista, já que preserva a circulação do título.

Acionista (detentor de uma ação inteira) em regra, o representante do condomínio pode não sê-lo, uma vez que a LSA (art. 126, § 1º) admite seja diretor da companhia, advogado ou, se companhia aberta, instituição financeira. Tratando-se, na espécie, de mandatário, também não necessita ser condômino.

16.9Forma

O estatuto determina a forma das ações e a conversibilidade de uma em outra forma.

Quanto à forma, as ações diferem conforme sua transmissibilidade. Podem ser:

- nominativas (art. 20); ou
- escriturais (art. 34).

As formas *ao portador* e *endossáveis* foram extintas pela Lei nº 8.021/90.

As *nominativas* são transferidas por registro no livro próprio da sociedade emissora; as*escriturais*, por lançamento da operação nos registros de instituição financeira administradora e depositária, nas contas de depósito, respectivamente, do alienante e do adquirente.

16.9.1Ações nominativas

Ações nominativas são aquelas em cujo certificado é determinado o nome do acionista. Sua propriedade presume-se pela inscrição do nome do acionista no livro de *Registro de Ações Nominativas.*

A transferência das ações nominativas opera-se por termo lavrado no livro *Transferência de Ações Nominativas*, datado e assinado pelo cedente e pelo cessionário, ou seus legítimos representantes.

A transferência das ações nominativas em virtude de transmissão por sucessão universal ou legado, de arrematação, adjudicação ou outro ato judicial, ou por qualquer outro título, somente se fará mediante averbação no livro de *Registro de Ações Nominativas*, à vista de documento hábil, que ficará em poder da companhia.

Na transferência das ações nominativas adquiridas em Bolsa de Valores, o cessionário será representado, independentemente de instrumento de procuração, pela sociedade corretora, ou pela caixa de liquidação da Bolsa de Valores.

A companhia fechada pode impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que:

- •regule detalhadamente tais limitações no estatuto;
- •não impeça a negociação;
- •não sujeite o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas; e
- •tenha anuência expressa do titular respectivo, mediante pedido de averbação.

O art. 21 da LSA determina que, até o pagamento do preço de emissão, as ações tenham obrigatoriamente a forma nominativa. Quer dizer, as ações não integralizadas são nominativas. Como, após a Lei nº 8.021/90, todos os valores mobiliários são nominativos, *aquela nominatividade obrigatória genérica*[13] se estendeu também às ações integralizadas.

A imposição de nominatividade das ações já existia no direito brasileiro. Apenas exemplificando, é o caso da Lei nº 2.004/53 (instituição da Petrobras) revogada pela Lei 9.478/97, do Decreto-lei nº 2.784/40 (navegação de cabotagem) e da Lei nº 4.595/64 (sistema financeiro nacional).

16.9.2Ações escriturais

Por força do art. 34 da LSA, o estatuto da companhia tem a faculdade de autorizar ou estabelecer que todas as ações da companhia, ou uma ou mais classes delas, sejam mantidas em contas de depósito, em nome de seus titulares, na instituição que designar, sem emissão de certificados.

Tais são as ações escriturais (ações *sem título*), definidas por Arnoldo Wald como (*166 : 19*)

> "um valor patrimonial incorpóreo que outorga ao seu titular os direitos e obrigações inerentes à qualidade de acionista e cuja transferência processa-se escrituralmente, mediante assentamentos próprios nas instituições encarregadas de sua administração e depósito".

Sobre as ações escriturais é possível formular o seguinte quadro:

- •não são representadas por papel ou instrumento, mas por mero lançamento contábil;
- •sua existência comprova-se por um depósito em conta de instituição financeira;
- •sua propriedade decorre de seu registro na conta, em nome do acionista, inscrita nos livros da instituição financeira;
- •sua transferência opera-se por simples lançamento, por ordem e a débito do alienante, a crédito do adquirente;

•no caso de alteração estatutária, a conversão em ação escritural depende da apresentação e do cancelamento do respectivo certificado em circulação.

Somente as instituições financeiras autorizadas pela CVM podem manter serviços de ações escriturais e outros valores mobiliários.

A companhia responde pelas perdas e danos causados aos interessados por erros ou irregularidades no serviço de ações escriturais, sem prejuízo do eventual direito de regresso contra a instituição depositária.

A propriedade da ação escritural presume-se pelo registro na conta de depósito das ações, aberta em nome do acionista nos livros da instituição depositária.

A transferência da ação escritural opera-se pelo lançamento efetuado pela instituição depositária em seus livros, a débito da conta de ações do alienante e a crédito da conta de ações do adquirente, à vista de ordem escrita do alienante, ou de autorização ou ordem judicial, em documento hábil que ficará em poder da instituição.

A instituição depositária fornecerá ao acionista extrato da conta de depósito das ações escriturais, sempre que solicitado, ao término de todo mês em que for movimentada e, ainda que não haja movimentação, ao menos uma vez por ano.

O estatuto pode autorizar a instituição depositária a cobrar do acionista o custo do serviço de transferência da propriedade das ações escriturais, observados os limites máximos fixados pela CVM.

16.10Certificados de ações

A emissão de certificados de ações somente será permitida depois de cumpridas as formalidades necessárias ao funcionamento legal da companhia, sob pena de nulidade dos certificados e da responsabilização dos infratores.

Os certificados das ações, cujas entradas não consistirem em dinheiro, só poderão ser emitidos depois de cumpridas as formalidades necessárias à transmissão de bens, ou após realizados os créditos.

A companhia poderá cobrar o custo da substituição dos certificados, quando pedida pelo acionista.

Escritos em vernáculo, os certificados de ações devem ter o seguinte conteúdo:[14]

•denominação da companhia, sua sede e prazo de duração;

•valor do capital social, a data do ato que o tiver fixado, o número de ações em que se divide e o valor nominal das ações, ou a declaração de que não tem valor nominal;
•nas companhias com capital autorizado, o limite da autorização, em número de ações ou valor do capital social;
•o número de ações ordinárias e preferenciais das diversas classes, se houver, as vantagens ou preferências conferidas a cada classe e as limitações ou restrições a que as ações estiverem sujeitas;
•o número de ordem do certificado e da ação e a espécie e classe a que pertence;
•os direitos conferidos às partes beneficiárias, se houver;
•a época e o lugar da reunião da Assembleia-Geral Ordinária;
•a data da constituição da companhia e do arquivamento e publicação de seus atos constitutivos;
•o nome do acionista;
•o débito do acionista e a época e o lugar de seu pagamento, se a ação não estiver integralizada;
•a data da emissão do certificado e as assinaturas de dois diretores, ou do agente emissor de certificados.

Esses requisitos são essenciais. A omissão de qualquer um enseja ao acionista direito à indenização por perdas e danos contra a companhia e os diretores na gestão que emitiu os certificados.

Observada a normação da CVM, os certificados de ações emitidas por companhias abertas podem ser assinados por dois mandatários com poderes especiais. Também podem ser autenticados via chancela mecânica.

A companhia poderá, satisfeitos os requisitos do art. 24 da LSA, emitir certificados de *múltiplos*de ações e, provisoriamente, as cautelas que as representem, observando a padronização de número de ações estabelecida pela CVM.

A lei faculta à companhia contratar a escrituração e a guarda dos livros de registro e transferência de ações e a emissão dos certificados com instituição financeira credenciada pela CVM, que a partir da contratação terá exclusividade dos atos relativos ao registro e emissão, constando seu nome das publicações e ofertas públicas de valores encetadas pela companhia.

Os certificados de ações emitidos serão obrigatoriamente numerados, seguidamente, mas a numeração das ações será facultativa.

16.11Custódia

Visando reduzir custos administrativos de carteiras de títulos, a instituição financeira autorizada pela CVM a prestar serviços de custódia de ações fungíveis pode contratar custódia em que as ações de cada espécie, classe e companhia sejam recebidas em depósito como valores fungíveis, adquirindo a instituição depositária a propriedade fiduciária das ações.

Esclarece a Exposição de motivos da LSA que,

> "como os valores mobiliários são títulos de massa, que conferem – dentro de cada espécie e classe – iguais direitos, não há inconvenientes em que a instituição depositária devolva aos custodiantes ação igual, embora com outro número de ordem e representada por certificado diverso".

Impedindo que as instituições depositárias interfiram na regência das companhias, não se lhes permite o exercício do direito de voto pertinente às ações de que são depositárias, ficando seus poderes restritos ao exercício de direitos de índole patrimonial. Assim, a instituição financeira representa, perante a companhia, os titulares das ações recebidas em custódia, para receber dividendos e ações bonificadas e exercer direito de preferência para subscrição de ações, mas sem direito de voto.

A instituição, como guardiã, não pode dispor das ações e fica obrigada a devolver ao depositante a quantidade de ações recebidas, com as modificações resultantes de alterações no capital social ou no número de ações da companhia emissora, independentemente do número de ordem das ações ou dos certificados recebidos em depósito.

A custodiante deverá comunicar, prontamente, à companhia emissora, o nome do efetivo proprietário das ações, se em decorrência de qualquer fato societário aquela identificação for reclamada. Tem o prazo de 10 (dez) dias para comunicar à emissora a contratação da custódia e a criação de ônus ou gravames sobre as ações.

Sempre que houver distribuição de dividendos ou bonificação de ações e, ao menos uma vez por ano, a instituição financeira fornecerá à companhia a lista dos depositantes de ações recebidas, assim como a quantidade de ações de cada um, assegurando o conhecimento da identidade dos acionistas.

Claro que o depositante pode, a qualquer tempo, extinguir a custódia e pedir a devolução dos certificados de suas ações.

A companhia não responde perante o acionista nem terceiros pelos atos da instituição depositária das ações, porque a relação de depósito vincula por contrato apenas a instituição financeira e o acionista.

16.12Certificado de depósito

A instituição financeira autorizada a funcionar como agente emissor de certificados (art. 27 da LSA) poderá emitir título nominativo representativo das ações que receber em depósito, respondendo, sempre, por sua origem e autenticidade.

São requisitos essenciais dos certificados de depósito:

- o local e a data da emissão;
- o nome da instituição emitente e as assinaturas de seus representantes;
- a denominação *certificado de depósito de ações*;
- a especificação das ações depositadas;
- a declaração de que as ações depositadas, seus rendimentos e o valor recebido nos casos de resgate ou amortização somente serão entregues ao titular do certificado de depósito, contra apresentação deste;
- o nome e a qualificação do depositante;
- o preço do depósito cobrado pelo banco, se devido na entrega das ações depositadas;
- o lugar da entrega do objeto do depósito.

Após a emissão do certificado de depósito, as ações depositadas, seus rendimentos e o valor de resgate ou de amortização não poderão ser objeto de penhora, arresto, sequestro, busca ou apreensão, ou qualquer outro embaraço que impeça sua entrega ao titular do certificado. Agora, o certificado poderá ser objeto de penhora ou de qualquer medida cautelar de constrição por obrigação de seu titular.

16.13Liquidação antecipada

São formas de liquidação antecipada:

- amortização;
- resgate; e
- reembolso.

Genérica e sinteticamente, a *amortização* consiste na antecipação aos acionistas, mediante a utilização de fundos disponíveis, do valor das ações a que fariam jus, em caso de liquidação da companhia. Difere, pois, de *resgate*, que é o pagamento do valor nominal de ações retiradas de circulação pela companhia. Também não se confunde com *reembolso*, que é o pagamento do valor contábil, apurado em balanço, de ações aos acionistas dissidentes que se retiraram da companhia.

Resgate e *amortização* identificam-se porque encetados mediante a aplicação de lucros ou reservas; contudo, se no *resgate* desaparece o acionista, na *amortização* tal não ocorre, mantendo-se a condição de sócio.

Ambos, *resgate* e *reembolso*, culminam com a saída do acionista da companhia, mas, no primeiro caso, por iniciativa da sociedade, enquanto, no segundo, por recesso do próprio acionista.

16.13.1Amortização

Amortizar é antecipar o pagamento. Amortização não significa redução do capital social, porque não é este que se antecipa aos acionistas, mas as reservas extras acumuladas pela sociedade, em fundo extraordinário.

A amortização, que pode ser integral ou parcial e abranger todas as classes de ações ou só uma delas, ocorre quando a sociedade, usando fundos disponíveis, distribui dinheiro a todos ou alguns de seus acionistas, segundo o valor que teriam a receber em caso de liquidação. Fundos disponíveis são os decorrentes de lucros líquidos e não se confundem com fundos de reserva.

Todavia, as ações amortizadas ainda poderão concorrer ao acervo líquido da companhia, em caso de liquidação, desde que depois de assegurado às ações não amortizadas valor idêntico ao da amortização, devidamente atualizado.

O estatuto pode prever ou a Assembleia-Geral extraordinária pode autorizar a aplicação de lucros ou reservas no resgate ou na amortização de ações, indicando as condições e o procedimento operacional pertinente.

A LSA prevê, no art. 44, § 5º, a possibilidade de substituição das ações inteiramente amortizadas por ações de fruição. É que estas, porque amortizadas, já não representam participação no capital social, mas títulos de mero desfrute de alguns dos atributos sociais, como uma qualidade inerente ao ex-detentor de ações ordinárias ou preferenciais. Essa circunstância encontra-se bem esclarecida nos comentários de Philomeno José da Costa (*49 : 266*):

> "Antes da substituição da ação ordinária ou da ação preferencial por ação de fruição o titular respectivo era detentor de direitos outorgados pelo estatuto social inclusive aquele de receber de volta o quinhão no patrimônio social correspondente à ação, em caso de liquidação da anônima ou de sua retirada. Depois da substituição ele permanece com a sua qualidade, apenas não podendo receber de volta outra vez a sua participação de início no capital social. Esclarecendo-se por fim a circunstância, o acionista continua como dono de ação

de fruição-ordinária ou de ação de fruição-preferencial, conforme aquela substituída era respectivamente ordinária ou preferencial."

O resgate e a amortização que não abrangerem a totalidade das ações de uma mesma classe serão feitos mediante o democrático sistema de sorteio; sorteadas ações custodiadas nos termos do art. 41 da LSA, a instituição financeira especificará, mediante rateio, as resgatadas ou amortizadas, se outra forma não estiver prevista no contrato de custódia.

16.13.2Resgate

Resgatar é pagar, remir. O resgate (*redemption*) consiste no pagamento do valor das ações, pela companhia, retirando-as de circulação. Nesse caso, será atribuído novo valor nominal às ações que remanescerem, se elas tiverem valor nominal.

Modalidade excepcional, em que a companhia negocia com suas próprias ações, a emissão de ações resgatáveis pode ser prevista no estatuto da sociedade anônima com ações preferenciais (art. 19 da LSA). As condições de resgate, nesse caso, deverão estar expressas no ato constitutivo. Sua alteração precisará ser aprovada ou ratificada por titulares da metade, no mínimo, da classe das ações preferenciais com direito de voto, em assembleia especial, se maior *quorum* não for estabelecido no estatuto.

É irretocável a lição de Osmar Brina Corrêa Lima (*86 : 15*):

"Em suma, o acionista-preferencial é, normalmente, visto como um *outsider*, útil como credor-investidor, mas potencialmente perigoso como sócio, e supostamente não identificado com os fins últimos da empresa. Nesse contexto, o resgate se apresenta como uma medida útil para a ruptura do tênue liame que liga o acionista-preferencial à companhia, quando conveniente. Assim, as ações preferenciais poderão ser criadas como resgatáveis pela companhia, como forma de autofinanciamento de capital de giro via mercado de capitais de risco, com a conveniência de fácil dispensa desse financiamento quando alteradas as condições de mercado, ou as condições financeiras da própria companhia."

16.13.3Reembolso

Reembolso significa recolocar no bolso, reaver, receber de volta. O reembolso é a operação pela qual, nos casos previstos em lei, a companhia paga ou ressarce aos acionistas dissidentes de deliberação da Assembleia-Geral, por ocasião de seu recesso, o valor de suas ações.

Ao estatuto é garantido dispor sobre o valor de reembolso, que, entretanto, deve observar como piso o valor patrimonial líquido das ações, de acordo com o último balanço.

Com o objetivo de preservar a atualidade do valor do reembolso, o acionista dissidente poderá postular o levantamento de balanço específico, *de determinação*, quando entre a data da solicitação de reembolso e a do último balanço aprovado tiver decorrido prazo superior a 60 dias. Nesse caso, a companhia deverá pagar, imediatamente, 80% do valor do reembolso fixado conforme o último balanço aprovado, complementando a diferença no prazo de 120 dias contado da deliberação da Assembleia-Geral que aprovar o balanço específico.

Contudo, se o valor do reembolso está fixado no estatuto e, por isso, de prévio conhecimento do dissidente (ou quando subscreveu, ou quando adquiriu as ações), não há porque discutir o valor da parcela, já que estipulação originária se fez, como salvaguarda do patrimônio social contra eventual descapitalização resultante de dissidências. Apropriada, nesse sentido, a preleção de Tullio Ascarelli (*8 : 403*):

> "Nessa hipótese, a sociedade e o sócio, consensual e conscientemente, fixaram e aceitaram um determinado valor de reembolso; o funcionamento sucessivo da empresa pode tornar esse valor inferior ou superior ao valor real, mas esse é um risco que ambas as partes conscientemente aceitaram. Não há motivo para se dar ao sócio que se retira (assim como não haveria motivo para dá-la à sociedade) a possibilidade de fugir ao aceite."

Assim sendo, parece-nos que a prefixação estatutária do valor do reembolso traduz a aceitação prévia do acionista que, posteriormente, intenta romper o vínculo societário, até porque o simples balanço social expressivo da realidade patrimonial da companhia afasta a tese da depreciação que poderia socorrer o dissidente em busca de um balanço especial de determinação.

De outra parte, se o estatuto determinar que deve ser promovida a avaliação da ação para efeito de reembolso, o valor será o determinado por três peritos ou empresa especializada escolhidos pela Assembleia-Geral, mediante indicação em lista sêxtupla ou tríplice, respectivamente, pelo Conselho de Administração ou, se não houver, pela Diretoria.

O capital social considerar-se-á reduzido em quantia correspondente à utilizada para o reembolso quando tenha corrido à sua conta aquele pagamento, e as ações não tiverem sido alienadas no prazo de 120 dias, a contar da publicação da ata da assembleia que deliberou a operação.

O art. 45, §§ 7º e 8º, da LSA traz duas regras sobre a superveniência de falência da companhia, intentando assegurar tratamento paritário aos acionistas cujas ações tenham sido reembolsadas:

- com a falência superveniente da sociedade, os acionistas dissidentes, credores pelo reembolso de suas ações, serão classificados como quirografários em quadro separado, e os rateios que lhes couberem serão imputados no pagamento dos créditos constituídos anteriormente à data da publicação da ata da assembleia. As quantias assim atribuídas aos créditos mais antigos não se deduzirão dos créditos dos ex-acionistas, que subsistirão integralmente para serem satisfeitos pelos bens da massa, depois de pagos os primeiros;
- se, na data da falência, já se houver reembolsado, à conta do capital social, os ex-acionistas, estes não tiverem sido substituídos e a massa não bastar para o pagamento dos créditos mais antigos, caberá ação revocatória para restituição do reembolso pago com redução do capital social, até a concorrência do que remanescer dessa parte do passivo.

16.14Negociação em mercado

A negociação primária opera-se por meio do lançamento público de ações, devidamente registrado na CVM e com a intermediação obrigatória das instituições integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários. No caso, o investidor subscreve as ações, revertendo o produto dessa subscrição para a companhia.

Como já visto, à CVM incumbe a análise de pedido de registro de distribuição pública de valores mobiliários. No caso de valores emitidos por sociedades controladas direta ou indiretamente por estados, municípios e pelo Distrito Federal, ouvirá, previamente, o Banco Central quanto ao atendimento às disposições das Resoluções do Senado Federal sobre endividamento público.

Quanto à colocação no mercado secundário, as ações são negociadas pelas Bolsas de Valores ou no mercado de balcão. Nos demais casos, essas operações, a juízo do investidor, podem ser realizadas a vista, a termo, a futuro ou no mercado de opções. O prazo para liquidação física e financeira das operações realizadas em Bolsas de Valores, por meio de seus sistemas de pregões, em todos os mercados que operarem, é até o segundo dia subsequente ao do fechamento da operação.

[1] RABUT, Albert (*131 : 29*), explica que "*traditionnellement l'expression valeurs mobilières désigne des titres emis par les societés de capitaux et pouvant se transmettre selon les procédés du droit commercial que sont la tradition (c'est-à-dire la remise de la main à la main) pour les titres au porteur, ou le transfert (inscription sur les registres de la personne morale émettrice) pour les titres nominatifs*". RIPERT, Georges, ROBLOT, Renè (*135, v. 2 : 7*), caracterizam os valores mobiliários pela natureza do direito que representam. "*Ce droit est un droit d'associé ou de prêteur, c'est-à-dire, un droit susceptible de procurer un revenu à son titulaire.*" Mais adiante, destacam a negociabilidade, encarecendo que se definem pela mobilidade.

[2] Para BULGARELLI, Waldirio (*24 : 121*), citando Lehman, a ação tem sua origem na palavra holandesa *aktie* e surgiu em 1606, com o sentido de pretensão judicial ao dividendo.

[3] Cf. SANTOS, Teóphilo de Azeredo (*145 : 484*).

[4] Mesmo no caso de emissão de ações sem valor nominal, o capital social deverá ser expresso no estatuto da companhia.

[5] BIMBATO, José Mário (*16 : 81*).

[6] Cf. BULGARELLI, Waldirio (*24 : 126*).

[7] VALVERDE, Trajano de Miranda (*158, v. 2 : 569*).

[8] Cf. COELHO, José Washington (*39 : 40*), a eliminação do valor nominal como ponto de referência "não significa o 'abre-te sézamo' para encontro da fórmula capaz de permitir estampar na face ostensiva da ação a expressão correta e precisa de seu valor. O valor atribuído pelos fundadores ou pela assembleia poderá ser até menos expressivo da realidade que a ação representa".

[9] Exposição de motivos da LSA.

[10] Cf. MOTTA, Nelson Cândido (*111 : 32*), "a expressão *classe*, segundo os léxicos, designa uma divisão, uma ordem, uma distribuição dentro de uma série de dois ou mais grupos, cada um deles com características próprias e distintas. A noção de*classe é* indissociável da de classificação, que significa, exatamente, a ação de *dividir* ***ou*** *distribuir por classes*, ou seja, por uma pluralidade de grupos ou categorias. *Espécies* são, pois, unicamente aquelas que a lei enumera e define. As *classes* não. Elas serão tantas quantas a *sociedade* queira criar, por ato próprio. Constituem, portanto, *espécie* e *classe*, categorias distintas e inconfundíveis.

Como não se pode presumir que o legislador tenha empregado a expressão *classe* com sentido diverso daquele que lhe é emprestado na sua acepção correta – gramatical ou técnica –, o texto legal há de ser entendido tal como foi formulado, atribuindo-se a cada palavra o seu próprio e exato significado, especialmente quando esse significado é o que melhor se harmoniza com a interpretação sistemática, lógica e teleológica da regra legal, conforme adiante se demonstrará. Tendo em conta, pois, a exata acepção do vocábulo *'classe'* e diante do claro e preciso enunciado da lei, não há como confundir-se e equiparar-se, mediante inadmissível exercício de analogia, *classe* de ações e *espécie* de ações".

[11] Sobre a distinção entre acionistas ordinários e acionistas preferenciais, anota Philomeno José da Costa que "existe aí a consagração da distinção econômica entre 'acionistas empresários' e 'acionistas poupantes' (ou investidores), como observa, por exemplo, Gian Franco Campobasso ('Le Azioni di Risparmio nel Progetto di Riforma delle Società Commerciali' na 'Banca, Borsa e Titoli di Credito',

1969, parte I, pág. 69, nota I). Cf. Giancarlo Frè, 'Società per Azioni' ('Comentários de Scialoja & Branca'), 1.951, p. 171-172. As vicissitudes capitalistas elaboraram o protótipo do participante na anônima de capital aberto ao público, que não se interessa pela sua direção; interessa--se sobretudo pela frutificação do seu dinheiro aplicado na sociedade. Trata-se de uma espécie da chamada 'propriedade passiva', a que alude Adolf Berle Jr., conforme se pode observar em Diego Corapi ('La Riforma della Società per Azioni e la Proprietà Passiva' dell Azionista, na 'Rivista del Diritto Commerciale', 1996, I/28); é propriedade passiva, visto como a titularidade do direito existe sem a preocupação de um comportamento ativo na coisa, que é no caso a companhia como ente produtor de lucros" (*RT* 478/38).

[12] ALONSO, Felix Ruiz (*3 : 167*).

[13] Expressão utilizada por COSTA, Philomeno José da (*49 : 345*).

[14] A Instrução CVM 56/86, alterada pela 79/88, dispõe sobre padronização de certificado de ações.

17

Partes Beneficiárias



17.1Noção

As partes beneficiárias são títulos negociáveis, sem valor nominal e alheios ao capital social, que garantem a seus titulares direito de participação eventual não superior a 1/10 dos lucros anuais da companhia. Seus titulares não possuem os direitos dos acionistas, exceto o de fiscalização dos atos administrativos.

Seu fato gerador é a deliberação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto, se maior *quorum* não for exigido pelo estatuto da companhia cujas ações não estejam admitidas à negociação em Bolsa ou no mercado de balcão.

É proibida a criação de mais de uma classe ou série de partes beneficiárias.

As partes beneficiárias poderão ser alienadas pela companhia, nas condições determinadas pelo estatuto ou pela Assembleia-Geral, ou atribuídas a fundadores, acionistas ou terceiros, como remuneração de serviços prestados à companhia.

A Lei nº 10.303/01 alterou o parágrafo único do art. 47 da LSA. Antes, as companhias abertas só podiam criar partes beneficiárias para alienação onerosa, ou para atribuição gratuita a entidades beneficentes de seus empregados. Não podem mais fazê-lo nem nesses casos. Companhias abertas estão proibidas de emitir aqueles valores.

O prazo de duração das partes beneficiárias é o estabelecido no estatuto e, sempre que estipular resgate ou conversão em ações, deverá também prever a criação de reserva especial para esse fim. Já no caso das partes beneficiárias atribuídas gratuitamente, seu prazo de duração é de, no máximo, 10 anos. A exceção fica por conta daquelas destinadas a sociedades ou fundações beneficentes dos empregados da companhia.

No caso de liquidação da companhia, solvido o passivo exigível, os titulares das partes beneficiárias terão direito de preferência sobre o que restar do ativo até a importância da reserva para resgate ou conversão.

17.2Requisitos indispensáveis

Os certificados representativos das partes beneficiárias conterão:

- o nome *parte beneficiária*;
- a denominação da companhia, sua sede e prazo de duração;
- o valor do capital social, a data do ato que o fixou e o número de ações em que se divide;
- o número de partes beneficiárias criadas pela companhia e o respectivo número de ordem;
- os direitos que lhes são atribuídos pelo estatuto, o prazo de duração e as condições de resgate, se houver;
- a data da constituição da companhia e do arquivamento e publicação de seus atos constitutivos;
- o nome do beneficiário;
- a data da emissão do certificado e as assinaturas de dois diretores.

17.3Forma, vantagem e negociação

As partes beneficiárias serão nominativas e registradas em livros próprios, mantidos pela companhia, nada impedindo que sejam objeto de depósito, com emissão de certificado.

A reforma do estatuto que modificar ou reduzir as vantagens conferidas às partes beneficiárias só terá eficácia se aprovada pela metade, no mínimo, de seus titulares, reunidos em Assembleia-Geral especial.

Cada parte beneficiária dá direito a um voto, não podendo a companhia votar com os títulos que possuir em tesouraria.

A emissão de partes beneficiárias poderá ser feita com a nomeação de agente fiduciário de seus titulares.

O estatuto fixará o prazo de duração das partes beneficiárias. O prazo de duração das Partes Beneficiárias atribuídas gratuitamente, salvo as destinadas a sociedades ou fundações beneficentes dos empregados da companhia, não poderá ultrapassar 10 anos.

Sua rentabilidade consiste na participação dos lucros anuais da companhia. Essa participação fica limitada a 1/10 dos lucros que

remanescerem depois de deduzidas as participações de empregados e administradores, sendo o resgate uma característica eventual.

Quanto à colocação e negociação, registrem-se as seguintes regras:

- aplicam-se, no que couber, as regras relativas a "ações", quanto ao certificado, à propriedade e à circulação, e, ainda, quanto à constituição de direitos e outros ônus;
- poderão ser conversíveis em ações, se assim for previsto no estatuto. Essa conversão depende de deliberação da Assembleia-Geral ou do Conselho de Administração e importará em aumento de capital;
- a CVM, previamente à análise de pedido de registro de distribuição pública de valores mobiliários por sociedades controladas direta ou indiretamente por estados, municípios e pelo Distrito Federal, ouvirá o Banco Central quanto ao atendimento às disposições das Resoluções do Senado Federal sobre endividamento público.

O titular de certificado de partes beneficiárias perdido ou extraviado poderá, justificando a propriedade e a perda ou extravio, promover, na forma de lei processual, o procedimento de anulação e substituição, para obter a expedição de novo certificado.

Não consta do texto legal/regulamentar qualquer previsão de procedimento específico para liquidação antecipada ou rescisão de contrato.

18

Debêntures



18.1Noção

Ao dizer que a companhia poderá emitir debêntures que conferirão a seus titulares direito de crédito contra ela, nas condições constantes da escritura de emissão e do certificado, a LSA diz muito, mas não diz tudo.

Com efeito, as debêntures são títulos nominativos representativos de empréstimo público contratado pela companhia. São autênticos títulos de crédito (títulos executivos extrajudiciais), à medida que gozam dos atributos de autonomia e literalidade, conferindo direito de crédito contra a companhia. São títulos de dívida criados pela companhia.

Conforme o magistério de Nelson Eizirik,

> "da função econômica da debênture, que é a de servir como instrumento de financiamento da companhia emissora, decorre a sua caracterização, praticamente consensual na doutrina, como um contrato de mútuo mercantil. Trata-se, na realidade, de um mútuo de natureza especial, uma vez que a quantia mutuada é dividida em frações, correspondentes ao número de debêntures subscritas. Cada debênture constitui um documento de legitimação, mediante o qual o debenturista pode exercer seu direito de crédito frente à companhia emissora".[1]

Debêntures são títulos de massa, emitidos pelas sociedades por ações que asseguram, a seu titular, um direito de crédito contra a companhia, nas condições constantes da escritura de emissões e do certificado. Criados em séries uniformes, pelas sociedades anônimas ou em comandita por ações, garantem aos compradores remuneração certa em prazos definidos, sendo representativos de empréstimos amortizáveis, contraídos a longo prazo mediante garantia de todo o ativo da sociedade, especialmente, porém não necessariamente, abonados por garantias reais.

As debêntures são, pois, títulos de créditos causais, representativos de frações de mútuo, com privilégio geral sobre os bens sociais ou garantia real sobre determinados bens, e podem:

•conter cláusula de correção monetária;
•assegurar juros fixos ou variáveis;
•conferir participação nos lucros da companhia;
•atribuir prêmio de reembolso; e
•ser convertidas em ações.

18.2Requisitos indispensáveis

•denominação, sede, prazo de duração e objeto da companhia;
•data da constituição da companhia e do arquivamento e publicação de seus atos constitutivos;
•data da publicação da ata da Assembleia-Geral que deliberou sobre a emissão;
•data e ofício do registro de imóveis em que foi inscrita a emissão;
•denominação *debênture* e a indicação de sua espécie, pelas palavras, com garantia real, com garantia flutuante, sem preferência ou subordinada;
•designação da emissão e da série;
•número de ordem;
•valor nominal e cláusula de correção monetária e, se houver, condições de vencimento, amortização, resgate, juros, participação no lucro ou prêmio de reembolso, e época em que serão devidos;
•condições de conversibilidade em ações, se for o caso;
•o nome do debenturista;
•o nome do agente fiduciário dos debenturistas, se houver;
•a data da emissão do certificado e a assinatura de dois diretores da companhia (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997);
•a autenticação do agente fiduciário, se for o caso (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997).

18.3Direitos

Waldemar Martins Ferreira (*66, v. 9 : 335*) relaciona os seguintes direitos individuais dos debenturistas:

•o recebimento dos ju ros;
•o reembolso do valor nomi nal da debênture pelo vencimento, antecipado ou normal, do prazo do empréstimo;

•a transferência de sua propriedade;
•a prática de atos conservatórios de direito a ela inerentes ou dela decorrentes;
•ingresso e coparticipação nas Assem bleias-Gerais dos debenturistas;
•pro positura da ação executiva das debên tures vencidas; e
•pedido de falência no caso de mora.

A debênture poderá assegurar a seu titular juros, fixos ou variáveis, participação nos lucros da companhia e prêmio de reembolso.

18.4Conversibilidade

Também poderá ser conversível em ações, nas condições constantes da escritura de emissão, que especificará:

•as bases da conversão, seja em número de ações em que poderá ser convertida cada debênture, seja como relação entre o valor nominal da debênture e o preço de emissão das ações;
•a espécie e a classe das ações em que poderá ser convertida;
•o prazo ou época para o exercício do direito à conversão;
•as demais condições a que a conversão acaso fique sujeita.

Os acionistas terão direito de preferência para subscrever a emissão de debêntures com cláusula de conversibilidade em ações, observado o disposto nos arts. 171 e 172 da LSA.

Enquanto puder ser exercido o direito à conversão, dependerá de prévia aprovação dos debenturistas, em Assembleia Especial, ou de seu agente fiduciário a alteração do estatuto para:

•mudar o objeto da companhia;
•criar ações preferenciais ou modificar as vantagens das existentes, em prejuízo das ações em que são conversíveis as debêntures.

Em relação à garantia oferecida pela companhia emitente, dispõe o art. 58 da LSA que as debêntures poderão ter garantia (real ou flutuante), não gozar de preferência ou serem subordinadas aos demais credores da companhia. Diz também que aludidas garantias podem ser cumulativas.

As debêntures podem ser: simples ou conversíveis em ações. A conversão se fará conforme as condições constantes da escritura de emissão. Nesta deverão estar previstas as bases da conversão, seja quanto ao número de ações equivalente à cada debênture, seja com relação entre o valor nominal da debênture e o preço de emissão das ações. Também a espécie e a classe das ações em que poderá ser convertida e o prazo para o exercício do direito à conversão devem ser estipulados.

Não custa lembrar que os acionistas têm o direito de preferência para a subscrição de debêntures conversíveis em ações.

No período de vigência do direito à conversão, eventual alteração estatutária que implique na mudança do objeto social ou criação de ações preferenciais ou, ainda, na modificação das vantagens das preferenciais existentes em prejuízo das ações em que são conversíveis as debêntures, dependerá de prévia aprovação da Assembleia Especial dos debenturistas ou de seu agente fiduciário.

18.5Forma

As debêntures podem ser nominativas e escriturais, sendo transmissíveis somente por endosso em preto.

As debêntures quirografárias estão equiparadas às debêntures subordinadas, de tal arte que a opção é do emissor, segundo os parâmetros de conveniência na implementação destas ou daquelas.

Poderão, conforme dispuser a escritura de emissão, ter *garantia real* ou *garantia flutuante*, não gozar de preferência ou ser subordinadas aos demais credores da companhia. Nada impede que as garantias sejam constituídas cumulativamente.

Significa dizer que há quatro tipos de debêntures:

- com garantia real;
- com garantia flutuante;
- quirografária ou debênture comum; e
- sub quirografária ou subordinada.

A garantia flutuante assegura à debênture privilégio geral sobre o ativo da companhia, mas não impede a negociação dos bens que compõem esse ativo.

As debêntures com garantia flutuante de nova emissão são preferidas às de emissão ou emissões anteriores, e a prioridade estabelece-se pela data da inscrição da escritura de emissão; contudo, dentro da mesma emissão, as séries concorrem em igualdade.

A garantia real é representada por bens do ativo da sociedade emitente, devidamente registrados para esse fim, enquanto a garantia flutuante também é representada por bens do ativo da sociedade, porém com prescrição de rotatividade daqueles bens.

A debênture que não gozar de garantia poderá conter cláusula de subordinação aos credores quirografários, preferindo apenas os acionistas no ativo remanescente, se houver, em caso de liquidação da companhia.

A obrigação de não alienar ou onerar bem imóvel ou outro bem sujeito a registro de propriedade, assumida pela companhia na escritura de emissão, é oponível a terceiros, desde que averbada no competente registro.

As debêntures emitidas por companhia integrante de grupo de sociedades poderão ter garantia flutuante do ativo de duas ou mais sociedades do grupo.

A escritura de debênture poderá assegurar ao debenturista a opção de escolher entre resgate em moeda ou resgate em bens devidamente avaliados, para percepção do pagamento do principal e acessórios, no vencimento, amortização ou resgate.

Enfim, o art. 74 da LSA admite as *debêntures escriturais*, ao dispor que

> "a companhia emissora fará, nos livros próprios, as anotações referentes à extinção das debêntures, e manterá arquivados, pelo prazo de 5 (cinco) anos, juntamente com os documentos relativos à extinção, os certificados cancelados ou os recibos dos titulares das contas das debêntures escriturais".[2]

18.6Prazos

O prazo mínimo é de um ano para as debêntures não conversíveis e de três anos para as debêntures conversíveis. Inexiste fixação de prazo máximo, salvo quando se destinarem a financiamento de capital de giro, em que o prazo máximo é de cinco anos.

18.7Instituições financeiras[3]

A emissão de debêntures para subscrição pública depende de prévia autorização da CVM. É vedado às instituições financeiras emitir debêntures – exceto as que não recebem depósitos – e partes beneficiárias.

As instituições financeiras e demais entidades autorizadas pelo Banco Central a financiar, somente poderão subscrever, adquirir ou intermediar debêntures destinadas à subscrição pública, com exceção das debêntures conversíveis em ações, decorrentes do exercício do direito de preferência.

18.8Emissão

Sem prejuízo do que for estipulado no estatuto, insere-se na competência da Assembleia-Geral a emissão de debêntures. A deliberação deverá fixar (art. 59 da LSA):

•o valor da emissão ou os critérios de determinação de seu limite e sua divisão em séries, se for o caso;
•o número e o valor nominal das debêntures;
•as garantias reais ou a garantia flutuante, se houver;
•as condições de correção monetária, se houver;
•a conversibilidade ou não em ações e as condições a serem observadas na conversão;
•a época e as condições de vencimento, amortização ou resgate;
•a época e as condições do pagamento dos juros, da participação nos lucros e do prêmio de reembolso, se houver;
•o modo de subscrição ou colocação e o tipo das debêntures.

Na companhia aberta, a Assembleia-Geral pode delegar ao Conselho de Administração a deliberação sobre as condições de vencimento, amortização, resgate, pagamento dos juros, participação nos lucros, prêmio de reembolso, modo de subscrição, tipo das debêntures e sobre a oportunidade da emissão.

Incumbe ao Conselho de Administração explicitar o limite do aumento de capital resultante da conversão das debêntures, bem como as espécies e classes das ações que poderão ser emitidas.

Na companhia aberta, o Conselho de Administração pode deliberar sobre a emissão de debêntures não convertidas em ações, salvo disposição estatutária em contrário (art. 59, § 1º, da LSA). A ata da deliberação deverá ser arquivada no Registro de Empresas.

A inscrição da escritura de emissão de debêntures não se processa mais perante o registro imobiliário, mas no registro empresarial, em livro próprio onde devem ser anotadas as condições essenciais de cada emissão.

A escritura de emissão de debêntures, que poderá se concretizar em instrumento público ou particular, terá obrigatoriamente a intervenção de *agente fiduciário* dos debenturistas, e dela constarão os direitos conferidos pelas debêntures e suas garantias.

Para a emissão são imprescindíveis:

•o arquivamento, no Registro de Empresas Mercantis, da ata da Assembleia-Geral que deliberou sobre a emissão;
•a publicação daquela ata;
•a inscrição da escritura de emissão no Registro de Empresas Mercantis;
•a constituição das garantias reais, se for o caso.

A companhia poderá efetuar mais de uma emissão de debêntures, e cada emissão pode ser dividida em séries, devendo os títulos da mesma

série ostentar igual valor nominal e conferir a seus titulares os mesmos direitos.

Pode uma companhia brasileira emitir debêntures no estrangeiro?

Sim. Desde que obtenham prévia aprovação do Banco Central, as companhias brasileiras poderão emitir debêntures no exterior com garantia real ou flutuante de bens situados no país. Sua negociação no mercado de capitais brasileiro depende de autorização da CVM.

Nessa circunstância, os credores por obrigações contraídas no Brasil terão preferência sobre os créditos por debêntures emitidas no Exterior por companhias estrangeiras autorizadas a funcionar no país, salvo se a emissão tiver sido previamente autorizada pelo Banco Central do Brasil e seu produto aplicado em estabelecimento situado no território nacional.

Na emissão de debêntures no estrangeiro, a lei exige que, além da escritura, sejam inscritos no Registro de Imóveis do local da sede ou do estabelecimento todos os documentos exigidos pelas leis do lugar da emissão, devidamente autenticados de acordo com a lei aplicável, legalizados pelo consulado brasileiro no exterior e acompanhados de tradução oficial.

No caso de companhia estrangeira, são necessários:

- o arquivamento no Registro de Empresas; e
- a publicação do ato que, de acordo com o estatuto social e a lei do local da sede, tenha autorizado a emissão.

A negociação de debêntures emitidas no estrangeiro no mercado de capitais do Brasil depende de prévia autorização da CVM.

A debênture terá valor nominal expresso em dinheiro nacional, salvo nos casos de obrigação que, excepcionalmente, possa ter estipulação de pagamento em moeda estrangeira.

Quanto ao vencimento, este deverá constar da escritura de emissão e do certificado, podendo a companhia;

- estipular amortizações parciais de cada série;
- criar fundos de amortização; e
- reservar-se o direito de resgate antecipado, parcial ou total, dos títulos da mesma série.

A amortização de debêntures da mesma série que não tenham vencimentos anuais distintos, assim como o resgate parcial, deverão ser feitos mediante sorteio ou, se as debêntures estiverem cotadas por preço inferior ao valor nominal, por compra em Bolsa.

É facultado à companhia adquirir debêntures de sua emissão, desde que por valor igual ou inferior ao nominal, devendo o fato constar do relatório

da administração e das demonstrações financeiras. Por valor superior ao nominal, uma vez observadas as regras da CVM.

A companhia poderá emitir debêntures cujo vencimento somente ocorra nos casos de inadimplemento da obrigação de pagar juros e dissolução da companhia, ou de outras condições previstas no título.

18.9Certificados

Os certificados das debêntures conterão:

- a denominação, sede, prazo de duração e objeto da companhia;
- a data da constituição da companhia e do arquivamento e publicação de seus atos constitutivos;
- a data da publicação da ata da Assembleia-Geral que deliberou sobre a emissão;
- a data e ofício do Registro de Imóveis em que foi inscrita a emissão;
- a denominação "debênture" e a indicação de sua espécie, pelas palavras "com garantia real", "com garantia flutuante", "sem preferência" ou "subordinada";
- a designação da emissão e da série;
- o número de ordem;
- o valor nominal e a cláusula de correção monetária, se houver, as condições de vencimento, amortização, resgate, juros, participação no lucro ou prêmio de reembolso e a época em que serão devidos;
- as condições de conversibilidade em ações, se for o caso;
- o nome do debenturista;
- o nome do agente fiduciário dos debenturistas, se houver;
- a data da emissão do certificado e a assinatura de dois diretores da companhia;
- a autenticação do agente fiduciário, se for o caso.

A companhia poderá emitir certificados de múltiplos de debêntures e, provisoriamente, cautelas que as representem. Nas condições previstas na escritura de emissão com nomeação de agente fiduciário, os certificados poderão ser substituídos, desdobrados ou grupados.

18.10Rentabilidade[4]

As debêntures podem ter por remuneração:

- taxa de juros prefixada;

•Taxa Referencial (TR) ou Taxa Básica Financeira (TBF), observado o prazo mínimo de quatro meses para vencimento ou período de repactuação;

•taxa de juros flutuantes, observado o prazo mínimo de 120 dias para vencimento ou período de repactuação, admitindo-se que os intervalos de reajuste da taxa utilizada como referencial ocorram em prazo não inferior a 30 dias. A taxa deve ser regularmente calculada e baseia-se em operações contratadas a taxas de mercado prefixadas, com prazo não inferior ao período de reajuste estipulado contratualmente;

• taxa de juros fixa e cláusula de atualização com base em índices de preços, atendido o prazo mínimo de um ano para vencimento ou período de repactuação. O índice de preços deve ter série regularmente calculada e ser de conhecimento público. A periodicidade de aplicação da cláusula de atualização não pode ser inferior a um ano. O pagamento correspondente à atualização somente pode ocorrer por ocasião do vencimento ou repactuação das debêntures.

É proibida a estipulação contratual de mais de uma base de remuneração ou mais de um índice de preços, exceto na hipótese de extinção daquela estabelecida. Também é vedada a emissão de debêntures com cláusula de variação cambial.

Ainda, veda-se a emissão de debêntures por sociedades de *leasing* e por companhias hipotecárias, com base em taxa de juros fixa e cláusula de atualização estabelecida em índice de preços. Assim também se coíbe às demais sociedades anônimas o estabelecimento de remuneração com base na TR ou TBF.

Devem ser observados períodos mínimos de 30 dias para o pagamento de rendimentos das debêntures.

O prêmio das debêntures somente pode ser pago com observância do prazo mínimo de quatro meses da data de emissão, obedecido idêntico prazo entre pagamentos, não podendo ter como base índice de preços, a TR, a TBF ou qualquer referencial baseado em taxa de juros.

18.11Negociação

Para fins de negociação, as debêntures são registradas no Sistema Nacional de Debêntures (SND) operacionalizado pela Cetip.[5] O SND destina-se, além do registro por parte do emissor, representado por um banco mandatário, ao processamento das operações de compra e venda,

transferência à respectiva liquidação financeira, quando cabível. As emissões primárias são registradas no Sistema de Distribuição de Títulos (SDT) e transferidas automaticamente para o SND.

Qualquer sociedade por ações, com exceção das instituições financeiras que recebem depósito, pode emitir debêntures. As debêntures emitidas só poderão ser ofertadas publicamente e/ou transacionadas no mercado quando a sociedade emissora possuir a condição de *companhia aberta*.

Por outro lado, existem emissões privadas de debêntures, não registradas na CVM, e que independem da condição de companhia aberta por parte da sociedade emissora. No que se refere às emissões públicas de debêntures, a CVM informa o mercado dos registros concedidos e todas as características e condições das debêntures e das respectivas emissões.

As sociedades intermediárias perceberão taxa de corretagem livremente pactuada com seus comitentes e as Bolsas de Valores estabelecerão os emolumentos devidos pela realização destas operações.

É vedada a negociação de debêntures na modalidade *operações compromissadas.*

18.12Liquidação antecipada

A companhia pode estipular amortizações de cada série e reservar-se o direito de resgate antecipado, parcial ou total, dos títulos da mesma série.

A amortização de debêntures de mesma série que não tenham vencimentos anuais distintos, assim como o resgate parcial, deverão ser feitos mediante sorteio ou, se as debêntures estiverem cotadas por preço inferior ao valor nominal, por compra em Bolsa.

É facultado, à companhia, adquirir debêntures de sua emissão, desde que por valor igual ou inferior ao nominal, devendo o fato constar no relatório da administração e das demonstrações financeiras. Também por valor superior ao nominal, desde que conforme as regras da CVM.

A companhia poderá emitir debêntures cujo vencimento somente ocorra nos casos de inadimplência da obrigação de pagar juros e dissolução da companhia ou de outras condições previstas no título.

No caso de inadimplência da companhia, o agente fiduciário pode declarar, observadas as condições da escritura de emissão, antecipadamente vencidas as debêntures e cobrados seu principal e acessórios.

18.13Cédula de debêntures[6]

É título mobiliário emitido por bancos de depósito, bancos de investimento, bancos de desenvolvimento e bancos múltiplos com carteira comercial, de investimento ou de desenvolvimento, lastreado em debêntures, com garantia própria, que confere a seus titulares direito de crédito contra o emitente, pelo valor nominal, e os juros nele estipulados.[7]

Seu certificado, quando emitido, conterá as seguintes declarações:

- nome da instituição financeira emitente e assinaturas de seus representantes;
- número de ordem, local e data da emissão;
- denominação *cédula de debêntures*;
- valor nominal e data do vencimento;
- juros, que poderão ser fixos ou variáveis, e épocas de seu pagamento;
- lugar do pagamento do principal e dos juros;
- identificação das debêntures – lastro, de seu valor e da garantia constituída;
- nome do agente fiduciário dos debenturistas;
- cláusula de correção monetária, se houver; e
- nome do titular.

Seu valor deverá ser igual ou inferior a 90% do valor de face das debêntures – lastro.[8]

Deve atender aos seguintes prazos,[9] observando-se que o período máximo deverá ser equivalente ao das debêntures empenhadas:

- mínimo de 60 dias, quando da modalidade prefixada;
- mínimo de 4 meses para vencimento ou período de repactuação, quando da modalidade pós-fixada por Taxa Referencial – TR ou Taxa Básica Financeira – TBF;
- mínimo de 120 (cento e vinte) dias para vencimento ou período de repactuação, quando prevista remuneração baseada em taxas de juros flutuantes;
- mínimo de um ano para o vencimento ou período de repactuação, quando prevista remuneração apoiada em taxas de juros fixas, com cláusula de atualização apoiada em índices de preços.

A cédula de debêntures deve ser registrada no SNA com o correspondente bloqueio das debêntures – lastros a qualquer espécie de negociação, para que possa:

- ser objeto de operações compromissadas;

•ser objeto de operações de intermediação praticadas pelas instituições financeiras e demais sociedades autorizadas a funcionar pelo Banco Central;
•integrar as respectivas carteiras e as relativas aos fundos administrados pelas referidas instituições; e
•integrar as carteiras das sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e entidades abertas e fechadas de previdência privada.

18.14Agente fiduciário

Aqui, convém examinar um pouco a figura do *agente fiduciário*, ou seja, aquele que representa os debenturistas, sob a fiscalização da CVM.

O agente fiduciário é nomeado e investido na escritura de emissão das debêntures, que também estabelecerá sua remuneração e condições para eventual substituição. Seu papel resume-se em proteger os direitos e interesses dos debenturistas, podendo usar de qualquer ação, sendo-lhe especialmente facultado, no caso de inadimplemento da companhia:

•declarar, observadas as condições da escritura de emissão, antecipadamente vencidas as debêntures e cobrar seu principal e acessórios;
•executar garantias reais, receber o produto da cobrança e aplicá-lo no pagamento, integral ou proporcional, dos debenturistas;
•requerer a falência da companhia emissora, se não existirem garantias reais;
•representar os debenturistas em processos de falência, recuperação, intervenção ou liquidação extrajudicial da companhia emissora, salvo deliberação em contrário da assembleia dos debenturistas;
•tomar qualquer providência necessária para que os debenturistas realizem seus créditos.

É claro que o agente fiduciário, como representante que é, responderá perante os debenturistas por eventuais prejuízos que lhes causar, a título de culpa ou dolo, no exercício de suas funções.

Os requisitos necessários para ser agente fiduciário são os mesmos exigidos para o exercício de cargo em órgão de administração da companhia, mas a CVM poderá estabelecer que, nas emissões de debêntures negociadas no mercado, o agente fiduciário, ou um dos agentes fiduciários, seja instituição financeira.

Por outro lado, não pode ser agente fiduciário:

•a pessoa que já exerça a função em outra emissão da mesma companhia, salvo quando autorizada pela CVM;

•instituição financeira coligada à companhia emissora ou à entidade que subscreva a emissão para distribuí-la no mercado, e qualquer sociedade por ela controlada;
•credor, por qualquer título, da sociedade emissora, ou sociedade por ele controlada;
•instituição financeira cujos administradores tenham interesse na companhia emissora;
•pessoa que, de qualquer outro modo, se coloque em situação de conflito de interesse pelo exercício da função.

18.15Assembleia dos debenturistas

Que vem a ser a assembleia dos debenturistas?

Ente vinculado aos interesses dos titulares de debêntures, a assembleia dos debenturistas não é órgão social da companhia emissora. Congrega os titulares de debêntures da mesma emissão ou série para deliberar sobre matéria de interesse da comunhão dos debenturistas. Pode ser convocada pelo agente fiduciário, pela companhia emissora, por debenturistas que representem 10%, no mínimo, dos títulos em circulação, e pela CVM.

A assembleia se instalará, em primeira convocação, com a presença de debenturistas que representem metade, no mínimo, das debêntures em circulação, e, em segunda convocação, com qualquer número. A escritura de emissão esta-belecerá a maioria necessária, que não será inferior à metade das debêntures em circulação, para aprovar modificação nas condições das debêntures. Nas deliberações, a cada debênture caberá um voto.

O agente fiduciário, se não teve a iniciativa de convocar a assembleia, a ela deverá comparecer e prestar aos debenturistas as informações que lhe forem solicitadas, até porque detém legitimidade para impugnar as decisões assembleares, se a deliberação acarretar dano a toda a categoria.

---

[1] *RT* 721/53.

[2] As debêntures escriturais podem ser registradas para negociação no SND, administrado pela Andima, cuja operacionalização está a cargo do Cetip.

[3] Res. 1.777/90 do BACEN.

[4] Res. 1.143/86 e Decisão Conjunta BC/CVM 003/96.

[5] O registro no Cetip ou em outro sistema de custódia e de liquidação autorizado pelo Banco Central é condição *sine qua non*para que possam:

- ser objeto de operações de intermediação praticadas pelas instituições financeiras e demais sociedades autorizadas a funcionar pelo Banco Central;
- integrar as respectivas carteiras e as relativas aos fundos administrados pelas referidas instituições; e
- integrar as carteiras das sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e entidades abertas e fechadas de previdência privada.

[6] As Cédulas de debêntures estão sujeitas a recolhimento compulsório/encaixe obrigatório. A exigibilidade deve ser cumprida pelos bancos múltiplos, bancos comerciais, bancos de investimento, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas e sociedades de crédito, bancos de financiamento e investimento, mediante vinculação, no Selic, de títulos de emissão do Tesouro Nacional ou do Banco Central, da carteira própria da instituição financeira, e não vinculados a compromissos de revenda e recolhimento em espécie.

[7] Circ. BC 1.967/91 e Res. CMN 2.099/94.

[8] Res. CMN 1.825/91.

[9] Res. CMN 1.825/91 e Decisão Conjunta BC/CVM 3/96.

19

Bônus de Subscrição



19.1Noção

Derivado de ações ou debêntures, o bônus de subscrição é título negociável, emitido pelas companhias de capital autorizado, conferindo a seus titulares, nas condições mencionadas no respectivo certificado, direito de subscrever ações do capital social. Pode ser vendido ou doado como vantagem aos subscritores de ações ou debêntures. Em poucas palavras, confere direito de preferência para futura subscrição acionária, donde o nome do título.

No que respeita à competência para deliberar sobre a emissão de bônus de subscrição, se o estatuto não a atribuir ao Conselho de Administração, a incum-birá à Assembleia-Geral.

Os bônus de subscrição serão alienados pela companhia ou por ela atribuídos, como vantagem adicional, aos subscritores de emissões de suas ações ou debêntures. Os acionistas da companhia gozarão de preferência para subscrever a emissão de bônus.

19.2Requisitos

Quanto à forma, os bônus de subscrição terão a forma nominativa e serão representados por certificados que deverão conter os seguintes requisitos:

- a denominação da companhia, sua sede e prazo de duração;
- o valor do capital social, a data do ato que o tiver fixado, o número de ações em que se divide e o valor nominal das ações, ou a declaração de que não têm valor nominal;
- se companhia com capital autorizado, o limite da autorização;
- o número de ações ordinárias e preferenciais, classes, vantagens e limitações a que estiverem sujeitas;

•a denominação *bônus de subscrição*;
•o número de ordem;
•o número, a espécie e a classe das ações que poderão ser subscritas, o preço de emissão ou os critérios para sua determinação;
•a época em que o direito de subscrição poderá ser exercido e a data do término do prazo para esse exercício;
•o nome do titular;
•a data da emissão do certificado e as assinaturas de dois diretores;

19.3Rentabilidade

Tal como as ações, os bônus de subscrição não oferecem rentabilidade determinada, constituindo-se em títulos de renda variável que conferem a seu titular o direito de subscrever ações do capital social da companhia emitente. A rentabilidade das ações decorre da participação do acionista nos resultados da companhia, da distribuição de dividendos, bonificações, ou pela venda, no mercado de bolsa ou de balcão, das ações possuídas ou subscritas e de seus direitos de subscrição. O titular do bônus pode, igualmente, negociá-lo.

19.4Negociação[1]

Os bônus de subscrição serão alienados pela companhia ou por ela atribuídos, como vantagem adicional, aos subscritores de suas ações ou debêntures, tendo seus acionistas direito de preferência para subscrever a emissão.

Quanto à sua liquidação antecipada, os bônus de subscrição observam o estabelecido na LSA para as ações.

---

[1] Art. 77 da Lei nº 6.404/76, Inst. CVM 79/88 e Dec. Conj. BC/CVM 4/96.

20

Nota Promissória – *Commercial Paper*



20.1Noção e requisitos

É título de crédito emitido pela companhia ou por sociedade limitada, para colocação pública, que confere a seu titular direito de crédito contra a emitente.

São seus requisitos:

- denominação *nota promissória*, inserta no próprio texto e expressa em idioma nacional;
- promessa pura e simples de pagar quantia determinada;
- época do pagamento;
- indicação do lugar em que se deve efetuar o pagamento;
- nome da pessoa a quem ou à ordem de quem deve ser paga;
- indicação da data e do lugar onde é passada; e
- assinatura de quem a passa.

O título deve ser integralizado no ato de sua emissão e subscrição, à vista e em moeda corrente.

A nota promissória em que se não indique a época do pagamento será considerada pagável a vista. Na falta de indicação especial, o local onde o título foi passado considera-se como sendo o lugar do pagamento. A nota promissória que não contenha indicação do local onde foi passada considera-se como tendo sido emitida no lugar designado ao lado do nome do subscritor.

O prazo de vencimento da nota promissória deve ser de, no máximo, 360 dias a contar da data de emissão (uma data de vencimento por série). Havendo previsão expressa no título, o emissor pode resgatá-la antecipadamente, o que implica sua extinção. Já o resgate parcial é efetivado mediante sorteio ou leilão.

O estatuto social da companhia emissora ou o contrato social (no caso da sociedade limitada) deverá dispor quanto à competência da deliberação da emissão de notas promissórias.

- registro da distribuição na CVM pela própria companhia ou por meio de instituição integrante do sistema de distribuição de valores mobiliários;
- publicação do anúncio de início de distribuição e colocação do prospecto à disposição dos investidores.

Trata-se de cambial nominativa, sendo sua circulação por endosso em preto, de mera transferência de titularidade (Art. 15 do Decreto nº 57.663/66), constando obrigatoriamente do endosso a cláusula "sem garantia".

As condições de remuneração e de atualização monetária, quando houver, constarão do ato deliberativo (autorização) da companhia ou sociedade limitada emissora e do prospecto a ser distribuído aos investidores.

A autorização devidamente registrada deve dispor sobre:

- o valor de emissão e sua divisão em séries, se for o caso;
- a quantidade e o valor nominal;
- as condições de remuneração e de atualização monetária, se houver;
- o prazo de vencimento;
- eventuais garantias;
- o local de pagamento;
- a designação das entidades administradoras de mercado organizado de negociação; e
- a contratação de prestação dos serviços de custódia e liquidação, conforme o caso.

Parte VI



Títulos de Crédito

21

Teoria Geral dos Títulos de Crédito



21.1Noção

Não são necessárias muitas palavras para a compreensão do significado socioeconômico do crédito, nas formações sociais ocidentais, fundadas na circulação de bens e valores.

Juridicamente, o crédito se traduz como o direito a uma prestação futura, fundado, essencialmente, na confiança e no prazo. Dilação temporal e boa-fé são seus referenciais. Exteriorizam-se sob a forma de documentos que, observadas determinadas características legais, representam e mobilizam esse direito, conferindo-lhe concreção, densificando-o. Observam duas diretrizes: a certeza do direito e a segurança da circulação.

É muito difícil construir uma definição capaz de circunscrever o título de crédito, com precisão, em todos os seus matizes, razão pela qual, da fecunda e incompleta variedade conceitual espalhada na literatura jurídica, apenas duas noções de título de crédito merecem relevo. A primeira, de Brunner, concebe o título de crédito como um documento "no qual se encontra incorporado um direito privado, para cujo exercício é indispensável a posse do próprio documento". A outra, mais moderna, de Cesare Vivante, aperfeiçoando aquela noção, vê no título de crédito "o documento necessário para exercer o direito literal e autônomo nele mencionado".

Sem a preocupação de formular uma conceituação original, preferimos externar suas principais características:

- o título de crédito é um documento (cártula);
- menciona uma ou mais obrigações literais e autônomas;
- habilita seu portador ao exercício concreto do crédito que menciona, em face dos signatários;
- representa e substitui valores, com a vantagem de ser negociável;
- é dotado de executividade.

Em regra, não importa a causa das obrigações mencionadas no título de crédito. Uma vez corporificadas no documento, transformam-se em obrigações cartulares, afastam-se de sua origem e conferem ao portador do título, um direito de crédito. Como exemplo, basta citar a obrigação extracartular de solver um empréstimo representada pela emissão de uma nota promissória e a obrigação cambial assumida pelo avalista do emitente daquele papel. Com a emissão do título, ambos, emitente e avalista, devem da mesma forma o valor nele mencionado, embora a obrigação do primeiro tenha raiz obrigacional pré-cartular, enquanto a do segundo é exclusivamente cambiária. O emitente já era devedor numa relação obrigacional alheia e anterior à nota promissória; já o avalista deve porque assinou o título, garantindo-lhe o pagamento. Daí que a eventual invalidade do título não significa, necessariamente, a invalidade do negócio jurídico que lhe deu causa.

Os títulos de crédito, sob o aspecto externo, obedecem uma forma peculiar e, substancialmente, comportam a convivência de uma pluralidade de direitos e obrigações. São documentos formalizados expressamente de uma maneira determinada, insuscetível de complementação, modificação ou substituição por quaisquer outros documentos.

Conquanto notabilizados por essa circunstância de incorporar vínculos jurídicos específicos (direitos e obrigações de natureza creditícia), os títulos de crédito propriamente ditos (letra de câmbio, nota promissória, cheque e duplicata) se destacam como tópico privilegiado no universo do direito econômico porque agraciados pelo sistema jurídico-positivo, simultaneamente, com regras materiais que implementam sua circulação segura e regras processuais que lhes outorgam a possibilidade de realização forçada pela via jurisdicional da execução.

Com efeito, sua transmissibilidade é garantida pela autonomia das obrigações e consequente desconexão com as relações obrigacionais comuns que lhes motivaram a eclosão. Ao mesmo tempo, as possibilidades de sua realização exitosa são ampliadas pelo potencial de exigibilidade que a lei instrumental lhes conferem ao inseri-los no catálogo dos títulos executivos extrajudiciais (CPC/15, art. 784, I).

21.2Atributos essenciais

A doutrina em geral enumera alguns atributos ou predicados necessários à existência do título de crédito, e, portanto, essenciais, conhecidos como requisitos invariáveis:

•cartularidade;

•literalidade; e
•autonomia.

Cartularidade significa a densificação do direito de crédito no documento. O direito pode exercitar-se em virtude do documento, ou seja, o documento torna-se imprescindível à existência do direito nele apontado e necessário para sua exigibilidade.

É da pena de Newton De Lucca (*90 : 60*) a lição:

> "Em conclusão, poderíamos dizer que o direito se incor pora no documento (no sentido de di reito cartular) mas não se incorpora, por outro lado, diante da hipótese de perda, quando ele será exercido independente da existência do título (toma da a expressão de 'dois direitos', não há erro lógico algum em dizer-se que o direito está e ao mesmo tempo não está incorporado no documento, de vez que a afirmação, na verdade, apenas quer dizer que 'um' dos direitos está contido no documento (direito cartular) e o outro não se contém nele (di reito ao cumprimento da prestação e que no caso se exterioriza como direito de recuperação do título)."

Minimizando a regra da cartularidade, o art. 889, § 3º do CC dispõe que o título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo.

Apenas como exemplificação, as duplicatas virtuais – assim entendidas aquelas emitidas e recebidas por meio magnético ou de gravação eletrônica – podem ser protestadas por mera indicação, de modo que a exibição do título não é imprescindível para o ajuizamento da execução judicial.

Literalidade é o predicado de correspondência entre o teor do documento e o direito representado. O direito emergente do título é o direito tal qual escrito no documento. "Se dice che il diritto menzionato nel titolo è letterale, perchè esso esiste secondo il tenore del documento", explica Cesare Vivante *(163, v. 3 : 163*).

Fique claro: o título vale pelo que nele se menciona, vale pelo que é e declara. É a medida do direito contido no título. Enuncia a existência e o conteúdo do direito, em toda sua extensão. Em consequência, o credor tem o direito de exigir o que está escrito no título. Por outro lado, o devedor tem o direito de só pagar o que está escrito no título.

Dito de outra maneira, por Whitaker (*168 : 28*), a obrigação cambial, resultando exclusivamente do que está escrito no título (*ex-scriptura*) vale somente por ele e de acordo com ele (*secundum scripturam*). É integral, porque tem no título todos os elementos de existência jurídica e literal, porque, forçosamente, vale tudo aquilo e somente aquilo que está declarado nele.

A *autonomia* é de cada direito mencionado no título. Cada obrigação contida no documento é autônoma, existe por si só, de modo que o adquirente ou portador do título pode exercitar seu direito sem qualquer dependência das outras relações obrigacionais que o antecederam. Quem assina uma declaração cambial fica por ela obrigado. Está isento de eventual contágio dos vícios ou nulidades de outras assinaturas, das quais não depende. Quem saca ou emite, quem aceita, quem endossa ou quem avaliza uma cártula é signatário de uma declaração cambial, é responsável pela realização do valor que afirma existir no tempo e lugar determinados. Obriga-se porque assina e pelo que assina.

Pelas palavras do próprio Vivante, diz-se que o direito mencionado no título é literal, porquanto ele existe segundo o teor do documento. Diz-se que o direito é autônomo, porque a posse de boa-fé enseja um direito próprio, que não pode ser limitado ou destruído pelas relações existentes entre precedentes possuidores e o devedor. Diz-se que o título é o documento necessário para exercitar o direito, porque o credor deve exibi-lo para exercitar todos os direitos que ele porta consigo e não se pode fazer qualquer mudança na posse do título sem anotá-la sobre o mesmo.

Exemplificando, responsabiliza-se o avalista pela solução do título cambial ainda que nula ou ineficaz a vinculação do emitente, uma vez que o aval, por ser uma declaração cambiária, é abstrato, formal e autônomo.

Cabe esclarecer, acompanhando decisão do STJ, que "a autonomia própria dos títulos de crédito consiste em reflexo da respectiva negociabilidade, é dizer, a abstração somente se verifica à vista da circulação da cambial...".[1]

21.3Atributos eventuais

Costuma-se apontar dois outros atributos que podem ou não existir, conforme o título de crédito. Não participam da natureza de todos os títulos de crédito. São eventuais a independência e a abstração.

Por *independência* entenda-se a autossuficiência do título. Alguns títulos, como as cambiais, prescindem de qualquer outro coadjuvante documental para completá-los. São independentes, sem quaisquer amarras. Já não é, por exemplo, o caso das ações, uma vez que estão vinculadas pelo estatuto da companhia que as emitiu.

A *abstração* também é atributo ou predicado encontrado em alguns títulos, não todos. Consiste na absoluta desvinculação do título em relação ao negócio que lhe deu origem. Há títulos que se desconectam inteiramente da relação obrigacional subjacente. As cambiais, por exemplo, são títulos

abstratos, mas a duplicata não o é, visto que ancorada a uma fatura de compra e venda mercantil. Causal é esta última.

Resumindo, com perspicácia, as principais características da abstração, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (*155 : 133*) conclui que:

- •a característica fundamental dos títulos abstratos é o desligamento da causa;
- •outra característica é a da ge neralidade das situações jurídicas abran gidas;
- •a ideia de abstração liga-se à de fungibilidade do credor cartular;
- •mesmo nas exceções pessoais, percebe-se que a obrigação cartular destaca-se inteiramente da subjacente;
- •a abstração representa um aperfeiçoamento em relação à causa lidade;
- •a abstração distingue-se da li teralidade e da autonomia;
- •deve-se, contudo, dar o no me de abstração à autonomia no sen tido da obrigação cartular ser autôno ma em relação à subjacente;
- •a abstração não é essencial aos títulos de crédito.

De fato, a abstração descende do requisito da autonomia das obrigações cambiárias, operando com e para a transmissão segura dos títulos, na medida em que os desprega da relação obrigacional comum de origem. Abstração é desconexão ensejadora de circulação sob regras próprias. Como tal, instrumentaliza a negociabilidade.

Dos títulos de crédito em sentido estrito, no direito brasileiro, a letra de câmbio, a nota promissória e o cheque se inserem no elenco dos títulos abstratos. A duplicata, seja a mercantil seja a de prestação de serviços, é originariamente título causal, mas, como se verá adiante, não se trata de causalidade permanente nem absoluta.

Por isso, considerados sob a perspectiva de sua emissão ou saque, os títulos de crédito podem ser *causais* ou *abstratos.* Os primeiros são vinculados temporariamente ao negócio subjacente à sua criação, por oposição aos abstratos, desligados de sua origem.

Precisamente em virtude da abstração, por exemplo, o avalista acionado para a solução de uma nota promissória não pode discutir sua origem, se revestida de todas as formalidades legais, quer dizer, se título que representa dívida líquida, certa e exigível.

21.4Inoponibilidade de exceções pessoais

A razão de existir dos títulos de crédito é sua mobilidade, quer dizer, a qualidade que possuem de circular. Essa transferibilidade decorre

precisamente da autonomia das obrigações que encerra. O efeito da autonomia que viabiliza a circulação segura dos títulos de crédito é a *inoponibilidade das defesas pessoais contra o terceiro de boa-fé*, portador do título. É a impossibilidade em que se encontra o devedor de opor ao portador, endossatário de boa-fé, as exceções que teria em relação ao endossante.

Sem dúvida, decorre da autonomia que não podem ser oponíveis ao portador-endossatário de boa-fé as exceções pertinentes à relação entre o devedor do título e seu credor originário. Por exemplo, o devedor não pode arguir contra o endossatário as defesas que teria contra o credor primário, em razão do negócio que produziu o título. Como terceiro de boa-fé, o portador que recebeu a cártula por endosso não é afetado pela relação entre aquele que deve pagar e quem lhe transmitiu o título. Fosse diferente e ninguém receberia por endosso qualquer título de crédito.

Trata-se da aplicação do princípio contido no art. 916 do CC[2] e enunciado pelo art. 17 da Lei Uniforme ao estatuir que

> "as pessoas acionadas em virtude de uma letra não podem opor ao portador exceções fundadas sobre as relações pessoais delas com o sacador ou com os portadores anteriores, a menos que o portador ao adquirir a letra tenha procedido conscientemente em detrimento do devedor".

A lei insinua que a boa-fé do portador do título sempre se presume, que a regra é a presunção de boa-fé. Portanto, quem suscita a má-fé do portador precisa demonstrá-la. Somente se aquela ficar evidenciada é que lhe poderão ser opostas as defesas que caberiam contra portador anterior. Dizendo de outra maneira, a presunção relativa de boa-fé é passível de ser desfeita pela comprovação de má-fé. Naquela presunção, com este ônus probatório assenta-se a edificação cambiária.

Exemplo de má-fé tem-se no conluio entre endossante e endossatário, para ensejar o recebimento do valor de título vinculado a contrato de compra e venda de imóvel, sem cumprir cláusula contratual que obrigava o primeiro a outorgar escritura definitiva do imóvel. Àquele poderia ser arguida o inadimplemento contratual; ao endossatário de boa-fé, não.

Em síntese, é lícito ao devedor discutir a origem da dívida, em relação ao terceiro de má-fé. Não ao de boa-fé.

Não é demais insistir que o art. 17 da Lei Uniforme incide quando o exequente é o endossatário do título. Por isso, se exequente e executado, respectivamente, forem o credor e o devedor da relação subjacente que deu surgimento ao título, nada impede que o último, via embargos à execução, oponha as exceções pessoais que lhe assistem, até mesmo a ausência do próprio nexo obrigacional.

Uma vez estabelecido o princípio da inoponibilidade, tem-se que, numa execução estribada em título de crédito, o devedor poderá, em ação de embargos, arguir contra o portador todas as exceções que tiver, desde que pertinentes às relações diretas entre ambos. Além destas, o devedor só poderá suscitar defesas relativas:

- à forma do título;
- a seu conteúdo literal;
- à eventual falsidade da própria assinatura;
- a vício de capacidade do signatário;
- a vício de representação no momento da subscrição; ou
- à ausência de requisito necessário ao exercício da ação.

21.5 Classificação

Há diversas e controvertidas classificações dos títulos de crédito, conforme a perspectiva e os critérios adotados entre os doutrinadores.

Como a função visceral dos títulos de crédito é a negociabilidade, optamos por privilegiar a classificação que os agrupa com esteio na forma de circulação ou transferibilidade em:

- títulos ao portador; e
- títulos nominais.

Os títulos de crédito são nominais quando o nome do beneficiário ou tomador é consignado na cártula. Utiliza-se o termo *nominativos*, mas preferimos falar em títulos *nominais*, porque a característica essencial dos títulos nominativos (por exemplo, certificado de ações) é a transferência por escrituração, enquanto os títulos cambiários têm no endosso sua forma translativa. Os títulos nominativos são os emitidos em favor de pessoa cujo nome conste no registro do emitente, transferindo-se mediante termo naquele registro, assinado pelo proprietário e pelo adquirente.[3]

Os títulos *ao portador* não consignam o nome do favorecido. Credenciam quem os porta.

Considerando-os praticamente, Whitaker (*168 : 23*) professa que os títulos *ao portador* têm uma circulação fácil, mas não segura; os *nominais*, uma circulação segura, mas não fácil; e os títulos *à ordem* têm uma circulação ao mesmo tempo fácil e segura, reunindo numa combinação realmente perfeita as principais vantagens das outras duas espécies de títulos de crédito.

No direito brasileiro, hoje, não há títulos ao portador (Lei nº 8.021/90).[4]

Os títulos de crédito podem ser *à ordem* e *não à ordem*. Os primeiros circulam mediante tradição com endosso; os últimos, pela tradição com

mera cessão civil de crédito. A regra é o título de crédito*à ordem.* A cláusula *não à ordem* precisa ser explicitada.

A simples tradição sem endosso não responsabiliza. Quer dizer, o portador que transfere o título de crédito sem apor sua assinatura como endossante não assume qualquer obrigação por seu pagamento. Simplesmente, transmite um título, sem garanti-lo.

Assinale-se que, embora legalmente vedada a cobrança de título ao portador, os títulos à ordem podem na prática circular ao portador, mediante o endosso em branco. Contudo, deverão conter o nome do tomador no momento de sua efetiva exigibilidade.

Enfim, apenas para se desincumbir do dever imposto pelas finalidades didáticas do livro, convém mencionar outras classificações dos títulos de crédito.

Quanto ao modelo documental (padronizados ou de modelo vinculado e de modelo livre). Exemplificando, cheque e duplicata são documentos de crédito padronizados consoante normas administrativas, ao passo que as cambiais não observam modelo especial.

Quanto ao grau de abstração em relação ao negócio subjacente, a duplicata é documento causal, ao passo que cambiais e cheques são abstratos.

21.6Requisitos formais indispensáveis

Ante a proibição legal de títulos ao portador, são requisitos essenciais dos títulos cambiários, no direito brasileiro:

- •denominação do título;
- •assinatura de seu criador (emitente ou sacador, conforme o caso);
- •identificação de quem deve pagar (RG, CPF, nº do título de eleitor ou da carteira profissional);
- •valor a pagar;
- •data ou época do vencimento;
- •data de emissão.

A ausência dos requisitos que a lei considera inafastáveis, da essência do título, pode conduzir a sua nulidade enquanto título de crédito.

A nulidade é a declaração legal de que a determinados atos não se prendem os efeitos jurídicos, normalmente produzidos por atos semelhantes, de modo que o ato será valido somente se o agente proceder de acordo com os preceitos legais. No caso, se o título preencher aqueles requisitos que a lei reputa imprescindíveis.

A nulidade é, pois, o reconhecimento de um vício que impede a existência legal de um ato ou a produção do efeito pretendido. *Quod nullum est, nullum effectum producit.*

Quanto à nulidade do título, há de ser o documento plenamente nulo, seja porque inobservadas as formalidades essenciais para sua formação, seja porque desprovido dos requisitos necessários a sua validade, vigente o princípio do rigor cambiário.

21.7Endosso

Segundo João Eunápio Borges (*20 : 71*),

> "o endosso é a declaração cambial lançada na letra de câmbio (ou em qualquer título à ordem) pelo seu proprietário, a fim de transferi-lo a terceiro."

Se a transferência da posse do título ao novo credor (simples tradição) transfere só o documento, o endosso transfere o direito ao valor contido no documento. Com certeza, o devedor que, como forma de solução obrigacional, entrega ao credor, por simples tradição, sem endosso, um título de crédito emitido por terceiro, não se responsabiliza solidariamente pelo pagamento da cártula.

Dessa forma, a simples tradição transmite somente o papel, enquanto a tradição mediante endosso transmite o direito mencionado no mesmo papel. Do endosso não resulta somente a transferência de propriedade, mas também a garantia da realização pontual da prestação cambiária, a responsabilidade pela realização de seu valor. Endossar é transferir com responsabilidade.

Então, o *endossante* ao transmitir o título ao *endossatário* também garante sua solução pontual. No caso da letra de câmbio, por exemplo, endossar significa transferir + responder solidariamente pelo aceite + garantir o pagamento.

Se o endossante paga ao endossatário, pode riscar o próprio endosso, uma vez que o título volta a seu poder. Torna-se credor novamente. É o que dispõe o art. 50, nº 2, da Lei Uniforme. Mesmo que não seja cancelado o endosso, se o título endossado retorna à posse do endossante, presume-se seja ele seu proprietário.

Pode, todavia, o endossante proibir novo endosso e, nesse caso, não garante o pagamento às pessoas a quem for o título posteriormente passado por endosso.

Como identificar num título o endosso?

O endosso deve ser lançado no dorso ou verso do título, consistindo na singela assinatura do endossante. Contudo, tratando-se de endosso completo (assinatura + declaração de que se trata de endosso), também pode ser lançado no anverso. Pode também ser lançado no alongue ou folha anexa, desde que assinado pelo endossante.

É ineficaz o *endosso parcial* ou limitado a uma parte do valor do título. Quem endossa transfere integralmente o crédito contido no documento. Não se admite o fracionamento. O endosso deve ser puro e simples, incondicionado. Não se trata de nulidade, mas de ineficácia. Considera-se, pois, não escrita a cláusula limitativa do endosso. Embora lançado como endosso parcial, considera-se endosso pleno.

O endosso translativo da propriedade, também apelidado *endosso próprio*, pode ser:

- endosso em preto ou completo; ou
- endosso em branco ou ao portador.

O *endosso em preto* é o que contém a indicação do beneficiário (endossatário), enquanto o endosso em branco revela-se pela simples assinatura do endossante. O primeiro é nominal, o segundo propicia a circulação ao portador.

Consoante o art. 19 e § 2º da Lei nº 8.088/90, os títulos deverão ser emitidos sempre sob a forma nominativa, com transmissibilidade via endosso em preto, pena de inexigibilidade dos créditos neles representados. Proscreve-se, pois, a endossabilidade branca.

O direito cambiário admite outras modalidades de endosso, genericamente sintetizadas na expressão *endosso impróprio*:

- endosso-mandato ou endosso-procuração;
- endosso posterior ao vencimento, também chama do póstumo ou tardio;
- endosso-caução.

Tais endossos não são realmente endossos em sentido estrito, isto é, não transmitem o direito com responsabilidade do transmitente. É o que se verá no exame de cada espécie.

21.7.1Endosso-mandato

Quando o endosso contém a expressão *para cobrança* ou *por procuração* ou *valor a cobrar*, traduz um mandato, ensejando ao endossatário o exercício dos direitos emergentes do título, mas só lhe permitindo endossar como procurador. É o endosso-mandato. Não transfere a propriedade do título (daí impróprio), mas confere poderes ao mandatário

para agir em nome do endossante. É o que se apreende em Restiffe Neto *(134 : 79)*, quando afirma que o endossante não transfere seus direitos, senão que outorga a outrem a aptidão de exercer os direitos que possui sobre o título, em seu lugar. Não há translatividade.

Não é imprescindível que contenha exatamente aquelas menções. Se determinar que se pague ao endossatário ou a sua ordem, vale como mandato para cobrança, sem que se configure como ato translativo de propriedade do título.

Com efeito, o endosso-mandato confere-se, em geral, pela adjunção da cláusula *por procuração*, lançada no verso do título. Dita fórmula, contudo, não é sacramental, podendo ser trocada por outra equivalente, desde que expresse a vontade do endossante, o desejo de outorgar um mandato e não de transferir o título.[5]

Pelo endosso-procuração, o endossatário assume o dever, como qualquer mandatário, de atuar em nome do endossante-mandante. Se, por exemplo, culposamente, gerar prejuízos a este último, por certo responderá em caráter indenizatório.

Exemplificando, o banco que não opera com a diligência que lhe cabia na cobrança de cambial, de que é endossatário-mandatário entregando-a ao devedor devidamente quitada, mediante o pagamento por meio de cheque falso, deve responder pelos prejuízos a que deu causa.

Por outro lado, no endosso-mandatário, por não haver transferência da propriedade do título, o mandante é responsável pelos atos praticados, por sua ordem, pelo endossatário-mandatário.

21.7.2Endosso póstumo

O endosso *póstumo* é o posterior ao protesto por falta de pagamento do título ou posterior ao decurso do prazo respectivo. Tem efeito de mera cessão civil, ou seja, o endossante *tardio* não responde pela solvência do devedor. Presume-se que o endosso sem data foi lançado antes de expirado o prazo legal para o protesto.

Quer dizer, o endosso posterior ao *vencimento* tem os mesmos efeitos que o endosso anterior. Já o endosso posterior ao *protesto por falta de pagamento*, ou feito depois de decorrido o prazo estipulado para se tirar o protesto, produz apenas os efeitos de uma cessão ordinária de créditos. Não traduz translatividade com responsabilidade. Em termos práticos, isso significa que ao endossatário podem ser opostas as defesas oponíveis ao endossador.

21.7.3Endosso-caução

No endosso-*caução* ou *pignoratício*, o título é onerado por penhor em favor de credor do endossante, de modo que, cumprida a obrigação garantida pelo penhor, o título retorna ao endossante.

No endosso-caução, o endossatário exerce direito que lhe é próprio, assegurado pelo título creditício, pois não é mero representante do credor originário. Difere, pois, do endosso-mandato, em que o endossatário é simples detentor do título e age em nome do endossante-mandante.

Vem estampado na Lei Uniforme (art. 19), ao asseverar que "quando o endosso contém a menção 'valor em garantia', 'valor em penhor' ou qualquer outra menção que implique uma caução, o portador pode exercer todos os direitos emergentes da letra, mas um endosso feito por ele só vale como endosso a título de procuração".

De se lembrar, por oportuno, que o endosso-caução não é mencionado na lei brasileira, mas a caução por meio do endosso tem, não obstante, a consagração da doutrina e da prática geral do comércio.[6]

21.7.4Endosso e cessão

Neste ponto, impõe-se diferenciar endosso e cessão civil.

- quanto ao *conteúdo*, o endosso é unilateral, a cessão é bilateral;
- quanto à *forma*, a cessão pode ser realizada do mesmo modo que qualquer outro contrato, o endosso só se faz mediante declaração na própria letra;
- quanto aos *efeitos*, o endosso confere direitos autônomos, a cessão somente direitos derivados;
- quanto ao *momento*, antes do vencimento, o endosso transfere um valor, enquanto, a cessão civil, um simples título de dívida.

Na síntese de Borges (*20 : 74*):

> "É assim que o endossatário sucede ao endossador na posse do título que lhe é transmitido, sem suceder-lhe na relação jurídica existente entre o devedor e o endossador. Constitui, pois, o endosso não cessão, mas forma particular de alienação de cousa móvel, que é a letra de câmbio, ou o título à ordem, em geral."

21.8Aval[7]

Uma das formas de constituição de obrigação cambiária se opera mediante a outorga do aval, instituto que se destina a maximizar a garantia de realização do valor do título.

Na doutrina, proliferam diferentes conceitos de aval.[8]

Caução solidária do signatário da letra de câmbio, para René Rodière (*139 : 69*); obrigação cambiária especialíssima, para Mario Rivarola (*136, v. 2 : 324*); declaração de vontade cartular,*unilateral* e *abstrata,* enquanto desvinculada da relação fundamental intercorrente entre avalista e avalizado, para Francesco Messineo (*106 : 368*).

Entre os nossos, J. X. Carvalho de Mendonça (*30, v. 5 : 347*) professorou que "o aval é a garantia prestada em forma cambial ao pagamento da letra de câmbio", enquanto Pontes de Miranda (*128, v. 1 : 245*) vislumbrou no aval "uma das obrigações por declaração unilateral de vontade, com efeitos absolutos, por figurar no título cambiário, a favor de todos os possuidores, da generalidade, se bem que seja obrigação equiparada, reforço, sustentáculo de alguma das obrigações pessoais insertas no título".

João Eunápio Borges (*19 : 15*), em monografia clássica, lecionou que o aval é uma instituição cambial que "tem por finalidade garantir o pagamento da letra de câmbio e da nota promissória, assim como de outros títulos (cheques e duplicatas) em parte assimilados aos cambiais".

Todos os conceitos têm em comum que o aval é uma declaração cambial, firmada por terceiro (avalista) que garante, total ou parcialmente, o pagamento do título.

O avalista garante, não emite. Obriga-se de um modo diverso, mas responde da mesma maneira que o avalizado. O avalista é equiparado a seu avalizado: não assume a obrigação *deste*, mas uma obrigação *igual a deste*, tanto em seus efeitos como em suas consequências. Por isso, o art. 32 da Lei Uniforme declara que o avalista é responsável da mesma maneira que a pessoa por ele avalizada.

Uma vez que a obrigação do avalista é equiparada à do avalizado, está claro que não é a mesma que esta, mas uma outra. Difere quanto à etiologia, mas produz efeitos idênticos. Funcionalmente é diversa, mas, consequentemente, é a mesma. O fato de o avalista obrigar-se da mesma maneira que o avalizado não quer dizer que se trate da mesma obrigação e sim da mesma espécie.

Por outro lado, a obrigação do avalista é *autônoma* em relação à obrigação do avalizado. As consequências dessa autonomia são

extremamente relevantes. Assim, ainda que a obrigação do avalizado seja nula ou falsa, permanece intata a do avalista, que deve pelo simples fato de sua assinatura no título.

O aval garante o título e não o avalizado. Justamente por isso, "o avalista não pode absorver exceções próprias do avalizado (devedor principal), como, por exemplo, a nulidade do título. Desse modo, se o avalista assina título em branco e, pagando a dívida, não o resgata, age com manifesta negligência, devendo arcar com a própria desídia."[9]

O aval materializa-se pela assinatura do avalista no anverso (face anterior) do título, com ou sem menção da expressão *por aval* ou equivalente. Se lançado no verso do título, deverá ser expressamente indicado como aval, mediante declaração nesse sentido. Deve indicar a pessoa por quem se deu. Se não o fizer o avalista, presumir-se-á que o avalizado é o sacador da letra de câmbio.

O aval é obrigação típica do direito cambiário ou cambiariforme. Tem de ser prestado no título. Fora do título, ainda que por escritura pública, não é aval, não se rege pelo direito cambiário.

O aval pode ser dado por procurador, desde que, mediante instrumento de procuração específico, não apenas de ordem geral, pena de nulidade. Com efeito, nulo é o aval lançado por mandatário se a este não foram conferidos poderes especiais e expressos para tal no instrumento de procuração, visto que os poderes *ad negotia* conferidos de modo geral só outorgam poderes de administração e não autorizam o mandatário a praticar qualquer ato de que possa resultar direta diminuição do patrimônio do mandatário.[10]

O aval pode ser:

- *em preto* (indica o avalizado); ou
- *em branco* (presume-se em favor do sacador da letra ou emitente da nota promissória, do cheque ou do sacado, na duplicata).

Se o avalista pagar o valor do título, toma para si os direitos emergentes dele e pode exercê-los contra o avalizado, para dele reclamar a quantia paga. Nos termos da Lei Uniforme, ao pagar, o avalista investe-se de direitos cambiários idênticos aos do avalizado. Claro que, se o avalista paga o título, fica legalmente sub-rogado nos direitos oriundos da cártula contra o avalizado e demais coavalistas.

O avalista simultâneo que paga a dívida em sua totalidade tem direito de regresso contra os coobrigados cambiais. Pagando a dívida cambial, fica legalmente sub-rogado no crédito (art. 346, inciso III do CC de 2002), podendo a cada um dos demais avalistas simultâneos cobrar a respectiva

cota, em processo de execução por título extrajudicial (art. 778, § 1º, inciso IV do CPC/15).

Outra questão é a referente ao aval conferido a título de crédito vinculado a contrato. O avalista também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário.[11]Por exemplo, responde como devedor solidário o avalista de cambial vinculada a contrato de financiamento, quando a este comparece juntamente com o devedor principal.[12] Responde, pois, não somente pela cártula, mas pelas demais obrigações contratadas.

Enfim, é bom lembrar que a proibição de prestar aval, estabelecida em contrato social ou estatuto da sociedade, é válida somente entre os sócios e obrigados, não sendo oponível a terceiros de boa-fé. Assim, o aval concedido por sócio, ainda que ao arrepio da proibição estatutária, é válido.

21.9Aval e fiança

É importante não confundir aval e fiança. Não são sequer parentes. O aval é de família cambiária, enquanto a fiança é contratual. Conquanto os dois institutos tenham pontos de contato (ambos constituem garantia pessoal de um terceiro em favor do devedor), a natureza do aval é distinta, uma vez que o avalista não acede à obrigação do avalizado; obriga-se pessoal e diretamente pelo pagamento do título. Basta citar que o aval é válido mesmo se anulada a obrigação do avalizado, o que não se pode dizer da fiança.

Na fiança, os vícios internos da obrigação, como o erro, o dolo, a coação, a falsidade da assinatura do afiançado e a sua própria incapacidade, paralisam a obrigação do fiador. No aval, não. O aval é uma obrigação solidária. É uma garantia objetiva do pagamento, porque o avalista obriga-se a respeito de todos. O avalista não promete que o avalizado pagará, mas que ele próprio se compromete a fazer o pagamento. Faz sua a obrigação avalizada, como se fosse sacador, endossante ou aceitante.

Realmente, a obrigação do avalista não depende da obrigação do avalizado. Na fiança, mercê de sua índole acessória, a obrigação do fiador só se concretizará depois de cobrado o afiançado, ou seja, depois de verificado o benefício de ordem.

Sinteticamente, é possível estabelecer as seguintes diferenças entre aval e fiança:

- a fiança não é garantia cambial;
- a obrigação do fiador é acessória em relação à do afiançado, enquanto a do avalista é autônoma em relação à do avalizado;

- o avalista deve da mesma forma que o avalizado,[13] enquanto o fiador tem o benefício de ordem.

Podemos dizer, com Campogrande, que o aval é uma garantia objetiva, ao passo que a fiança é uma garantia subjetiva.

Mesmo a fiança comercial em que não há o benefício de ordem, não se confunde com o aval, à medida que este deve ser exarado no próprio título de crédito, ao passo que aquela pode ser lançada em documento separado.

O avalista não faz jus ao benefício de ordem na penhora de bens, certo que o art. 794, § 1º, do CPC/2015 só se refere à fiança.

21.10 Título incompleto

É o preenchido de forma incompleta ou sacado em branco, e que, posteriormente, mas antes de sua apresentação, é completado pelo beneficiário. Pressupõe a existência do chamado *contrato de preenchimento*, pelo qual fica o beneficiário autorizado a completá-lo oportuna e tempestivamente, como se tivesse a anuência de quem o criou.

Assinale-se que é tema pacífico, seja na doutrina, seja na jurisprudência, a admissibilidade do título em branco.[14] A omissão, pelo devedor, de quaisquer indicações pode ser completada pelo portador, até o momento de fazer valer publicamente o título, ou seja, no fim da circulação (apresentação para pagamento) ou no momento de ingressar em juízo para a cobrança executiva.

É verdade que o art. 428, inciso II, do CPC/2015 dispõe que "cessa a fé do documento particular quando (...) assinado em branco, for impugnado seu conteúdo, por preenchimento abusivo". E o parágrafo único desse mesmo artigo reza que dar-se-á abuso quando aquele que recebeu o documento assinado, com texto não escrito no todo ou em parte, o formar ou o completar, por si ou por meio de outrem, violando o pacto feito com o signatário.

Por isso mesmo, o título de crédito incompleto ao tempo da emissão deve ser complementado de acordo com os ajustes realizados, sob pena de caracterizar o preenchimento abusivo. É, pois, necessário que o portador aja de boa-fé, pois é esta quem o autoriza ao preenchimento.[15]

De toda conveniência alertar que o ônus da prova do preenchimento abusivo cabe ao obrigado, e tal defesa só pode ser oposta contra aquele a quem tenha sido entregue originariamente o documento incompleto ou a quem o tenha adquirido de má-fé.

De conseguinte, todos os requisitos da cambial não precisam estar presentes no momento de sua emissão. Pode ser emitida incompleta e

circular assim, mas deverá estar regularmente preenchida antes da cobrança ou do protesto. Por exemplo, a promissória que não conta com data de emissão até o momento do ajuizamento da ação não se mostra hábil como título cambial exequível.[16] O portador do título, desde que de boa-fé, presume-se autorizado pelo emitente a completar o título, mas há de fazê-lo até o ajuizamento da ação cambial. O momento em que a cártula deve, imprescindivelmente, estar completa é o de sua apresentação.

> "A cambial emitida ou aceita com omissões, ou em branco, pode ser completada pelo credor de boa-fé antes da cobrança ou do protesto." É a Súmula 387 do STF."[17]

Também já se decidiu que, ausente um dos requisitos formais exigidos no art. 75 da Lei Uniforme, o instrumento não produzirá efeito como nota promissória. Todavia, nada obsta que o portador da cártula, de boa-fé, eis que munido de presumível mandato tácito do devedor, possa completar a omissão existente no título, desde que o faça até o aforamento da execução. Se não o fizer, ficará desprovido de título executivo por falta de condição formal, uma vez que a nota promissória ficará sem cambiaridade.[18]

Por exemplo, a nota promissória sem data de emissão, não se caracteriza como título executivo, ainda que se possa admitir o preenchimento do claro pelo portador; mas há de fazê-lo até o ajuizamento da ação. Caso contrário, ocorre carência da ação de execução, à falta de título executivo regular.[19]

Em face dos arts. 75 e 76 da Lei Uniforme, a falta de preenchimento da data de emissão do título acarreta-lhe apenas a ineficácia; não a nulidade. Preenchido, o título torna-se eficaz.[20]

21.11Apresentação e pagamento

Vencimento é o termo *ad quem* do prazo para liquidação do título (pagamento), ou seja, a data ou momento em que o portador do título intenta junto ao devedor o recebimento do valor mencionado na cártula.

No vencimento, o título transforma-se. Antes, coisa móvel; agora, crédito concretamente exigível, autorizando o portador a apresentá-lo ao obrigado principal, para pagamento. Se este não paga, o portador está autorizado a efetivar o protesto comprobatório da falta ou recusa de pagamento.

O pagamento, como se sabe, é a forma natural de liquidação de uma obrigação. Também assim na cambiária, desde que encetado nos termos da lei. É o modo normal de extinção obrigacional. Soluciona uma obrigação precedente, contida no título.

É provado pela quitação, por recibo ou pela entrega do título ao devedor. No último caso, se o credor provar, em 60 dias, a falta de pagamento, a quitação fi-cará sem efeito.[21]

De qualquer forma, a regra é que o pagamento de título cambial ou cambiariforme com prova-se pela exibição do próprio título ao devedor (título este que no ato é devolvido), ou, se se tratar de pagamento parcial, comprova-se por re cibo em separado, além de anotação na cártula.[22]

Como já se disse, há, em verdade, duas apresentações do título para pagamento: uma particular, outra oficial:

- a primeira é a apresentação ao devedor para o pagamento;
- a segunda, subsidiária da primeira, é a do protesto.

Ambas são obrigatórias, convindo, entretanto, notar que a prova da segunda (do protesto) constitui presunção *juris et de jure* da primeira (da apresentação ao devedor). Se a primeira obtiver êxito, isto é, se o devedor pagar o título, não ocorrerá a segunda. Todavia, se a primeira for infrutífera, a segunda é compulsória, como demonstração oficial da ocorrência daquela.

Por que o protesto é necessário para o exercício da ação contra os demais coobrigados?

Porque estes têm o direito de se certificar se o valor do título foi efetivamente reclamado no dia e lugar designados, ou se só não foi recebido em virtude de negligência do portador, ou da confiança que ele depositara no devedor principal. Nesse aspecto é lícito dizer que o protesto é instituído em benefício mesmo dos coobrigados.

E se não ocorrer a apresentação?

Como o título de crédito é negociável, circula. Nessa circunstância, o devedor inciente sobre a identidade do portador pode promover a ação de depósito, nos termos dos arts. 26 do Decreto nº 2.044/08 e 42 da Lei Uniforme.

Por exemplo, quando as cambiais a serem pagas não foram apresentadas para pagamento em seus respectivos vencimentos, pode o devedor defender-se por meio de ação de depósito. Opera-se, então, o pagamento a favor do possuidor conhecido, ou daquele a quem legitimamente caiba.

Da mesma forma, cabe o depósito quando existe dúvida sobre a identidade, a capacidade ou outros atributos pessoais, que se reflitam na legitimação do possuidor. Trata-se de direito do subscritor, e, se o subscritor não paga, de qualquer dos outros coobrigados.[23]

21.12Execução

A executividade conferida aos títulos cambiários não é um privilégio; é um predicado que resulta de sua própria natureza, como representativos de obrigação literal, formal e exigível.

A execução baseada em título extrajudicial (art. 781 e incisos, do CPC/2015) será processada no foro do domicílio do executado, de eleição constante do título ou, ainda, da situação dos bens a ela sujeitos. Se o executado tiver mais de um domicílio, poderá ser acionado no foro de qualquer deles. Incerto o domicílio do executado, será demandado onde for encontrado ou no foro do domicílio do exequente.

No caso em que há mais de um devedor, com domicílios diferentes, o exequente poderá escolher o foro de qualquer deles.

Vale acrescentar que a execução poderá ser ajuizada no foro do lugar em que se praticou o ato ou em que ocorreu o fato gerador do título, ainda que nele não mais resida o executado.

A execução cambiária pode ser *direta* ou *regressiva*. Esta quando dirigida contra os obrigados subsidiários. Direta quando intentada, conforme o título, contra:

- o aceitante da letra e seu avalista;
- o emitente da nota promissória e seu avalista;
- o emitente do cheque;
- o sacado da duplicata e seu avalista.

Como já decidido, o ingresso no juízo executivo, em relação aos títulos cambiários, exige a exibição do título. A regra não é a apresentação de fotocópias. A exigência da apresentação do original prende-se ao fato de que, estando em poder do credor, o título pode circular. Se estiver, porém, o título no bojo de outro processo, de onde não é permitido seu desentranhamento, admitir-se-á a execução instruída com certidão.[24]

Nula é a execução fundada em cópia de título cambial, ainda que autenticada, excetuando-se apenas a hipótese de o original permanecer em cartório, à disposição das partes, mediante certidão nos autos.[25] Importante é que o título original que deve instruir o pedido não possa circular, estando em local seguro, no caso, sob a responsabilidade de serventuário, de quem poderá ser requisitado se e quando necessário.

Admissível, portanto, excepcionalmente, a execução com base em fotocópia do título exequendo se justificada pelo exequente a impossibilidade de exibição do original, cabendo-lhe trazê-lo para o processo se necessário e se requerido, quando iniciada a fase de satisfação

de seu direito.[26] Se impugnada a apresentação do título mediante xerocópia ou fotocópia autenticada, impossível fugir à conferência com o original.

Adite-se, aqui, porque oportuno, que a execução pode fundar-se em mais de um título extrajudicial relativo ao mesmo negócio.[27] Com efeito, a lei não proíbe que o credor instrua a execução com pluralidade de títulos vinculados ao mesmo negócio. Se a execução for aparelhada com mais de um título, a eventual invalidade de um não contagia, forçosamente, os demais.

Uma palavra sobre a defesa do executado. Esta, na ação cambial, não se faz por meio de contestação. É que a execução não é mera dedução de uma pretensão de conhecimento, mas a busca de conferir efetividade a uma sanção, eficácia à liquidez e certeza do título. Por isso, o executado não tem o que responder. Defende-se atacando. Sua defesa concretiza-se mediante o ajuizamento da ação constitutiva negativa (desconstitutiva) de embargos do devedor em que este po-derá suscitar direito pessoal contra o exequente, defeito de forma do título e/ou falta de requisito necessário para o exercício da ação. Como autor, incumbe-lhe o ônus da prova, é claro.

Ressalte-se, enfim, que, em matéria de defesa cambial, impera o princípio da inoponibilidade das exceções pessoais ao endossatário de boa-fé.

A penhora de bens do executado é a pedra de toque da execução. Uma vez atingido pela constrição da penhora o bem que garante a execução não pode ser vendido.

Observe-se o disposto na Súmula nº 417 do STJ ao estabelecer que, na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto.

Entretanto, fique claro que a penhora deve ser registrada no cartório imobiliário. Trata-se de condição essencial para definir a má-fé na compra do imóvel penhorado, assente que, de sua publicidade deflui a presunção de que o terceiro adquirente tinha ciência da constrição e, portanto, da existência de demanda capaz de reduzir o executado à insolvência. Nessa circunstância tipifica-se a venda efetuada em fraude à execução.

21.12.1Penhora de crédito titulado

A partir do art. 856, do CPC/2015, a penhora de crédito representado por título de crédito (cambiais, cheques, duplicatas etc.) efetiva-se mediante a apreensão do documento, esteja ou não em poder do executado.

Se incidir sobre crédito do executado, enquanto não concretizada a apreensão do título, considera-se efetivada a penhora pela intimação: a) ao

terceiro devedor para que não pague ao executado (seu credor); b) ao executado, credor do terceiro, para que não pratique ato dispositivo do crédito (art. 855 e incisos, do CPC/2015).

Não apreendido o título, mas confessada a dívida pelo terceiro, este será tido como depositário do respectivo valor, só se exonerando da obrigação pelo depósito em juízo da importância. Agora, negado pelo terceiro, o débito em conluio com o executado, eventual quitação que este lhe der caracterizará fraude à execução (parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 856, do CPC/2015).

21.12.2Título oriundo do estrangeiro

Para concluir este tópico, basta lembrar que os títulos executivos extrajudiciais oriundos de país estrangeiro somente terão eficácia executiva, no Brasil, nos termos da lei processual brasileira, se o indicarem como lugar do cumprimento da obrigação.

O Código de Processo Civil de 2015 (art. 784, § 2º) reconhece a plena validade do título executivo extrajudicial proveniente de país estrangeiro, conferindolhe força executiva.[28]

A eficácia executiva do título estrangeiro está condicionada à satisfação dos requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração, e o Brasil for indicado como lugar do cumprimento da respectiva obrigação, nos termos do art. 784, § 3º, do CPC.

21.13Prescrição

A prescrição é identificada, aqui, como a perda da pretensão executória pelo transcurso do tempo, em razão de seu não exercício.

A prescrição é efeito da inação. É uma sanção cominada para o não exercício tempestivo da ação cambiária. É o fechamento da porta da execução cambiária, a desoneração da responsabilidade cambial do devedor. Por ela, o título cambiário transforma-se em mero título comum de dívida.

Trata-se, é bom insistir, de prescrição extintiva, resultante de um *non agere* do titular do direito e do decurso do tempo. É cediço que não merece a tutela do ordenamento jurídico aquele que se desinteressa por seu direito, deixando de exercer sua pretensão nos prazos legais. A prescrição não se caracteriza pelo simples decurso do tempo, mas, também e sobretudo, pela inércia do credor.

Por outro lado, a estabilidade das relações obrigacionais, máxime no comércio, não pode admitir que o devedor fique, *in eterno*, à mercê do credor. Por isso, o juiz pode reconhecê-la de ofício, mesmo em matéria patrimonial.

O termo inicial da prescrição é o momento em que o título torna-se exigível. Assim, por exemplo, certificada pelo banco a insuficiência de fundos do emitente do cheque, começa a verter o lapso prescricional da execução cambiária.

A interrupção da prescrição só produz efeito em relação à pessoa para quem foi feita.

Exemplificando, é causa interruptiva da prescrição a carta do devedor reconhecendo a dívida e propondo sua composição (art. 202, VI, do CC de 2002), mas produz efeitos somente em relação ao devedor, que a subscreveu, e não a todos os coobrigados. Deve o exequente promover, então, a citação do subscritor dentro do lapso de três anos após a data da última carta, sob pena de prescrição.[29]

A interrupção operada contra um coobrigado cambial não atinge nem prejudica os demais. E, particularmente, interrompida a prescrição contra o avalizado, continua ela a correr em relação ao avalista e vice-versa.[30]

Em relação ao momento em que a execução interrompe a prescrição, o art. 802 do CPC/2015 dispõe que o despacho que ordena a citação interrompe a prescrição, mas a citação do devedor deve ser feita com observância do disposto no art. 240, § 2º, do CPC, ainda que emanado de juiz incompetente.

Cumpre esclarecer, ainda, que é nula a execução quando ausente condição da execução ou pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo. O juiz pode reconhecer de ofício a nulidade quando o título não for líquido, certo e exigível ou o devedor não for regularmente citado. Pode, também, o devedor opor objeção de executividade, ou seja, antes mesmo da penhora assecuratória do juízo, suscitar a nulidade ou eventual prescrição.

De toda sorte, o portador do título que perdeu a eficácia executiva poderá valer-se da ação monitória para, obtendo sentença positiva naquela ação de conhecimento, formar título apto a embasar execução e, até mesmo, pedido de quebra do devedor, se este for empresário.

21.14Regime legal

As normas sobre títulos de crédito enunciadas pelos arts. 887 a 926 do Código Civil não se aplicam aos títulos de crédito disciplinados por leis

especiais. É o teor do art. 903 do CC, ao ressalvar "disposição diversa em lei especial".

Portanto, os princípios e regras ali estabelecidos só servem para sublinhar o preceituado nas leis especiais regentes das cambiais (Lei Uniforme de Genebra), da duplicata (Lei nº 5.474/68) e do cheque (Lei nº 7.357/85), se e quando houver nexo de compatibilidade.

Não se pode, pois, cogitar de eventual aplicação supletiva das normas do CC sobre a matéria, em relação às letras de câmbio, notas promissórias, cheques e duplicatas. Não suprem nem subsidiam.

---

[1] STJ – REsp 812.004 – Rel. Min. Jorge Scartezzini – j. 20-6-2006.

[2] "As exceções fundadas em relação do devedor com os portadores precedentes, somente poderão ser por ele opostas ao portador, se este, ao adquirir o título tiver agido de má-fé."

[3] No Código Civil (art. 923), já consta que "o título nominativo pode ser transferido por endosso que contenha o nome do endossatário", mas a transferência só tem eficácia perante o emitente, uma vez averbada em seu registro.

[4] "Art. 1º A partir da vigência desta Lei, fica vedado o pagamento ou resgate de qualquer título ou aplicação, bem como dos seus rendimentos ou ganhos, a beneficiário não identificado. Parágrafo único. O descumprimento do disposto neste artigo sujeitará o responsável pelo pagamento ou resgate a multa igual ao valor da operação, corrigido monetariamente a partir da data da operação até o dia do seu efetivo pagamento."

[5] "A doutrina e jurisprudência consolidaram o entendimento de que o endosso-mandato não transferindo a propriedade do título, desqualifica o endossatário-mandatário como parte passiva em ação cautelar para sustação do protesto de títulos de crédito. A segunda parte do art. 18 da Lei Uniforme, que confere aos coobrigados o direito de opor ao endossatário apenas as exceções oponíveis ao endossante-mandante, não confere legitimação passiva àquele para responder em juízo perante o coobrigado, mas, tão somente, assegura ao devedor o direito de defesa plena caso acionado pelo endossatário-mandatário em nome do endossante-mandante" (*RT* 740/251).

[6] É o que afirma WHITAKER, J. M. (*168 : 152*).

[7] *A valle* (ao pé, em baixo).

[8] DE SEMMO, Giorgio (*51 : 368*) conceitua o aval como: "uma garantia pessoal, tendo caráter formalmente acessório, dada sobre o título para o pagamento da cambial, em favor de um obrigado, e em razão da qual o avalista assume a posição do avalizado, vinculando-se solidariamente junto com ele e com os demais signatários perante o portador".

[9] *RT* 734/432.

[10] 1º TAC – Ap. 418.975-5 – 5a Câm. – rel. Juiz Paulo Bonito (*RT* 653/131).

[11] Súmula nº 26 do STJ. O avalista do título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário.

[12] STJ – REsp 6.027 – 4ª T. – Rel. Min. Barros Monteiro (*RT* 670/189). No mesmo sentido, v. *RT* 665/181, 691/117 e 703/205.

[13] "*Le donneur d'aval est tenu de la même manière que celui dont il s'est porté garant*", no art. 31, alínea 1ª, da Lei Uniforme sobre cambiais, foi infelizmente traduzido como "o dador de aval é responsável da mesma maneira que a pessoa por ele afiançada". "*Garant*" com certeza não é fiança, é garantia.

[14] A ponto do jurista peninsular Brunetti afirmar que "a letra de câmbio em branco é filha natural da letra de câmbio perfeita".

[15] "Recurso especial. Nota promissória. Emissão em branco. Preenchimento incorreto. Má-fé do credor. Invalidade. É lícito emitir nota promissória em branco, para que o valor seja posteriormente preenchido pelo credor. O preenchimento, entretanto, pode acarretar a nulidade do título se o credor agir de má-fé, impondo ao devedor obrigação cambial sabidamente superior à prometida. Ainda que se afaste a tese da existência de falsidade ideológica, o título fica maculado pela quebra da boa-fé, princípio regente do direito privado e ignorado por quem preencheu a nota promissória" (STJ – REsp 598.891 – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 18-4-2006).

[16] STJ – REsp 3.835 – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo (*RT* 664/175).

[17] 1º TAC – Ap. 431.544-8 – 8a C. – Rel. Juiz Ademir Benedito (*RT* 675/119).

[18] STJ – REsp 21.254-0 – 3ª T. – Rel. Min. Waldemar Zveiter (*RT* 690/170).

[19] *RT* 711/183.

[20] STF – RE 86.796 – Rel. Min. Moreira Alves (*RTJ* 82/601).

[21] Art. 324 e parágrafo único do CC.

[22] *RT* 699/86.

[23] 1º TAC – Ap. 417.578-2 – 8a C. – Rel. Juiz Raphael Salvador (*JAPMP*).

[24] STJ – REsp 33.530-2 – 3ª T. – Rel. Min. Dias Trindade (*RT* 707/191).

[25] TAMG – Ap. 51.882-5 – 5ª C. – Rel. Juiz Marino Costa (*RT* 667/161).

[26] 1º TAC – Ap. 427.106-9 – 14a C. – Rel. Juiz Carlos Roberto Gonçalves (*RT* 668/106).

[27] Súmula nº 27, do STJ.

[28] *RT* 668/181.

[29] *RT* 646/100.

[30] *RT* 668/108.

22

Cambiais



22.1Noção

Sob a denominação *cambiais*, abrigam-se a letra de câmbio[1] e a nota promissória.[2]

Letra de câmbio é um título de crédito pelo qual o sacador (emitente) dá ao sacado (aceitante) ordem de pagar ao tomador (beneficiário) determinada quantia, no tempo e no lugar fixados na cambial. Quer dizer, é uma ordem de pagamento garantida, porque, pelo saque, o sacador emite a letra contra o sacado e, também, garante seu pagamento.

A letra de câmbio é um título completo, base de todos os outros títulos de crédito.

A nota promissória é uma promessa de pagamento pela qual alguém se obriga a pagar a outrem certa soma em dinheiro. O sacador (emitente) compromete-se a pagar quantia determinada ao beneficiário; tem responsabilidade idêntica à do sacado (aceitante) da letra de câmbio.

Na letra de câmbio intervêm fundamentalmente três pessoas:

- sacador ou emissor (pessoa que dá a ordem de pagamento, criando a letra);
- sacado (pessoa que, aceitando a letra, deve pagar seu valor);
- tomador (pessoa que recebe a letra de câmbio do saca dor e pode cobrá-la no vencimento, ou seja, a pessoa a quem a letra deve ser paga).

Já na nota promissória, são dois os intervenientes:

- emitente (pessoa que promete o pagamento); e
- beneficiário ou tomador (titular do crédito, a quem a nota promissória deve ser paga).

Pode a letra ser sacada em benefício do próprio sacador, que, então, será também o beneficiário, bem como ser sacada contra o próprio sacador, que, nesse caso, será ao mesmo tempo emitente e sacado.

No entanto, enfatize-se que o sacado, enquanto não aceitar, não é um obrigado cambial. Se não há o aceite do sacado na letra de câmbio, não há obrigação alguma de natureza cambiária entre ele e o sacador que a fez em seu próprio benefício. Ainda que exista dívida entre sacado e sacador, e haja o compromisso do aceite, falta relação cambiária. Nesse caso, o sacado responde por inadimplemento de obrigação extracambiária.[3]

O endossante e o avalista são intervenientes acidentais ou não essenciais, porque não é necessária sua presença para a existência da letra de câmbio.

22.2Requisitos de validade da letra de câmbio

Além daqueles requisitos essenciais aos títulos de crédito em geral, a letra de câmbio deve conter a *ordem* de pagar soma determinada em dinheiro. Aliás, é ela uma ordem.

22.2.1Denominação letra de câmbio

O primeiro e obrigatório requisito essencial é a denominação *letra de câmbio.*

É uma locução que tipifica a cláusula cambiária, insubstituível e inabreviável, a ponto de Paulo de Lacerda (*82 : 41*) entendê-la nula se:

- não apresentar a cláusula cambiária;
- a cláusula cambiária estiver fora do contexto;
- não for lançada por extenso;
- for expressa por palavras diversas das sacramentais;
- for truncada ou alterada.

22.2.2Mandato de pagar quantia determinada

Ordem de pagamento, a letra de câmbio deve conter a ordem incondicionada referente ao pagamento de valor determinado: ordem + valor a pagar. A consignação do *quantum* é a soma que representa. Sem ela, inexiste letra de câmbio. Com efeito, a soma expressa em moeda corrente deve ser exata, determinada, positiva. Não pode depender de verificação.

Havendo divergência entre a indicação numérica e a indicação por extenso da quantia, prevalecerá a última. Todavia, se a indicação da quantia for feita mais de uma vez, seja por extenso, seja em algarismo, e

divergirem as diversas indicações, considerar-se-á a que representar valor inferior.

Acentue-se que já se tem admitido, na jurisprudência, a cambial indexada, isto é, aquela cuja quantia a pagar é expressa com o aditamento de fator oficial de correção. Esse entendimento funda-se em que a exigência de indicação da quantia não significa exatidão, mas determinação. Depois, porque, se assim não for, a depreciação monetária, se ocorrente, poderá significar a mitigação do valor real do título.

22.2.3Nome da pessoa que deve pagar

É o nome do sacado, ou seja, o nome da pessoa contra quem a ordem é emitida, o sujeito passivo da relação cambial.

Registre-se que a indicação do sacado no título, em princípio, nenhuma responsabilidade atribui-lhe; é simples indicação. Só assumirá a obrigação cambial quando lançar na cártula sua assinatura, como aceitante. Antes disso, o sacado está vazio de obrigação, sem vinculação cambial.

> "Pela indicação do seu nome, o sacado não fica com obrigação alguma de natureza cambiária, mas somente com ampla faculdade de aceitá-la e pagar ou não o saque. É desde a aceitação que se obriga como devedor principal. E se o sacado usar da faculdade de rejeitar o saque, nenhuma responsabilidade cambiária lhe advirá disso, apesar do compromisso de aceitá-la. Se compromisso houver, o sacado responderá pelo inadimplemento da obrigação extracambiária que tomou..."[4]

Nada obsta que o nome do sacado seja abreviado, mas é mister que seja suficiente para identificá-lo. Admite-se o pseudônimo pelo qual a pessoa é notoriamente reconhecida. Essencial é a individualização do sacado. Bem por isso, não são proibidos os pseudônimos, os nomes de fantasia, o nome comercial objetivo, o apelido. A condição inamovível é haver certeza sobre a pessoa de que se trata, sobre quem realmente está obrigado.

Nos termos do art. 3º, alínea 2a, da Lei Uniforme, a letra pode ser sacada sobre o próprio sacador ou sobre vários sacados, tanto alternativa como cumulativamente, indicando, é claro, sempre, os respectivos domicílios de pagamento.

Ainda em vigor, porque não revogado pela Lei Uniforme, o art. 10 do Decreto nº 2.044/08 determina que

> "sendo dois ou mais sacados, o portador deve apresentar a letra ao primeiro nomeado; na falta ou recusa do aceite, ao segundo, se estiver domiciliado na mesma praça; assim, sucessivamente, sem embargo da forma da indicação na letra dos nomes dos sacados".

22.2.4Nome da pessoa a quem deve ser paga

Trata-se do tomador ou beneficiário da ordem contida no título, seu credor.

Recebendo o documento do sacador, o beneficiário passa a ser seu primeiro tomador, facultando-se-lhe transmiti-lo via endosso.

A propósito, consigne-se a comparação formulada por Carvalho Neto (*31 : 36*):

> "Enquanto a promissória é uma perpendicular, caindo sobre um plano – emitente e credor – a letra de câmbio é um triângulo, cujos lados – *sacado e sacador* – assentam seus vértices sobre o *tomador*. Faltando a indicação do tomador, o título não será letra de câmbio."

Sobre a viabilidade de pluralidade de tomadores, parece-nos procedente a posição de Fran Martins (*102 : 118*), no sentido de sua possibilidade, desde que tais tomadores sejam solidários ou alternativos, mas não disjuntos, porque se é vedado o endosso parcial, igualmente não seria possível a existência de diversos tomadores não solidários.

Se a nota promissória for emitida sem o nome do beneficiário e o requisito não for preenchido até o ajuizamento da execução, não pode o magistrado autorizar seu preenchimento após a distribuição da demanda. O título prevalece como originalmente apresentado, ou seja, em branco. *In albis* o nome do beneficiário é inexigível porque não reúne os requisitos que o caracterizam como nota promissória, da qual, segundo o art. 75, item 5, da Lei Uniforme, deve constar o nome da pessoa a quem ou à ordem de quem deve ser paga.[5]

Observe-se, por outro lado, que mesmo declarada a falta de requisito do título de crédito com a ausência do nome do beneficiário, nada impede que o tomador promova nova execução do título, suprida a omissão. Não há, no caso, ofensa à coisa julgada.[6]

22.2.5Assinatura de próprio punho do sacador

Já que assinar o título é assumir obrigação cambial, firmando a letra, o sacador concretiza sua emissão, garantindo seu aceite e seu pagamento. Em outras palavras, responderá por seu pagamento se o sacado, contra quem dirige a ordem, não o fizer.

A assinatura do sacador ou seu mandatário especial deve localizar-se abaixo do contexto (parte extrema inferior), autenticando os termos da ordem, evidenciando que os requisitos foram preenchidos conforme sua

vontade ou concordância, embora a Lei Uniforme não expresse referida exigência.

Vale aqui o que foi dito em relação ao uso de pseudônimo, sendo fundamental a possibilidade de identificação do sacador, porque não se admite letra de câmbio apócrifa.[7]

A assinatura deve ser de próprio punho. Fica afastada, desde logo, a viabilidade de assinatura a rogo ou lançamento de impressão digital. Embora haja entendimento no sentido de que deve ser manuscrita, não vemos obstáculos a que seja lançada por outro meio mecânico. A palavra *assinatura*usada pela Lei Uniforme deve ser lida em sentido abrangente, alcançando mais que a mera firma, ou seja, qualquer outro meio identificador do sacador, suficiente para responsabilizá-lo.

22.3Requisitos de validade da nota promissória

Se a letra de câmbio contém *ordem* de pagar, a nota promissória exige a *promessa*incondicionada de pagar quantia determinada. Na letra, o sacador *ordena* ao sacado; na nota promissória, o emitente *promete* ao tomador. Não comporta a figura do *aceite*, não precisa dela.

São requisitos essenciais à nota promissória:

- denominação nota promissória expressa no idioma empregado no título;
- promessa pura e simples de pagar quantia determinada;
- época do pagamento;
- lugar do pagamento;
- pessoa a quem ou à ordem de quem deve ser paga;
- assinatura do emitente (subscritor).

A nota promissória deve conter os requisitos reclamados pelo art. 76 da Lei Uniforme para servir, como título executivo extrajudicial, à execução.

Algumas regras resultam da jurisprudência sobre a matéria:

- se ficar apurado que a nota promissória foi adulterada, exonera-se o promitente do dever de pagá-la;
- na emissão de promissória, ainda que apresente valor maior que o total da obrigação, por acréscimo de quantia acessória, é válida a exclusão do excesso, mas o título é válido;
- indicações sobre os créditos para o cálculo do valor atualizado do débito não tiram à nota promissória seu caráter de liquidez;
- a anotação no verso do título de que seu valor equivale a determinada coisa não retira sua exigibilidade;

•a ausência de data para pagamento torna a nota promissória título a vista;
•na execução, a ausência de data de emissão nulifica o título;
•a inversão de requisitos não prejudica a literalidade do título;
•o lugar e a data de emissão do título lançados em seu verso não o invalidam;
•nota promissória sem requisito essencial não tem força executiva, mas serve como início de prova;
•a prorrogação da data do vencimento de nota promissória deve ser provada documentalmente, admitindo-se a prova testemunhal só em caráter subsidiário;
•rasuras efetuadas na nota promissória são irrelevantes se declarar a existência da dívida e seu valor;
•a nota promissória representativa de obrigação contratual é autoexequível, não perdendo sua autonomia.

22.4Requisitos não essenciais das cambiais

Essencial é o que não pode ser substituído. Acidental é o que comporta substituição. Nas cambiais, há requisitos que admitem troca por outro igualmente efetivo. Não são essenciais, porque supríveis. São eventuais os seguintes requisitos:

•data e lugar da emissão;
•época do vencimento;
•lugar do pagamento.

Na ausência da data ou lugar da emissão, pode o portador inseri-las. Aliás, quanto à data de emissão da nota promissória, precisa inseri-la até o ajuizamento da execução sob pena de ficar o título desvestido de cambiaridade.

Quanto à época do vencimento, sua falta significa que a cambial é pagável a vista. As diversas modalidades de vencimento cambial devem ser estabelecidas no título. O vazio traduz ausência de prazo. Cambial com vencimento em branco é cambial a vista.

A que não mencionar o lugar do pagamento deverá ser paga no lugar do domicílio do emitente (nota promissória) ou sacado (letra de câmbio). Sendo título de apresentação, título quesível, deve ser levada ao devedor para solução.

Nas letras de câmbio emitidas a certo termo de data, é essencial a data de saque, porque é o termo *a quo* para a determinação do vencimento. A certo termo de data significa a certo prazo da data de emissão.

22.5Aceite

Já foi dito que na letra de câmbio, o sacador ordena ao sacado que pague ao tomador. Ao fazê-lo, garante o aceite do sacado e o pagamento do título. Portanto, incumbe ao sacado aceitar a ordem de efetuar o pagamento.

Aceite é a declaração pela qual o sacado compromete-se a realizar o pagamento da soma indicada na letra de câmbio, dentro do prazo especificado. Passa a ser responsável direto pela execução de obrigação incondicional. Consiste na assinatura do sacado no anverso da letra e, se lançada no verso, acompanhada de expressão que identifique sua aceitação.

O aceite é facultativo porque nada obriga o sacado a assumir a obrigação cambial.

De outra parte, a recusa do aceite autoriza o tomador a cobrar o título, imediatamente, do sacador, posto que, nos termos do art. 43 da Lei Uniforme, nesse caso, ocorre o vencimento antecipado do título. Todavia, se a letra contiver a cláusula *não aceitável*, o tomador não poderá apresentá-la ao sacado, para aceite, mas tão somente no vencimento, para o pagamento.

Como o aceite da letra deve ser sempre incondicionado, mesmo o aceite parcial equivale à recusa. Aceitar parcialmente é o mesmo que recusar o aceite do que consta do título. Ocorrerá o aceite *parcial* ou *sob condição* quando o sacado aceitar a letra apenas por uma parte do valor emitido (aceite limitado ou limitativo) ou modificando condição inserta na letra, *por exemplo*, o local de pagamento (aceite modificativo ou qualificado). Nessas hipóteses, o sacado obriga-se ao pagamento do título conforme seu aceite, mas o vencimento antecipado opera-se em relação ao sacador.

O aceite é irretratável. Seu cancelamento antes da restituição da letra equivale à recusa.

No aceite por intervenção, um terceiro (tanto faz seja estranho ao título ou já coobrigado) intervém para aceitá-lo pelo sacado que o recusou. Referida modalidade requer a anuência do portador da letra, uma vez que pode protestar o título e acionar os coobrigados. É que a falta ou recusa de aceite pelo sacado importa, como antes foi dito, o vencimento antecipado do título.

22.6Vencimento

O valor inscrito na letra realiza-se a qualquer momento pelo desconto, mas só se torna exigível pelo vencimento quando termina o prazo do crédito e a ordem de pagar deve ser cumprida.

O vencimento pode ser *ordinário* ou *extraordinário.* O primeiro traduz o término de um prazo normal. O outro resulta da interrupção daquele termo, por fato anormal. Aquele foi previsto; este, não.

A Lei Uniforme estipula para as letras de câmbio quatro espécies de vencimento:

- a vista;
- a dia certo;
- a certo termo de data (da data do saque);
- a certo termo de vista (da data da apresentação para aceite).

Vencimento *a vista* é o que ocorre no ato de apresentação da letra de câmbio ao sacado. A *dia certo* é o mesmo que a dia estipulado ou marcado, entendendo-se por dia útil o dia em que há expediente bancário. A *certo termo de data* significa que o título tem seu vencimento fixado em dias, semanas ou meses contados da data do saque. O vencimento, nesse caso, ocorre no último dia do prazo, sem se contar o dia em que a letra foi sacada. Já no vencimento a *certo termo de vista* o *dies a quo* do prazo para vencimento é a data do aceite ou a data do protesto por sua falta.

Se o aceite exarado não estiver datado, o portador poderá inserir a data em que se efetivou. Se não o fizer e o aceitante recusar-se a fazê-lo, poderá protestar o título por falta de data de aceite. O termo inicial do vencimento *a certo termo de vista* será, nesse caso, a data do protesto.

O art. 36 da Lei Uniforme contém as seguintes regras a respeito:

- o vencimento de uma letra sacada um ou mais meses de data ou de vista será na data correspondente do mês em que o pagamento deve ser efetuado. Na ausência de data correspondente, o vencimento será no último dia desse mês;
- quando a letra é sacada a um ou mais meses e meio de data ou de vista, contam-se primeiro os meses inteiros, depois os dias;
- se o vencimento for fixado para o princípio, meado ou fim do mês, entende-se que a letra será vencível no primeiro, no dia 15 ou no último dia desse mês.

Pode ocorrer o *vencimento extraordinário* (antecipado) da letra, quando o tomador não consegue obter o aceite, seja por motivo de ausência ou impedimento do sacado, ou por oposição deste, tácita ou explícita. É que fica, desde logo, verificado que o valor contido na letra não será realizado no tempo previsto. Nesse caso, o tomador tem o direito de exigir do

sacador o resgate imediato do título. O vencimento antecipado é positivado pelo protesto por falta de aceite tirado até o primeiro dia útil que se seguir à recusa ou aceite limitativo.

Atente-se a que, nos termos do art. 72 da Lei Uniforme, o pagamento de uma letra cujo vencimento recai em dia feriado legal só pode ser exigido no primeiro dia útil seguinte. Da mesma maneira, todos os atos relativos a letras, especialmente a apresentação ao aceite e o protesto, somente podem ser feitos em dia útil, ou seja, dia em que há expediente bancário.

Quando um desses atos tem de ser realizado em determinado prazo e o último dia desse prazo é feriado legal, fica o dito prazo prorrogado até o primeiro dia útil que se seguir a seu termo.

Para a nota promissória, que não tem aceite, não se aplicam as regras pertinentes ao vencimento*a certo termo de vista*. Com efeito, pode ser passada com vencimento:

- a vista;
- a dia certo;
- a tempo certo de data (da data da emissão).

Também verifica-se o vencimento antecipado, seja da letra de câmbio, seja da nota promissória, no caso de declaração de falência do devedor empresário (art. 77 da LRE), ou de declaração civil de insolvência do obrigado (art. 751, inciso I, do CPC de 1973).

Regra geral, nos casos de insolvência ou falência do devedor, os débitos se vencem, ou seja, têm sua exigibilidade antecipada. É assim no Direito Comercial e no Direito Civil. No primeiro,[8] a dívida considera-se vencida se o devedor falir; no segundo,[9] ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo pactuado se, executado o devedor, abrir-se concurso creditório. Ocorre o vencimento excepcional antecipado do título.

Por isso, imediatamente após a instauração do regime falitário, todos os credores (mesmo por créditos ainda não exigíveis) podem exercer a defesa de seus direitos. É imposição decorrente da *par conditio creditorum*. No entanto, o fato de a dívida tornar-se exigível não enseja ao credor da letra ou da nota promissória o direito de pleiteá-la singularmente. Precisa observar as regras do processo falimentar, efetivando-se no instante aprazado, conforme a classificação de seu crédito habilitado, que, no caso, é um crédito quirografário.

22.7Pagamento

Normalmente, extingue-se a obrigação cambiária pelo pagamento do valor contido no título, quer dizer, pelo resgate da cambial.

Cabe, aqui, com esteio nos arts. 38 *usque* 42 da Lei Uniforme, elencar as seguintes regras:

- •contendo dívida *quérable* (quesível), a cambial é título de apresentação pelo credor ao devedor para que ocorra o pagamento;
- •se o portador não apresentar no vencimento,a cambial para pagamento, perde o direito de regresso contra os coobrigados;
- •prova-se a apresentação e falta ou recusa de pagamento pelo protesto;
- •na exigência do pagamento, o portador deve apresentar o título no original;
- •a posse do título, pelo devedor, induz à presunção relativa de pagamento;
- •se o sacado (aceitante) paga a letra de câmbio, desonera todos os coobrigados;
- •se o avalista do sacado paga o título, libera os coobrigados e tem ação contra o sacado avalizado;
- •o portador não pode recusar qualquer pagamento parcial;
- •o portador de uma letra não pode ser obrigado a receber seu valor antes do vencimento.

Repare-se que a presunção de pagamento pelo devedor que tem a posse do título é relativa. Se o devedor tem o título, há presunção de pagamento, nos termos do art. 324 do CC. No entanto, trata-se de presunção *juris tantum*, porque o credor pode provar que inocorreu o pagamento, invalidando a quitação, conforme estatui o parágrafo único daquele dispositivo. Tem o prazo decadencial de 60 (sessenta) dias para fazê-lo.

Por exemplo, a cobrança de importância devida a título de encargos por conta de cambial resgatada em cartório de protesto só pode ser pleiteada naquele prazo de 60 (sessenta) dias. Transcorrido tal prazo, a presunção de pagamento gerada pela entrega do título torna-se indestrutível.[10]

Pode ocorrer, ainda, o pagamento do título por terceiro, quer dizer, o pagamento por intervenção. Segundo o preconício de Magarinos Torres (*96 : 270*), como a intervenção é um ato cambial, quem paga adquire direito autônomo e pode haver cambialmente o reembolso daquele por quem pagou. Está legitimado, pois, à execução para reaver o que desembolsou.

22.8Ressaque

Ressacar é sacar novamente. O portador de letra de câmbio com vencimento a vista, devidamente protestada, pode ressacar nova letra de

câmbio contra qualquer dos obrigados, com o fito de substituir a ação regressiva. Condição para o ressaque é que o título não esteja prescrito.

Tratando-se de um novo saque, diz Whitaker (*168 : 267*),

> "deve ter, forçosamente, a natureza do saque primitivo e, portanto, todos os seus requisitos essenciais. Contudo, entre o saque e o ressaque há uma diferença de efeito singular: ao passo que o primeiro nunca obriga o sacado que não aceitou, o segundo habilita o beneficiário a intentar contra o sacado, que não quis pagar, a própria ação executiva cambial. A razão desta diferença é que, no primeiro caso, o sacado não contraiu obrigação cambial alguma, ao passo que, no segundo, esta obrigação decorre da firma que ele lançou no título originário, o qual acompanha, sempre e necessariamente, o ressaque".

22.9Prescrição das cambiais

Na letra de câmbio, prescrevem em:

3 (três) anos as ações contra o aceitante (sacado) e o avalista;

12 (doze) meses as ações do portador contra os endossantes e sacador;

6 (seis) meses as ações dos endossantes, uns contra os outros.

A execução da nota promissória prescreve nos seguintes prazos:

do portador contra emitente ou avalista em 3 (três) anos;

do portador contra endossante(s) em 12 (doze) meses;

do(s) endossante(s) um contra o(s) outro(s) em 6 (seis) meses.

Ao estipular que a interrupção da prescrição só produz efeito em relação à pessoa para quem a interrupção foi feita, o art. 71 da Lei Uniforme sobre cambiais quer dizer que a interrupção operada contra um coobrigado cambial não afeta os demais.

Cumpre assinalar que, consoante a Súmula nº 504 do STJ, o prazo para o ajuizamento da ação monitória em face do emitente de nota promissória sem força executiva é quinquenal, a contar do dia seguinte ao vencimento do título.

Prescrita a via executiva, resta ao portador a ação ordinária de cobrança, onde se lhe exigirá, como causa de pedir, a menção e eventual comprovação da relação causal entre o título e o negócio que o gerou. Com certeza, a ação ordinária objetiva evitar o locupletamento injusto do devedor. Por isso, embora cambialmente desonerado, o devedor não se exime de restituir ao portador do título, com os acréscimos legais, o valor respectivo.

22.10Ação de anulação

Inscrita no art. 36 do apontado Decreto 2.044, a ação de anulação busca um provimento jurisdicional que declare anulado o título extraviado ou destruído e determine a sua substituição. Funda-se na necessidade do título para ser apresentado a pagamento.

Tem legitimação para ajuizá-la o proprietário do título extraviado ou destruído. No primeiro caso, postulará ao órgão judiciário do local do pagamento a intimação do sacado ou do aceitante e dos coobrigados, para não pagarem a letra, e a citação do detentor para apresentá-la em juízo, em três meses. No caso de extravio e de destruição, requererá a citação dos coobrigados para, dentro daquele prazo, oporem contestação firmada em defeito de forma do título ou, na falta de requisito essencial, ao exercício da ação cambial.

Para encerrar, saliente-se que o provimento judicial anulatório produz duplo efeito subjetivo:

- substitui o título, ensejando ao proprietário a execução; e
- nulifica a cártula extraviada ou destruída esvaziando o direito cambial do possuidor.

22.11Promissória vinculada

Cambial vinculada é cambial ancorada a negócio de outra ordem que não cambiária.

A matéria tem importância porque compele ao exame dos graus de vinculação e seus efeitos sobre a autonomia da cambial.

É indiscutível a crescente utilização das cambiais como instrumentos destinados à maximização de garantias contratuais. Essa função de coadjuvante de garantia acarreta diversos problemas relativos à autonomia e literalidade desses títulos. Funcionam como títulos de garantia ou maximizadores de garantia, amarrados a diversas modalidades contratuais.

Em princípio, o fato de uma nota promissória estar presa a um contrato nem sempre arranha a autonomia do direito nela incorporado. Regra geral, o simples fato de achar-se a nota promissória ligada a contrato não a desnatura como título executivo extrajudicial. Sua cambialidade permanece intacta. Pode ser negociada. Circula e pode ser esteio de execução. Sua autonomia permanece intangível.

Desse pensar é Luiz Emygdio F. da Rosa (*142 : I – 477*), para quem

> "o fato de a nota promissória estar presa a um contrato não tira sua autonomia, pois caso contrário ter-se-ia de admitir a tese, verdadeiramente absurda, de que

encerraria uma promessa subordinada a uma condição consistente no cumprimento do contrato. Tanto não deixa de ser autônomo o título que o emitente, salvo através de oposição da cláusula 'não à ordem', não pode impedir que circule através de endosso".

Contudo, esse diagnóstico que parece de clareza meridiana, não é tão seguro. Entenda-se. Os princípios da abstração e da autonomia nem sempre podem ser considerados em sua plenitude, quando a cambial é emitida em garantia de negócio jurídico subjacente. Sua relativização é incumbência processual de que tem em mira sua anulação.

Chegando ao fulcro do problema: quando a vinculação compromete a autonomia da cambial e quando isso ocorre?

A casuística desvela a necessidade de se considerar duas modalidades de vinculação, conforme a natureza do contrato a que se amaram as cambiais: a vinculação relevante, ou seja, a que desveste de autonomia a cambial; e a vinculação irrelevante, vale dizer, a que não solapa a autonomia da letra de câmbio ou da nota promissória.

Exemplificando, é relevante a vinculação de cambial a contrato de adesão a grupo de consórcio, uma vez que o contrato de adesão a grupo de consórcio não revela liquidez do débito formado com base nele. Implicação lógica disso é que para a nota promissória emitida em garantia da solução do débito decorrente dessa modalidade contratual é transportada essa iliquidez.[11]

Também nega-se executoriedade à cambial quando garantia de contrato de abertura de crédito, documento despido de caráter executivo. Ou seja, quando vinculada à abertura de crédito a cambial perde sua autonomia, porque predita avença não é dotada de executividade. O contágio, no caso, mitiga a autonomia cambiária, posto que ancilar de contrato sem liquidez intrínseca.

Nessa direção apontam as duas súmulas seguintes do STJ:

Súmula 233

"O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo."

Súmula 258

"A nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou."

Contudo, se não garantidora da contratação de abertura de crédito, a iliquidez negocial não afeta a cambial adjunta emitida depois da realização do contrato.

Agora, sempre tendo em vista o referencial da natureza do contrato vinculante, quando se cuida do contrato de mútuo, o rumo oposto é o correto. É irrelevante para a autonomia cambial, a vinculação do título a contrato de mútuo. Continua sendo documento adjetivado pela executoriedade.

Quer dizer, o contrato de mútuo e sua respectiva nota promissória, ainda que desacompanhados de demonstrativo de débito, prestam-se como títulos hábeis a ensejar execução.[12]

Da mesma forma, não macula a autonomia da cambial, a vinculação pertinente a contrato de confissão de dívida. Aludida modalidade contratual é título executivo, nada obstando a execução da duplicata vinculada.

---

[1] *Bil of exchange, lettre d'echange, cambiale, lettera di cambio*, no direito alienígena.

[2] *Promissory note, billet à ordre, vaglia cambiario, pagaréa la orden*, no direito alienígena.

[3] 1º TAC – Ap. 324.434 – 4a C.– Rel. Juiz José Bedran (*JAPMP*).

[4] *JTA* 34/46-48.

[5] *RT* 675/119.

[6] *RSTJ* 79/188.

[7] Cf. PONTES DE MIRANDA, F. C. (*129 : 101*) a assinatura, a despeito da abreviação ou de qualquer outro motivo de indiscernibilidade, tem validade se indicar, inequivocamente, alguém. "O gatafunho, suscetível de determinar quem o assinou, é suficiente (...) o pseudônimo ou alcunha, que individui, vale (...) não constitui nulidade a assinatura abreviada ou com algumas iniciais..."

[8] Art. 333, I, do CC.

[9] Art. 1.425, II, do CC.

[10] 1º TAC – Ap. 423.062-6 – 3a C. – Rel. Juiz André Mesquita (*RT* 655/112).

[11] TJSC – AC 2004.012430-9 – Rel. Des. Fernando Carioni – j. 7-4-2005.

[12] STJ – AgRg no Ag 594.772 – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 26-10-2006.

23

Cheque



23.1Ordem de pagamento

O cheque é um instrumento de mobilização de moeda bancária.

O cheque é uma ordem de pagamento a vista, sobre quantia determinada, emitida contra um banco, com base em provisão de fundos depositados pelo emitente ou oriundos de abertura de crédito.

Nessa linha conceitual, o cheque pressupõe:

- emissão contra banco ou ente financeiro assimilado; e
- existência de saldo credor do emitente (correntista), em conta fundada em contrato de depósito bancário ou abertura de crédito.

23.1.1Banco ou instituição equiparada

O cheque deve ser emitido contra banco, ou instituição financeira que lhe seja equiparada, sob pena de não valer como cheque, ou seja, a Lei do Cheque (Lei nº 7.357/85) exige que o sacado seja sempre um banco ou instituição financeira equiparada. Contra tais entidades são emitidos cheques. Essa norma conduz à necessidade de se identificar a categoria *instituição financeira equiparada a banco.* A resposta encontra-se na chamada Lei de Reforma Bancária (Lei nº 4.595/64) cujos arts. 17 e 18 enumeram como tal as:

- sociedades de crédito, financiamento e investimento;
- caixas econômicas; e
- cooperativas de crédito.

23.1.2Saldo disponível em poder do sacado

Põe-se a questão de se saber o que são fundos disponíveis?

Consideram-se fundos disponíveis:

•os créditos constantes de conta corrente bancária não subordinados a termo;
•o saldo exigível de conta corrente contratual;
•a soma proveniente de abertura de crédito.

O banco sacado deve ter sob seu poder uma conta do sacador, com suficiente provisão de numerário para o pagamento do cheque. Os fundos não precisam, forçosamente, ser produto de depósito em dinheiro, por parte do sacador (correntista). Podem consistir em créditos oriundos de conta garantida, do tipo, por exemplo, cheque especial, cheque ouro, cheque azul etc. Essencial é que a conta contra a qual o cheque é emitido esteja abastecida, tenha fundos.

Os fundos a que se alude devem estar à disposição do sacador; que este possa movimentá-los, livremente, sem qualquer espécie de vinculação que obste sua retirada (*v.g.*, depósito com prazo de vencimento fixo).

Não basta que o emitente tenha fundos disponíveis em poder do banco sacado no momento da apresentação do cheque para pagamento. Deve estar autorizado a sobre eles emitir cheque, em virtude de contrato expresso ou tácito.

É bem verdade que a infração desses preceitos não prejudica a validade do título como cheque. O cheque sem fundos não é irregular e vale como cheque.

A provisão de fundos deve existir no momento da apresentação do cheque para pagamento, diz o art. 4º, § 1º da Lei do Cheque. Portanto, não precisa haver fundos no momento da emissão, mas, no momento da apresentação.

Entretanto, o cheque é ordem de pagamento a vista; não existe cheque a prazo. Depois, no *caput*do art. 4º, consta que o emitente deve possuir fundos disponíveis em poder do banco sacado, ou seja, no momento da emissão o valor do cheque deve estar disponível em sua conta corrente. Conclui-se, portanto, que a constatação sobre a existência de fundos só se faz quando o cheque é apresentado para liquidação, embora aqueles devessem existir desde a emissão.

A lei vincula a provisão de fundos a um contrato expresso ou tácito entre o sacador-correntista e o banco sacado. Isso significa a abertura de uma conta corrente bancária.

23.1.3Conta-corrente bancária

Para a abertura de conta de depósito a vista, necessário se faz que o correntista preencha uma ficha-proposta com os seguintes requisitos:

•nome e qualificação com CPF (pessoa física) ou CNPJ (pessoa jurídica);
•data da abertura da conta e número desta;
•condições do depósito;
•assinatura do depositante;
•fontes de referência;
•advertência sobre as sanções para o uso indevido do cheque (inclusão no Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundo);
•advertência sobre a necessidade de comunicar mudanças de endereço;
•autorização para abertura de conta por despacho do administrador bancário.

O banco só deverá fornecer o talonário de cheques para movimentação da conta após a realização de sindicância destinada a comprovar a idoneidade do depositante, o que se fará a vista das informações integrantes da ficha-proposta e de consulta às fontes referenciais nela indicadas e outras que a instituição financeira entender por bem convenientes.

A abertura de conta-corrente bancária impõe deveres tanto ao correntista quanto à instituição financeira. Se é verdade que do primeiro se reclama a guarda e o uso adequado dos talonários de cheques, não é menos verdade que o banco tem o indeclinável encargo de promover todas as diligências necessárias para identificar corretamente seu cliente, verificando a exatidão dos documentos a ele pertinentes, antes de entregar-lhe folhas de cheques. Não é incomum a manobra fraudulenta de estelionatários que abrem contas bancárias utilizando documentos falsos.

Não é rara a entrega imprudente de talonários relativos a correntistas para terceiros, bem como subtrações de talonários ocorridas no interior de agências bancárias e a subsequente falsificação de formulários de cheques. Apresentados para pagamento, tais quirógrafos adulterados são devolvidos por falta de fundos. Em outras palavras, o banco devolve-os como se tivessem sido sacados pelos verdadeiros correntistas e, às vezes, inclui indevidamente seus nomes no cadastro de emitentes de cheques sem fundos, lesando-lhes o bom nome e o crédito. Isso, quando não os expõe a inquérito policial por estelionatos que jamais cometeram.

Sendo o banco responsável pela guarda dos talonários de seus clientes, responde por sua indevida utilização, por parte do autor do furto. E se não toma providências enérgicas e eficazes para livrar seu cliente dos dissabores de um inquérito policial pela prática de estelionato, deve responder pelos danos decorrentes.[1]

Responsabilidade civil de banco. Abertura de conta de depósito com documento falso. Negligência dos prepostos da instituição financeira, que

não agiram com as precauções exigíveis na identificação completa do depositante. Risco do negócio. Emissão de cheques sem fundos, pelo estelionatário, a acarretar a injusta inclusão do nome da vítima no cadastro do Banco Central. Constrangimento capaz de confirmar dano moral. Indenização a ser arbitrada com moderação, compatível com as circunstâncias do caso.[2]

23.2Natureza jurídica

Questão relevante e controvertida refere-se à natureza jurídica do cheque. É ou não é um título de crédito?

Para Othon Sidou (*149 : 36*), o cheque não é título de crédito, mas, "instrumento de exação, não de dilação. Não tem data de vencimento; é pagável no ato de apresentação, a vista, ainda que não o declare", concluindo que o concurso do crédito é meramente acidental. Admite, quando muito, a natureza de título de crédito impróprio.

Paulo Restiffe Neto (*134 : 37*), em convincente estudo sobre a matéria, não deixa qualquer dúvida a respeito:

> "O cheque – que é título cambial, mas não título de crédito, e muito menos título de crédito causal – é instrumento de pagamento, um quase dinheiro, que traduz uma ordem de pagamento que se exaure com o recebimento do seu valor."

Mostrando que não há entendimento unívoco nesta matéria, João Eunápio Borges (*20 : 161*) pensa de forma diversa, asserindo que

> "se o cheque substitui – embora por prazo brevíssimo, mesmo de horas ou minutos – o dinheiro devido, a qualquer título, pelo emitente; se se verificam, pois, em relação ao cheque os dois elementos que caracterizam uma operação de crédito – a confiança e o prazo que intervém entre a promessa do devedor e a sua realização futura – é claro que o cheque, apesar de não passar normalmente de mero instrumento de retirada de fundos, ou de movimentação de conta bancária, é também um título de crédito".

O cheque – que não é título de crédito *em sentido estrito* – é mesmo um instrumento de pagamento que se exaure com o recebimento do seu valor, mas contém diversos elementos peculiares aos títulos de crédito tradicionais, como, por exemplo, a literalidade e a abstratividade. De outra parte, é inegável que o sacado não tem nenhuma obrigação cambial, não garante o pagamento, não aceita (art. 6º), não endossa (art. 18, § 1º) e não avaliza (art. 29) o título. Também é discutível sua circulabilidade. Deve ser contemplado, realmente, um título de crédito *sui generis*.[3]

Em regra, o cheque não é papel de curso forçado. Havia situações, porém, em que o pagamento efetuado mediante a emissão de cheque era

considerado pronto pagamento. Assim era o pagamento efetuado por cheque visado ou administrativo no ato de entrega (tradição) da mercadoria. Da mesma forma, o pagamento feito por cheque no ato do pedido, quando a entrega se verificava após sua compensação (art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.002/90). Hoje, não mais subsiste aludida obrigatoriedade. O pagamento por meio de cheque é *pro solvendo.*

De tal arte que,

> "emitido o cheque para pagamento de uma cambial, não constitui novação da dívida porque é ordem de pagamento. Se o primeiro título não foi devolvido no ato, tem-se que o cheque é *pro solvendo*, ainda que haja referido o recibo novação pelo cheque. Não pago por insuficiência de fundos em poder do sacado, a dívida, sempre a mesma, continua subsistindo e representada pelo título primitivo".[4]

Também assim

> "na substituição de duplicata por cheques posteriormente devolvidos por insuficiência de fundos, não se pode alegar ocorrência de novação, pois nesse caso a dívida ficou intacta, somente as prestações é que se revestiram de nova forma cambial".[5]

É que

> "para a configuração da novação a doutrina reclama: a) existência jurídica de uma obrigação (*obligatio novanda*); b) constituição de nova obrigação (*aliquid novi*); c) *animus novandi*. Não se dá novação quando o negócio, diversamente do consignado, realizando-se de outro modo, por conveniên cia das partes, previu originariamente o pagamento em duas parcelas, a segunda das quais mediante cheque pré-datado".[6]

23.3Abstração

O cheque é documento literal e abstrato. Por isso, exceções pessoais, ligadas ao negócio subjacente, somente podem ser opostas a quem tenha participado do negócio. Endossado o cheque a terceiro de boa-fé, eventuais questões ligadas à *causa debendi* originária não podem ser manifestadas contra o terceiro legítimo portador do título. É o princípio da inoponibilidade, ao qual já nos referimos.

De outra parte, aquele que sabe do vício que inquina a declaração cambiária transforma-se em portador de má-fé. Como a ninguém é lícito valer-se da torpeza própria ou alheia para obtenção de vantagem indevida, a má-fé do portador representa obstáculo invencível a sua pretensão de obter o pagamento prometido no cheque. Não está coberto pela

inoponibilidade das exceções pessoais. A imunidade em relação à origem deriva da boa-fé.

Todavia, a abstração do cheque não é absoluta. Comporta exceções. O princípio de que o cheque encerra, por sua natureza, direito abstrato não pode ser entendido de modo a que se possa compelir alguém a pagar aquilo que efetivamente não deve. Assim, o título emitido para pagamento de dívida de jogo não pode ser cobrado, posto que, para efeitos civis, a lei o considera ato ilícito (art. 814, primeira parte, do CC).[7] A desvinculação da raiz, operada pela cambiaridade, não extirpa aquele pecado original.

A formalização via cheque não torna exigível crédito ilícito. A "nulidade da dívida que é de ordem pública, pode ser alegada a qualquer tempo, por qualquer interessado, e que deve ser decretada de ofício pelo juiz".[8]

Entretanto, tendo em vista a negociabilidade que caracteriza os títulos de crédito, ao devedor, embargando a execução fundada em cheque oriundo de dívida de jogo, é que incumbe alegar e provar de forma cabal a origem espúria do título. Quem afirma que a cártula advém de jogo ou aposta tem o ônus de provar.

Outra questão que se põe é a cobrança do cheque nessas condições por terceiro-endossatário. Ora, se este sabe da origem ilícita do crédito, servindo apenas como "testa de ferro" do endossante, não é terceiro de boa-fé. Nessas circunstâncias o título cambiário é inexigível. Desde, é claro, que o devedor-embargante prove seguramente essa simulação.

Certamente, o art. 814 do CC refere-se ao jogo como atividade ilícita, não compreendendo o jogo legalmente autorizado. Quando este é praticado sob os auspícios de regulamentação administrativa não é atividade ilícita. Se o cheque foi sacado para liquidação de débito contraído nessa condição, pode ser cobrado.

Também, há entendimento no sentido de que,

> "o cheque emitido para pagamento de empréstimo obtido para honrar dívida de jogo, pode ser executado em juízo como título executivo extrajudicial, desde que o empréstimo não seja contemporâneo ao jogo ou à aposta".[9]

Igualmente, pode ser dito que a regra proibitiva do estatuto civil não alcança o cheque emitido livre e espontaneamente para a solução de despesas realizadas em estabelecimento onde se efetuam os jogos.

23.4Requisitos de validade

O cheque é um título de modelo vinculado (documento padronizado) porque os requisitos que deve ostentar são os estabelecidos na Lei do Cheque:

- •denominação "cheque";
- •ordem pura e simples de pagar soma indicada em cifra e por extenso;[10]
- •identificação do banco sacado;
- •nome do beneficiário, portador ou tomador;
- •data, compreendendo o lugar, dia, mês e ano da emissão, sendo o mês por extenso;
- •assinatura do emitente, que pode ser substituída pela do mandatário especial;
- •identificação do emitente (RG, CPF e número do título de eleitor ou da Carteira Profissional).

Nos termos da Res. BC 3.972/11 (art. 3º), as folhas de cheques fornecidas pelas instituições financeiras devem trazer impressas as seguintes informações na área destinada à identificação do titular ou titulares de contas de depósitos a vista:

- •o nome do correntista e o respectivo número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);
- •o número, o órgão expedidor e a sigla da Unidade da Federação referentes ao documento de identidade constante do contrato de abertura e manutenção de conta de depósitos a vista, no caso de pessoas naturais;
- •a data de início de relacionamento contratual do correntista com instituições financeiras, na forma estabelecida na Resolução nº 3.279, de 29 de abril de 2005, e regulamentação complementar; e
- •a data de confecção da folha de cheque, no formato "Confecção: mês/ ano", na parte inferior da área destinada à identificação da instituição financeira, no anverso do cheque.

Adite-se que:

- •no caso de conta de titularidade de menor ou de incapaz, devem constar, no mínimo, os dados de identificação do responsável que o represente ou assista;
- •no caso de conta de titularidade de pessoa economicamente dependente, devem constar, no mínimo, os dados de identificação do responsável; e

•no caso de conta conjunta, devem constar, no mínimo, os dados de identificação de dois titulares, intercalados pelos termos *e* ou *ou*, conforme o caso, e a indicação da eventual existência de outros titulares mediante a utilização dos termos *e outros* ou *ou outros*.

Consideram-se desbloqueadas as folhas de cheques pelo correntista quando:

•houver comunicação formalizada por assinatura, admitido o emprego de transação ou comunicação eletrônica, mediante senha ou qualquer procedimento apto à produção de prova para fins legais; ou

•for apresentado ao banco sacado, para pagamento, cheque emitido em folha ainda bloqueada, com assinatura autêntica.

A assinatura é requisito essencial, podendo ser feita por processo mecânico, a teor do que dispõe o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.357/85. Requisito inafastável para o emprego de assinatura mecânica é seu prévio registro em ofício de notas do domicílio do usuário, contendo:

•fac-símile da chancela mecânica acompanhada do exemplar da assinatura de próprio punho devidamente abonada segundo os preceitos legais existentes;

•o dimensionamento do clichê;

•as características gerais e particulares do fundo artístico;

•descrição pormenorizada da chancela.

Para o art. 12 da Lei do Cheque, inexistindo coincidência entre a quantia expressa por valor numérico e a expressa por extenso, esta prevalecerá. Indicada a quantia mais de uma vez, quer por extenso, quer por algarismos, prevalece, no caso de divergência, a indicação da menor quantia.

Não há necessidade de grafar, por extenso, os centavos e, se o beneficiário for o próprio sacador, pode-se utilizar a expressão *ao emitente*.

Não são requisitos essenciais o local de pagamento e o local de emissão. Na falta do primeiro, considera-se local de pagamento o indicado ao lado do nome do sacado ou o local de emissão. Na ausência do segundo, o local de emissão é o indicado ao lado do nome do sacador.

Importante sublinhar que, assente o princípio da autonomia das obrigações contidas nos títulos de crédito, aquelas contraídas no cheque são autônomas e independentes. Com efeito, a assinatura cria obrigações para o signatário, mesmo que o cheque contenha assinatura de pessoas incapazes de se obrigar por cheque, ou assinaturas falsas, ou assinaturas de pessoas fictícias, ou assinaturas que, por qualquer outra razão, não poderiam obrigar as pessoas que assinaram o cheque, ou em nome das quais ele foi assinado.

Por exemplo,

> "desimporta tenha sido o cheque emitido através de assinatura falsificada do emitente, quando a execução se faz contra o endossante, obrigando-se este perante o endossatário ainda que constatado tal vício na origem do título"[11]

Outro efeito da autonomia é a incidência da inoponibilidade das exceções pessoais em face do endossatário de boa-fé. De conseguinte, quem for executado por obrigação resultante de cheque não pode opor ao portador defesas decorrentes de relações pessoais com o emitente, ou com os portadores anteriores, salvo se o portador o adquiriu conscientemente em detrimento do devedor.

Exemplificando, se uma empresa recebe cheque extraviado ou furtado em pagamento de fornecimento de bens, provada a sua boa-fé na recepção do cheque, posto que inciente da desídia do portador ou da subtração, não há como obstar-lhe o resgate do título. A autonomia do cheque deve prevalecer.[12]

Por isso,

> "presume-se de boa-fé o portador de cheque nominal endossado em branco, se a par da existência de indícios concludentes da licitude e normalidade da circulação da cártula, não se desincumbe seu emitente, a contento, da prova de sua alegação de que tenha ela ido parar por extravio ou furto nas mãos do intermediário que a entregou àquele, nem que este, de outro modo, soubesse ou tivesse motivo para desconfiar da possível existência de algum vício".[13]

Resumindo,

> "aquele que sabe do vício que inquina a declaração cambiária se transforma em portador de má-fé e, como a ninguém é lícito valer-se da torpeza própria ou alheia para obtenção de vantagem indevida, a má-fé do portador representa obstáculo invencível à sua pretensão de obter o pagamento prometido no cheque".[14]

Excepcionalmente, na habilitação em processo falimentar, o credor precisa declinar a origem de seu crédito. Nesse caso, ao menos em princípio, a abstração e a autonomia do cheque são relegadas ao segundo plano. O credor, por imposição legal, deve explicitar de forma precisa o negócio subjacente que gerou o título.

Referida exigência pressupõe impugnação do crédito que se pretende habilitar, uma vez que, inexistindo oposição de qualquer interessado, não há por que suprimir a invulnerabilidade do cheque e subverter-lhe o caráter abstrato.

Obriga-se pessoalmente quem assina cheque como mandatário ou representante, sem ter poderes para tal, ou excedendo os que lhe foram conferidos. A falta de poderes de mandato ou excesso de poderes, de quem

emi te ou endossa o cheque, não obriga o representado, mas o que assinou. Toda pessoa que apuser sua assinatura em um cheque, como representante de outra pessoa, quando, de fato, não tinha poderes suficientes para tanto, fica obrigada em virtude do cheque. Pagando-o, tem os mesmos direitos daquele em cujo nome assinou.

O emitente sempre garante o pagamento, considerando-se não escrita a declaração pela qual se exima dessa garantia.

Por outro lado, é nulo o cheque emitido mediante coação, vício de vontade capaz de afetar a exigibilidade, liquidez e eficácia jurídica do título, mesmo se emitido sob condição, como mero instrumento de garantia.[15]

À derradeira, resta lembrar que os bancos poderão fazer prova a seus depositantes dos cheques por estes sacados, mediante apresentação de cópia fotográfica ou micrográfica.

Embora tanto a Lei do Cheque como a Lei Uniforme não reputem essencial o nome do tomador ou beneficiário, no Brasil, hoje, ante a vedação dos títulos ao portador, tal requisito tornou-se obrigatório.

23.5Intervenientes

São intervenientes essenciais do cheque:

- o sacador, aquele que emite o cheque, que dá ou passa a ordem de pagamento, assinando-a;
- o beneficiário ou portador, também chamado tomador, que é a pessoa em favor da qual é emitido o cheque;
- o sacado, ou seja, o estabelecimento bancário em poder do qual se acham os fundos, e que deve efetuar o pagamento.

O cheque pode ser emitido:

- à ordem do próprio sacador;
- por conta de terceiro;
- contra o próprio banco sacador, desde que não ao portador.

São intervenientes acidentais ou eventuais o endossante e o avalista.

Se o beneficiário for o próprio sacador, poder-se-á utilizar a expressão *ao emitente* na identificação do beneficiário do pagamen to, para os fins da Lei nº 8.021/90 (Circular BC no 2.094/91).

Outra questão refere-se ao cheque emitido em branco. Emitido cheque em branco e entregue pelo portador a terceiro que o completou e execu tou a dívida, não aproveita ao emitente alegar, em embargos, a ocorrência de preenchimento abusivo. Como não existe pacto entre o signatário e o

credor, ao executado resta voltar-se contra aquele que primeiro recebeu o título e o entregou sem preenchimento.[16]

O ônus da prova do preenchi mento abusivo de cheque cabe ao obrigado, e tal defesa só pode ser oposta contra aquele a quem tenha sido entregue originariamente o documento incompleto, apenas assinado, ou a quem o tenha adquirido de má-fé ou com falta grave.[17]

No caso de alteração do texto do cheque, os signatários posteriores à alteração respondem nos termos do texto alterado e os signatários anteriores, nos do texto original.

Não sendo possível determinar se a firma foi aposta no título antes ou depois de sua alteração, presume-se que o tenha sido antes.

Analfabeto só pode emitir cheque por mandatário mediante instrumento público.

Resta lembrar que admite-se a emissão de cheque por chancela mecânica, desde que registrada e expressamente pactuada entre o correntista e o banco.

23.6Apresentação

O cheque é pagável a vista. Considera-se não escrita qualquer menção em contrário. O cheque apresentado para pagamento antes do dia indicado como data de emissão é pagável no dia da apresentação.

Os prazos para apresentação do cheque ao sacado são contados do dia da emissão:

- 30 (trinta) dias, quando passado na praça onde deva ser pago;
- 60 (sessenta) dias, quando passado em outra praça ou em outro país.

O cheque é emitido *na mesma praça* quando há correspondência entre o local de emissão e o local da agência do sacado.

Quando o cheque é emitido entre lugares com calendários diferentes, considera-se como de emissão o dia correspondente do calendário do lugar de pagamento.

A apresentação do cheque a uma câmara de compensação equivale à apresentação a pagamento, nos termos do art. 34 da Lei do Cheque.

A inobservância do prazo de apresentação acarreta:

- perda do direito creditício contra coobrigados (endossantes e avalistas de endossantes);[18]
- perda do direito creditício contra o emitente, se havia fundos nesse prazo e deixaram de existir por culpa não imputável àquele.

Apresentado o cheque, seu pagamento pode ser recusado pelo banco sacado:

- por insuficiência ou falta de fundos;
- por defeito em requisito essencial;
- por desconformidade da assinatura com o padrão gráfico registrado no cartão de autógrafo;
- em virtude de contraordem do emitente;
- por falta de legitimidade do beneficiário;
- por falta de capacidade do emitente.

A morte do emitente ou sua incapacidade superveniente à emissão não invalidam os efeitos do cheque.

Ao pagar o cheque, sacado tem o direito a que este lhe seja entregue quitado pelo portador. No caso de pagamento parcial, o sacado pode exigir sua menção no cheque além da respectiva quitação.

23.7Espécies quanto à circulação

Tendo em vista sua circulação, o cheque pode ser emitido:

- nominativo à ordem;
- nominativo não à ordem;
- ao portador.

Cheque *nominativo*, também denominado nominal, é aquele que consigna o nome do tomador ou beneficiário. Com ou sem cláusula *à ordem*, é transmissível por endosso, já que o cheque é um título à ordem por natureza. Com a cláusula *não à ordem* é insuscetível de transferência por endosso, e sua transmissão é considerada cessão civil, perdendo, por via de consequência, sua eficácia executiva.

Cheque *ao portador* é aquele que não indica o beneficiário, ou que em seu lugar tem inserida a expressão ao portador; é pagável a quem o apresenta ao sacado. Note-se que o cheque pode consignar o nome do beneficiário e, ainda assim, ser considerado ao portador, bastando que se acrescente ao nome do tomador a expressão *ou ao portador*. Transmite-se pela simples tradição.

Nos termos do art. 69 da predita Lei nº 9.069/95, é vedada a emissão, pagamento e compensação de cheque de valor superior a R$ 100,00 (cem reais), sem identificação do beneficiário. Logo, os cheques acima desse valor são obrigatoriamente nominativos ou nominais.

23.8Endosso

Como deixamos dito linhas atrás, o endosso transmite o título (no caso, o cheque) e garante seu pagamento. É que o endossante transfere ao endossatário o cheque e todos os direitos nele contidos. A exemplo do emitente ou sacador, o endossante também é garante.

Quem transfere o cheque não se obriga apenas com a pessoa a quem endossa (endossatário). Também assume obrigação cambiária com qualquer outra pessoa que vier a ser portadora do título. Sua responsabilidade é, essencialmente, cambiária.

Todavia, o art. 21 da Lei do Cheque contém uma ressalva, traduzida pela expressão *salvo estipulação em contrário.* Significa que o endossante pode, mediante a inserção da cláusula *sem garantia,* transferir o cheque, sem responsabilidade por seu pagamento. É necessária a menção, no caso, porque o cheque é, naturalmente, um título *à ordem.*

Também pode o endossante circunscrever sua responsabilidade ao endossatário, proibindo novo endosso; neste caso, não garante o pagamento a quem seja o cheque posteriormente endossado.

Puro e simples, diz a lei, o endosso deve ser incondicionado e integral. Não se admite o endosso de parte da obrigação. Nesse sentido, é nulo o endosso parcial. Também o é o do sacado, posto que, uma vez pago, o cheque não pode mais circular; está extinto.

O cheque também não comporta o endosso condicional. Na eventualidade de se transferir por endosso subordinado a qualquer condição, a cláusula condicional considera-se não escrita.

O endosso deve ser lançado no cheque ou na folha de alongamento e assinado pelo endossante, ou seu mandatário com poderes especiais A assinatura do endossante, ou a de seu mandatário com poderes especiais, pode ser constituída, a exemplo da do emitente, por chancela mecânica, ou processo equivalente.

As regras legais sobre o endosso são as seguintes:

- cheque pagável a pessoa nomeada, com ou sem cláusula expressa "à ordem'', é transmissível por via de endosso;
- cheque pagável a pessoa nomeada, com a cláusula "não à ordem'', ou outra equivalente, só é transmissível pela forma e com os efeitos de cessão.

O endosso pode ser feito ao emitente, ou a outro obrigado, que podem novamente endossar o cheque.

Vale como endosso em branco o endosso ao portador. Já endosso ao sacado vale apenas como quitação, exceto quando o sacado tem vários

estabelecimentos e o endosso for feito em favor de estabelecimento diverso daquele contra o qual o cheque foi emitido.

O endosso pode não designar o endossatário. Consistindo apenas na assinatura do endossante (endosso em branco), pode o portador:

- completá-lo com seu nome ou com o de outra pessoa;
- endossar novamente o cheque, em branco ou a outra pessoa;
- transferir o cheque a um terceiro, sem completar o endosso e sem endossar.

O detentor de cheque "à ordem'' é considerado portador legitimado, se provar seu direito por uma série ininterrupta de endossos, mesmo que o último seja em branco. Para esse efeito, os endossos cancelados são considerados não escritos.

Nos termos do art. 39 da Lei do cheque, o banco que recebe o cheque endossado está obrigado a verificar a regularidade da série de endossos, aí incluído a legitimidade dos endossantes. Precedente da segunda seção. Uma das funções precípuas de um banco é o cuidado com os valores e documentos de seus clientes, por isso os cheques destes devem ser manejados com extremo cuidado pelo banco.[19]

O endosso num cheque passado ao portador torna o endossante responsável, nos termos das disposições que regulam o direito de ação, mas nem por isso converte o título num cheque "à ordem''.

Desapossado alguém de um cheque, em virtude de qualquer evento, o novo portador legitimado não está obrigado a restituí-lo, se não o adquiriu de má-fé.

O cheque comporta, também, o endosso impróprio, seja o endosso-mandato, seja o endosso-penhor, seja o endosso póstumo.

Nos termos do art. 26 da Lei do Cheque, se ao endosso for aditada a menção *valor em cobrança, para cobrança, por procuração* ou cláusula equivalente trata-se de endosso mandato. Nesse caso, o portador pode exercer os direitos emergentes do cheque, mas só pode transferi-lo por endosso mandato. Contra ele, os obrigados pelo cheque somente podem arguir as exceções que teriam em relação ao endossante, quer dizer, o mandatário por endosso não fica imune às defesas que poderiam ser invocadas contra o endossante.

Como se sabe, o mandatário age sempre em nome do mandante; não tem ação própria. Isso significa que o endosso mandato não confere ao mandatário direito para ajuizar ação de cobrança.

Fique claro, também, que a morte do endossante ou sua incapacidade superveniente não extingue o mandato contido no endosso.

A cláusula constitutiva de penhor, lançada no endosso, confere ao endossatário o exercício dos direitos inerentes ao título. O endossatário, nesse caso, só pode endossar novamente o título na qualidade de procurador. Não pode o devedor opor ao endossatário de endosso-penhor as exceções que tinha contra o endossante, salvo se aquele tiver agido de má-fé.

Sobre o endosso póstumo, diz a lei que, quando posterior ao protesto, ou declaração equivalente, ou à expiração do prazo de apresentação, produz apenas os efeitos de cessão. Ressalva-se que, até prova em contrário, o endosso sem data presume-se anterior ao protesto, ou declaração equivalente, ou à expiração do prazo de apresentação.

Assim,

> "o endosso de cheque posterior ao protesto, ou declaração equivalente, ou à expiração do prazo de apresentação, produz apenas efeitos de cessão civil. Porém, essa cessão tira o efeito cambiário tão só do endosso em si e não do cheque que com ele permanece enquanto não ocorrer a prescrição".[20]

Em resumo, endosso póstumo produz cessão comum. Dessa forma, o cessionário do cheque priva-se apenas da indiscutibilidade arrimada na autonomia e na abstração que privilegiam a figura do endossatário, mas não perde o direito emergente do título, enquanto não prescrita a ação cambiária.

No caso de transmissão de cheque prescrito, que se opera por simples tradição, o devedor poderá pagá-lo, validamente, ao portador, sem perigo de sua futura exigibilidade pelo credor de origem.

A cessão civil é regulada pelos arts. 286 a 298 do CC, conforme o que determina o art. 27 da Lei do Cheque.

O endosso no cheque nominal, pago pelo banco contra o qual foi sacado, prova o recebimento da respectiva quantia pelo favorecido e pelos endossantes subsequentes.

Se o cheque indica a nota, fatura, conta cambial, imposto lançado ou declaração referente ao pagamento a que se destina, ou outra causa de sua emissão, o endosso pela pessoa a favor da qual foi emitido e a sua liquidação pelo banco sacado provam a extinção da obrigação nele indicada.

23.9Aval

O aval, no cheque, pode ser total ou parcial. Desse modo, o pagamento do cheque pode ser garantido, no todo ou em parte, por aval prestado por terceiro ou mesmo por signatário do título, exceto pelo sacado.

O aval é lançado no cheque ou na folha de alongamento. Revela-se pela assinatura do avalista coadjuvada pela fórmula *por aval*, ou equivalente. Também exprime-se, ainda que sem aquelas indicações, com a simples assinatura do avalista, aposta no anverso do cheque, exceto quando se tratar da assinatura do emitente.

O aval deve indicar o avalizado. Na falta de indicação, considera-se avalizado o emitente.

O avalista obriga-se da mesma maneira que o avalizado. Subsiste sua obrigação, ainda que nula a por ele garantida, salvo se a nulidade resultar de vício formal.

O avalista que paga o cheque adquire todos os direitos dele resultantes contra o avalizado e contra os obrigados para com este em virtude do cheque.

23.10Cheque pós-datado

O art. 32 da Lei do Cheque e o art. 28 da Lei Uniforme (Decreto 57.595/66) vedam o cheque pós-datado, determinando que "o cheque apresentado para pagamento antes do dia indicado como data da emssão é pagável no dia da apresentação".

Tratando-se de ordem de pagamento a vista, é irrelevante que se emita pré-datado, em garantia ou como promessa de pagamento, porque não perde a cambiaridade, nem a consequente executividade, o cheque emitido em garantia de dívida, ou o cheque a que falte a data de emissão ou pós-datado.

"A emissão de cheque pós-datado, popularmente conhecido como cheque pré-datado, não o desnatura como título de crédito, e traz como única conse quên cia a ampliação do prazo de apresentação."[21]

"Cambial. Cheque. Título pós-datado. Circunstância que não o desnatura como ordem de pagamento à vista, reconhecida sua autonomia em relação ao negócio jurídico que lhe serviu de causa. Liquidez, certeza e exigibilidade mantidas. Possibilidade, ainda, de sua transferência a terceiro, sendo que o portador pode cobrá-lo, também sem necessidade de declinar sua causa, além da inoponibilidade a ele das exceções relativas ou cedente beneficiário. Não demonstração, ademais, dos fatos alegados. Recurso parcialmente provido".[22]

Para efeitos prescricionais, apresentado o cheque pré-datado ao sacado antes da data nele inscrita como sendo a da emissão, não há como contar o prazo prescricional do art. 33 da Lei nº 7.357/85 a partir daquela, devendo a contagem ser iniciada da data da primeira apresentação.[23]

Enquanto não transcorrido o lapso transcricional, mesmo pós-datado, o cheque preserva sua aptidão executória.

Consoante a Sumúla 370 do STJ, a apresentação antecipada do cheque pré-datado enseja a caracterização de dano moral.

Não é demais aditar que a exigência de cheque-caução, como requisito para atendimento médico-hospitalar de emergência, configura o delito previsto no art. 135-A, do Código Penal, sancionado com detenção de três meses a um ano, e multa. Esta pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte.

23.11Cheque cruzado

Por que cruzar o cheque?

O cruzamento destina-se a tornar segura a liquidação de cheques ao portador, uma vez que, cruzado o título, será possível identificar-se a pessoa em favor de quem o cheque foi liquidado. É faculdade exclusiva do portador (beneficiário) e do sacador (emitente), mediante a aposição de dois traços paralelos no anverso do título.

O cruzamento pode ser:

•*geral* ou *ao portador* se entre os dois traços não houver nenhuma indicação ou existir apenas a indicação "banco'', ou outra equivalente;

•*especial* ou *nominal* se entre os dois traços existir a indicação do nome do banco.

Sobre o cruzamento é preciso atentar para as seguintes regras:

•cruzamento geral pode ser convertido em especial, mas este não pode converter-se naquele;

•a inutilização do cruzamento ou a do nome do banco é reputada como não existente.

•cheque com cruzamento geral só pode ser pago pelo sacado a banco ou a cliente do sacado, mediante crédito em conta;

•cheque com cruzamento especial só pode ser pago pelo sacado ao banco indicado, ou, se este for o sacado, a cliente seu, mediante crédito em conta (pode, entretanto, o banco designado incumbir outro da cobrança);

•cheque com vários cruzamentos especiais só pode ser pago pelo sacado no caso de dois cruzamentos, um dos quais para cobrança por câmara de compensação.

Responde pelo dano, até a concorrência do montante do cheque, o sacado ou o banco portador, conforme o caso, que não observar as referidas normas.[24]

23.12Cheque para creditar

O cheque para creditar é admitido pelo art. 46 da Lei do Cheque, sob a denominação de cheque*para ser creditado em conta* ou cheque *para ser levado em conta.* Tal cheque não pode ser pago em dinheiro, devendo ser creditado em conta do beneficiário.

Com certeza, o emitente ou o portador podem proibir que o cheque seja pago em dinheiro mediante a inscrição transversal, no anverso do título, da cláusula *para ser creditado em conta*, ou outra equivalente. Nesse caso, o sacado só pode proceder a lançamento contábil (crédito em conta, transferência ou compensação), que vale como pagamento. O depósito do cheque em conta de seu beneficiário dispensa o respectivo endosso. A inutilização da cláusula é considerada como não existente.

A cláusula *para levar em conta* não tipifica endosso. Apenas, visa impedir a transferência do cheque e sua liquidação em dinheiro. O banco somente pode efetuar o depósito na conta do favorecido pelo cheque.[25]

23.13Cheque visado

O cheque visado está regulado no art. 7º da Lei do Cheque, com as seguintes disposições:

- a pedido do emitente ou do portador legitimado, o banco sacado pode lançar e assinar, no verso do cheque não ao portador e ainda não endossado, visto, certificação ou outra declaração equivalente, datada e por quantia igual à indicada no título;
- a aposição do visto obriga o sacado a debitar à conta do emitente a quantia indicada no cheque e a reservá-la em benefício do portador legitimado, durante o prazo de apresentação, sem que fiquem exonerados o emitente, endossantes e demais coobrigados;
- vencido o prazo de apresentação, o sacado creditará a quantia reservada na conta do emitente. Antes desse termo, se o cheque lhe for entregue para inutilização.

A função do *visto* deve circunscrever-se à demonstração de estar a provisão à disposição do tomador, que será pago de preferência a qualquer outro, sem perder o sacado sua posição de*adjectus* do emitente. É um

atestado antecipado da existência de fundos na conta corrente do emitente, pela instituição bancária sacada.

Outra coisa é o cheque *marcado* pelo sacado (banco) como *bom para o dia...*, que não é admitido pela Lei Uniforme (art. 4º) e tampouco pela legislação interna (art. 6º da Lei do Cheque). Permitir-se ao sacado determinar o vencimento do cheque seria contrariar a ordem de pagamento a vista dada pelo emitente, ou seja, desvirtuar o título.

23.14Cheque de turismo

É o cheque de viagem (*traveller's check*). Quando adquirido pelo correntista, deve ser firmado por duas vezes: na aquisição e na liquidação. Os estabelecimentos bancários que com ele operam vendem o cheque, isolado ou em talonários, com importâncias fixas, impressas em seu texto.

O procedimento é o seguinte:

- na presença do banqueiro ou de funcionário seu, o emitente – após identificar-se – apõe a sua assinatura na parte superior de cada cheque, registrando-a.
- a qualquer momento, em praça dife rente ou na mesma praça, o viajante emite o cheque, identificando-se perante o estabelecimento bancário ou casa de câmbio, assinando novamente, na parte inferior, em lugar indicado;
- conferindo a correspondência entre a assinatura aposta, anteriormente (no alto do cheque), e a segunda assinatura (na parte inferior), está o cheque emitido pronto para ser pago.

Sua finalidade é obviar os riscos do transporte de numerário, proporcionando segurança aos portadores viajantes contra perda, furto ou roubo.

23.15Cheque postal

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) atua subsidiariamente no sistema de pagamentos brasileiro, como "correspondente bancário", atendendo a municípios nos quais inexistem agências bancárias. Suas franquias disseminadas no território nacional também funcionam como coadjuvante do sistema bancário, nos procedimentos liquidatórios imediatos de diversas obrigações, sobretudo as caracterizadas pela periodicidade.

No cheque postal, os correios, por suas agências, fa zem as vezes dos bancos, pagando os cheques contra eles emitidos. Esse tipo de cheque tem

por finalidade proporcionar a realização de negócios a distância, como um meio de pagamento simples, garantido e rápido.

Entretanto, como a Lei do Cheque, ao admiti-lo, declara que será regido por disposições especiais, nela não está disciplinado. Não é sua lei de regência.

23.16Cheque administrativo

Também denominado cheque passado sobre o próprio sacado, cheque bancário, cheque de caixa (*cashier's check*) ou cheque de direção (*manager's chec*k), é o cheque emitido pelo banco contra si mesmo, ou seja, contra um de seus estabelecimentos, em favor de terceiro. É regulado no art. 9º, inciso III, da Lei do Cheque.

Nele, sacador e sacado confundem-se, devendo ser, necessariamente, nominativo. Tem por objetivo ensejar ao cliente do banco operar em agências diversas daquele.

O cheque administrativo é sempre nominativo.

23.17Cheque plural

O cheque, seja ele ao portador ou nominal, deve ser emitido numa única via. Contudo, em se tratando de cheque nominal emitido num país, para ser pago em outro, faculta-se ao sacador emitir vários exemplares.

Todos esses exemplares reunidos, necessariamente nu merados, representam uma só obrigação, um só valor, e o pagamento de uma via quita todas as outras.

23.18Cheque garantido

Com diversos apelidos, tais como *cheque ouro, cheque especial, cheque azul* etc.), os cheques garantidos têm como característica básica o fato de poderem ser pagos em valor superior à provisão efetivamente existente na conta corrente do emitente, dentro de determinado limite. Resultam de um contrato de abertura de crédito limitado no valor e no tempo, celebrado entre o correntista e o banco.

O saldo devedor constante de extrato de movimentação de abertura de crédito em conta corrente, devidamente formalizado o instrumento contratual e ciente o creditado dos registros contábeis, é representativo de dívida líquida e certa, podendo legitimar a execução.[26] Todavia, a cláusula

que estipula juros a taxas variáveis, não especificada, é potestativa, principalmente quando acrescida de encargos e indexadores não indicados, produzindo iliquidez.[27]

23.19Contraordem e sustação

O emitente do cheque pode revogá-lo, mercê de contraordem dada por aviso epistolar, ou por via judicial ou extrajudicial, com as razões motivadoras do ato. A revogação ou contraordem só produz efeito depois de expirado o prazo de apresentação e, não sendo promovida, pode o sacado pagar o cheque até que decorra o prazo de prescrição. É a chamada contraordem prevista no art. 35 da Lei do Cheque.

Mesmo durante o prazo de apresentação, o emitente e o portador legitimado podem fazer sustar o pagamento, manifestando ao sacado, por escrito, oposição fundada em relevante razão de direito (por exemplo, extravio, furto, falência do credor etc.). É a sustação, prevista no art. 36 da Lei do Cheque.

Não se entenda por razão juridicamente relevante o arrependimento de negócio que originou a emissão do título ou quaisquer outras causas que não aquelas alheias à vontade do emitente.

Portanto, temos que:

- *contraordem* (art. 35) é revogação do cheque com efeito após o termo *ad quem* do prazo para apresentação; e
- *sustação* (art. 36) é oposição ao pagamento do cheque, fundada em motivo juridicamente relevante, mesmo durante o prazo de apresentação.

Consoante a Res. BC 3.972/11, as instituições financeiras devem exigir, para a efetivação de sustação ou revogação de cheque, solicitação formalizada pelo interessado, não cabendo julgamento sobre o mérito ou a relevância do motivo apresentado, admitido o emprego de transação ou comunicação eletrônica, mediante senha ou qualquer procedimento apto à produção de prova para fins legais.

No caso de solicitação de sustação ou revogação por motivo de furto, roubo ou extravio de cheque emitido pelo correntista, ou de folhas de cheque em branco, conforme o caso, deve ser apresentado pelo solicitante o respectivo boletim de ocorrência policial.

Devem ser aceitas solicitações de sustação ou revogação em caráter provisório, mediante qualquer meio de comunicação, observado que referida solicitação deve ser confirmada, nas condições previstas neste artigo, até o encerramento do expediente ao público do segundo dia útil

seguinte ao do registro da solicitação, excluído o próprio dia da comunicação, sendo, em caso contrário, considerada inexistente pela instituição financeira.

Cheque administrativo pode ser objeto de sustação?

A circunstância de tratar-se de cheque administrativo, sacado pelo estabelecimento contra seu próprio caixa, não afasta a aplicação do instituto da oposição motivada, nos termos do art. 36 da Lei do Cheque. A oposição pode ser apresentada pelo beneficiário que endossou o cheque, com base em vício do negócio que deu origem ao endosso. Claro que, nessa hipótese, o banco fica exonerado do compromisso de honrar o cheque de sua emissão.[28]

Cheque visado pode ser sustado?

Certamente, cabe a sustação fundada em razão juridicamente relevante tanto pelo portador (nos casos comuns de extravio, furto e roubo), como a deduzida pelo próprio emitente do cheque visado. No caso deste, com esteio na desconstituição do negócio jurídico subjacente, quer dizer, naquele que ensejou a emissão do cheque – e então o cheque não seria abstrato, mas verdadeiro título causal.[29]

Os cheques devolvidos por motivos de sustação, de contraordem e de cancelamento, uma vez reapresentados, devem ter curso normal, desde que observadas as seguintes condições:

–levantamento da sustação ou da contraordem por parte do oponente ou do emitente;

–não confirmação da solicitação provisória de sustação ou de contraordem; – não confirmação da solicitação provisória de cancelamento, desde que comprovada a autenticidade da assinatura do emitente.

A instituição financeira sacada é obrigada a fornecer, mediante solicitação formal do interessado, nome completo e endereços residencial e comercial do emitente, no caso de cheque devolvido por:

a)insuficiência de fundos;

b)motivos que ensejam registro de ocorrência no CCF;

c)sustação ou revogação devidamente confirmada, não motivada por furto, roubo ou extravio;

d)divergência, insuficiência ou ausência de assinatura; ou

e)erro formal de preenchimento.

Também assim:

a)cópia da solicitação formal de sustação ou revogação, ou reprodução impressa dos respectivos termos, na hipótese de ter sido solicitada e confirmada por meio de transação eletrônica, contendo a

razão alegada pelo emitente ou pelo beneficiário, no caso de cheque devolvido por sustação ou revogação não motivada por furto, roubo ou extravio;

b)nome completo, endereços residencial e comercial, número do documento de identidade e número de inscrição no CPF, do emitente, no caso de cheque devolvido por qualquer dos casos incluídos no inciso I do art. 6º da Res. 3.972/11, emitido por titular de conta conjunta cujos dados de identificação não constem do cheque;

c)declaração sobre a autenticidade ou não da assinatura do emitente, mediante exame equivalente ao que seria realizado em procedimento de pagamento de cheque apresentado ao caixa, em se tratando de cheque devolvido por sustação ou revogação motivada por furto, roubo ou extravio de folha de cheque em branco.

Preditas informações devem ser prestadas em documento timbrado da instituição financeira, firmado por seu preposto; e somente podem ser fornecidas:

a)ao beneficiário, caso esteja indicado no cheque, ou a mandatário legalmente constituído; ou

b)ao portador, em se tratando de cheque em relação ao qual a legislação em vigor não exija a identificação do beneficiário e que não contenha a referida identificação.

A inclusão indevida de ocorrência no CCF, bem como a consequente exclusão, não pode gerar cobrança de quaisquer despesas ou tarifas do correntista.

A instituição financeira acolhedora de depósitos em cheque deve fornecer, a pedido do emissor de cheque incluído no CCF, mediante apresentação de cópia do cheque, o nome completo e endereços residencial e comercial do beneficiário--depositante, se por este autorizada.

Genericamente, as instituições financeiras mantenedoras de contas de depósitos a vista estão obrigadas a disponibilizar informações sobre as seguintes ocorrências relativas a um determinado cheque:

I.cheque sustado ou revogado;

II.cheque objeto de sustação ou revogação em caráter provisório não expirada e ainda não confirmada;

III.cheque enviado ao domicílio do correntista cujo desbloqueio não tenha sido realizado;

IV.cheque cancelado pela instituição financeira sacada;

V.cheque referente à conta de depósitos a vista objeto de bloqueio judicial total;

VI. cheque furtado, roubado, extraviado ou destruído durante o processo de compensação;

VII. cheque referente à conta de depósitos a vista mantida em cooperativa de crédito cujo contrato com a instituição financeira prestadora do serviço de compensação esteja encerrado, ocorrência a ser registrada pela cooperativa de crédito; e

VIII. cheque referente à conta de depósitos a vista encerrada.

A consulta às informações deve ser referente a um cheque específico e estar disponível ao interessado, com atualização no prazo de um dia útil após a comunicação ou constatação da ocorrência.

Considera-se interessado o emitente, o beneficiário nominado, o portador legitimado, o endossante, o endossatário, o avalista ou qualquer pessoa que pretenda integrar, de qualquer modo, a relação cambial.

23.20 Pagamento de cheque falso

Nos termos do art. 39, o sacado que paga cheque *à ordem* é obrigado a verificar a regularidade da série de endossos, mas não a autenticidade das assinaturas dos endossantes. A mesma obrigação incumbe ao banco apresentante do cheque à câmara de compensação.

O banco sacado responderá pelo pagamento do cheque falso, falsificado ou alterado, salvo dolo ou culpa do correntista, do endossante ou do beneficiário, dos quais poderá o sacado reclamar, total ou parcialmente, o que pagou.

O sacado pode condicionar o pagamento de cheque mutilado, rasgado ou partido, ou que contenha borrões, emendas e dizeres que não pareçam formalmente normais, a explicações e até mesmo ao oferecimento de garantia.

Em qualquer situação, exige-se do banco a adoção de conduta prudente para não causar prejuízos ao correntista. Afinal, este é o dono do numerário depositado.

23.21 Recusa de pagamento

O banco sacado pode recusar o pagamento do cheque em diversas situações. Por exemplo, a insuficiência de fundos, conta encerrada, contraordem, bloqueio judicial etc.

Recusando o pagamento, o banco deve registrar no verso do cheque, em declaração datada e assinada por funcionário autorizado, a hora da apresentação, o motivo da devolução e a existência ou não de fundos

suficientes. Devolvendo o cheque por ausência de fundos, anotará a ocorrência no verso da ficha-proposta.

A restituição indevida do cheque, com a assinalação *sem fundos*, quando estes existem em conta do sacado, pode dar à luz ação indenizatória com lastro em dano moral, sem que seja imprescindível comprovar os eventuais efeitos patrimoniais do prejuízo (Súmula nº 388 do STJ).

Coloque-se em pauta que, no caso de cheque emitido em substituição de duplicata, sendo o cheque um título *pro solvendo*, com sua devolução bancária, subsiste a obrigação cambiária original (duplicata), não solvida, nem novada a dívida, uma vez que, para a existência de novação, necessária é a prova inequívoca do ânimo de novar.[30]

Conforme já decidido, o cheque não é dinheiro, de sorte que não possui força liberatória. Seu pagamento é *pro solvendo,* e não *pro soluto.* Por isso, quando devolvido pelo banco sacado, por falta de provisão de fundos, não quita a obrigação para cujo pagamento foi emitido, permanecendo a responsabilidade do emitente. Não há novação quando se emite o cheque para resgatar outros títulos de crédito.[31]

23.22Protesto

A declaração do não pagamento do cheque, pelo banco sacado ou pela câmara de compensação, dispensa e substitui o protesto, mas os signatários respondem pelos danos causados por declarações inexatas. Tanto o protesto como as declarações do sacado ou da câmara de compensação devem fazer-se no primeiro dia útil seguinte.

O portador que não apresentar tempestivamente o cheque, ou não comprovar a recusa de pagamento, perde o direito de execução contra o emitente, se este tinha fundos disponíveis durante o prazo de apresentação e os deixou de ter, em razão de fato que não lhe seja imputável.

Ao menos em um caso, a execução independe do protesto e das declarações aludidas: se a apresentação ou o pagamento do cheque são obstados pelo fato de o banco sacado ter sido submetido a intervenção, liquidação extrajudicial ou falência.

A entrega do cheque para protesto deve ser prenotada em livro especial e o protesto tirado no prazo de três dias úteis a contar do recebimento do título. A apresentação do cheque, o protesto ou a declaração equivalente só podem ser feitos ou exigidos em dia útil, durante o expediente dos estabelecimentos de crédito, câmaras de compensação e cartórios de protestos.

O instrumento de protesto, depois de registrado em livro próprio, será entregue ao portador legitimado ou àquele que houver efetuado o pagamento.

São regras básicas sobre o protesto do cheque:

•se o cheque for pago depois do protesto, pode este ser cancelado, a requerimento de qualquer interessado, mediante apresentação de cópia autenticada de quitação que contenha perfeita identificação do título, documento que deverá ser arquivado.

•portador deve dar aviso da falta de pagamento a seu endossante ao emitente, nos quatro dias úteis seguintes ao do protesto ou das declarações ou, havendo cláusula *sem despesa*, ao da apresentação.

•cada endossante deve, nos dois dias úteis seguintes ao do recebimento do aviso, comunicar seu teor ao endossante precedente, indicando os nomes e endereços dos que deram os avisos anteriores, e assim por diante, até o emitente, contando-se os prazos do recebimento do aviso precedente.

•aviso dado a um obrigado deve estender-se, no mesmo prazo, a seu avalista.

•se o endossante não houver indicado seu endereço, ou o tiver feito de forma ilegível, basta o aviso ao endossante que o preceder.

•aviso pode ser dado por qualquer forma, até pela simples devolução do cheque.

•aquele que estiver obrigado a aviso deverá provar que o deu no prazo estipulado;

•considera-se observado o prazo se, dentro dele, houver sido posta no correio a carta de aviso.

Não decai do direito de regresso o que deixa de dar o aviso no prazo estabelecido. Responde, porém, pelo dano causado por sua negligência, sem que a indenização exceda o valor do cheque.

O emitente, o endossante e o avalista podem, pela cláusula *sem despesa, sem protesto*, ou outra equivalente, lançada no título e assinada, dispensar o portador, para promover a execução do título, do protesto ou da declaração equivalente. A cláusula, porém não dispensa o portador da apresentação do cheque no prazo estabelecido, nem dos avisos. Incumbe a quem alega a inobservância de prazo a prova respectiva.

A cláusula lançada pelo emitente produz efeito em relação a todos os obrigados; a lançada por endossante ou por avalista produz efeito somente em relação ao que lançar. Se, apesar da cláusula lançada pelo emitente, o portador promove o protesto, as despesas correm por sua conta. Por elas respondem todos os obrigados, se a cláusula é lançada por endossante ou avalista.

23.23Ação por falta de pagamento

Nos termos do art. 784, inciso I, do CPC/2015, o cheque é título executivo extrajudicial. Seu portador pode, portanto, promover a respectiva execução por quantia certa contra devedor solvente, em caso de falta de pagamento.

Pode o portador promover a execução do cheque:

- contra o emitente e seu avalista;
- contra os endossantes e seus avalistas, se o cheque é apresentado em tempo hábil e a recusa do pagamento é comprovada pelo protesto ou por declaração do sacado, escrita e datada sobre o cheque, com indicação do dia de apresentação, ou, ainda, por declaração escrita e datada por câmara de compensação.

O lapso prescricional previsto no art. 59 da Lei nº 7.357/85 (de seis meses), somente tem início a partir da expiração do prazo para apresentação do cheque, independentemente de o credor havê-lo feito em data anterior.

Todos os obrigados respondem solidariamente. Por isso, o portador tem o direito de demandar todos os obrigados, individual ou coletivamente, sem estar sujeito a observar a ordem em que se obrigaram. O mesmo direito cabe ao obrigado que pagar o cheque.

A ação contra um dos obrigados não impede sejam os outros demandados, mesmo que se tenham obrigado posteriormente àquele. Regem-se pelas normas das obrigações solidárias as relações entre obrigados do mesmo grau.

Assinale-se que, na execução, o portador pode reclamar do demandado o principal (quantia relativa ao cheque não pago), mais os juros legais, despesas e a correção monetária. Também assim, quem paga o cheque pode exigir de seus garantes o *quantum* pago, mais os juros, despesas e correção monetária.

Como o cheque é título de crédito abstrato, na ação de embargos do devedor não há lugar para discussões sobre o negócio subjacente que gerou a cártula. Exceção feita aos casos de título representativo de obrigação ilícita, as razões do embargante localizam-se, em regra, no plano formal. Contudo, não se tenha na conta de absoluta a presunção de liquidez e certeza gerada pelo caráter cambiário do título. De qualquer forma, eventual pecado suscetível de desconstituir o cheque deverá ser provado pelo embargante, já que em favor do exequente milita a referida presunção.

Na execução fundada em cheque pós-datado,

> "é possível a discussão da *causa debendi* se existem provas que conduzem a negócio ilícito ou a vícios de vontade que anulam o negócio jurídico, pois a presunção de autonomia e independência do título de crédito é relativa".[32]

Para encerrar, não tipificam casos de força maior os fatos puramente pessoais relativos ao portador ou à pessoa por ele incumbida da apresentação do cheque, do protesto ou da obtenção da declaração equivalente.

23.24Prescrição da eficácia executiva

A execução fundada em cheque observa os seguintes prazos prescricionais:

- do portador contra os endossantes, contra o sacador ou contra os demais coobrigados em seis meses, contados do termo do prazo de apresentação;
- de um dos coobrigados no pagamento de um cheque contra os demais, no prazo de 6 (seis) meses, contados do dia em que ele tenha pago o cheque ou do dia em que ele próprio foi acionado.

Observe-se que os coobrigados têm responsabilidade solidária, podendo o portador acioná-los (todos ou alguns), independentemente da ordem sequencial na cadeia obrigacional. Serão, pois, litisconsortes facultativos, nos termos do art. 113 do CPC/2015.

O art. 47, § 3º, da Lei do Cheque, alerta para a perda da eficácia executiva pela não apresentação tempestiva, passando o cheque a valer tão somente como início de prova em eventual ação de conhecimento, que pode ser a ação ordinária ou sumária de cobrança, ou a ação monitória (art. 700 do CPC/2015). Consoante a Súmula nº 299 do STJ, é admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito. E o prazo para ajuizamento de ação monitória contra o emitente do cheque sem força executiva é quinquenal, contado do dia seguinte à data de emissão constante da cártula, nos termos da Súmula nº 503 do STJ.

Aliás, pela Súmula nº 531 do STJ, fica claro que em ação monitória fundada em cheque prescrito ajuizada contra o emitente, é dispensável a menção ao negócio jurídico subjacente.

Se não for ajuizada a execução do cheque no prazo legal de seis meses, ocorre a prescrição, a qual não atinge o próprio direito material, mas o direito de ação (no caso, execução fundada em título extrajudicial). A pretensão é que fica prejudicada. Embora perdido o título executivo extrajudicial, não se perde, contudo, o título de crédito. Assim, o credor ainda pode, no prazo de dois anos após consumada a prescrição, aforar

contra o emitente do cheque ou outros obrigados a ação de enriquecimento ilícito.[33]

A ação de enriquecimento contra o emitente ou outros obrigados, que se locupletaram injustamente com o não pagamento do cheque, prescreve em dois anos, contados do dia em que se consumar a prescrição.

Por outro lado, "cabe ação executiva contra o emitente e seus avalistas, ainda que não apresentado o cheque ao sacado no prazo legal, desde que não prescrita a ação cambiária."[34]

A lei do cheque não diz nada sobre as causas da interrupção da prescrição da eficácia executiva. Por isso, aplica-se o art. 202 do CC. O art. 60 da Lei do Cheque apenas diz que a interrupção da prescrição se produz somente contra o obrigado em relação ao qual foi promovido o ato interruptivo.

Acrescente-se que o cheque emitido com data futura, popularmente conhecido como cheque 'pré-datado', não se sujeita à prescrição com base na data de emissão. O prazo prescricional deve ser contado, se não houve apresentação anterior, a partir de trinta dias da data nele consignada como sendo a da cobrança.[35]

Conquanto o cheque perca a exequibilidade pelo decurso do prazo extintivo e não mais possa ser considerado título de exação, prevalece como documento comprobatório da obrigação do emitente ao pagamento de seu valor, dando azo ao procedimento comum de cobrança.[36]

O fato é que,

> "perdendo o cheque a eficácia de título executivo, passa o mesmo por conseguinte, a constituir prova escrita e idônea para servir de base à ação monitória, visto que adequado se mostra o objeto da relação obrigacional em que se almeja o pagamento de uma soma em dinheiro. Em tal hipótese, tendo sido produzida a prova documental, não há que se falar em cerceamento de defesa pela ausência de outras requeridas tanto mais quando desinfluentes".[37]

23.25Banco e correntista

Para abertura de conta-corrente, o banco pode exigir do cliente valores mínimos de renda mensal e saldo médio, que deverão constar do contrato e da ficha-proposta.[38]

Contrato de abertura de conta bancária e ficha-proposta são indispensáveis, devendo estabelecer os direitos e obrigações do correntista e do banco, assegurando o equilíbrio contratual entre ambos.

Todo correntista tem, mensalmente, o direito a um talonário de cheques, contendo 20 folhas, sem cobrança de remuneração.

Averbe-se que o saldo de conta corrente não poderá ser cobrado quando fornecido em tela de terminal eletrônico, com ou sem impressão de papel. As consultas com saldo impresso, na forma de extrato destacável, serão gratuitas quando feitas no intervalo de sete dias corridos.

23.26Serviço de compensação

O serviço de compensação de cheques é disciplinado pelo Banco Central e executado pelo Banco do Brasil S.A., nos termos do art. 19, inciso IV, da Lei nº 4.595/64. Trata-se de concentrar e simplificar a liquidação de cheques entre os estabelecimentos bancários.

Processa-se a compensação por troca direta de invólucros fechados, um para cada participante sacado, contendo os documentos a compensar e a fita autenticada da respectiva soma. O estabelecimento portador declarará expressamente o valor total dos documentos contidos no invólucro, pelos quais assume a responsabilidade. Para regularizar eventuais faltas de cobertura resultantes da compensação os participantes disporão de prazo certo, não excedente de uma hora, fixado pelo executante de cada praça. A falta de cobertura importará a suspensão automática do participante responsável, comunicando-se o fato ao Banco Central.

23.27Cheque sem fundos

Emitir cheque sem fundos é delito de estelionato tipificado no art. 171, § 2º, inciso VI, do CP, descrito como o ato de emitir cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou frustrar-lhe o pagamento, incluindo o agente nas mesmas penas de quem obtém "para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento".[39]

Crime patrimonial peculiar ao correntista, comporta a participação de terceiro na emissão fraudulenta. Se o emitente não for correntista, tipifica-se o delito de estelionato previsto no art. 171,*caput*, do CP.

Sujeito passivo do crime é o beneficiário ou tomador do cheque (pessoa física ou jurídica).

A conduta típica cifra-se em duas condutas:

•emitir (colocar em circulação) o cheque sem suficiente provisão de fundos em poder do banco sacado; e

•frustrar o pagamento (retirar a provisão antes do saque ou ofertar contraordem de pagamento).

À medida que o prazo de apresentação do cheque é de 30 dias (na praça de emissão) ou 60 dias (em outra praça), seu desconto fora desses prazos leva à presunção relativa de que o cheque foi emitido como mera promessa de pagamento, descaracterizando-se o título como cheque e, por conseguinte, o delito.

Não haverá crime:

•se o cheque for apresentado antes da data de emissão;

•se o cheque for emitido como mera garantia de dívida;

•se o cheque for emitido para pagar dívida de jogo;

•se o cheque substitui outro título de crédito ou débito anterior, uma vez que não causa prejuízo novo.

Se o cheque é ordem de pagamento a vista, o saque pré-datado ou em garantia de dívida acarreta seu desvirtuamento para fins penais. Sua função precípua consiste em ordenar pagamento a vista. Aliás, quem recebe em pagamento cheque para liquidação futura está ciente de que não tem fundos no momento da recepção. Não é vítima de estelionato.

Também não se caracteriza o delito de estelionato quando se cuida de cheque assinado em branco. A falta de data na cártula não permite precisar se realmente é uma ordem a vista ou singela promessa. Igualmente, se o portador recebe cheque em branco subscrito pelo titular da conta corrente.

No caso do cheque pré-datado, se o portador apresentá-lo antes da data de emissão ao banco sacado, certamente não há justa causa para eventual ação penal. Está claro que, nessa hipótese, o cheque foi passado como promessa e não como ordem.

Se o portador só apresentar o cheque após decorrido o prazo legal de apresentação, presume-se que não foi emitido como ordem de pagamento a vista. Assim, nesse caso não há crime, pelo fato de estar sem fundos.

Já, se o cheque falsificado é utilizado como expediente destinado a induzir a vítima a erro, o delito é o do art. 171, *caput* do CP. Nas mesmas penas incorre quem emite cheque sobre conta encerrada.

Tratando-se de delito material que se consuma no momento em que o banco sacado nega seu pagamento, admite tentativa. É punível a título de dolo.

O foro competente para a ação penal é do local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado.[40]

Conquanto, para a doutrina, o pagamento do cheque sem fundos antes da denúncia por estelionato não caracteriza causa excludente de antijuridicidade. A jurisprudência sedimentou-se no sentido de, nessa eventualidade, desaparecer a justa causa para a instauração da ação penal. Depois da denúncia recebida, não.[41]

Há cheque sem fundos, no caso de tratar-se de cheque especial? Sim, se o valor do cheque emitido extravasar o limite garantido pelo banco sacado ou, ainda, se o contrato vencido não tiver sido renovado.

23.28Cadastro de emitentes de cheque sem fundos[42]

O cadastro de emitentes de cheques sem fundos (CCF) abrange todas as praças do país e é operacionalizado pelo Banco do Brasil S.A.

A exclusão do nome junto ao CCF deverá ser pedida diretamente à agência que efetuou a inclusão. Quando essa agência pertence a um banco em regime de liquidação extrajudicial, a exclusão deve ser solicitada à agência do Banco do Brasil mais próxima àquela. No caso da agência ter sido fechada, mas o banco ainda operar em outro local, deve-se procurar a sede desse banco.

Para que as ocorrências sejam excluídas do CCF, o cliente deverá comprovar, junto à agência que originou a inclusão:

- pagamento do cheque que deu origem à ocorrência; e
- nos casos de prática espúria, a regularização do débito.

O pagamento pode ser comprovado:

- mediante a entrega do próprio cheque que deu origem à ocorrência;
- por meio do extrato de conta (original ou cópia) em que figure o débito relativo ao cheque que deu origem à ocorrência; ou
- mediante a declaração do favorecido, devidamente identificado, dando quitação do débito, com a indicação do número e valor do cheque, acompanhada de Certidões Negativas dos Cartórios de Protesto, em nome do emitente.

Qualquer inclusão é retirada automaticamente, após decorridos 5 (cinco) anos da última ocorrência. Pela Súmula nº 323 do STJ, a inscrição do nome do devedor pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito até o prazo máximo de cinco anos, independentemente da prescrição da execução.

Caso a agência indefira o pedido de exclusão, deverá comunicar a decisão formalmente ao correntista, esclarecendo que eventual recurso poderá ser submetido à administração do próprio banco, ou, sendo este mantido, caberá ao correntista recurso ao Banco Central.

Outrossim, a negativação do devedor deve observar o direito à informação prévia sobre sua inscrição no cadastro de inadimplentes. Nessa direção é o teor da Súmula 359 do STJ quando assevera que cabe ao órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição.

A falta dessa comunicação pode acarretar a responsabilidade da entidade que administra o banco de dados.

É dispensável o Aviso de Recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros. É o teor da Súmula nº 404 do STJ.

Apesar da orientação fornecida pelo Banco Central, tendo em vista o teor do art. 5º, inciso XXXV, da CF (nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário), o prejudicado pela decisão bancária poderá adotar o caminho jurisdicional adequado, independentemente de exaustão da via administrativa indicada.

Registre-se que a anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito não gera direito à indenização por dano moral, se preexistente inscrição legítima. Ressalva-se, é claro, o direito ao cancelamento.

23.29Substituição do cheque por outros instrumentos

Se o cotidiano de há muito demonstra o abandono do pagamento por papel-moeda, a insegurança e o desvirtuamento do cheque determinam a preferência atual por outros instrumentos de pagamentos, como os cartões de débito, os cartões de loja, o débito automático em conta e as transferências interbancárias. Certamente, a segurança e a certeza da liquidação são os fatores que determinam esse fenômeno.

Conforme o "Diagnóstico do Sistema de Pagamento de Varejo do Brasil", publicado em 2007 pelo Banco Central, o crescimento do uso de cartões de crédito para o pagamento de contas no varejo sobrepujou o cheque entre os meios mais utilizados pelos consumidores brasileiros. O cheque ficou em primeiro lugar até 2005, mas perdeu a primazia em 2006. Foram realizadas 1,737 bilhão de operações com cartões, contra 1,622 bilhão de pagamentos por meio de cheques.

Os cartões de débito podem ser utilizados em caixas automáticos, seja os de uso exclusivo da rede do respectivo banco, seja os caixas compartilhados entre diversas instituições financeiras. Alguns estabelecimentos comerciais também alojam máquinas de redes bancárias que se prestam à recepção de pagamentos por cartões. Nessa modalidade, o débito contra o titular do cartão se efetiva no momento do pagamento,

conquanto o crédito para o empresário se efetive no prazo que contratou com a administradora do cartão.

Já os cartões de loja emitidos por redes varejistas são utilizados nos seus estabelecimentos como expediente dilatório de pagamentos. No vencimento, o devedor pode saldar sua obrigação, por meio de dinheiro, cheque ou cartão de débito.

O débito automático em conta, também chamado débito direto, domina o segmento dos pagamentos recorrentes, tais como os pertinentes aos serviços de água, luz, mensalidades de entidades de classe e telefone. O valor da obrigação é debitado diretamente na conta bancária do devedor, que prévia e expressamente autorizou esse lançamento bancário.

As transferências de crédito interbancárias compreendem as movimentações eletrônicas de fundos (Transferência Eletrônica Disponível – TED – por conta de cliente e Documento de Crédito – DOC), além do trânsito de recursos mediante bloquetos de cobrança dotados de código de barras.

A mobilização de crédito feita por intermédio da TED é disponibilizada para o favorecido na mesma data, após a emissão da ordem pelo remetente. Na movimentação via DOC, os recursos são disponibilizados para o favorecido, no dia útil seguinte. Na transferência de crédito por meio de bloqueto de cobrança a liquidação também ocorre no dia seguinte, enquanto o valor é disponibilizado ao favorecido no prazo que ajustou com a instituição financeira.

A tendência no sentido da desmaterialização do crédito é irreversível, máxime porque estimulada pela instalação de máquinas de atendimento bancário automático e pela possibilidade de liquidação por meio do sistema de Internet *banking*.

---

[1] TJRJ – AC 7759/96 – 4ª C.Civ. – Rel. Nilson de Castro Dião – Síntese.

[2] TJRJ – AC 6042/96 – 8ª C.Civ. – Rel. Des. Laerson Mauro – Síntese.

[3] "*A diferencia de la letra de cambio, que es, esencialmente, un instrumento de crédito, el cheque es un instrumento de pago y de pago rápido*", cf. FONTANARROSA, Rodolfo (*69 : 22*).

[4] TARS – AC 189.009.566 – 2ª C. – Rel. Juiz Juracy Vilela de Souza – Síntese.

[5] *RT* 744/249.

[6] STJ – REsp 4.292 – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo – Síntese.

[7] "O título emitido para pagamento de dívida de jogo não pode ser cobrado, posto que, para efeitos ci vis, a lei o considera ato ilícito (art. 815 do CC de 2002). Mesmo que a obrigação tenha sido contraída em

país onde é legítimo o jogo, ela não pôde ser exigida no Brasil face aos termos expressos do art. 17 da LINDB" (*RT* 693/211).

[8] 1º TACSP – Ap. 412.250-9 – 3a C. – Rel. Juiz Ferraz Nogueira – Síntese.

[9] *RT* 750/283.

[10] "Cheque é título de crédito que contém, necessariamente, como requisito essencial e intrínseco, uma ordem incondicional de pagar quantia em dinheiro à vista. Se não provado nenhum vício que invalide o título, o crédito por ele representado deve ser reconhecido. Recurso conhecido e não mantido" (TJMG – AC 1.0024.03.007742-4/001-1 – Rel. Des. Márcia de Paoli Balbino – j. 9-2-2007).

[11] TARS – AC 189.063.126 – 4ª C.Civ. – Rel. Juiz Jauro Duarte Gehlen – Síntese.

[12] "Cheque – Título furtado e na posse de terceiro de boa-fé – Impossibilidade de alegação contra o portador de defe sa ou exceção ligada à causa ou à falta de causa, uma vez que este não tinha conhecimento de qualquer vício ou irregularidade relativa ao título – Dívida, portanto, de responsabilidade do emitente" (*RT* 645/174*).*

[13] TJSC – AC 46.953 – 2ª C.Civ. – Rel. Des. Gaspar Rubik – Síntese.

[14] *RT* 687/94.

[15] TAPR – Ap. 0078669-2 – 6ª C. – Rel. Juiz Cunha Ribas (*RT* 725/352).

[16] 1º TAC – Ap. 400.762-3 – 1a C. – Rel. Juiz Guimarães e Souza (*RT* 640 /124).

[17] 1º TAC – Ap. 414.718-4 – 3a C. – Rel. Juiz Antônio de Padua Ferraz Nogueira (*RT* 650 /114).

[18] Súmula 600 do STF: "Cabe ação executiva contra o emitente e seus avalistas, ainda que não apresentado o cheque ao sacado no prazo legal, desde que não prescrita a ação cambiária."

[19] STJ – REsp 605.088 – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 13-9-2005.

[20] *RT* 733/232.

[21] STJ – REsp 612-423 – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 1-6-2006.

[22] TJSP – AC 9.754.417-4 – Rel. Des. Antonio Carlos Vieira de Moraes – j. 1-12-2006.

[23] *RT* 644/100.

[24] "Responsabilidade civil. Cambial. Cheque cruzado com a indicação do beneficiário. Impossibilidade de depósito em conta diversa. Hipótese em que o banco efetivou o depósito. Dano material caracterizado. Indenização cabível. Recurso parcialmente provido" (TJSP – AC 898.971-9 – Rel. Des. Thiers Fernandes Lobo – j. 21-11-2006).

[25] BA 1.473.

[26] STJ – REsp 22.712 – Rel. Min. Nilson Naves (*JAPMP*).

[27] 1º TAC – Apelação 466.759 – 7a C. – Rel. Juiz Sílvio Venosa (*JAPMP*).

[28] "Cheque administrativo – Pagamento – Oposição moti vada apresentada pelo endossante – Hipótese em que o banco fica exonerado do compromisso de honrar o título de sua emissão – Res salva das pretensões cambiárias ou não que possam assistir ao endossatário frente ao endossante – Inteligência do art. 36 da Lei nº 7.357/87" (*RT* 700/198).

[29] Cf. GUERREIRO, José Alexandre Tavares (*75 : 22*).

[30] *RT* 671/16.

[31] *RT* 648/119.

[32] *RT* 758/284.

[33] *RT* 717/184.

[34] Súmula nº 600 do STF.

[35] STJ – REsp 620.218 – Rel. Min. Castro Filho – j. 7.6.2005.

[36] *RT* 672/119.

[37] *RT* 755/381.

[38] Na Inglaterra, os estabelecimentos bancários só abrem contas a pessoas conhecidas, reclamando do candidato a correntista a apresentação por dois clientes que atestem sua idoneidade, bem como promovendo averiguações junto a estabelecimentos congêneres sobre a solvência do preposto.

[39] Súmula 246 do STF: "Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheques sem fundos."

[40] Súmula nº 521 do STF.

[41] Súmula nº 554 do STF.

[42] Cf. publicação do *site* do BC na Internet (www.bcb.gov.br).

24

Duplicata



24.1Duplicata e nota fiscal-fatura

A duplicata, regulamentada pela Lei nº 5.474/68, é um título de crédito causal, facultativamente emitido pelo empresário com base em nota fiscal-fatura representativa de compra e venda ou nota de prestação de serviços. Por outros termos, é um saque representativo de um negócio preexistente. Não é possível, pois, emissão de duplicata com base em contrato para entrega futura ou prestação.

O art. 2º da Lei nº 5.474/68 estabelece a facultatividade da extração de duplicata como título de crédito, bem como veda todo e qualquer outro título cambiário para fazer-lhe as vezes. Ao mesmo tempo em que faculta o saque da duplicata, para circulação como efeito comercial, no ato da emissão da fatura, não admite qualquer outra espécie de título de crédito para documentar o saque do vendedor pela importância faturada ao comprador.

"Para facilitar o exame e a compreensão do preceito em questão, entendemos recomendável a separação de seus comandos constitutivos. Tem-se, pois, nesse dispositivo que:

- •o saque da duplicata é uma faculdade do empresário vendedor;
- •a finalidade da duplicata é sua circulação como efeito comercial;
- •o momento de sua extração é posterior ao ato da emissão da nota fiscal-fatura;
- •é o único título de crédito do vendedor para documentar a compra e venda mercantil."[1]

A duplicata mercantil é título de crédito causal. Seu saque está ancorado à existência de causas formalmente predeterminadas, a saber, a compra e venda mercantil ou a prestação de serviços. Se, à primeira vista, esse vínculo de dependência pré-cambial despojaria a duplicata de características cambiárias, a Lei de Duplicatas intentando implementar a

circulação econômica e garantir ao vendedor e ao prestador de serviços a realização dos valores faturados dotou aludido título de algumas das prerrogativas cambiariformes quando colocado em circulação, deixando esse intento expresso na locução "circulação como efeito comer-cial", no art. 2º.

A duplicata é geradora de crédito, no sentido de que disponibiliza ao empresário vendedor a possibilidade de antecipar recebível, mediante sua transmissão via endosso.

No tocante à fatura, já não é aceitável a afirmação generalizada e peremptória de sua obrigatoriedade, quando o prazo de pagamento do preço for igual ou superior a 30 dias.

A nota fiscal-fatura foi criada pelo art. 19, § 7º, do convênio de criação do Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais (1970). Trata-se de documento de índole mais fiscal do que mercantil, cuja extração compulsória não se limita às vendas a prazo.

O instrumento que respalda a duplicata é, pois, a nota fiscal-fatura que, se sublinhe não representa o crédito derivado da compra e venda, nem é suscetível de protesto nem serve para instruir ação executiva.

Em síntese, a Lei de Duplicatas estabelece como pressuposto para o saque de duplicatas uma nota fiscal-fatura ou nota fiscal eletrônica de compra e venda mercantil ou ainda, nota de prestação de serviços. São os antecedentes documentais necessários ao saque de duplicatas.[2]

No ato da emissão da fatura, o vendedor poderá extrair uma duplicata para circulação como efeito comercial. A lei não admite qualquer outro título de crédito para documentar o saque do vendedor pela importância faturada ao comprador. Gize-se que a duplicata deve estampar sempre o valor total da fatura, ainda que o comprador tenha direito a qualquer rebate, mencionando o vendedor o valor líquido que o comprador deverá reconhecer como obrigação de pagar. Não se incluirão no valor total da duplicata os abatimentos de preços das mercadorias feitos pelo vendedor até o ato do faturamento, desde que constem da fatura.

Como o saque de duplicata deve corresponder a uma efetiva operação de compra e venda mercantil ou a uma prestação de serviços, só pode ser ela emitida para a cobrança do preço de mercadorias vendidas ou de serviços prestados, daí sendo ilegal seu saque quando representativo de juros e correção monetária, diferença de frete ou outra causa que não aquelas previstas na lei de duplicatas.

A duplicata é um título causal. Portanto, sua regularidade está diretamente vinculada ao negócio subjacente. Só pode ser emitida para a cobrança do preço de mercadorias vendidas ou de serviços prestados.

Donde se conclui que seu saque é ilegal quando representativo de juros e correção monetária, cobrança de multa contratual, cobrança de contribuição sindical, cobrança de cota condominial, cobrança de obrigações locatícias, representação comercial, inadimplemento de comissões ou indenizações.

A consignação de venda e compra não é venda e compra simples, não autorizando, portanto, saque de duplicata. As normas de venda de mercadorias em razão do contrato de comissão dizem respeito somente às relações do comitente com terceiros. Destarte, não havendo venda mercantil, tais títulos, se emitidos, são passíveis de nulidade e ineficácia.[3]

Sublinhe-se ainda que, para a emissão de duplicatas, não basta haver contrato de compra e venda mercantil, pois, tratando-se de título causal, é necessário, sob pena de nulidade da cártula, que haja a efetiva entrega da mercadoria, ou seja, que se aperfeiçoe a relação de compra e venda.[4]

Enfim, a duplicata caracteriza-se por ser:

- título causal (não abstrato);
- título de saque facultativo;
- título de modelo vinculado; e
- título de aceite compulsório.

É relevante ponderar que a exigibilidade da duplicata diz com a efetividade da compra e venda mercantil. Esta, como se sabe, perfaz-se com a tradição da mercadoria. Por isso, se a fornecedora não cumpre sua parte na avença, deixando de entregar as mercadorias no prazo ajustado, tornando-as, assim, imprestáveis, para o comprador, nada obsta que este cancele o pedido, com a consequente inexigibilidade da duplicata sacada sobre esse contrato.

Idêntica é a solução se o sacador admite que recebeu de volta as mercadorias vendidas, com o desfazimento da operação, posto que, nesse caso, a duplicata perde sua razão de existir.

Em suma, se inexistir plena comprovação da concretização do negócio mercantil subjacente, as duplicatas pertinentes são inexigíveis. É que falta causa para sua emissão, vício originário que importa sua ineficácia.

Nos casos de venda para pagamento parcelado, poderá ser emitida:

- duplicata única, em que se discriminarão todas as prestações e seus vencimentos; ou
- série de duplicatas, uma para cada prestação, distinguindo-se a numeração, pelo acréscimo de letra do alfabeto, em sequência.

A venda para pagamento contra a entrega da mercadoria ou do conhecimento de transporte, ou para pagamento em prazo inferior a 30 dias, poderá representar-se, também, por duplicata, onde se declarará que o pagamento será feito nessas condições.

Nas vendas realizadas por consignatários ou comissários e faturadas em nome e por conta do consignante ou comitente, caberá àqueles cumprir as seguintes regras legais:

- se a mercadoria for vendida por conta do consignatário, este é obrigado, na ocasião de expedir a fatura e a duplicata, a comunicar a venda ao consignante;
- o consignante expedirá fatura e duplicata correspondente à mesma venda, a fim de ser esta assinada pelo consignatário, mencionando-se o prazo estipulado para a liquidação do saldo da conta;
- o consignatário fica dispensado de emitir duplicata quando na comunicação declarar que o produto líquido apurado está à disposição do consignante.

Nos termos do art. 2º da Lei nº 5.474/68, "no ato da emissão da fatura dela poderá ser extraída uma duplicata para circulação com efeito comercial, não sendo admitida qualquer outra espécie de título de crédito para documentar o saque do vendedor pela importância ao comprador".

Não se entenda, porém, que a lei impeça o devedor de subscrever uma nota promissória, como garantia de pagamento e não como saque relativo à operação de compra e venda. O comprador contra quem não foi emitida duplicata não está inibido de dar ao vendedor outro documento comprobatório de sua dívida. O que a norma indicada pretende é beneficiar o empresário, permitindo-lhe emitir duplicata e não outro título de crédito.

Admissível, dessarte, a emissão de nota promissória em garantia de compra e venda mercantil, uma vez que se trata de promessa de pagamento, e não de saque. Não há nenhuma incompatibilidade com a regra do art. 2º da Lei de Duplicatas.[5]

24.2Requisitos

Título de modelo vinculado (Res. BC nº 102/68), a duplicata conterá:

- a denominação *duplicata*;
- data de sua emis são;
- número de ordem;
- número da fatura;
- data do vencimento ou declaração de ser a vista;
- nome e domicílio do sacador (vendedor) e do sacado (comprador);
- identificação do sacado (RG, CPF e número do título de eleitor ou da Carteira Profissional);
- importância a pagar, em algarismo e por extenso;
- praça de pagamento;

•cláusula à ordem;
•declaração do reconhecimento de sua exatidão e da obrigação de pagá-la, a ser assinada pelo sacado, como aceite cambial;
•assinatura ou rubrica mecânica do sacador.

O reconhecimento da exatidão da duplicata e da obrigação de pagá-la, que se traduz no aceite, não é imprescindível à existência do título, que poderá existir sem ele (duplicata sem aceite), sendo suprível pelo protesto, acompanhado de comprovante de entrega da mercadoria.

Figuras essenciais são: o vendedor (sacador) e o comprador (sacado). Acidentais são: o avalista e o endossante.

24.3Remessa e devolução

Como título de crédito, a duplicata deve ser levada a aceite do comprador para tomar-se obrigação líquida e certa, suscetível de fundamentar ação executiva. Se a duplicata caracteriza-se por ser um título de apresentação, e a dívida que representa é *querable,* e não *portable*, incumbe ao credor diligenciar em sua apresentação ou avisar o obrigado da data do vencimento e do local onde ele deve resgatar o título.

A remessa de duplicata poderá ser feita diretamente pelo vendedor ou por seus representantes, ou por intermédio de instituição financeira, ao comprador (sacado), na praça ou no lugar de seu estabelecimento, no prazo de 30 dias, contado da data de sua emissão.

Se a remessa for feita por intermédio de representantes, instituições financeiras ou procuradores estes deverão apresentar o título ao sacado dentro de 10 dias, contados da data de seu recebimento na praça de pagamento.

A duplicata, quando não for a vista, deverá ser devolvida pelo comprador ao apresentante dentro do prazo de 10 dias, contados da data de sua apresentação, devidamente assinada (aceita) ou acompanhada de declaração, por escrito, contendo as razões da falta do aceite.

Havendo expressa concordância da instituição financeira cobradora, o sacado poderá reter a duplicata em seu poder até a data do vencimento, desde que comunique, por escrito, o aceite e a retenção. Essa comunicação substituirá, quando necessário, no ato do protesto ou na execução judicial, a própria duplicata.

24.4Aceite

É a declaração pela qual o sacado assume a obrigação de realizar o pagamento da soma indicada no título, dentro do prazo ali especificado, tornando-se, assim, responsável direto pela execução de obrigação incondicional. Para tornar-se obrigação líquida e certa, a duplicata deve ser levada a aceite do sacado.

É o que consta do art. 7º da Lei nº 5.474/68, ao preceituar que a duplicata, quando não for a vista, deverá ser devolvida pelo comprador ao apresentante dentro do prazo de 10 dias, contados da data de sua apresentação, devidamente assinada ou acompanhada de declaração, por escrito, contendo as razões da falta do aceite.

Portanto, nos 10 dias que se seguem à apresentação, o comprador pode reclamar sua quantidade, qualidade e espécie. Pode e deve, se for o caso. É que, se não o fizer, a liquidez das faturas não mais será questionável.

Em regra, a duplicata é de aceite compulsório. O comprador só poderá deixar de aceitar a duplicata por um dos seguintes motivos relevantes, previstos no art. 8º da Lei de Duplicatas:

- avaria ou não recebimento das mercadorias, quan do não expedidas ou não entregues por sua conta e risco;
- vícios, defeitos e diferenças na qualidade ou na quantidade das mercadorias, devidamente comprovados;
- divergência nos prazos ou nos preços ajustados.

Eventual defeito de qualidade da mercadoria adquirida, se devidamente comprovado, justifica a recusa de aceite da duplicata, pelo comprador. No entanto, depois do aceite, já não lhe será lícito reclamar, por exemplo, intentando a sustação do protesto do título.[6] O aceite tem a propriedade de desvincular a duplicata de sua causa. Ato cambiariforme, encerra uma declaração unilateral de vontade que gera a abstração.

Uma vez exarado, o aceite torna-se irretratável, irrevogável e insuscetível de cancelamento.

Anote-se que a remessa para colher o aceite do sacado é uma faculdade de vendedor, prática que, conquanto aconselhável, caiu em desuso, na medida em que os empresários comerciantes optam pelo desconto das duplicatas junto aos bancos ou sua venda às empresas de faturização. Predomina nesses títulos o atributo de recebíveis, como documentos que ensejam ao fornecedor a antecipação de seus valores junto aos bancos. Em regra, o que o comprador ou utente de serviços recebe é um boleto bancário solução do débito respectivo, no vencimento.

24.5Pagamento

O comprador pode resgatar a duplicata antes de aceitá-la ou antes da data do vencimento.

A prova do pagamento é a quitação, passada pelo legítimo portador ou por seu representante com poderes especiais, no verso do próprio título ou em documento, em separado, com referência expressa à duplicata.

Como trata-se de título à ordem, sem a devolução do título, o devedor tem o direito de recusar o pagamento e reclamar declaração judicial que o inutilize, ou de efetuar o depósito por conta de quem pertencer. Até porque o pagamento efetuado sem a devolução do título não pode ser oposto ao portador de boa-fé da duplicata.

Se o pagamento for feito mediante cheque, sua liquidação será a prova do pagamento. O cheque deve ser emitido a favor do estabelecimento endossatário, constando no verso que seu valor destina-se à amortização ou liquidação da duplicata nele descrita.

Nada impede que, por ocasião do pagamento da duplicata, sejam abatidos eventuais créditos a favor do devedor, decorrentes de devolução de mercadorias, diferenças de preço, enganos verificados, pagamentos por conta e outros motivos assemelhados, desde que autorizados.

Observe-se que, se a duplicata for endossada, torna-se propriedade do endossatário. Nesse caso, o devedor não deve pagá-la diretamente ao sacador, sob pena de, assim agindo, ser compelido a liquidá-la duas vezes. Legitimado a recebê-la é o endossatário. O devedor que paga a quem não detém o título, satisfazendo--se com mera quitação em documento apartado, expõe-se a pagá-lo outra vez ao legítimo portador.

Também é importante aduzir que, se inexistir prévia convenção, não se constitui expediente regular de liberação a remessa bancária direta ao sacador da duplicata. O depósito encetado pelo devedor, na conta corrente bancária do credor e a revelia deste, não aperfeiçoa quitação.

Por outro lado, é fato que a dívida mencionada em duplicata é de natureza quesível. Por isso, o devedor deve ser cientificado sobre a quem deve realizar o pagamento. No caso de caução bancária, se não receber aviso da instituição financeira, deverá buscar o credor direto, perante quem se obrigou como sacado.

Na hipótese de pagamento parcial, claro que não é facultado ao credor levar a duplicata a protesto por seu valor de face. Como o pagamento parcial não retira a liquidez e certeza do título, pode fazê-lo pelo remanescente do débito.

Enfim, se a duplicata for paga em cartório de protesto, sem correção e juros de mora, nada impede o credor de promover ação de cobrança para haurir referidas parcelas incidentes desde a data do vencimento do título até a de sua solução em cartório.

A duplicata comporta tanto a reforma como a prorrogação do prazo de vencimento. Um ou outro devem ser expressos por declaração escrita em separado ou na própria duplicata, assinada pelo vendedor ou endossatário, ou por representante com poderes especiais.

Para manter a coobrigação dos demais intervenientes por endosso ou aval, a reforma ou prorrogação requer sua concordância expressa. É que a concessão de prazo não opera nenhum efeito com relação aos endossantes do título e seus avalistas. Trata-se de ajuste de índole essencialmente pessoal, insuscetível de afetar direitos de terceiros.

O pagamento da duplicata poderá ser garantido por aval, e o avalista será equiparado àquele cujo nome indicar. Na falta da indicação, àquele abaixo de cuja firma lançar a sua. Fora desses casos, ao comprador.

Independentemente da aceitação, do reconhecimento, o pagamento da duplicata pode ser garantido por aval dado ao emitente, para o efeito de circulação imediata por meio de desconto ou entrega em pagamento.

O aval dado posteriormente ao vencimento do título produzirá os mesmos efeitos que o prestado anteriormente àquela ocorrência.

"O aval, para ter valor, deve ser lançado na própria duplicata, ou figurar no alongamento do título. Nossa lei não conhece o aval por ato separado. A declaração constante do documento que institui a execução estranhamente rotulada de 'folha anexa de aval' não se confunde com aval, por se tratar de declaração extracartular."[7]

"O avalista assume solidariedade cambiária com o sacado. A duplicata aceita é um título abstrato."[8]

"Aceita a duplicata, esta passa a circular como título literal autônomo, com as características de documento cambial. Incabível é o avalista discutir a *causa debendi*, mas pode arguir defeitos formais da cártula, a falta de requisitos para o exercício da execucional e exceções adequadas."[9]

"Duplicata de responsabilidade de sacado em concordata não impede a execução contra o avalista do mesmo título."[10] Agora, também na recuperação.

"É relativa a presunção segundo a qual, no aval em branco, equipara-se o avalista a pessoa abaixo de cuja assinatura consta a sua."[11]

24.6Protesto

A duplicata pode ser protestada:

•por falta de aceite;
•por falta de devolução (substituída por indica ções do portador);
•por falta de pagamento.

De acordo com o art. 13, § 4º, da Lei de Duplicatas, o portador que não tirar o protesto da duplicata, em forma regular e dentro do prazo de 30 (trinta) dias, contados da data de seu vencimento, perderá o direito de regresso contra os endossantes e respectivos avalistas.

Pelo art. 15, § 2º, a duplicata não aceita e não devolvida, protestada mediante indicações do credor ou apresentante do título, legitima o processo de execução, desde que haja prova do recebimento da mercadoria e inexistência de recusa motivada do sacado.

No caso de retenção da duplicata, pelo sacado, o inciso 11.6 do Provimento 30/97, da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, com respaldo no art. 8º, parágrafo único, da Lei do Protesto (Lei nº 9.492/97), estatui que "as indicações de duplicatas mercantis poderão ser transmitidas e recepcionadas por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados, observado sempre o disposto no subitem 11.1, cujas declarações substitutivas poderão ser feitas e encaminhadas pelos mesmos meios".

A comprovação de que a duplicata foi remetida para aceite e injustificadamente retida pelo sacado é pressuposto necessário à extração do protesto mediante indicação. Nesses termos não é de se admitir o protesto por indicação dos boletos bancários relativos à venda mercantil quando não haja prova de que as duplicatas correspondentes tenham sido injustificadamente retidas.

É bom registrar que o protesto, para fins de ação regressiva, só é compulsório contra o endossante e seus avalistas, mesmo porque a ação do endossatário contra o sacado não é regressiva; é a ação direta de cobrança.

Tendo em vista a frequência do uso abusivo do protesto de duplicatas, sobretudo por parte dos estabelecimentos bancários, vale a pena reproduzir o entendimento jurisprudencial predominante a respeito.

> "Juridicamente o protesto em nada afeta a posição do sacado que não aceitou. Entretanto, não podem ser ignoradas as enormes consequências que o comércio lhe empresta. Em atenção a isso, mantém-se o impedimento ao protesto, reconhecendo-se a inexistência de obrigação do sacado para com o emitente, mas ressalva-se, expressamente, o direito de regresso do endossatário."[12]
>
> "Esvaziado o nexo causal do título (duplicata) pela negação do aceite e devolução das mercadorias, remanesce, em favor do banco endossatário, direito

de regresso, eis que, endossado o título, cuja validade condiciona-se à observância dos requisitos de forma e não à regularidade do saque, poderá o endossatário exercer amplamente os direitos dele emergentes, dispensável nesse caso o protesto, sobre ser de graves consequências para o comércio, em nada afeta a posição do sacado não aceitante. Tanto mais quando a operação de empréstimo foi garantida também por aval."[13]

"Se a nulidade da duplicata prendeu-se quanto à relação entre emitente e sacado, resultando a inexigibilidade, quanto a ele, consequentemente, ficou preservado, com a anulação apenas de uma das relações dele emergentes, o direito de o endossatário voltar-se contra o endossante e o avalista, sem que para tanto necessite tirar o protesto do título."[14]

"Se o protesto pode ser tirado mediante simples indicações do portador (artigo 13, § 1º da Lei nº 5.474/68), com maior razão sua exibição fica dispensada no processo da ação ordinária de cobrança do crédito."[15]

"O banco para quem a duplicata foi endossada, responde pelos danos que o devedor sofreu, em decorrência do protesto do título, se este havia sido pago diretamente ao vendedor das mercadorias, que, por sua vez, repassou o valor à instituição endossatária."[16]

O singelo apontamento a protesto de duplicata sem causa não autoriza a indenização por danos morais, uma vez que não causa abalo a sua honra objetiva. Também assim, se o protesto cambial é sustado em virtude de liminar cautelar.

Responde pelos danos decorrentes de protesto indevido o endossatário que recebe por endosso translativo título de crédito contendo vício formal extrínseco ou intrínseco, ficando ressalvado seu direito de regresso contra os endossantes e avalistas (Súmula nº 475 do STJ).

Tenha-se em mente que o endossatário de título de crédito por endosso-mandato só responde por danos decorrentes de protesto indevido se extrapolar os poderes de mandatário (Súmula nº 476 do STJ).

24.7Triplicata

É o título cambiário sacado para substituir duplicata perdida ou extraviada. Trata-se de mera cópia ou segunda via da duplicata. A lei não autoriza a emissão de triplicata em caso de retenção de duplicata enviada para aceite.

Embora a Lei de Duplicatas (art. 23) proclame obrigatória a emissão de triplicata no caso de duplicata perdida ou extraviada, a própria duplicata não é título de emissão obrigatória.

24.8Execução

Título executivo extrajudicial, a duplicata é documento hábil para instruir execução por quantia certa, nos seguintes casos:

- de duplicata ou triplicata aceita, protestada ou não;
- de duplicata ou triplicata não aceita, contanto que, cumulativamente:
  - haja sido protestada;
  - esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria; e
  - não tenha, comprovadamente, havido recusa justificada do aceite pelo sacado.

Contra o sacador, os endossantes e respectivos avalistas caberá o processo de execução quaisquer que sejam a forma e as condições do protesto.

O foro competente para a cobrança judicial da duplicata ou da triplicata é o da praça de pagamento constante do título, ou outra de domicílio do comprador e, no caso de ação regressiva, a dos sacadores, dos endossantes e respectivos avalistas.

Aplica-se o procedimento comum previsto no Código de Processo Civil à ação do credor contra o devedor, por duplicata ou triplicata que não preencha os requisitos do art. 15, I e II, e §§ 1º e 2º da Lei de Duplicatas, bem como à ação para ilidir as razões invocadas pelo devedor para o não aceite do título, nos casos previstos no art. 8º da mesma normação.

Deve ser dito que a duplicata sem aceite uma vez acompanhada dos recibos das notas fiscais, mesmo não protestada, é considerada prova escrita (art. 1.102-A do CPC) para fins de ação monitória. Também é assim a duplicata prescrita, cópias de duplicatas e o borderô de desconto de duplicata assinado pelo devedor e acompanhado de cópia do título e do demonstrativo de saldo.

O art. 700, *caput*, do CPC/2015 atribui legitimidade para a ação monitória ao credor que detém prova escrita sem eficácia de título executivo.

Compulsando a jurisprudência pertinente à execução fundada em duplicata, é possível catalogar, resumidamente, algumas soluções práticas:

- a falta dos originais das duplicatas nos autos de execução não caracteriza vício suscetível de impugnação via exceção de pré-executividade, posto que podem ser dispensados na hipótese de retenção dos títulos;

•se a duplicata foi retida, indevidamente, pelo sacado, é suficiente o instrumento de protesto tirado mediante indicações do credor ou apresentante, para instruir a execução;
•na execução de duplicata protestada por falta de aceite, acompanhada de recibo de entrega das mercadorias, se arguida, pelo embargante, a irregularidade da assinatura aposta no rodapé da nota fiscal, incumbe ao embargado-exequente a prova de que as mercadorias nela descritas foram efetivamente entregues;
•regularmente notificado para o protesto de duplicata aceita, à revelia do sacado, que não se insurge contra o ato notarial, confere legitimidade ao saque do título, não se lhe ensejando, nos embargos à execução, discutir a origem e a regularidade da cártula;
•é defeso a quem aceita duplicata invocar, via embargos, ausência de causa para seu saque, uma vez que reconheceu expressamente a *causa debendi*;
•é nula a execução alicerçada em duplicata não firmada pelo sacador, posto tratar-se de título inexigível;
•tratando-se de execução de duplicata aceita e protestada, de nada adianta o sacado-embargante intentar a produção de prova testemunhal para demonstrar defeito na mercadoria que gerou a transação, uma vez que a abstração do título só comporta discussão sobre vícios formais do contrato de compra e venda ou do saque;
•é viável o julgamento antecipado de embargos do devedor opostos contra execução fundada em duplicata aceita, posto que o título desvinculou-se de sua causa, tornando-se líquido e certo;
•o resgate parcial de duplicata vencida não caracteriza novação e, por isso, não lhe retira a cambialidade, ensejando a execução do saldo devido com esteio no mesmo título;
•boleto bancário representa mera autorização para tirar o protesto, mas não é título capaz de suportar execução porque não reúne os requisitos dos títulos executivos;
•a confissão escrita pelo sacado no verso do instrumento de protesto de duplicata inaceita, salvo prova em contrário, supre a ausência do comprovante de entrega da mercadoria como coadjuvante executório;
•não procede o argumento de que a duplicata encontra-se quitada quando esta se vê em poder do credor e inexiste outra prova cabal e eficaz de sua liquidação;
•é lícito ao credor optar pelo ajuizamento da execução no foro do domicílio do sacado, e não da praça de pagamento mencionada na duplicata, uma vez que ao executado não acarreta qualquer prejuízo.

Comprovada a prestação dos serviços, a duplicata não aceita, mas protestada, é título hábil para instruir pedido de falência (Súmula nº 248 do STJ).

- Sem embargo da equiparação contida no art. 22 da LD, os profissionais liberais não estão autorizados a emitir duplicatas de serviços, mas simplesmente a fatura ou conta, documentos suscetíveis de protesto e execução, mas não dotados de negociabilidade.
- Deve ser tido em conta que quando o comprador ou o beneficiário de serviço é destinatário final, quer dizer, o consumidor, incidirão as regras do Código de Defesa do Consumidor, assente que a relação de consumo se caracteriza em face da vulnerabilidade do contratante.
- Para que a duplicata de prestação de serviços adquira executoriedade, além do protesto, reclama-se documento que demonstre cabalmente a efetiva prestação do serviço e a existência de conexão de índole contratual entre o prestador de serviços e o sacado.

24.9Prescrição

Quanto à duplicata, a prescrição da execução observa os seguintes prazos:

- contra o sacado em três anos contados da data do vencimento do título;
- contra o respectivo avalista, no mesmo prazo;
- contra seus endossantes e seus avalistas, em um ano, contado da data do protesto;
- de qualquer coobrigado contra os outros, em um ano contado, o prazo da data em que tenha realizado pagamento do título.

24.10Exceções e causalidade

Na execução arrimada em duplicata, será sempre lícito ao devedor executado estender sua defesa à indagação de eventuais vícios do negócio subjacente. A *exceptio non adimpleti contractus*(art. 476 do CC) pode ser arguida à medida que o título é desprovido de abstratividade, ensejando ao comprador-devedor a mais ampla defesa em relação ao vendedor-credor.

Entretanto, assim não será em relação a terceiros. O devedor não poderá suscitar os vícios da relação originária em face de terceiro de boa-fé, endossatário de duplicata, pois este não será alcançado pelos vícios do

negócio gerador do título. Ou seja, o caráter abstrato da obrigação cambial existe perante terceiros que não participaram da formação do título. Vige o princípio da inoponibilidade das exceções pessoais contra terceiro de boa-fé.

De tal arte que, por exemplo, o estabelecimento bancário, terceiro de boa-fé, que desconta duplicata formalmente revestida dos requisitos legais, nada tem que ver com a defesa que o executado possa ter com referência à transação que originou o título.

Por isso, é exigível pelo endossatário o pagamento da duplicata, até mesmo quando desfeita a compra e venda de mercadorias, pouco importando, já que *res inter alios*, a eventual quitação dada ao devedor pelo credor primitivo (endossante).

Também assim se a duplicata não assinada pelo comprador e endossada em preto para banco menciona valor superior ao da fatura. O banco endossatário tem direito ao valor da duplicata, incumbindo ao sacado o regresso contra o sacador.

Alguns exemplos de defesa estribada em vícios formais da duplicata podem ser aduzidos:

- duplicata sem data de emissão ou com data de emissão fictícia, em descompasso com a fatura ou com a efetiva compra e venda;
- duplicata com número de ordem falso;
- duplicata com data de vencimento falso, desconforme com o negócio subjacente;
- duplicata sem remessa da mercadoria;
- duplicata sem aceite, sem comprovante de entrega da mercadoria;
- duplicata extraída para cobrança de juros e correção monetária;
- duplicata emitida para cobrança de *renting*;
- duplicata sem aceite;
- duplicata aceita por menor sem a assinatura paterna;
- duplicata extraída para cobrança de diferença de frete;
- duplicata emitida sobre valor de novação de dívida.

Já a ausência de requisitos formais suscetíveis de suplementação prevista na própria lei não implica a descaracterização da duplicata. Tal é, por exemplo, o caso da falta de designação do lugar de pagamento. Pelo art. 17 da Lei de Duplicatas, o foro competente para a cobrança judicial da duplicata é o da praça de pagamento constante do título, ou outra de domicílio do comprador.

24.11Duplicata simulada

Duplicata simulada é a duplicata sem lastro em compra e venda mercantil ou prestação de serviços. Também assim é rotulada a duplicata sacada em dissonância com a quantidade ou qualidade da coisa vendida.

A ação delituosa visada pelo art. 172 do CP consiste em emitir (colocar em circulação) nota fiscal-fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado. Seu parágrafo único contempla, também, a falsificação ou adulteração da escrituração do livro de registro de duplicatas.

Não há estipulação expressa da conduta consistente em emitir nota-fiscal fatura, NF-e ou duplicata mercantil quando inexiste o negócio subjacente, mas é lógico que o confuso comando penal engloba tanto a produção de duplicata fria como a daquela que não corresponde em quantidade ou qualidade à mercadoria vendida ou não deriva de serviço prestado.

É a leitura extensiva predominante na doutrina e na jurisprudência:

> "A nosso ver, embora o novo texto não seja um primor de redação, ele abrange tanto a duplicata que não corresponde a uma venda efetivamente feita quanto aquela que distorce a quantidade ou qualidade da realmente realizada. O atual caput, ampliou a incidência do art. 172 que, ao tempo da redação dada pela Lei nº 5.474/68, se referia apenas à expedição de duplicata que não correspondesse a uma venda efetiva de bens. Com efeito seria ilógico que o novo dispositivo tipificasse como crime uma conduta evidentemente menos grave (emissão de fatura, duplicata ou nota de venda com quantidade ou qualidade do produto alterada) e deixasse de punir, igualmente, uma conduta indubitavelmente mais grave (emissão de fatura, duplicata ou nota de venda sem qualquer venda efetuada). Por outro lado, o atual *caput*, em sua parte final, tipifica como crime a emissão dos mesmos documentos quando não correspondam 'ao serviço prestado'. Ora, seria um contrassenso que a lei punisse como crime a emissão de fatura, duplicata ou nota de venda referente a um serviço que jamais foi prestado e não o fizesse quanto à uma venda que nunca existiu, dando tratamento desigual a duas situações de idêntica potencialidade lesiva."[17]

Sujeito ativo é quem saca a duplicata (pessoa física ou representante de pessoa jurídica), ciente da inexistência do negócio subjacente, assine ou não o quirógrafo. Passivo é o sacado (de boa-fé) ou quem (pessoa física ou jurídica) desconta o título.

O crime de duplicata simulada não comporta a modalidade culposa. Ou há a consciência de que se está sacando duplicata sem respaldo em negócio mercantil ou prestação de serviço, ou labora-se em engano, e, neste último caso, não há crime, até porque a boa-fé é excludente da ilicitude.

Consuma-se o delito com a remessa da duplicata ao aceitante ou seu endosso. Delito unisubssistente não enseja tentativa.

Por sua índole formal, o crime de duplicata simulada consuma-se independentemente da causação de efetivo prejuízo. O dolo reside na consciência da inexistência da venda.[18]

O que se incrimina é o fato de sacar duplicata que não corresponda a venda efetiva da mercadoria, entregue real ou simbolicamente com a respectiva fatura. Mesmo

> "o aceite da duplicata simulada não arrebata a tipicidade criminal da expedição, uma vez que tanto é crime expedir quanto aceitar, do mesmo modo que, em princípio, o pagamento não tem maior relevância, visto que o crime se consuma independentemente da ocorrência de prejuízo".[19]

Na modalidade de falsidade do livro de registro de duplicatas, cumpre lembrar que o fato tipifica o crime de falsidade de documento público, contemplado no art. 297, § 2º do CP. Como lembra Damásio de Jesus, se após o falso o sujeito expede a duplicata, a falsidade insere-se no contexto típico como antecedente insuscetível de punição. Por outro lado, se o falso é cometido depois da expedição da duplicata simulada, caracteriza-se como *post factum* impunível.

24.12Bloqueto de cobrança

No sistema de pagamentos brasileiro, entre os instrumentos de pagamento, o bloqueto de cobrança ou boleto bancário, emitido em conformidade com o modelo do Cadoc 24044-4-BCB, é documento utilizado para registro de dívidas em cobrança nas instituições financeiras, derivadas de operações de compra e venda ou de prestação de serviços, inclusive daquelas relativas aos chamados efeitos de cobrança (duplicatas, notas promissórias, bilhetes ou notas de seguros), de modo a permitir o pagamento da dívida-objeto em instituição financeira distinta da cobradora.

A agilização do pagamento de obrigação oriunda de duplicata, colimada pelo bloqueto de cobrança, pressupõe integração da rede bancária e mecanismos eficientes de compensação. Pode ser pago em qualquer agência bancária, terminal de autoatendimento, *homebanking*, casa lotérica etc., até a data de vencimento. Após esse marco, o bloqueto ou boleto somente poderá ser pago na agência do banco emitente.

O bloqueto é um documento duplo que acopla o recibo do sacado e a ficha de compensação. O primeiro destina-se à comprovação do pagamento, devendo conter:

- nome do cedente;

•agência e código do cedente;
•valor do documento;
•data de vencimento;
•número;
•nome do sacado.

A ficha de compensação, contendo os mesmos dados, é a parte do bloqueto que fica no banco, para a devida compensação, devendo exibir o código de barras e a linha digitável destinados a informar os dados para a identificação da conta, tendo em vista o crédito respectivo.

As partes de um bloqueto de cobrança são:

•favorecido ou cedente: credor da dívida-objeto, a quem devem ser destinados os fundos recebidos pelo seu pagamento;
•sacado: pessoa de quem é cobrada a dívida-objeto, ou seja, quem paga o boleto;
•instituição financeira recebedora, ou seja, instituição financeira que recebe do sacado, ou de alguém atuando em nome dele, o pagamento da dívida-objeto; e
•instituição financeira cobradora.

Instituição financeira cobradora, aqui, é aquela contratada pelo vendedor ou prestador de serviço para receber, na qualidade de mandatária para cobrança, diretamente ou por intermédio de outra instituição financeira, o valor que lhe é devido pelo sacado.

Também assim a instituição financeira cessionária do crédito, se ele lhe houver sido cedido pelo vendedor ou prestador de serviço.

Quando cessionária, a instituição financeira cobradora é ao mesmo tempo o favorecido. De modo que, se o pagamento for efetuado diretamente a ela, a instituição financeira cobradora é ao mesmo tempo a instituição financeira recebedora.

Quanto à estrutura subjetiva do bloqueto de cobrança, aplicam-se às partes as seguintes regras: a) o favorecido e o sacado podem ser pessoas físicas ou jurídicas; b) apenas os bancos comerciais, os bancos múltiplos com carteira comercial e a Caixa Econômica Federal podem atuar como instituições financeiras recebedora e cobradora.

Os direitos e obrigações relacionados ao bloqueto de cobrança são regidos, no que couber:

•nas relações de vendedor ou prestador do serviço com o sacado e com a instituição financeira cobradora, por contrato entre as partes;
•na relação entre a instituição financeira cobradora e a instituição financeira recebedora, pela Circular n° 3.598 (com a redação dada pela Circular nº 3.656) e, no que com ela não colidir, por documento

> que registra o que foi a propósito convencionado entre as instituições financeiras ou pelo regulamento do sistema de compensação e de liquidação por intermédio do qual as obrigações interbancárias atinentes venham a ser liquidadas.

As especificações técnicas do bloqueto de cobrança ou boleto de pagamento estão fixadas na Carta Circular nº 2.926, de 25.7.2000, do Banco Central do Brasil.

24.13Cobrança bancária eletrônica

O sistema eletrônico de cobrança utilizado pelos bancos brasileiros é calcado na troca eletrônica de dados (EDI – *Eletronic Data Interchange*), que objetiva proporcionar maior segurança à comunicação cliente/banco. Consiste no processamento das informações, com a emissão para o cliente do arquivo de notificação (pré-crítica) da transmissão e recepção de dados.

No sistema de cobrança eletrônica, os fornecedores transmitem eletronicamente ao banco os dados necessários para registro dos títulos. O banco processa as informações recebidas, providencia a confirmação das entradas, baixas e alterações, bem como informa as liquidações, protestos e outras ocorrências eventuais.

A remessa das duplicatas ao banco e a informação da movimentação da cobrança ganham em celeridade, porque disponibilizadas por meio do microcomputador do próprio cliente bancário-sacador.

Para esse fim, o banco fornece *software* específico adequado ao gerenciamento do banco de dados de sacados e títulos de seu cliente, assim como para formatar arquivos de remessa dos títulos ao banco e imprimir os boletos.

Aludido sistema oferece razoáveis margens de segurança. Eventuais inconsistências na geração dos arquivos de remessa são prevenidas mediante testes de geração/transmissão de arquivos de remessa.

O procedimento de negociação da duplicata escritural é bem descrito por Lúcio de Oliveira Barbosa (*12 :124*):

> "Em síntese, a duplicata acartulada é entregue ao banco, seja por borderô, por disquete ou *on-line.* Essas informações vão para a central de compensação do banco (normalmente é uma central de compensação regionalizada) de onde são gerados e expedidos os boletos bancários ou avisos de cobrança, para que o sacado compareça para pagar, na agência que tem conta ou em qualquer agência da rede bancária. Ocorrendo pagamento esses valores são encaminhados para a agência do sacador onde será creditado em sua conta, se ocorreu operação de cobrança ou debitados se ocorreu operação de desconto."

24.14Gerenciamento financeiro eletrônico

Mediante um aplicativo de gerenciamento financeiro, o sacador pode acompanhar a liquidação dos bloquetos no banco, no próprio dia do pagamento ou no dia seguinte. Especificamente, acessando arquivo contendo todos os pagamentos realizados.

Referido gerenciador financeiro enseja, conforme a modalidade de acesso:

- realizar consulta de saldos;
- obter extratos de contas correntes, contas poupança e investimentos;
- transferir valores a débito da conta indicada no termo de adesão ao serviço;
- transferir recursos para outros bancos;
- solicitar aplicações e resgates em contas de investimentos;
- transmitir arquivos ao banco; e
- realizar pagamentos de contas.

O uso desse aplicativo impõe ao cliente bancário a prática de uma sequência ordenada de atos: deve assinar termo de adesão ao regulamento bancário respectivo, cadastrar chave de acesso e receber do banco senha de acesso (código alfanumérico de escolha e conhecimento exclusivo do cliente bancário).

Essencial é que mantenha conta corrente bancária, com saldo disponível para movimentação a débito ou celebrar contrato de abertura de crédito, ou outro contrato bancário que autorize crédito automático em conta. Tais requisitos visam contornar problemas gerados por falhas ocorridas no equipamento do cliente, mau funcionamento dos serviços de acesso utilizados pelo cliente, inexatidão de informações ou inobservância de limites de horários. Nessas circunstâncias, o banco não assume qualquer responsabilidade pela eventual não confirmação de pagamentos ou créditos.

---

[1] V. nosso *Duplicatas.* São Paulo: Atlas, 2009, p. 44-45.

[2] Além da nota fiscal-fatura, instituiu-se a nota fiscal-eletrônica (NF-e), de uso compulsório para registrar várias atividades econômicas, Trata-se de documento de existência apenas digital, emitido e armazenado eletronicamente, com o intuito de documentar, para fins fiscais, uma operação de circulação de mercadorias ou prestação de serviços. Sua validade jurídica é garantida pela assinatura digital do remetente (garantia de autoria e de integridade) e pela recepção, pelo Fisco, do documento eletrônico, antes da ocorrência do fato gerador.

A fundamentação legal da NF-e advém do Ajuste SINIEF 07/2005, que instituiu nacionalmente a Nota Fiscal Eletrônica e o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica (DANFE). Posteriormente, o Ato COTEPE/ICMS 22/08 regulou as especificações técnicas da NF-e, e os Protocolos ICMS 10/2007 e 04/2009 estabeleceram a obrigatoriedade de sua utilização.

Estão obrigados a adotar a NF-e diversas modalidades de fornecedores, entre os quais, os fabricantes e importadores de veículos automotores; fabricantes de cimento; frigoríficos, produtores e distribuidores de derivados de petróleo; fabricantes e distribuidores de bebidas alcoólicas, refrigerantes, cigarros e tintas etc.

[3] *RT* 646/112.

[4] *RT* 756/241.

[5] 1º TAC – Ap. no 425.197–2 – 11a C. – rel. Juiz Antônio de Pádua Ferraz Nogueira (*RT* 664/94).

[6] "O defeito do produto só foi lembrado quando os títulos, dois meses depois da entrega da mercadoria, foram levados a protesto. Não tendo tomado qualquer providência, não pode agora, vencidos os títulos, vir invocar direito já prescrito" (TAPR – 6ª C. – AC 1.840 – Rel. Juiz Eli de Souza), in *RT* 724/431.

[7] TARS – AC 184.065.910 – 4ª C.Cív. – Rel. Juiz Mário Augusto Ferrari – Síntese.

[8] TARS – AC 183.051.325 – 1ª C.Cív. – Rel. Juiz João Aymore Barros Costa – Síntese.

[9] TJSC – AC 33.159 – 1ª C.Cív. – Rel. Des. Francisco Oliveira Filho – Síntese.

[10] TARS – AC 183.046.143 – 3ª C.Cív. – Rel. Juiz Ernani Graeff – Síntese.

[11] TARS – AC 197.022.850 – 3ª C.Cív. – Rel. Juiz Ivo Gabriel da Cunha – Síntese.

[12] *JSTJ* 18/165.

[13] *JSTJ* 39/211.

[14] *RT* 687/90.

[15] *RTJ* 113/198.

[16] *RTJ* 108/237.

[17] STJ – REsp 443.929 – Rel. Min. Paulo Gallotti – J. 16-12-2004 – *DJ* 25-6-2007.

[18] TJSC – ACr 27.251 – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Wladimir d'Ivanenko – Síntese.

[19] STF – RHC 60.979-1/SP – 1º T. Rel. Min. Soares Muñoz – Síntese.

25

Títulos de Crédito Impróprios



25.1Noção

Um título de crédito em sentido estrito é mais que um papel assegurador de crédito ou um documento revelador de negócio creditício. Daí por que não é qualquer cártula positivadora de crédito que merece aquela denominação.

Com efeito, há papéis que asseguram créditos de diversas espécies, e que não reúnem em si todos os requisitos dos títulos de crédito. Às vezes, sequer traduzem uma operação creditícia, representando bens, documentando financiamento ou legitimando seu portador ao exercício de determinados direitos. A expressão *títulos impróprios* é habitualmente utilizada, na doutrina e na jurisprudência, para designar tais documentos. Em regra, são classificados, conforme o caso, como:

- títulos representativos ou de tradição;
- títulos de financiamento; e
- títulos de legitimação ou participação.

25.2Títulos representativos

São conhecidos como títulos *representativos* ou *de tradição* os que representam mercadorias ou outros bens. Seus titulares podem transferir preditos bens, para terceiros, mediante a transferência do título, ou, ainda, constituir direitos reais sobre aqueles bens.

Paulo Salvador Frontini esclarece que

> "nos títulos de crédito impropriamente ditos, ou títulos representativos, não ocorre nenhuma operação de crédito. Simplesmente, utilizando-se da técnica jurídica elaborada pela doutrina dos títulos de crédito, incorpora-se ao documento um *direito sobre a coisa.* A 'coisa' vem a ser um bem móvel corpóreo,

geralmente mercadoria: os direitos sobre essa mercadoria – *v.g.*, os direitos de proprietário da mercadoria – ficam transpostos e incorporados ao título, como ocorre no conhecimento de depósito ou no conhecimento de transporte. Assim, quem tem o documento é o dono da mercadoria descrita no título, porque o título é a mercadoria. E pode vendê-la negociando o título e entregando-a (ou seja, fazendo o título circular). Quem compra o título compra a mercadoria que, juridicamente, está impregnada no papel".[1]

Há duas espécies desses papéis:

- títulos representativos de mercadorias depositadas;
- títulos representativos de mercadorias transportadas.

Títulos de mercadorias depositadas ou armazeneiros são o conhecimento de depósito e o *warrant*, emitidos por armazém geral a pedido do depositante. Título de mercadoria transportada é o conhecimento de frete ou de transporte.

Mesmo para uma descrição sucinta do conhecimento de depósito e do *warrant*, insta compreender o que são os armazéns gerais.

Os armazéns gerais são empresas cuja atividade consiste na guarda e conservação de mercadorias, podendo emitir títulos de crédito que as representem e titularizar operações e serviços pertinentes.

Socorre-nos o providencial magistério de Teóphilo de Azeredo Santos (*146 : 109*):

"Contribuem os armazéns gerais para a diminuição dos investimentos dos depositários, com o aluguel de depósitos e guarda e conservação das mercadorias, não exigindo dos comerciantes a construção de instalações e a contratação de pessoal especificado, e lhes permitem manter grandes estoques, que podem ser, facilmente, examinados pelos interessados na sua aquisição, negociados com a simples transferência do conhecimento de depósito ou objeto de adiantamento, mediante o penhor das mercadorias, que se estabelece com o endosso do *warrant.* Desaparece, também, a possibilidade de o comerciante sofrer prejuízo em virtude de perdas e deteriorações devidas a fatores imputados a seus empregados, pois a responsabilidade pela guarda e conservação passa para o armazém geral..."

Assim, o conhecimento de depósito e o *warrant* são títulos à ordem emitidos, conjuntamente, por empresa de armazéns-gerais, atestando o depósito de mercadorias. São títulos representativos de mercadorias depositadas.

O conhecimento de depósito representa a propriedade das mercadorias e sua transferência significa a transferência daquelas. A transferência do *warrant* serve para constituir-se penhor sobre as mesmas mercadorias. Em síntese, o conhecimento de depósito é mais que mero recibo de

depósito. É o título que representa as mercadorias depositadas. O *warrant* é uma espécie de nota promissória com garantia pignoratícia, em que o subscritor promete pagar determinada importância ao tomador, garantindo o pagamento com o penhor sobre as mercadorias depositadas no armazém geral. É causal, pois.

Tanto o conhecimento de depósito como o *warrant* deverão ser à ordem e extraídos do livro de talão, devidamente numerado, e conterão:

- designação (conhecimento de depósito ou *warrant*, conforme o caso);
- nome e qualificação do depositante ou de terceiro por ele indicado;
- lugar e prazo do depósito;
- natureza e quantidade das mercadorias;
- qualidade da mercadoria;
- indicação do segurador e do valor do seguro;
- declaração dos tributos, encargos e despesas a que a mercadoria está sujeita;
- data em que começa a correr a armazenagem;
- data de emissão dos títulos;
- assinatura do empresário ou pessoa por ele habilitada.

Faculta-se aos interessados, de comum acordo, a transferência posterior das mercadorias de um para outro armazém da emitente, mesmo que estejam em localidade diversa de onde que foi feito o depósito inicial. Nessa eventualidade, deverão constar dos conhecimentos e *warrants* a anotação do local para onde será removida a mercadoria em depósito e, bem assim, as despesas respectivas, inclusive as pertinentes ao seguro por todos os riscos.

O depositante ou terceiro autorizado passará recibo dos títulos no verso do talão respectivo. Se forem expedidos via postal a pedido do depositante, este mencionará a circunstância, bem como o número e a data do registro.

A responsabilidade dos armazéns gerais perante terceiros, por inexatidões ou irregularidades dos títulos, refere-se à quantidade, natureza e peso da mercadoria. Têm eles, por definição, a guarda e a conservação das mercadorias depositadas, respondendo por sua pronta e fiel entrega, sob as penas da lei, seus gerentes e administradores. Anote-se que o armazém geral também responde por atos fraudulentos, culposos e dolosos de seus empregados e prepostos, bem como por furto no âmbito de suas dependências.

Com a emissão dos títulos em questão, as mercadorias não poderão padecer quaisquer constrições (embargos, penhora, sequestro etc.) que possam macular sua disponibilização total e irrestrita. A exceção fica por

conta de perda, furto e extravio dos títulos, eventos que devem ser consignados no verso do talão. Aqui, o armazém geral, nos termos dos arts. 17 e 27 do Decreto nº 1.102/03, deverá ser cientificado da ocorrência por notificação judicial que o inibe de efetuar a entrega da mercadoria.

O *warrant* e o conhecimento de depósito circulam por endosso. Ambos (conhecimento e*warrant*) podem circular separadamente, mas a propriedade plena das mercadorias será sempre do portador que estiver na posse dos dois títulos.

O conhecimento, isoladamente, confere propriedade afetada por um penhor que deve ser solucionado. O *warrant* sozinho dá a seu possuidor a condição de credor pignoratício, ou seja, pode reclamar o pagamento da dívida garantida pelas mercadorias. Daí que o art. 19 do diploma em questão estipula que o primeiro endosso do *warrant* deverá declarar a importância do crédito garantido pelo penhor da mercadoria, a taxa dos juros e a data do vencimento. Tais declarações serão insertas no conhecimento de depósito, com as assinaturas dos endossatários do *warrant.*

Como se vê, o portador do conhecimento de depósito (depositante ou endossatário) só poderá retirar as mercadorias depositadas mediante o pagamento do *warrant.* Excepcionalmente, poderá fazê-lo antes do vencimento da obrigação prevista no *warrant*, mas deverá consignar no armazém geral o principal e demais encargos.

O *conhecimento de frete* ou *de transporte* é título à ordem emitido por empresa de transporte e serve para provar o recebimento da mercadoria e a obrigação de entregá-la no lugar de destino. Representa a mercadoria, de modo que seu portador é o presumível proprietário daquela. É, pois, título representativo de mercadoria transportada.

São seus requisitos:

- nome da empresa emissora;
- número de ordem;
- data (dia, mês e ano);
- nome do remetente, por extenso;
- nome do consignatário, por extenso;
- lugar da partida e o destino;
- espécie e quantidade ou peso da mercadoria;
- marcas e sinais exteriores dos volumes de embalagem;
- valor do frete, com a declaração de que é pago ou a pagar, lugar e forma do pagamento;
- assinatura do empresário ou seu representante.

O conhecimento de transporte é nominativo, transmissível por endosso. O endossatário nominado e o portador do conhecimento ficam investidos nos direitos e obrigações do consignatário, em face da empresa emissora.

O portador do conhecimento (remetente, consignatário ou endossatário), exibindo-o, pode exigir o desembarque e a entrega da mercadoria em trânsito, pagando o respectivo frete por inteiro e as demais despesas a que der causa, extinguindo-se o contrato de transporte e o conhecimento.

25.3Títulos de financiamento

Títulos de financiamento são os representativos de crédito oriundo de financiamento concedido por instituições financeiras. Podem ser rurais, comerciais ou industriais. Sua característica é a constituição da garantia no próprio título, vale dizer, no próprio documento em que é concedido o financiamento. Assim, as cédulas têm garantia real, enquanto as notas de crédito têm garantia fidejussória.

A cédula de crédito rural, instituída pelo Decreto-Lei nº 167/67, conforme as garantias que ostenta, apresenta-se sob as seguintes modalidades:

- cédula rural pignoratícia;
- cédula rural hipotecária;
- cédula rural pignoratícia e hipotecária;
- nota de crédito rural.

Nas vendas a prazo de bens de natureza agrícola, extrativa ou pastoril feitas diretamente por produtores rurais, ou por suas cooperativas, a lei ainda contempla outros dois títulos de crédito: a nota promissória rural e a duplicata rural.

Já o crédito industrial encontra dois títulos de financiamento, produzidos pelo Decreto-Lei nº 413/69:

- cédula de crédito industrial; e
- nota de crédito industrial.

A cédula de crédito industrial é promessa de pagamento em dinheiro com garantia real consistente em:

- penhor cedular;
- alienação fiduciária; ou
- hipoteca cedular.

Podem ser objeto de penhor cedular máquinas e aparelhos industriais, matérias-primas, produtos industrializados, embalagens, animais destinados à industrialização, veículos, aviões, títulos de crédito, os bens adquiridos ou

pagos com o financiamento etc. Enquanto não for liquidada a cédula, os bens apenhados deverão permanecer nas respectivas propriedades nele mencionadas, vedada sua remoção sem prévia aquiescência do credor, salvo no caso dos veículos, barcos, aviões se a atividade financiada o exigir.

Os bens vinculados à cedula permanecem na posse imediata do emitente ou do terceiro prestante da garantia real, como fiel depositário. Se a garantia for prestada por terceiro, este e o emitente serão solidariamente responsáveis pela integridade e guarda dos bens gravados.

Na hipoteca constituída, incluem-se as construções e respectivos terrenos, instalações e benfeitorias. Também incorporam-se nela as instalações e edificações oriundas do crédito, que só poderão ser retiradas com o prévio consentimento expresso do credor.

O emitente da cédula de crédito industrial obriga-se a aplicar o financiamento conforme as finalidades pactuadas, realizando a efetiva comprovação na forma e no prazo exigidos pela instituição financeira. Como a aplicação do financiamento é documentada num orçamento bilateral, este será obrigatoriamente mencionado na cédula. Ao financiador é garantido o direito de fiscalizar sua observância mediante verificações nos estabelecimentos industriais referidos no título.

A nota de crédito industrial é promessa de pagamento em dinheiro desguarnecida de garantia real, mas com privilégio especial.

São seus requisitos:

- denominação *nota de crédito industrial*;
- data do pagamento;
- em caso de nota com previsão de pagamento parcelado, valor e data das prestações;
- nome do credor e cláusula à ordem;
- valor do crédito (em algarismos e por extenso) e forma de utilização;
- taxa de juros e, eventualmente, comissão de fiscalização;
- praça de pagamento;
- data e lugar de emissão;
- assinatura do emitente ou quem o represente.

No âmbito comercial estrito, por força da Lei nº 6.840/80, os empréstimos concedidos por instituições financeiras a empresário ou sociedade empresária poderão ser representados por:

- cédula de crédito comercial; ou
- nota de crédito comercial.

Em linhas gerais, os títulos de crédito comercial são disciplinados, no que for compatível, pelas regras atinentes às cédulas de crédito industrial, embora não se vinculem à aplicação dos valores financiados a orçamento.

Ambas, cédula e nota de crédito comercial, constituem promessa de pagamento em dinheiro, a primeira com garantia real (penhor, hipoteca e alienação fiduciária), a segunda sem.

A previsão legal (art. 4º da Lei nº 6.840/80) de fungibilidade do objeto da alienação fiduciária cedular e a desvinculação dos valores financiados de um orçamento marcam as principais diferenças da cédula de crédito comercial em relação sua equivalente industrial.

A nota de crédito comercial é um título que, à semelhança da nota promissória, encerra uma promessa de pagamento em dinheiro. Por isso, nada impede que, relegando o rito especial, seja executada segundo as regras do Código de Processo Civil, que oferecem ao executado um campo mais amplo para desenvolver a sua defesa.[2]

Quanto à cédula de crédito comercial, pela própria natureza do contrato, regido por lei especial, não subordina a execução ao formalismo de ser a avença subscrita por duas testemunhas.[3]

Com a finalidade de garantir liquidez às operações bancárias de abertura de crédito, os arts. 26 e ss. da Lei nº 10.931/04 introduziram no elenco de títulos de crédito brasileiros a cédula de crédito bancário. Emitida por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira, representa promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade. Poderá ser emitida, com ou sem garantia, real ou fidejussória, cedularmente constituída.

Portanto, trata-se de título executivo extrajudicial, representativo de dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos de conta corrente.

A cédula de crédito bancário deve conter os seguintes requisitos essenciais:

- denominação “cédula de crédito bancário”;
- promessa de pagamento em dinheiro, da dívida certa, líquida e exigível, correspondente ao crédito utilizado;
- data e lugar do pagamento;
- no caso de pagamento parcelado, as datas e os valores de cada prestação, ou os critérios para essa determinação;
- nome da instituição credora, podendo conter cláusula à ordem;
- data e o lugar de sua emissão; e

•assinatura do emitente e, se for o caso, do terceiro garantidor da obrigação, ou respectivos mandatários.

A CCB pode circular mediante endosso em preto, ao qual se aplicarão, no que couberem, as normas do direito cambiário. Nela poderão ser pactuados:

•os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os créditos de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação;
•os critérios de atualização monetária ou de variação cambial conforme permissão legal;
•os casos de mora e de incidência das multas e penalidades contratuais, bem como as hipóteses de vencimento antecipado da dívida;
•os critérios de apuração e de ressarcimento, pelo emitente ou por terceiro garantidor, das despesas de cobrança da dívida e dos honorários advocatícios, judiciais ou extrajudiciais, sendo que os honorários advocatícios extrajudiciais não poderão superar o limite de dez por cento do valor total devido;
•quando for o caso, a modalidade de garantia da dívida, sua extensão e as hipóteses de substituição de tal garantia;
•as obrigações a serem cumpridas pelo credor;
•a obrigação do credor de emitir extratos da conta corrente ou planilhas de cálculo da dívida, ou de seu saldo devedor, de acordo com os critérios estabelecidos na própria cédula de crédito bancário; e
•outras condições de concessão do crédito, suas garantias ou liquidação, obrigações adicionais do emitente ou do terceiro garantidor da obrigação, desde que não contrariem as disposições de sua lei de regência.

25.4Títulos de legitimação

Enfim, há papéis que conferem a seu portador direito à prestação de serviços, à participação em agremiações e eventualmente ao ingresso onde se realizam eventos reservados a pagantes. É o caso, por exemplo, do bilhete de metrô que confere a seu portador o direito de usar o respectivo serviço de transporte urbano. Também é o caso de bilhetes e cartões de ingresso em casas de espetáculos públicos, campos de futebol, parques de diversões etc.

Não são autênticos títulos de crédito, ausente a circulabilidade inerente a estes. No entanto, conferem uma espécie de crédito a seu portador.

Na escorreita compreensão de Carvalho de Mendonça (*30, v. 3 : 511*):

> "Há um gênero de títulos inominados, que não se destina à circulação, e, portanto, não constitui objeto de negociação. Os escritores alemães e suíços os denominam "títulos de legitimação" ou "claudicantes"; e Vivante, "títulos ao portador aparentes". Esses títulos, em rigor, não contêm uma dívida; nas relações ordinárias dão, entretanto, ao portador, o direito de reclamar determinado serviço ou utilidade."

Signos ao portador, ao ver de Pontes de Miranda, são papéis que atribuem a seus detentores, mediante apresentação, a capacitação para exercer os direitos e usufruir das prestações neles mencionadas. Ao adquirente de ingresso para espetáculo público assiste, em princípio, o direito à devolução do respectivo preço, pela entidade promotora do espetáculo, quando, apresentando-se no local, todavia não consegue penetrar no recinto onde o mesmo é realizado.[4]

---

[1] *RT* 730/52.

[2] *RT* 676/176.

[3] *RT* 710/127.

[4] TJRS – Ap. civ. 31.011 – 1ª C. – Rel. Athos Gusmão Carneiro (*RT* 526/184).

26

Protesto



26.1Noção

O vencimento de uma obrigação sem pagamento, por si só, não traduz incontinência cambial. Há necessidade de que sejam provados tanto o vencimento do débito como a *mora solvendi* do devedor.

É que o inadimplemento pode ter sido gerado por diversas causas nem sempre debitáveis à incúria ou impotência patrimonial do devedor. Por exemplo, por negligência do credor, por inciência do devedor quanto ao atual titular do crédito, por concessão de moratória etc. Daí por que o credor deverá comprovar que intentou a recepção de seu crédito e não obteve sucesso por razão alheia a sua vontade.

A prova formal do inadimplemento, sem relevante razão jurídica, é o protesto, ato público formal, extrajudicial, levado a efeito por oficial público, a requerimento do titular de um documento representativo de crédito líquido. É só a constatação autêntica do não pagamento ou do não aceite, conforme o caso.

Portanto, o protesto destina-se, fundamentalmente, a provar. É medida probatória ou ato extrajudicial de prova.[1]

Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida. É a dicção da Lei nº 9.492/97 (art. 1º). Por ele, comprova-se a falta ou a recusa do aceite ou do pagamento do quirógrafo.

O protesto como instrumento de conservação de interesses e positivação de atos e fatos jurídicos produz diversos efeitos jurídicos relevantes para o direito comercial, a saber:

- torna público o título;
- atesta a inexecução da obrigação cambial;
- obsta a mora do credor e comprova que diligenciou a cobrança do título;

•pode impedir, conforme o caso, a recuperação judicial;
•prova a impontualidade;
•constitui o devedor em mora;
•serve como critério para a fixação do termo legal da falência.

Compete privativamente ao tabelião de protesto de títulos, na tutela dos interesses públicos e privados, protocolização, a intimação, o acolhimento da devolução ou do aceite, o recebimento do pagamento, do título e de outros documentos de dívida, bem como lavrar e registrar o protesto ou acatar a desistência do credor em relação a ele, proceder às averbações, prestar informações e fornecer certidão relativas a todos os atos praticados, na forma da Lei.

Os tabeliães de protesto de títulos são titulares de serviços notariais e de registro,[2] competindo-lhes:

•protocolar documentos de dívida, para prova do descumprimento da obrigação;
•intimar os devedores dos títulos para aceitá-los, devolvê-los ou pagá-los, sob pena de protesto;
•receber o pagamento dos títulos protocolados, dando quitação;
•lavrar o protesto, registrando o ato em livro próprio, em microfilme ou sob outra forma de documentação;
•acatar o pedido de desistência do protesto formulado pelo apresentante;
•averbar o cancelamento do protesto e as alterações necessárias para atualização dos registros efetuados;
•expedir certidões de atos e documentos que constem de seus registros e papéis.

Os tabeliães e seus auxiliares responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos, sem prejuízo das sanções penais cabíveis, aplicando-se, no que couber, as pertinentes aos crimes contra a administração pública.

26.2Protocolização

Todos os documentos apresentados ou distribuídos serão protocolados dentro de 24 horas, obedecendo à ordem lógica de entrega, passando ao apresentante recibo com as características essenciais do título ou documento de dívida, sendo de sua responsabilidade os dados fornecidos.

Tratando-se de cheque, poderá o protesto ser lavrado no lugar do pagamento ou do domicílio do emitente, devendo do referido cheque

constar a prova de apresentação ao banco sacado, salvo se o protesto tiver por fim instruir medidas pleiteadas contra o estabelecimento de crédito.

Todos os títulos e documentos de dívida protocolados serão examinados em seus caracteres formais e terão curso se não apresentarem vícios. Não pode o tabelião investigar a ocorrência de prescrição ou caducidade, mas qualquer irregularidade formal observada pelo tabelião obstará o registro do protesto.

Permite-se o protesto de títulos e outros documentos de dívida em moeda estrangeira, emitidos fora do Brasil, desde que acompanhados de tradução efetuada por tradutor público juramentado e descrição do documento. O eventual pagamento será efetuado em moeda corrente nacional, cumprindo ao apresentante a conversão na data de apresentação do documento para protesto.

26.3Intimação

O protesto será registrado dentro de três dias úteis contados da protocolização do título ou documento de dívida, diz o art. 12 da Lei nº 9.492/97. Quando a intimação for efetivada excepcionalmente no último dia do prazo ou além dele, por motivo de força maior, o protesto será tirado no primeiro dia útil subsequente.

O prazo para o registro do protesto é de três dias úteis da intimação do devedor, embora o art. 12 estipule como termo *a quo* a data da protocolização do título ou documento de dívida. O prazo legal é insuscetível de ser observado no tríduo, assente que há uma condição que deve ocorrer entre a recepção do título e o terceiro dia do prazo, que é a intimação do devedor (intimação real ou ficta), sem o que, não havendo como certificá-la, o ato não se pratica, a despeito de correrem três ou mais dias úteis.[3]

Conta-se, pois, o prazo para lavratura do protesto a partir da intimação do devedor para pagamento ou aceite, e não a partir da apresentação do título em cartório.[4]

Protocolado o título ou documento de dívida, o Tabelião de Protesto expe-dirá a intimação ao devedor, no endereço fornecido pelo apresentante do título ou documento, considerando-se cumprida quando comprovada sua entrega no mesmo endereço.

A remessa da intimação poderá ser feita por portador do próprio tabelião, ou por qualquer outro meio, desde que o recebimento fique assegurado e comprovado por meio de protocolo, Aviso de Recepção (AR) ou documento equivalente.

A intimação será feita por edital afixado no Tabelionato e publicado pela imprensa, em caso de haver jornal diário, se:

- a pessoa indicada para aceitar ou pagar for desconhecida;
- sua localização incerta ou ignorada;
- for residente ou domiciliada fora da competência territorial do Tabelionato, ou;
- ninguém se dispuser a receber a intimação no endereço fornecido pelo apresentante.

A intimação deverá conter:

- nome e endereço do devedor;
- elementos de identificação do título ou documento de dívida;
- prazo-limite para cumprimento da obrigação no Tabelionato;
- número do protocolo; e
- valor a ser pago.

A certidão será de inteiro teor do protesto, quer dizer, não mero relatório nem a singela certificação. Afinal, tanto o órgão judiciário deverá examinar sua regularidade, na execução adiante, como o próprio devedor poderá fazê-lo ao embargar, trazendo à luz sua eventual nulidade.

Nesse passo, instrumentos de protesto que não identifiquem a pessoa que recebeu a carta intimatória pretensamente entregue à devedora, ausente qualquer documento positivador da existência de real e efetiva intimação, restam visceralmente maculados de irregularidade, não autorizando a cobrança cambiária, em face da ausência de pressuposto essencial à constituição válida e regular da relação processual.

E absoluta é a necessidade de identificação, na certidão de protesto, da pessoa que, em nome da devedora, recebeu a respectiva comunicação, pois, somente assim, se poderá aquilatar a efetiva ocorrência da intimação pessoal exigida em lei. Exemplificando, a intimação do devedor feita por carta postal é nula sem que o aviso de recebimento seja juntado aos autos.

Também não tem eficácia o protesto tirado com base em intimação pela imprensa, em face da dúvida sobre a ciência efetiva do ato.

Já a intimação-edital apresenta-se como exceção, só admitida quando impossível a entrega pessoal da carta ou quando, encaminhada sob registro, pelo correio, haja sido devolvida, ou, se ausente, desconhecido ou incerto o devedor, ou se se ocultar para frustrar a comunicação.

Não é imprescindível, porém, que seja o próprio devedor o destinatário direto da intimação, desde que concretizada em pessoa credenciada, idônea, da empresa destinatária, de modo que não reste qualquer dúvida sobre a ciência do ato.[5]

Aliás, o art. 29 do Decreto nº 2.044/08 é claro ao dispor que "o instrumento de protesto deve conter a certidão da intimação ao sacado ou ao aceitante ou aos outros sacados, nomeados na letra para aceitar ou pagar, a resposta dada ou a declaração da falta de resposta".

Antes da lavratura do protesto, poderá o apresentante desistir do protesto, retirando o título ou documento de dívida, pagos os emolumentos e demais despesas.

26.4Sustação

Os títulos cujo protesto for judicialmente sustado permanecerão no Tabelionato, à disposição do juízo respectivo e só poderão ser pagos, protestados ou retirados mediante sua autorização.

A sustação pode ser revogada ou tornar-se definitiva.

Se revogada a ordem de sustação, não há necessidade de se proceder a nova intimação do devedor, sendo a lavratura e o registro do protesto efetivados até o primeiro dia útil subsequente ao do recebimento da revogação, exceto quando a materialização do ato depender de consulta ao apresentante, caso em que o mesmo prazo será contado da data da resposta dada.

Convertida em definitiva a ordem de sustação, o título será encaminhado ao juízo respectivo:

- quando não constar determinação expressa a qual das partes o mesmo deverá ser entregue; ou
- decorridos 30 (trinta) dias sem que a parte autorizada venha retirá-lo.

Com o deferimento definitivo da sustação de protesto indevido, se ficar esclarecido que o autor do protesto tinha ciência dessa circunstância, deve responder pelo dano moral derivado do protesto. Consigne-se que

> "a indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso".[6]

A sustação de protesto é medida cautelar e, portanto, funda-se no *fumus boni juris* e no*periculum in mora.* Daí por que o pedido deve deixar

evidente que o título que se pretende protestar não se reveste de liquidez e certeza.

Nesse sentido,

> "inexistindo prova de inexigibilidade do título, não se admite a concessão de liminar em sede de medida cautelar, visando a sustação do protesto de cheque, sob pena de privilegiar-se predisposição à inadimplência".[7]

26.5Pagamento

O pagamento do título será feito diretamente no Tabelionato, no valor igual ao declarado pelo apresentante, acrescido dos emolumentos e demais despesas, no prazo legal.

No ato do pagamento, o Tabelionato de Protesto dará a respectiva quitação, e o valor devido será colocado à disposição do apresentante no primeiro dia útil subsequente ao do recebimento. Quando for adotado sistema de recebimento do pagamento por meio de cheque, ainda que de emissão de estabelecimento bancário, a quitação dada pelo Tabelionato fica condicionada à efetiva liquidação, já que se trata de pagamento *pro solvendo.*

Os títulos pagos parcialmente podem ser protestados pelo saldo.

Por outro lado, a correção do valor do título está condicionada à existência de cláusula contida no contexto do título. Ao credor incumbe fornecer os cálculos respectivos.

26.6Espécies

Sem pagamento, desistência ou sustação, o Tabelião lavrará e registrará o protesto, sendo o respectivo instrumento entregue ao apresentante.

Não cabe ao cartório interpretar e apreciar a justiça da resposta das razões apresentadas pelo devedor para a recusa do aceite ou do pagamento, mas, desde que protestável e possível, tirar o protesto, consignando as razões da recusa, ou sua ausência.[8]

O protesto será tirado:

- por falta de pagamento;
- por falta de aceite; ou
- por falta de devolução.

O protesto por falta de aceite somente poderá ser efetuado antes do vencimento da obrigação e após o decurso do prazo legal para o aceite ou a devolução.

Após o vencimento, o protesto sempre será efetuado por falta de pagamento, vedada a recusa da lavratura e registro do protesto por motivo não previsto na lei cambial.

Quando o sacado retirar a letra de câmbio ou a duplicata enviada para aceite e não proceder à devolução dentro do prazo legal, o protesto poderá ser baseado na segunda via da letra de câmbio ou nas indicações da duplicata, que se limitarão a conter os mesmos requisitos lançados pelo sacador ao tempo da emissão da duplicata, vedada a exigência de qualquer formalidade não prevista na Lei que regula a emissão das duplicatas.

Os devedores, assim compreendidos os emitentes de notas promissórias e cheques, os sacados nas letras de câmbio e duplicatas, bem como os indicados pelo apresentante ou credor como responsáveis pelo cumprimento da obrigação, não poderão deixar de figurar no termo lavratura e registro de protesto.

Não é possível o protesto por falta de pagamento de letra de câmbio contra o sacado não aceitante.

26.7Conteúdo do registro

O registro do protesto e seu instrumento deverão conter:

- •data e número de protocolo;
- •nome do apresentante e endereço;
- •reprodução ou transcrição do documento ou das indicações feitas pelo apresentante e declaração nele inserida;
- •certidão das intimações feitas e das respostas eventualmente oferecidas;
- •indicação dos intervenientes voluntários e das firmas por eles honradas;
- •aquiescência do portador ao aceite por honra;
- •nome, número do documento de identificação do devedor e endereço;
- •data e assinatura do tabelião de protesto, de seus substitutos ou de escrevente autorizado.

Se o tabelião de protesto conserva em seus arquivos gravação eletrônica da imagem, cópia reprográfica ou micrográfica do título ou documento de dívida, dispensa-se, do registro e do instrumento, sua transcrição literal, bem como das demais declarações nele inseridas.

26.8Cancelamento

O cancelamento do registro do protesto será solicitado diretamente no Tabelionato de Protesto de Títulos, por qualquer interessado, mediante apresentação do documento protestado, cuja cópia ficará arquivada.

Na impossibidade de apresentação do original do título ou documento de dívida protestado, será exigida a declaração de anuência, com identificação e firma reconhecida daquele que figurou no registro de protesto como credor, originário ou por endosso translativo.

Na hipótese de protesto em que tenha figurado apresentante por endosso-mandato, será suficiente a declaração de anuência passada pelo credor endossante.

O cancelamento do registro do protesto, se fundado em outro motivo que não no pagamento do título ou documento de dívida, será efetivado por determinação judicial, pagos os emolumentos devidos ao Tabelião.

Quando a extinção da obrigação decorrer de processo judicial, o cancelamento do registro do protesto poderá ser solicitado com a apresentação da certidão expedida pelo Juízo processante, com menção do trânsito em julgado, que subs-tituirá o título ou o documento de dívida protestado.

Das certidões de protesto não constarão os registros cujos cancelamentos tiverem sido averbados, salvo por requerimento escrito do próprio devedor ou por ordem judicial.

Dos cadastros ou bancos de dados, das entidades referidas no *caput*, somente serão prestadas informações, mesmo sigilosas, quando oriundas de títulos ou documentos de dívidas regularmente protestados, cujos registros não foram cancelados.

Do protocolo somente serão fornecidas informações ou certidões mediante solicitação escrita do devedor ou por determinação judicial.

Tendo em vista as graves consequências que acarreta, o protesto cambiário, quando exigível, reclama por imprescindível que sua extração guarde irrestrita obediência ao rigorismo formal.[9]

Não é muito lembrar que o protesto indevido de título de crédito, quando já liquidada a dívida, provoca lesão à honra, uma vez que acarreta descrédito ao empresário. Nesse caso, cabe ação de indenização por dano moral.[10]

Não é difícil ocorrer a incidência de culpa concorrente, quando o empresário atingido pelo protesto também concorreu para o evento, por exemplo, em virtude de sua impontualidade habitual.

Também é comum o protesto indevido de título já pago, promovido por instituição financeira. Nessa hipótese, a prova do dano moral pode ser feita pela evidência de que ao correntista foi negado o fornecimento de crédito em decorrência do protesto.

26.9Protesto especial falimentar

É oportuno trazer à tona a questão do protesto para fins falimentares. Ao lado do protesto cambiário, o legislador contemplou um tipo especial de protesto, direcionado especificamente para a instrução de pedido de quebra do empresário.

O parágrafo único do art. 23 da Lei nº 9.492/97 dispõe que "somente poderão ser protestados, para fins falimentares, os títulos ou documentos de dívida de responsabilidade das pessoas sujeitas às consequências da legislação falimentares".

Não custa repetir que há dois protestos de títulos de crédito: o especial, que visa definir a impontualidade do devedor empresário no pagamento de obrigação líquida, constante de documento a que a lei não confere forma específica, e o genérico, previsto na lei cambial, necessário para que o credor não perca o direito regressivo contra alguns coobrigados cambialmente.

Por isso, o protesto especial não supre a falta do protesto cambiário, quando este é necessário. Ou seja, o especial não substitui o genérico.

Consoante a Súmula 361 do STJ, a notificação do protesto, para requerimento de falência do devedor, exige a identificação da pessoa que a recebeu.

26.10Microempresa e empresa de pequeno porte

Quando o devedor for microempresário ou empresa de pequeno porte, o protesto de título estará sujeito às seguintes regras (art. 73 da LC 123/06):

1.sobre os emolumentos do tabelião não incidirão quaisquer acréscimos a título de taxas, custas e contribuições para Estado ou Distrito Federal, carteira de previdência, fundo de custeio de atos gratuitos, fundos especiais do Tribunal de Justiça, bem como de associação de classe, criados ou que venham a ser criados sob qualquer título ou denominação, ressalvada acobrança do devedor das despesas de correio, condução e publicação de edital para realização da intimação;

2.para o pagamento do título em cartório, não poderá ser exigido cheque de emissão de estabelecimento bancário, mas, feito o pagamento por meio de cheque, de emissão de estabelecimento bancário ou não, a quitação dada pelo tabelionato de protesto será condicionada à efetiva liquidação do cheque;
3.o cancelamento do registro de protesto, fundado no pagamento do título, será feito independentemente de declaração de anuência do credor, salvo no caso de impossibilidade de apresentação do original protestado;
4.para os fins do disposto no *caput* e nos incisos I, II e III do *caput* deste artigo, o devedor deverá provar sua qualidade de microempresa ou de empresa de pequeno porte perante o tabelionato de protestos de títulos, mediante documento expedido pela Junta Comercial ou pelo Registro Civil das Pessoas Jurídicas, conforme o caso;
5.quando o pagamento do título ocorrer com cheque sem a devida provisão de fundos, serão automaticamente suspensos pelos cartórios de protesto, pelo prazo de 1 (um) ano, todos os benefícios previstos para o devedor neste artigo, independentemente da lavratura e registro do respectivo protesto.
6.são vedadas cláusulas contratuais relativas à limitação da emissão ou circulação de títulos de crédito ou direitos creditórios originados de operações de compra e venda de produtos e serviços por microempresas e empresas de pequeno porte.

26.11Títulos sujeitos a protesto

Estão sujeitos a protesto:

a)Cédulas:
•cédula de crédito bancário;
•cédula de crédito bancário por indicação;
•cédula de crédito comercial;
•cédula de crédito à exportação;
•cédula de crédito industrial;
•cédula de crédito rural;
•cédula hipotecária;
•cédula rural pignoratícia hipotecária;
•cédula do produtor rural;
•cédula rural hipotecária; e
•cédula rural pignoratícia.
b)Duplicatas:

•duplicata mercantil aceita pelo sacado;
•duplicata mercantil não aceita, mas acompanhada de comprovantes de venda/entrega/recebimento da mercadoria (nota fiscal e canhoto assinado);
•duplicata mercantil por indicação, se acompanhada de comprovantes de venda/entrega/recebimento da mercadoria (nota fiscal e canhoto assinado);
•duplicata rural;
•duplicata de prestação de serviços aceita;
•duplicata de prestação de serviços por indicação;
•triplicata mercantil aceita pelo sacado;
•triplicata mercantil não aceita, desde que instruída com os comprovantes de venda/entrega/recebimento da mercadoria (nota fiscal e canhoto as-sinado); e
•triplicata de prestação de serviço aceita.

c)Notas:
•nota promissória;
•nota de crédito comercial;
•nota de crédito à exportação;
•nota de crédito industrial;
•nota de crédito rural; e
•nota promissória rural.

d)Outros documentos:
•confissão de dívida com a assinatura de duas testemunhas;
•certidão de dívida ativa;
•cheque com o carimbo de recusa de pagamento pelo banco sacado;
•conta judicialmente verificada;
•contrato de mútuo;
•conta de prestação de serviços;
•letra de câmbio;
•sentença judicial e conta de liquidação;
•termo de acordo;
•termo de conciliação da Justiça do Trabalho; e
•*warrant.*

---

[1] O inadimplemento obrigacional decorre do vencimento da obrigação sem solução. É o que está no art. 394 do CC de 2002. O protesto comprova-o.

[2] Segundo o art. 1º da Lei nº 8.935/94, serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. Art. 3º da Lei 8.935/94: Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

[3] *RT* 497/430. No mesmo sentido, *RT* 544/122.

[4] TAMG – Ap. nº 49.991-5 – 5a C. – Rel. Juiz Garcia Leão (*RT* 667/160).

[5] TJPR – Ap. nº 17.030-9 – 3a C. – Rel. Des. Nunes do Nascimento (*RT* 677/172).

[6] *RT* 757/262.

[7] STJ – REsp 203.755 – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo.

[8] TAMG – Ap. nº 49.991 – 5a C.– Rel. Juiz Garcia Leão (*RT* 667/161).

[9] É bom lembrar que o protesto cambial tem sido desvirtuado de suas finalidades legais, constituindo-se, não raro, meio coercitivo de pagamento. Pelas graves consequências comerciais que dele resultam impõe-se que seus pressupostos formais sejam rigorosamente observados.

[10] "É parte legítima para figurar no polo passivo de ação indenizatória a instituição financeira que levou, indevidamente a protesto título já pago, uma vez que nas relações entre estabelecimento bancário e cliente prevalece a tese da responsabilidade contratual que impõe a teoria do risco profissional ao estabelecimento de crédito prestador de serviços, por ser uma entidade de fins altamente lucrativos e com melhores condições de arcar com os prejuízos que vier a causar"(*RT*755/443).

"Havendo prova de que o banco credor recebeu a prestação vencida, e, mesmo assim, o título veio a ser protestado após o decurso de 21 dias, havendo prova de que ao correntista foi negado o fornecimento de crédito em face desse protesto indevido, força é concluir que foi feita a prova do dano moral, eis que qualquer homem de bem, que procura honrar seus compromissos, sentir-se-á afrontado, com sua dignidade abalada, recebendo comunicação desse jaez. Consequentemente, aquele que deu causa a tamanha agressão há de responder pela dor moral proveniente de seu ato ou omissão"(*RT* 739/353).

Parte VII



Contratos Mercantis

27

Contratos Mercantis



27.1Introdução

Impossível esgotar, nos estreitos limites de um trabalho didático, toda a gama de contratos empresariais. Com efeito, as modalidades de pactos comerciais e suas subespécies, longe de se conformar a um elenco passível de determinação objetiva, renovam-se diuturnamente, gerando novas configurações e suscitando novas questões. A prática produz continuamente contratos atípicos cuja delimitação reclama indagações mais verticais. É da índole do direito empresarial que assim seja, o que é reconhecido pelo art. 425 do CC, ao facultar a celebração de contratos atípicos.

Por isso, nesta parte de nosso manual, traçaremos em linhas gerais os princípios sobre os quais se edifica o arcabouço contratual e ofereceremos as características mais salientes de algumas daquelas modalidades contratuais nominadas, por certo, as mais importantes.

Este segmento não está limitado aos contratos empresariais em sentido estrito ou interempresariais. Justifica-se essa orientação elástica pela necessidade de examinar, ao menos superficialmente, outros instrumentos contratuais indispensáveis ao exercício da atividade empresarial.

O direito comercial tradicional foi sensivelmente modificado com a eclosão e desenvolvimento das legislações de proteção ao consumidor, de direito ambiental, da tutela da concorrência, da repressão do poder econômico, do alargamento da noção de boa-fé e de efetiva preservação do crédito.

Depois, intentando unificar o direito privado, o CC cuidou indiferentemente dos contratos civis e comerciais, não trata da legislação disciplinadora de diversos pactos mercantis e das relações de consumo.

O modo de ser do direito comercial, sua exegese e aplicação, mais sintonizados com a realidade econômica, supera o singelo subsistema dos negócios estritamente empresariais.

27.2Princípios do CC

Desde logo, cumpre consignar que o art. 421 do CC, ao mitigar a liberdade de contratar em homenagem à função social do contrato, constituiu cláusula geral que reforça a identificação cada vez mais acentuada entre os princípios empresariais e os pertinentes à defesa do consumidor.

Por outro lado, no art. 422, o princípio da boa-fé, ao mesmo tempo em que obriga os contratantes, fornece ao juiz maior amplitude na interpretação dos contratos, seja mediante a consideração objetiva da violação dos deveres anexos como modalidade de inadimplemento, seja pela aptidão de conformar os contratos à boa-fé objetiva, avaliando a probidade de conduta dos contratantes.

Com o escopo de assegurar a equiparação real, não só formal, das partes nos contratos de adesão, o art. 423 fornece critérios hermenêuticos que, em síntese, eliminam ambiguidades e contradições mediante interpretação mais favorável ao aderente. Coerentemente, o art. 424 enuncia a nulidade de cláusulas estipuladoras da renúncia antecipada do aderente a direito emergente da natureza do negócio.

27.3Normas regentes

É verdade que, na maioria dos contratos mercantis, pelo menos o polo ativo da relação contratual é ocupado por empresário ou sociedade empresária.

Entretanto, isso não significa que tais negócios sejam sempre considerados sob a mesma óptica normativa e observem tratamento uniforme. Há diversas leituras legais possíveis, de modo que a concorrência normativa obriga à consideração de diversos fatores, tendo em vista a equalização adequada de problemas e, por conseguinte, de soluções.

Embora a sede própria dos contratos mercantis seja o CC, como corpo de princípios e regras gerais, a versatilidade cotidiana dos negócios reclama normas específicas para casos específicos, mesmo admitida a subsidiariedade daquele diploma maior, nos limites impostos pela compatibilidade.

No direito brasileiro, presente a impossibilidade de sistematizar com precisão matemática um quadro de subsunção normativa dos contratos mercantis, a doutrina e a jurisprudência recomendam a adoção de algumas diretrizes para sua interpretação, tais como a natureza do objeto e a condição dos contratantes. Esse tem sido o cenário em que convivem os modelos ideais do CC e a legislação contratual especial, sobretudo os preceitos do CDC.

27.4Formação

O contrato é um acordo, e um acordo pressupõe mais de uma parte. Quando duas ou mais pessoas acordam em constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de índole patrimonial, estão celebrando um contrato. Contrato é consenso, aperfeiçoando-se, em regra, pelo encontro de vontades.

Válido o ensinamento de Rogério Marrone de Castro Sampaio (*143: 17*):

> "Modernamente, entende-se por contrato o negócio jurídico (espécie de ato jurídico) bilateral que tem por finalidade gerar obrigações entre as partes. Sob esse aspecto, portanto, o acordo de vontades a que chegam as partes tem objetivo certo, efeito este antevisto pelas partes (intuito negocial) que se consubstancia na criação, modificação ou extinção de direitos."

Os contratos são obrigatórios; tanto que as partes acordam-se sobre o objeto da convenção, e o reduzem a escrito, nos casos em que esta prova é necessária.

Contudo, há contratos cuja validade depende da observância de atos, formas e solenidades particulares. Assim, excetuando-se as hipóteses dos contratos reais (aperfeiçoados pela tradição da coisa) e dos contratos solenes (constituídos mediante instrumento determinado), proponente e aceitante vinculam-se, simplesmente, por declarações de vontade, quer dizer, pelo consentimento. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso.[1]

A regra, portanto, é a obrigatoriedade da proposta para o proponente,[2] salvo se recusada pelo aceitante ou (art. 428 e incisos):

- quando feita sem prazo a pessoa presente (inclusive por telefone, fax, ou veículo de telecomunicação semelhante), não for imediatamente aceita;
- quando feita sem prazo a pessoa ausente, esta não manifestar-se em tempo hábil;

•quando feita com prazo a pessoa ausente, esta não responder naquele interstício;

•se antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento do aceitante a retratação do proponente;

•se o aceitante retratar-se antes de chegar ao proponente, ou simultaneamente, sua aceitação.[3]

Já para o aceitante, a proposta torna-se obrigatória:

•se aceitá-la, tempestivamente, sem adições, restrições ou modificações;

•se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa e, a recusa não chegar ao proponente em tempo hábil;

•se o proponente dispensar a aceitação expressa e, a recusa não chegar a tempo.

Conforme o art. 435 do CC, o contrato se aperfeiçoa no lugar em que foi proposto.

27.5 Pacta sunt servanda

Uma vez constituído o nexo contratual, a parte encontra-se no dever de cumprir as obrigações assumidas e adquire o direito de reclamar o adimplemento do que foi prometido pela outra parte. Pelo contrato, as partes sujeitam-se a um regime obrigacional marcado, geralmente, pela impossibilidade de retratação ou modificação unilateral do que foi pactuado. Ao menos, em princípio, *pacta sunt servanda*. É nesse sentido que se afirma que "o contrato faz lei entre as partes".[4]

Entretanto, o contrato não observa mais o fatalismo do adimplemento inexorável. Enseja aos contratantes a opção entre cumprir as cláusulas acordadas ou, deixando de fazê-lo, eleger a alternativa do ressarcimento, que, às vezes, se entremostra mais vantajosa.

A observância das obrigações contratuais está afetada, também, pela conveniência econômica e pela conservação da empresa, como pontos cardeais.

Que os contratos devem ser cumpridos é determinação oriunda, não de um dogma jurídico, mas de seu caráter instrumental.

Contudo, deve ser enfatizado que o liame contratual fundado no *pacta sunt servanda* não deixa de ser indispensável para obstar o predomínio do arbítrio e preservar a eficiência dos efeitos contratuais, sem expor um contratante ao oportunismo da contraparte mais poderosa. Sim, desde que observadas as cláusulas gerais da função social e da boa-fé objetiva.

É preciso ter em mente que os contratos empresariais raramente são simétricos. São mais assimétricos ou menos assimétricos, conforme seu conteúdo e a condição dos contratantes. As cláusulas gerais antes aludidas servem precisamente para sintonizá-los com correção, na instância sociojurídica, reduzindo as margens de desigualdades relevantes que podem utilizar o *pacta sunt servanda* como um instrumento de exercício abusivo da propriedade privada.

Embora historicamente anunciado e imposto como dogma, sempre derivou da infraestrutura socioeconômica da formação social e não da superestrutura político-ideológica, esta meramente chanceladora. O delineamento jurídico de um perfil contratual realista é muito mais resultado da transparência, das premências sociais e das transformações operadas no sistema capitalista.

Tem-se, pois, que a liberdade de contratar não é, simplesmente, uma faculdade derivada da maximização da vontade individual, mas a aptidão para o exercício da liberdade econômica de buscar lucro cifrada na liberdade de conduta, conforme as necessidades e possibilidades do mercado. É força vinculante de equilíbrio ancorada à boa-fé e probidade.

27.6 Exceptio non adimpleti contractus

Precisamente, por isso, nos contratos bilaterais, a parte inadimplente não pode reclamar da outra o adimplemento contratual, antes de cumprida a sua obrigação (art. 476 do CC). É a exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*). Mesmo depois de concluído o contrato, se sobrevier a um dos contraentes diminuição patrimonial que comprometa a prestação pela qual se obrigou, o outro contratante poderá recusar-se à prestação que lhe compete, até que aquele o faça ou garanta seu cumprimento.

Como esclarece Maria Helena Diniz (*55 : 106*),

> "é uma defesa oponível pelo contratante demandado contra o cocontratante inadimplente, em que o demandado se recusa a cumprir a sua obrigação, sob a alegação de não ter, aquele que a reclama, cumprido o seu dever, dado que cada contratante está sujeito ao estrito adimplemento do contrato. Dessa forma, se um deles não o cumprir, o outro tem o direito de opor-lhe em defesa essa exceção, desde que a lei ou o próprio contrato não determine a quem competirá efetuar a obrigação em primeiro lugar".

A *exceptio non adimpleti contractus* é afastada pela renúncia[5] e pela impossibilidade de cumprimento da prestação.

27.7 Rebus sic stantibus

Mitigando a regra supra, nos contratos de execução continuada, se, em virtude de fatos imprevisíveis, a prestação de uma das partes tornar-se excessivamente onerosa, traduzindo extrema vantagem para a outra, assistirá ao devedor postular, em juízo, a resolução contratual (art. 478 do CC).

A situação de desequilíbrio também poderá ser contornada, sem resolução do contrato, se a parte ré anuir na modificação equitativa das condições contratuais (art. 479).

É a cláusula *rebus sic stantibus* (que produziu a teoria da imprevisão), diz Sampaio (*143 : 20*), pela qual, "nos contratos de trato sucessivo ou a termo, a manutenção do vínculo obrigatório condiciona-se à manutenção do estado de fato vigente ao tempo da estipulação".

No que se refere às relações de consumo, o CDC (art. 6º, V) prevê expressamente a modificação judicial das cláusulas fixadoras de prestações desproporcionais e a revisão emergente de fatos supervenientes que onerem excessivamente o consumidor. Também contempla a nulidade de tais cláusulas (art. 51, IV e § 1º, III).

Aliás, a jurisprudência, visando preservar a fidelidade da causa contratual e impedir o abuso de direito, sempre que necessário acolhe a imprevisão nos contratos de execução diferida. Decisões judiciais nessa direção colimam preservar a proporcionalidade entre prestação e contraprestação, obstando a vantagem excessiva de uma das partes em detrimento da outra, em razão de eventos extraordinários e imprevisíveis.

Também cabe aditar a possibilidade de revisão contratual prevista no art. 480 do CC, quando as obrigações couberem a apenas uma das partes. Esta poderá postular a redução de sua prestação ou a alteração do modo de execução. A regra concretiza o princípio de equidade.

27.8Caso fortuito e força maior

O caso fortuito e a força maior verificam-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. São causas suspensivas da vinculação contratual. Assentam-se na imprevisibilidade e na inevitabilidade, conquanto alguma doutrina costume extremá-los com esteio na origem ou causa, conforme esta seja externa (força maior) ou interna (caso fortuito).

27.9Extinção do contrato

Uma vez que o contrato é a representação formal ou instrumental de obrigações, sua extinção ocorre, normalmente, pelo cumprimento das obrigações dele nascidas, ou seja, pelo efetivo adimplemento ou por avença liberatória entre as partes.

O pagamento é a liquidação obrigacional pela satisfação do direito do credor:

- no vencimento (assinalado pelas partes ou por lei);
- na falta de ajuste do vencimento, imediatamente;
- na data do implemento da condição;
- no domicílio do devedor (quesível) ou do credor (*portable*);
- integralmente (regra geral) ou parcelado (por ajuste entre as partes);
- feita ao credor ou pessoa autorizada por ele a receber;
- provada por quitação ou crédito em conta corrente ou crédito na escrituração da empresa.

O vencimento antecipado ocorre nas seguintes hipóteses:

- falência do devedor;
- concurso de credores;
- penhora por outro credor dos bens hipotecados ou empenhados;
- cessação ou insuficiência de garantias sem reforço pelo devedor.

Nesses casos, existindo solidariedade passiva no débito, não há vencimento antecipado em relação aos outros devedores solventes, diz o art. 333, parágrafo único, do CC.

Anormalmente, opera-se a desvinculação contratual por qualquer uma das causas determinativas de extinção obrigacional previstas no direito civil:

- qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor (art. 304 do CC);
- o terceiro não interessado, se pagar em nome e à conta do devedor, salvo oposição deste (parágrafo único do art. 304);
- consignação, ou seja, a extinção da obrigação pelo depósito judicial ou bancário da coisa devida (art. 334 do CC);
- a sub-rogação que se opera, de pleno direito, para o credor que paga a dívida do devedor comum; para o adquirente do imóvel hipotecado, que paga a credor hipotecário, bem como do terceiro que efetiva o pagamento para não ser privado de direito sobre imóvel; e para o terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte (art. 346 do CC);

•a imputação de pagamento: o obrigado por uma pluralidade de débitos da mesma natureza a um só credor, pode indicar a qual deles paga, se todos forem líquidos e vencidos (art. 352 do CC);
•a dação em pagamento (art. 356 do CC);
•a novação, quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior; quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor; ou quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este (art. 360 do CC);
•a compensação, quando duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra (art. 368 do CC);
•a transação, ou seja, a mútua concessão em matéria patrimonial (arts. 840 e 841 do CC);
•o compromisso judicial ou extrajudicial (art. 851 do CC);
•a confusão, quando na mesma pessoa se confundem as qualidades de credor e devedor (art. 381 do CC);
•a remissão (art. 386 do CC);
•o rateio de 50%, na falência;
•o pagamento parcial, na recuperação.

Embora haja quem atribua à prescrição o mesmo caráter extintivo, cuida-se na verdade de mera perda do direito de ação pelo inexercício no prazo legal. A perda do direito material ocorre com a decadência.

A formação do contrato funciona como parâmetro divisório para a classificação das causas extintivas. Assim, se a causa determinante do desfazimento do vínculo contratual for anterior ou contemporânea à formação do contrato, este será invalidado:

•anulado, se se tratar de nulidade relativa; ou
•declarado nulo, em caso de nulidade absoluta.

Enquanto a *revogação* traduz o direito de arrependimento (sujeito ou não a condições, *ex tunc* ou*ex nunc*, conforme o caso) e pode ocorrer em negócios unilaterais, a resolução se refere à causa posterior à avença (inadimplemento, caso fortuito, força maior) em contratos que envolvem reciprocidade prestacional.

A *resolução* tem eficácia *ex tunc*, ao passo que a *resilição* (retratação) é sua espécie *ex nunc*, mantendo-se a reciprocidade de prestações consumadas. A resilição se opera mediante denúncia ou pelo distrato. Tanto a resolução como a resilição tem natureza de direito potestativo.

Enfim, a *rescisão* se origina de causas anteriores ou contemporâneas ao contrato (por exemplo, vício redibitório, lesão).

[1] Art. 427 do CC.

[2] Também chamado *policitante.*

[3] Art. 428 do CC.

[4] Excepcionalmente, a promessa de fato de terceiro e a estipulação a favor de terceiro ampliam o espectro dos efeitos contratuais, sob a óptica subjetiva.

[5] A cláusula *solve et repete* é renúncia à defesa do contrato não cumprido.

28

Compra e Venda Mercantil



28.1Noção

No contrato de compra e venda mercantil, um contratante (vendedor) obriga-se a transmitir o domínio de certa coisa móvel ou semovente, enquanto o outro (comprador) compromete-se pelo pagamento do preço em dinheiro. É um pacto bilateral, consensual e oneroso, sobre o objeto e o preço, em que pelo menos o vendedor é empresário.

São, pois, elementos básicos da compra e venda mercantil:

- (*res*) a coisa móvel ou semovente,[1] cuja venda é o núcleo do contrato;
- (*pretium*) preço que por ela se pagará;
- (*consensum*) consenso que aperfeiçoa a avença;
- a condição empresarial do vendedor.

Como esclarece Caio Mário da Silva Pereira (*123, v. 3 : 147*):

> "O contrato de compra e venda é aquele em que uma pessoa (vendedor) se obriga a transferir a outra (comprador) o domínio de uma coisa corpórea ou incorpórea, mediante o pagamento de certo preço em dinheiro ou valor fiduciário correspondente."

O contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado desde que o comprador e o vendedor acordem-se na coisa, no preço e nas condições. No objeto e no preço, diz o art. 482 do CC.

A partir desse momento, nenhuma das partes pode arrepender-se sem consentimento da outra, ainda que a coisa não tenha sido entregue nem o preço pago. A compra e venda pura é balizada pela imediatidade de efeitos decorrentes de sua essência consensual.

Pela clareza, vale colacionar trecho do voto do Ministro Moreira Alves, do STF, Relator no RE 88.716:

> "Portanto, no Direito Comercial brasileiro, só se forma o vínculo contratual (preliminar ou definitivo), quando as partes chegam a acordo sobre todas as

cláusulas que devem constar no contrato, sejam elas relativas aos denominados elementos essenciais, sejam elas referentes aos chamados elementos acidentais, ambos objetivamente considerados.

Se no curso das negociações, concordam com relação a certos pontos e deixam em aberto outros, ainda que, em documento escrito estabeleçam a irretratabilidade quanto aos pontos já acertados e declarem que os demais serão objeto de acordo posterior, o contrato preliminar ou definitivo somente surgirá no momento em que houver a concordância sobre estes, contemplando-se, assim, o acordo sobre o conteúdo global do contrato. Enquanto esse acordo posterior não ocorrer, continua-se no terreno das tentativas, não sendo permitido, porém, a qualquer das partes, isoladamente, se quiser vir a celebrar o contrato, desrespeitar o acordo sobre os pontos já acertados, e sendo certo, por outro lado, que, no momento em que ocorrer a concordância sobre as cláusulas em discussão, o contrato, independentemente de ratificação do acordo parcial, se reputa aperfeiçoado, vinculando-se as partes ao seu adimplemento."

Nos termos do art. 483 do CC, a compra e venda mercantil pode também ter por objeto coisa futura ou potencial. Ressalvada a hipótese de contrato aleatório, o contrato restará sem efeito se a mercadoria não vier a existir.

28.2Venda a vista de amostras

Sendo a venda feita a vista de amostras, protótipos ou modelos, não é lícito ao comprador recusar o recebimento, se a mercadoria corresponder perfeitamente às amostras ou à qualidade designada.

Trata-se de venda sob condição suspensiva. A coisa vendida deve ostentar as qualidades amostradas. Na desconformidade, caracterizado o inadimplemento contratual, o comprador pode exigir a entrega da coisa exata mais os danos da mora ou postular a resolução contratual.

28.3Obrigações do vendedor

28.3.1Entrega da mercadoria vendida

Logo que a venda é perfeita, o vendedor fica obrigado a entregar ao comprador a coisa vendida, no prazo e pelo modo estipulado no contrato, sob pena de responder pelas perdas e danos resultantes de sua falta.

Tratando-se de venda a crédito, se antes da tradição o comprador se tornar insolvente, o vendedor poderá suspender a entrega da mercadoria,

até que o comprador lhe dê caução de pagar no tempo ajustado, reza o art. 495 do CC.

Correm a cargo do vendedor os danos que a coisa vendida sofrer antes da sua entrega. Salvo estipulação em contrário, o vendedor também responde por todos os débitos que gravem a coisa, até o momento da tradição, assevera o art. 502, bem como, pelas despesas pertinentes ao transporte da mercadoria.

O local e o momento da tradição são aqueles convencionados pelos contratantes. Na falta de estipulação expressa, a tradição (efetiva entrega material) ocor-rerá no lugar onde a mercadoria se encontrava, ao tempo da venda (art. 493).

Todavia, se a coisa for remetida para local diverso, por ordem do comprador, correrão por sua conta os riscos até então debitados ao vendedor, salvo se este inobservar as instruções daquele.

28.3.2Responsabilidade por vício e por evicção

Preceitua o art. 441 do CC que a coisa recebida por força de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.

Vícios redibitórios (ocultos e existentes ao tempo da tradição) não escapam à responsabilidade do vendedor, que pode, conforme o caso, arcar com a ação redibitória de recusa da mercadoria e a restituição do que recebeu. Conforme o caso (vício que reduz o valor) o comprador pode optar pela ação *quanti minoris* para postular o desconto e a restituição de parte do preço que pagou.

Também o vendedor responde pelos riscos da evicção (art. 447). Esta significa a perda da coisa pelo comprador (evicto) porque pertencente, em virtude de causa antecedente à compra e venda, a outrem (evictor) que a reivindica. O vendedor tem a obrigação de defender judicialmente o negócio realizado, uma vez que operou a translação da coisa reivindicada, exceto se o evicto estava ciente da reivindicação.

O art. 448 enseja aos contratantes, desde que o façam por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção. Todavia, ocorrendo a evicção, o comprador (evicto), sem embargo daquela cláusula, ainda assim tem o direito à restituição do preço pago pela coisa adquirida, se não soube do risco da evicção ou, dele informado, não o assumiu (art. 449).

Nos termos do art. 445 do CC, o comprador decai do direito de obter a redibição ou abatimento do preço da mercadoria por vício, no prazo de 30

(trinta) dias, contados da tradição. Se já estava na posse da coisa, o prazo é reduzido à metade e tem por termo *a quo* a alienação.

No caso em que o vício da mercadoria, por sua natureza, só for conhecido mais tarde, diz o § 1º do mesmo artigo, o prazo começa quando o comprador dele tiver ciência, até o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias.

28.4Obrigações do comprador

Aperfeiçoado o contrato de compra e venda mercantil, o empresário comprador tem a obrigação de pagar o preço pactuado. Se não o faz, torna-se responsável pelo valor assumido, mais as perdas e danos e outros encargos do contrato.

Se o comprador sem justa causa recusar receber a coisa vendida, ou deixar de a receber no tempo ajustado, terá o vendedor ação para rescindir o contrato, ou demandar o comprador pelo preço com os juros legais da mora. No segundo caso, deverá requerer o depósito judicial dos objetos vendidos por conta e risco de quem pertencer.

28.5Coisa

A coisa pode ser atual ou futura. A coisa futura pode ser certa ou incerta. Se futura, torna-se sem efeito o contrato se não existir, salvo se se tratar de contrato aleatório (*emptio spei*). Ainda que a compra e venda deva recair sobre coisa existente e certa, é licito comprar coisa incerta, como por exemplo, lucros futuros.

Observe-se que, nos contratos a prazo, com cláusula de reserva de domínio, o comprador tem a posse imediata da coisa, mas seu domínio permanece com o vendedor até a integralização do pagamento. A transferência do domínio opera-se com a respectiva quitação.[2]

Nas vendas a crédito com reserva de domínio, quando as prestações estiverem representadas por título executivo, o credor poderá cobrá-las. Efetuada a penhora da coisa vendida, é lícito a qualquer das partes, no curso do processo, requerer-lhe a alienação judicial em leilão. O produto do leilão será depositado, sub-rogando-se nele a penhora. Se ocorrer mora do comprador, provada com o protesto do título, o vendedor poderá requerer, liminarmente e sem audiência do comprador, a apreensão e depósito da coisa vendida.

Segundo o art. 129, nº 5, da Lei nº 6.015/73, estão sujeitos a registro, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a

terceiros, os contratos de compra e venda em prestações, com reserva de domínio ou não, qualquer que seja a forma de que se revistam os de alienação ou de promessas de venda referentes a bens móveis e os de alienação fiduciária.

28.6Preço

Sobre o preço (*pretium*) incidem as seguintes regras:

•deve ser, no mínimo, suscetível de determinação;
•deve ser pago em dinheiro (moeda nacional), ainda que se utilize moeda estrangeira como parâmetro de correção, ou coisa representativa de dinheiro, ou a ele redutível;
•pode ser a vista ou a prazo (determinado ou parcelado);
•na fixação do preço vigora a liberdade de contratar das partes;
•são fatores que influem na determinação do preço as condições de pagamento, o montante do negócio, peculiaridades da mercadoria e as despesas necessárias à concretização do contrato;
•os contraentes podem acordar na sua fixação por terceiro (árbitro) por eles designado;
•a fixação do preço pode ser à taxa de mercado ou de bolsa, em data e local determinados, ou em função de índices, desde que objetivamente determináveis;
•é nulo o contrato em que a fixação do preço ficar ao alvedrio exclusivo de um dos contraentes ou de seu árbitro.

28.7 Incoterms

Em regra, as despesas da tradição e os riscos incidentes sobre a coisa vendida correm por conta do comprador. Não havendo estipulação em contrário, as despesas do instrumento de venda e as que se fazem para se receber e transportar os bens vendidos são por conta do comprador.

Nada obsta, entretanto, que, vigente a liberdade de contratar, os contraentes distribuam de forma diversa os respectivos encargos de transporte e entrega da coisa vendida. Bem por isso, no direito internacional, a evolução das praxes adotadas na matéria produziu a adoção de regras uniformes adotadas para superar as diferenças de práticas comerciais vigentes nos países dos contratantes, facilitando os negócios e prevenindo dissídios. As abreviaturas dessas regras são chamadas *incoterms*.[3]

Apenas, exemplificando, segue-se uma breve relação de *incoterms*:

•EXW (*Ex Works*) (retirada na origem): o vendedor assume a obrigação de obter e colocar a mercadoria à disposição do comprador, cientificando-o para recebê-la. O comprador deve retirá-la no prazo contratual, respondendo por ela e por sua documentação, a partir do recebimento;
•FAS (*Free Alongside Ship*) (entregue no costado do navio): significa que o vendedor entrega a mercadoria no costado do navio, no porto de embarque indicado pelo comprador, com o respectivo conhecimento de embarque. Este deve pagar o preço pactuado e assumir todas as despesas em seguida;
•FOB (*Free On Board*) (posto a bordo): significa que o vendedor entrega a mercadoria e respectiva documentação a bordo do navio contratado pelo comprador, no porto de embarque. O frete, o seguro da mercadoria e quaisquer outras despesas ocorridas depois da entrega da mercadoria a bordo do navio no porto de embarque correm por conta do comprador;
•FCA (*Free Carrier*) (transporte livre de despesas): o transporte da mercadoria e todas as despesas de liberação e exportação são pagos pelo vendedor até o ponto de embarque convencionado pelos contratantes. A partir daí, tudo corre por conta do comprador;
•C&F (*Cost and Freight*) (custo e frete): significa que o vendedor entrega a mercadoria a bordo do navio no porto de embarque e paga o frete ou despesas de transporte, até o cais no porto do destino. O seguro da mercadoria e quaisquer outras despesas, ocorridas depois da entrega da mercadoria a bordo do navio no porto de embarque, excetuando o frete até o cais no porto do destino, correm por conta do comprador;
•CIF (*Cost, Insurance and Freight*) (custo, seguro e frete): o vendedor entrega a mercadoria a bordo do navio no porto de embarque, paga o frete ou despesas de transporte e seguro até o cais no porto do destino. Quaisquer outras despesas, ocorridas depois da entrega da mercadoria a bordo do navio no porto de embarque, excetuando o frete e o seguro até o cais no porto do destino, correm por conta do comprador;
•CIP (*Carriage and Insurance Paid to*) (frete e seguro pagos): por conta do vendedor, correm as despesas com frete e seguro até o ponto de entrega em lugar combinado entre os contratantes.

Em síntese, a classificação dos termos internacionais de comércio observa algumas diretrizes gerais, ligadas às condições de vendas (direitos e obrigações básicas do vendedor e do comprador relativos a seguros, embarques, liberações, documentação etc.) e cláusulas de preços:

•compreende quatro grupos (E, F, C e D), contendo uma ordem crescente de encargos do vendedor;
•as vendas compreendem as que são efetuadas na partida e na chegada;
•o grupo E (apenas um termo: EXW) refere-se a cláusulas de venda na partida;
•o grupo F cuida das condições de venda na partida com transporte principal não pago (três termos: FCA, FAS e FOB);
•o grupo C cuida das condições de venda na partida com transporte principal pago (quatro termos: CFR, CIF, CPT e CIP);
•o grupo D refere-se às condições de vendas na chegada (cinco termos: DAF, DES, DEQ, DDU e DDP);
•as vendas na partida (grupos E, F e C) deixam os riscos do transporte a cargo do comprador;
•nas vendas na chegada, os riscos são de responsabilidade do vendedor no caso dos termos do grupo D, exceto o DAF, em que o vendedor assume os riscos até a fronteira nominada no contrato e o comprador, a partir dela.

---

[1] As empresas de construção (Lei nº 4.068/62) e os incorporadores (Lei nº 4.591/64) são tidos por comerciantes, conquanto sua atividade incida sobre imóveis.

[2] Cf. o *Dicionário jurídico* organizado por J. M. Othon Sidou, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

[3] Os *incoterms*, resumo de costumes comerciais sobre compra e venda mercantil entre contratantes de países diversos, foram estabelecidos pela Câmara de Comércio Internacional (Paris) em 1936, reunidos no *Rules for interpretation of trade terms*, espécie de manual interpretativo das respectivas siglas.

29

Mandato Mercantil



29.1Noção

Configura-se o mandato mercantil, quando um empresário confia a outrem a gestão de um ou mais negócios mercantis, agindo e obrigando-se o mandatário em nome daquele.

Tem-se que:

- o empresário-mandante;
- atribui ao mandatário;
- a gestão de um ou mais negócios;
- em que este se obriga em nome daquele (representação).

Opera-se, pois, via instrumento público ou particular, quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses de natureza mercantil.

O contrato de mandato mercantil deve conter (art. 654 do CC):

- indicação da data e do lugar onde foi passado;
- qualificação do mandante;
- qualificação do mandatário;
- objetivo lícito; e
- designação e extensão dos poderes conferidos.

A regra é a de que o mandato aperfeiçoa-se com a concordância do mandatário. Conquanto o mandato possa ser expresso ou tácito, escrito ou verbal, não se admite sua expressão verbal quando o ato deva ser, por lei, celebrado mediante escrito. Se mandato tácito, sua aceitação resulta do começo de sua execução, isto é, pela prática de ato executório.

Quanto à extensão, o mandato pode ser geral a todos os negócios do mandante ou determinar especificamente um ou mais negócios. O mandato geral abrange todos os atos de gerência conexos e consequentes, mas, na generalidade dos poderes, não se compreende a prática de quaisquer atos para os quais se exigem poderes especiais.

O mandatário pode substabelecer, desde que o mandato contenha cláusula expressa que autorize a delegação. Se o fizer desautorizado, responderá, perante o mandante, pelas consequências dos atos praticados pelo substituto, mesmo provenientes de caso fortuito, exceto se comprovar que o caso fortuito não foi decorrência do substabelecimento (art. 667, §§ 1º e 4º, do CC).

29.2Terceiro

Na pendência entre um terceiro e o mandatário, que com ele contratou em nome do mandante, o mandatário ficará livre de toda responsabilidade, apresentando o mandato ou ratificação daquele por conta de quem contratou. O terceiro que, mesmo conhecendo a limitação de poderes do mandatário, com ele entabular negócio excedente do mandato, não terá ação contra o mandatário. Só poderá acioná-lo se aquele se comprometeu pela ratificação ou assumiu pessoalmente a responsabilidade pelo negócio (art. 673 do CC).

Já o *terceiro de boa-fé* poderá acionar o mandante pelo negócio pactuado com o mandatário, quando este agiu exorbitando dos poderes que lhe foram outorgados ou contrariando as instruções daquele. O mandante é responsável por todos os atos praticados pelo mandatário, dado que a regra é a presunção de que o mandatário tem poderes suficientes. Mesmo no caso de revogação do mandato, esta não poderá ser oposta aos terceiros que, ignorando-a, negociarem de boa-fé com o mandatário. Claro que o mandante, nesse caso, terá contra o mandatário ação pelas perdas e danos sofridos com a inobservância dos limites da outorga.

29.3Obrigações

Aceito o mandato, o mandatário é obrigado a cumpri-lo segundo as ordens e instruções do mandante, devendo empregar em sua execução a mesma diligência que empregaria na gerência de seus próprios negócios.

Sintetizando, são obrigações do mandatário:

- executar com diligência e precisão o mandato;
- não renunciá-lo sem a superveniência de justa causa impeditiva;
- indenizar os prejuízos que causar por culpa ou de substabelecido sem autorização; e
- prestar contas ao mandante.

29.4Extinção

Cessa o contrato de mandato (art. 682 do CC):

- •por revogação direta ou indireta, pelo mandante se não for irrevogável o contrato;
- •pela renúncia do mandatário;
- •pela morte ou interdição do mandante ou do mandatário;
- •pela mudança de estado que inabilite o mandante para outorgar poderes ou o mandatário para os exercer;
- •pelo falimento do mandante ou do mandatário;
- •pelo decurso do prazo;
- •pela conclusão do negócio, no caso do mandato específico.

A morte do mandante ou mesmo sua incapacidade civil não prejudicam a validade dos atos praticados pelo mandatário inciente daqueles eventos, tampouco os atos sucessivos que forem consequência necessária dos primeiros, imprescindíveis para o cumprimento do mandato.

Morrendo o mandatário, seus herdeiros, sucessores, ou representantes legais são obrigados a participar o fato ao mandante. Até receberem novas ordens, deverão zelar pelos interesses deste e concluir os negócios pendentes, se da mora puder advir dano ao mandante, regulando-se os seus negócios pelas mesmas regras atribuídas ao finado mandatário.

Assinale-se, por fim, que atos de gestão de negócio podem converter-se em mandato, à medida que o mandante ratifique-os.

30

Comissão Mercantil



30.1Noção

A comissão mercantil é o contrato de mandato relativo a negócios mercantis, em que o comissário obriga-se a contratar, em seu próprio nome, por conta e risco do comitente.

Temos que:

- a comissão é uma espécie de mandato, ausente a representação;
- tem por objeto negócios;
- o comissário contrata em nome próprio, por conta do comitente.

Diversamente do que ocorre com o mandatário, o comissário, contratando em seu próprio nome, fica diretamente obrigado às pessoas com quem contratar, sem que estas tenham ação contra o comitente, nem este contra elas, salvo se o comissário fizer cessão de seus direitos a favor de uma das partes.

30.2Obrigações

Aceitando o mandato, expressa ou tacitamente, o comissário é obrigado a cumpri-lo conforme as ordens do comitente. Na falta destas, e na impossibilidade de as receber tempestivamente, ou ocorrendo evento imprevisto, poderá executar o mandato, agindo como faria em negócio próprio, conformando-se com os usos comerciais vigentes em casos semelhantes.

O comissário que, na execução do mandato, afastar-se das instruções recebidas, responderá por perdas e danos ao comitente. Por exemplo, se tiver em sua mão fundos suficientes do comitente, ou descumprir ordem para fazer seguro, será responsável pelos prejuízos que resultarem de sua inação.

Contudo, serão justificáveis os atos praticados ao arrepio das condições fixadas pelo comitente:

- quando deles resultar vantagem ao comitente;
- não admitindo demora a operação cometida, ou podendo resultar dano de sua expedição, o comissário agir segundo o costume geralmente praticado no comércio;
- podendo presumir-se, em boa-fé, que o comissário não teve intenção de exceder os limites da comissão;
- nos casos de ratificação do ato praticado.

O comissário não responde pela insolvência das pessoas com quem contratar em execução da comissão, salvo se laborar com culpa ou dolo. Também poderá responder solidariamente com as pessoas com quem tratar em nome do comitente, se do contrato constar a cláusula *del credere*.[1] Por esta cláusula, o comissário assume a obrigação de responder pela eventual insolvência de terceiros, risco que, naturalmente, seria do comitente, o que justifica a comissão *del credere*. Ainda assim, ao comitente são atribuídos os riscos pertinentes aos vícios da coisa vendida e, bem assim, os da evicção.

O comissário presume-se autorizado para conceder dilação de prazos que sejam usuais na praça onde se realiza o negócio, sempre que não houve ordem em contrário do comitente. Se esta existir ou a prorrogação de prazo for contra o costume comercial local, o comitente poderá exigir-lhe o pagamento imediato, ou, ainda que responda pelos efeitos da dilação irregularmente concedida. É que, neste último caso, presume-se que a venda foi efetuada a vista.

Claro que o comissário tem direito a exigir do comitente uma comissão por seu trabalho. Se esta não tiver sido expressamente convencionada, seu valor será regulado pelo uso comercial do lugar onde se tiver executado o mandato.

Tendo-se concluído a operação ou mandato, a comissão será integral. No caso de morte ou renúncia do comissário, será devida, unicamente, a fração correspondente aos atos por este praticados.

Quando, porém, o comitente revogar, sem justa causa, o mandato antes de concluído, o comissário fará jus à remuneração pelos trabalhos prestados e às perdas e danos decorrentes da despedida.

Pode, ainda, o comissário, se não pactou a comissão *del credere*, promover a responsabilidade do comitente, em ação regressiva, na hipótese de ocorrer a insolvência do terceiro com quem contratou por conta daquele.

Na eventual falência ou insolvência do comitente (art. 707 do CC), o crédito do comissário desfruta de privilégio geral no concurso de credores.

Enfim, as regras sobre mandato são aplicáveis à comissão, desde que compatíveis.

---

[1] Consoante De Plácido e Silva, a cláusula *del credere* designa "a comissão ou prêmio que é pago ou prometido por um comerciante (comitente) a seu representante ou comissário, em virtude de sua obrigação de responder pela solvabilidade das pessoas com quem operou a mando ou não do comitente, sobre transações do interesse deste".

31

Cartão de Crédito



31.1Noção

O sistema de cartão de crédito é um conjunto de relações jurídicas instrumentais destinado a otimizar os negócios pela simplificação e segurança que confere às transações: facilita a compra e garante o fornecedor.

Nelson Eizirik resume bem a evolução dos cartões de crédito:

> "Os cartões de crédito surgiram, em suas diversas modalidades, como uma notável evolução na prática das relações de troca e de consumo.
>
> Com efeito, se a passagem da economia de escambo para a economia monetária constituiu uma verdadeira revolução nas relações comerciais, não mesmo revolucionária é a tendência, hoje verificada, da substituição gradativa da moeda, o mesmo do cheque, pelo cartão de crédito, como autêntico, *meio de pagamento.* Se com a introdução do cheque passamos à economia da sociedade sem papel-moeda (*cashless society*), com os cartões de crédito ingressamos na chamada era da *checkless society.*"

Contornando o complexo processo de concessão de crédito e, portanto, facilitando a aquisição de bens e serviços, o cartão de crédito é, hoje, praticamente indispensável, como fator de utilização e celeridade das operações econômicas.

Com efeito, o cartão de crédito enseja ao consumidor realizar operações mercantis diretas sem incômodas entrevistas e oferecimento de garantias, o que faz crescer o elenco de potenciais compradores. Não fosse por outros motivos, o cartão justificaria sua existência pela inegável instrumentação creditícia.

Como acentua Roberto Muguillo,[1]

> "esta función crediticia se cumple doblemente; por una parte, el usuario de la tarjeta de crédito goza de un crédito abierto a su favor en los comercios adheridos, y, por el otro lado, el comerciante o empresario que vende su producto

o presta un servicio en esas condiciones además de ofrecer el crédito al usuario por su adhesión al sistema, puede movilizar su stock o ampliar la prestación de sus servicios sin necesidad de mantener un departamento especial de créditos en su estabelecimento, ni depender de oficinas de informes comerciales para conocer la solvencia de sus clientes.

Se cierra el ciclo del crédito al usuario cuando el producto o servicio adquirido se liquida mediante el pago efectivo que, en forma diferida, hace a la empresa emisora de su tarjeta de crédito, en forma periódica total em cuotas mensuales".

Abreviando os riscos que a insolvência do comprador significa para o empresário, bem como minimizando os custos operacionais dos departamentos de crédito, entremostra-se indispensável fator de segurança. Afinal de contas, graças ao cartão de crédito, o empresário não desperdiça seu tempo e dinheiro em cogitações sobre as condições de solvência do adquirente. A empresa emissora do cartão garante o pagamento do débito emergente da operação negocial.

Sob a perspectiva do usuário, o cartão de crédito é instrumento de pagamento imediato, substituindo com todas as vantagens antes aludidas o desprestigiado cheque.

Os cartões de crédito conferem maior segurança às relações de consumo, tanto para o seu titular como para os empresários, minimizando os riscos decorrentes da utilização do papel-moeda e de falsificações de cheques.[2]

Ao pagar o preço de um bem ou serviço, uma pessoa não precisa, necessariamente, pagar em dinheiro ou por meio de cheque. Pode fazê-lo mediante a assinatura de uma nota de consumo e a apresentação de um cartão de crédito. Em determinado prazo contratual, pagará o valor à empresa que lhe emitiu o cartão, que, por sua vez, pagará o fornecedor.

O cartão de crédito é um documento de titularização de crédito perante determinada instituição financeira. Seu possuidor está credenciado a comprar bens e serviços a prazo, bem como a efetuar saques a título de empréstimo, dentro de certo limite. Ou seja, o cartão de crédito pode ser de pagamento diferido ou de crédito real.

31.2Elementos

O cartão de crédito compreende três elementos:

•a empresa emissora que, concedendo-o ao comprador e pagando o fornecedor, intermedeia e facilita a compra e venda;

•o titular do crédito (portador aderente ou usuário) pessoa credenciada pela empresa emissora, mediante o pagamento de taxa anual, que adquire bens ou serviços do fornecedor; e
•o fornecedor ou vendedor, empresário que, filiado à empresa emissora, vende produtos ou mercadorias, ou presta serviços ao usuário, recebendo daquela o respectivo valor.

31.3Vantagens

O sistema oferece vantagens para os três intervenientes:

•para o usuário, porque não precisa portar dinheiro nem talonário de cheques e poderá parcelar a aquisição ou efetuar empréstimos, pagando os juros pactuados;
•para o fornecedor, porque terá garantia de pagamento e poderá financiar, sem despesas próprias, suas vendas;
•para a empresa emissora do cartão de crédito, porque manterá clientela permanente e perceberá os juros do financiamento do negócio, ou seja, o preço do serviço prestado, além das taxas pertinentes à concessão do cartão de crédito.

31.4Contratos

O sistema de cartão de crédito constitui-se numa relação jurídica contratual trilateral. Com efeito, abrange três contratos:

•entre usuário (titular do cartão) e empresa emissora (administradora do cartão de crédito);
•entre empresa emissora e fornecedor;
•entre fornecedor e usuário.

Em outras palavras, envolve dois tipos de contratos de adesão, que geram condições para a concretização de um terceiro, o de compra e venda ou prestação de serviço entre fornecedor e consumidor:

•do consumidor (portador ou titular) que acessa o sistema de cartões, celebrado com o banco emissor e/ou administrador; e
•de filiação ou afiliação do estabelecimento, celebrado com a administradora (empresa credenciadora e gerenciadora da rede que hospeda o sistema), intermediado geralmente por um banco.

Contrato entre o usuário e empresa emissora

A empresa administradora do cartão é a pessoa jurídica intermediária entre o usuário e o fornecedor: concede ao usuário (titular) o cartão de

crédito, mediante a celebração de um contrato. Por meio deste, o emissor outorga um crédito rotativo, limitado a certo montante, em conta corrente, em nome do usuário, credenciando-o perante uma pluralidade de fornecedores habilitados. Paga as compras do titular no limite e tempo ajustados. Aquele é um financiador deste, que paga, anualmente, as taxas pertinentes, e, mensalmente, o valor do crédito utilizado.

O titular ou usuário, no caso o que adere às cláusulas do contrato de adesão ao sistema de cartões, é destinatário final de serviço, razão pela qual a relação jurídica que o vincula ao emissor/administrador é considerada relação de consumo, atraindo a incidência das normas do CDC, que conceitua e caracteriza o contrato de adesão em seu art. 54, aludindo ao pacto "cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo".

Contrato entre emissor e fornecedor

O contrato entre o emissor do cartão e o fornecedor de bens ou serviços traduz um acordo pelo qual aquele pagará periodicamente a este o valor negociado por meio do cartão.

A instituição financeira responsável pela administração do sistema de cartões de determinada marca celebra com o comerciante ou prestador de serviços contrato de adesão e filiação do*estabelecimento* (pessoa física ou jurídica que mantém estabelecimento fornecedor de produtos ou serviços), no qual este aceita que aquela atue na mediação das suas relações com o portador do cartão.

Contrato entre usuário e fornecedor

Entre o portador do cartão e o fornecedor há um contrato de compra e venda de bens ou de prestação de serviços, conforme o caso. A oferta é feita pelo fornecedor e o pagamento via cartão pelo usuário-adquirente, incumbindo-se a empresa emissora do cartão de concretizar a entrega do valor correspondente ao preço.

Observe-se que é vedada a cobrança de preço diferenciado nas compras efetuadas mediante cartão de crédito. A venda, nessas condições, é considerada venda a vista. A nota assinada pelo titular do cartão traduz pagamento *pro soluto.*

O titular do cartão não deve ao fornecedor. Por isso, não pode opor à instituição emissora, quando cobrado, as exceções que porventura tiver contra aquele.

31.5Natureza jurídica

Qual é a natureza jurídica do sistema de cartão de crédito?

Trata-se de um contrato complexo, composto de diversas submodalidades contratuais:

- •de financiamento pelo emissor do cartão ao credenciar o usuário;
- •de compra e venda pelo usuário;
- •de cessão de crédito pelo fornecedor à emissora do cartão;
- •de prestação de serviços do emissor ao usuário e ao fornecedor.

Oportuna a lição de Fran Martins (*100 : 617*):

> "No nosso entender, a obrigação do emissor de pagar as dívidas dos titulares, correndo o risco pelo não reembolso, é uma decorrência da cessão de crédito que prometeu aceitar em relação às despesas dos seus credenciados. É por essa razão que, ao agir o emissor contra o titular, na cobrança das despesas, não o faz em nome do fornecedor, mas em nome próprio, como verdadeiro e único credor que é. Das várias hipóteses apresentadas para justificar o pagamento antecipado pelo emissor e o seu direito de cobrar do titular – mobilização de crédito, mandato, comissão, sub-rogação convencional, seguro de crédito, convenção *del-credere*, etc. – parece-nos que a que mais se ajusta à espécie é a de originarem-se essa obrigação e esse direito de garantia, dada ao fornecedor pelo emissor, da aquisição dos créditos que o fornecedor tem contra os compradores. Essa garantia na verdade constitui uma promessa de aquisição de créditos futuros, que permite ao fornecedor demandar o emissor caso esse recuse o pagamento, e se concretiza quando, contra o pagamento, são cedidos pelo fornecedor os créditos relativos às despesas dos titulares."

31.6Modalidades

Além dos cartões de crédito propriamente ditos, de que vimos tratando, há, ainda, os cartões de crédito bancários, ou seja, aqueles em que a empresa emissora é um banco. Também há os *cartões de credenciamento*, representativos de operações de crédito pessoal, emitidos pelo fornecedor de bens ou serviços para os próprios clientes, ensejando-lhes a aquisição daqueles para pagamento a prazo. São os chamados cartões de loja.

A diferença entre os cartões de crédito bancários e não bancários reside na natureza da instituição emissora. Para Marília Benevides Santos,[3] nos cartões não bancários o crédito aberto ao usuário é mantido com recursos próprios da empresa emissora. Na modalidade cartão bancário existe a participação direta ou indireta de instituição financeira, abrindo, por si ou

por ente subsidiário, um crédito bancário a favor do titular do cartão. Sob a ótica funcional, as normas aplicáveis a ambos são, praticamente, idênticas.

A distinção adquire relevância quando se contemplam as relações entre os usuários e as sociedades administradoras de cartões. Quando a empresa emissora do cartão não é uma instituição bancária, e em caso de parcelamento do saldo devedor pelo usuário, o contrato já contém estipulação, autorizando a administradora valer-se da cláusula-mandato. Em outras palavras, é previsão contratual que confere poderes para a emissora do cartão, como mandatária do usuário, financiar o saldo devedor não solucionado.

Como a questão se situa no plano dos contratos de adesão representativos de relações de consumo, aludida estipulação é nula, nos termos dos arts. 51 e 52 do Código de Defesa do Consumidor. Incide na hipótese a Súmula nº 60 do STJ, segundo a qual é nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste. É claro, porque nesse caso subverte-se o mandato, uma vez que o mandatário não age no interesse do mandante.

São cláusulas dos contratos de adesão do consumidor ao sistema de cartões as que estipulam:

–identificação dos intervenientes;
–adesão;
–características dos cartões;
–utilização;
–perda, furto, extravio, fraude etc.;
–limites de crédito;
–remuneração dos serviços da instituição financeira;
–demonstrativo mensal;
–reconhecimento das transações pelo titular;
–pagamento e mora;
–uso internacional;
–financiamento;
–bloqueio e cancelamento do cartão;
–rescisão e resilição;
–prazo; e
–foro e registro.

É relevante salientar que os contratos de adesão ao sistema de cartões contemplam dever da instituição emissora consistente em enviar mensalmente ao titular, no endereço por este indicado, uma fatura mensal para pagamento, na data de vencimento escolhida pelo titular. O pagamento poderá ser efetuado por meio de bancos que integram o sistema de comunicação.

O demonstrativo ou fatura mensal, sintetiza prestação de contas e aviso de cobrança.

O direito de contestar lançamentos insertos na fatura mensal é deferido expressamente ao titular do cartão, em prazo que oscila, conforme o banco emissor, entre 10 e 90 dias, da data do vencimento da fatura.

A contestação, de fato, é a reclamação fundamentada contra atribuição de encargos financeiros. Constatada a improcedência da contestação, o lançamento impugnado volta a compor a fatura mensal, acrescido dos encargos financeiros desde a data em que foram retirados até a data do efetivo pagamento.

31.7Uso indevido

O cartão de crédito pode ser objeto de uso abusivo, seja por seu próprio titular (ultrapassando o limite e o prazo estabelecidos) ou por terceiro (nos casos de furto, roubo ou apropriação de coisa achada). No último caso, comunicando à instituição emissora o extravio ou o desapossamento do cartão, o titular se exonera,[4] o mesmo ocorrendo com aquela após avisar os fornecedores habilitados no sistema.

Contudo,

> "para que reste infrutífera a ação de cobrança visando o recebimento de despesas efetuadas com cartão de crédito, é indispensável que o devedor produza provas para comprovar a alegação de que o débito originou-se através de artifício fraudulento perpetrado por terceiro, fraude que pode caracterizar a existência de fato impeditivo ao direito do credor".[5]

Quem contrata a aquisição de cartão de crédito, certamente assume a obrigação de solucionar o valor dos gastos que realizar sob esse título. Mesmo eventuais vícios no ato da contratação, se escondidos para facilitar a obtenção do cartão, não eximem o usuário da obrigação de pagar o que gastou com o uso do documento.

Assim,

> "o menor que toma a iniciativa de obter cartão de crédito não pode desobrigar-se do pagamento das despesas comprovadamente efetuadas, se, por todo o tempo, tinha a consciência de que não poderia contratar enquanto menor de idade, pois, nos termos do art. 155 do CC, a menoridade não exime do cumprimento de obrigação, se dolosamente foi ocultada quando adquirida pela outra parte".[6]

Por outro lado, também a sociedade administradora de cartão de crédito pode ensetar conduta abusiva, forçando a contratação de cartão, mediante o expediente de enviá-lo por via postal, sem que haja solicitação do usuário. Nesse sentido, a Súmula nº 532 do STJ, ao considerar prática comercial

abusiva o envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor, configurando-se ato ilícito indenizável e sujeito à aplicação de multa administrativa.

Sempre é bom ter em mente que, quando o uso ilícito do cartão de crédito se enraíza em serviço defeituoso da instituição emissora ou decorre de sua negligência, deve ela responder pelo prejuízo, e, se encetar cobrança indevida contra o usuário, pelos danos morais pertinentes.

31.8Juros remuneratórios

Quanto à limitação dos juros remuneratórios, a Lei nº 4.595/64 afastou a incidência da Lei de Usura, delegando ao Conselho Monetário Nacional poderes normativos para limitar aludidas taxas, salvo as exceções legais. Aplica-se a Súmula nº 596 do STF.

Depois, consoante a Súmula nº 283 do STJ, "as empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura".

Mesmo que se entenda aplicável a Lei nº 8.078/90 (CDC), o pacto referente à taxa de juros só pode ser alterado se reconhecida, no caso concreto, sua abusividade, sendo irrelevante a estabilidade inflacionária no período, e imprestável o patamar de 12% ao ano ou a taxa SELIC, já que sequer a taxa média de mercado, que não é potestativa, se considera excessiva, para efeitos de validade da avença. Portanto, devem ser observados os juros remuneratórios, na forma pactuada.[7]

Vale consignar que para o STJ (Súmula 379), nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês.

31.9Preço e pagamento com cartão

Deve ser sancionada a conduta do comerciante que eleva o preço das mercadorias pagas com cartão de crédito?

Desde logo, a compra efetuada para pagamento com cartão de crédito não pode ser considerada venda à vista, dado que o comerciante só receberá o valor pertinente, da administradora do cartão, no mínimo, 30 dias após a transação, mediante o pagamento da comissão contratada.

É verdade que, quando o comerciante contrata com a administradora para aceitar pagamentos realizados por meio de cartão de crédito, há

cláusula em que a empresa se compromete a manter, nessas transações, o mesmo preço para as vendas à vista. Todavia, predita cláusula vincula apenas as partes contratantes e eventual descumprimento pelo comerciante dessa regra contratual ocasionará a aplicação das sanções previstas naquele trato.

À míngua de existência de norma obstativa da majoração do preço de mercadorias, nas vendas pagas com cartão, não tem fundamento legal a aplicação de multa ao comerciante que fizer tal distinção do valor à vista, pois ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II). Não há, no caso, abuso de poder econômico.[8]

A fiscalização exercida pelo Estado, sobre o setor privado, não tem senão função orientadora, sem compulsoriedade ou impedimento ao princípio da livre concorrência.

Assim, não deve receber sanção o comerciante que majorou o preço da mercadoria para a transação realizada com cartão de crédito em relação ao preço à vista, ante a inexistência de lei que o impeça.

31.10Algumas regras operacionais

Sobre o cartão, a jurisprudência tem decidido que:

- não incide ISS sobre os serviços prestados pelas empresas administradoras de cartão de crédito, tendo em vista que as atividades de emissão e administração de cartões não integram a lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68;
- são nulas as cláusulas contratuais que impõem ao consumidor a responsabilidade absoluta por compras realizadas com cartão de crédito furtado, até o momento (data e hora) de comunicação do furto. Tais avenças de adesão colocam o consumidor em desvantagem exagerada e militam contra a boa-fé e a equidade, pois as administradoras e os vendedores têm o dever de apurar a regularidade no uso dos cartões;
- o mero ajuizamento de ação revisional de contrato, pelo devedor por cartão de crédito, não o torna automaticamente imune à inscrição de seu nome em cadastro negativos de créditos, cabendo-lhe, em primeiro lugar, postular, expressamente, ao juízo, tutela antecipada ou medida liminar cautelar, para o que deverá, ainda, atender a determinados pressupostos para o deferimento da pretensão, a saber: "a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de

que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado. O Código de Defesa do Consumidor veio amparar o hipossuficiente, em defesa dos seus direitos, não servindo, contudo, de escudo para a perpetuação de dívidas";[9]

•a administradora de cartão de crédito tem a responsabilidade, sob pena de causar dano moral, de verificar a ocorrência do pagamento da fatura pelo seu cliente, para não prejudicá-lo ou comprometer seu crédito, como ocorre quando se inclui o nome do cliente em cadastro de inadimplentes;

•as administradoras de cartões de crédito são consideradas instituições financeiras, podendo cobrar juros remuneratórios sem as restrições do Decreto nº 22.626/33, consoante a Súmula nº 283, do STJ;

•nos contratos firmados por instituições financeiras, posteriormente à edição da MP 1.963-17/2000, e de 31-3-2000, é possível a incidência de capitalização mensal dos juros, desde que expressamente pactuada;

•se a não autorização do consumidor, para a compra com cartão de crédito, decorrer da insuficiência de saldo remanescente em seu cartão de crédito, não há dano moral, mas mero dissabor. O controle do referido saldo é encargo do consumidor, não se podendo imputar aos prepostos de estabelecimento comercial, nem à administradora do cartão tal fato. Não havendo efetivo bloqueio do cartão de crédito do consumidor, impedindo-o de adquirir bens no comércio, não há se falar em dano moral;

•nas operações com cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento não são considerados no cálculo do ICMS (Súmula 237 do STJ).

•a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade (Súmula 382 do STJ).

•os contratos de prestação de serviço vinculados a cartão de crédito devem definir as regras de funcionamento do cartão, inclusive as relativas aos casos em que a sua utilização origina operações de crédito, bem como as respectivas sistemáticas de incidência de encargos.

•os demonstrativos e/ou faturas mensais de cartão de crédito devem explicitar informações, no mínimo, a respeito dos seguintes aspectos:

–limite de crédito total e limites individuais para cada tipo de operação de crédito passível de contratação;

–gastos realizados com o cartão, por evento, inclusive quando parcelados;

–identificação das operações de crédito contratadas e respectivos valores;

–valores relativos aos encargos cobrados, informados de forma segregada de acordo com os tipos de operações realizadas por meio do cartão;

–valor dos encargos a ser cobrado no mês seguinte no caso de o cliente optar pelo pagamento mínimo da fatura; e

–Custo Efetivo Total (CET), para o próximo período, das operações de crédito passíveis de contratação.

•no caso do fornecimento de segunda via de cartão de crédito com outras funções, a exemplo da função débito ou movimentação de poupança, não é admitida a cobrança de mais de uma tarifa pelo fornecimento do cartão, aplicando-se a de menor valor.

---

[1] *Tarjeta de crédito.* 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1994. p. 12.

[2] *RDM* 88/28.

[3] *Cartão de crédito nos dias atuais.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 13.

[4] *RTJ* 76/943.

[5] *RT* 755/275.

[6] *RT* 764/342. Obs.: O art. 155 do CC de 1916 é o art. 180 do CC.

[7] STJ – AgRg no REsp 815395/RS – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 19-5-2006.

[8] STJ – REsp 827120/RJ – Rel. Min. Nancy Andrighi – *DJ* 29-5-2006.

[9] STJ – AgRg no REsp 773792/RS – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – *DJ* 22-5-2006.

32

Faturização (*Factoring*)



32.1Noção

O *factoring* ou faturização (fomento) é um contrato misto de compra e venda, desconto e cessão de crédito, pelo qual uma empresa vende a outra seu faturamento a prazo, total ou parcial, sem garantir o pagamento dos créditos transferidos, recebendo como preço valor menor que o daqueles, consistindo essa diferença em remuneração da empresa adquirente. Para o faturizado, significa a antecipação de valores de seus créditos; para o faturizador, a compra de ativos por valor inferior.

Acrescente-se que "também podem, na faturização, as faturas representativas dos créditos do faturizado ser remetidas ao faturizador e por ele serem liquidadas no vencimento das mesmas ou antes do vencimento. No primeiro caso tem-se a chamada faturização no vencimento (*maturity factoring*), chamando-se o outro de faturização tradicional ou *old factoring*" *(100 : 569).*

Tem-se, assim, que:

- •uma empresa, chamada fatu rizador (*factor*);
- •adquire os ativos financeiros de outra, chamada faturizado (*aderente*);
- •sem responsabilidade deste pela solvência do devedor-sacado (cliente do faturizado);
- •por preço inferior aos créditos adquiridos;
- •de modo que o devedor-sacado, devidamente notificado, deverá pagar ao faturizador, não mais ao fornecedor-faturizado.

Ao ceder, via endosso, seus ativos financeiros ao faturizador e pagar-lhe a respectiva remuneração, o faturizado libera-se de qualquer elo obrigacional, uma vez que é da essência do contrato a renúncia, pelo faturizador, ao direito de regresso em caso de inadimplemento do devedor-sacado. O risco é todo do faturizador, porque o faturizado recebe dele o

valor cedido. Para o primeiro é a assunção de um risco; para o segundo, garantia de pagamento a vista, beneficiando-se dessa espécie de financiamento.

De outra parte, o faturizado garante o faturizador contra os riscos da eviccão e os vícios redibitórios dos produtos e mercadorias que vendeu. Se, eventualmente, receber do devedor-sacado o valor vendido, o faturizado providenciará sua transferência ao faturizador.

> "O esquema do *factoring* desdobra-se, assim, em dois momentos. No primeiro, o comerciante ou industrial cede seus créditos (representados por títulos) ao *factor*. No segundo, este último, em contrapartida, entrega ao cedente o valor dos títulos, descontada sua comissão e encargos (faz, portanto, um adiantamento sobre as vendas, um financiamento no ato da cessão – é o *'convencional factoring'*; ou simplesmente compromete-se a pagar os créditos cedidos nos respectivos vencimentos (*'maturity factoring'*), deduzindo sua comissão (em verdade uma remuneração equivalente aos riscos assumidos em relação aos créditos).
>
> Mas isso não é tudo. O *factor* assume os riscos do não pagamento; por isso mesmo tem o direito de selecionar os créditos que receberá, podendo, inclusive, aprovar previamente os negócios contratados pelo cedente (o que é comum nos Estados Unidos). Também é comum que o *factor* realize todos os serviços, contábeis ou não, relativos aos créditos cedidos, inclusive resolvendo todas as questões relacionadas com os mesmos (entrega das mercadorias, abatimentos, dilações de prazo, etc.). Para todos esses efeitos os devedores dos créditos são notificados da cessão.
>
> Daí afirmar-se que o *factoring* apresenta-se como técnica financeira e como técnica de gestão comercial; que comporta serviços de gestão de créditos e garantia contra o risco de inadimplência dos devedores.
>
> Tudo isso conduz à natureza do *factoring*, que Garciadiego define como *'cesión onerosa de derechos netos de crédito a cargo de terceros, en que el cesionario antecipa al cedente el importe de los créditos, menos una comisión estipulada, y el cedente le garantiza la existencia y legitimidad de tales de créditos, pero no la solvencia de los deudores...'* (*76 : 41*).

32.2Partes

O contrato de faturização envolve duas partes:

- faturizador; e
- faturizado.

O faturizador é uma empresa sob o formato de companhia. É, pois, duplamente empresarial, pelo objeto e pela forma constitutiva adotada,

revestindo-se, mesmo, das características de instituição financeira, já que as operações que realiza aproximam-se mais do desconto bancário que da compra e venda.

O faturizado é o empresário ou sociedade empresária autorizado a emitir duplicata.

32.3Características do contrato

O contrato de faturização é consenso escrito, bilateral, oneroso, de prestação sucessiva, de exclusividade e sem forma legalmente determinada.

Entre suas cláusulas de fundo estão:

- a cessão dos créditos ao faturizador;
- a assunção dos riscos pelo faturizador (isenção do faturizado);
- o valor da remuneração devida ao faturizador;
- a faculdade do faturizador de escolher os créditos a faturizar;
- o prazo de duração do contrato; e
- a exclusividade.

A transferência do ativo ao faturizador é instrumentalizada pelo endosso, mas pelo endosso com a cláusula *sem garantia*, porque a transmissão via endosso simples pressupõe também garantia de pagamento, o que inocorre na faturização.

No contrato de faturização, o faturizado não responde em garantia pelo pagamento dos títulos que transferiu, ressalvadas as hipóteses de nulidade ou vício do crédito. Assim, o faturizador, na hipótese de cobrança, não é mandatário do faturizado. Atua em nome próprio. Se ocorrer a inadimplência, não tem direito de ação contra o faturizado. A relação de *factoring* termina com a entrega dos títulos ao faturizador.

Pode ocorrer que o próprio cedente seja o responsável pela impossibilidade do agir de empresa de *factoring*, assim, por exemplo, quando aceitar a devolução da mercadoria objeto do título negociado com a empresa de *factoring*, tornando-o inexistente. Frustada a expectativa do cessionário de títulos, por força de contrato de *factoring*, de receber o respectivo valor, por ato imputável ao cedente, fica esse responsável pelo pagamento.

Questão interessante é a do pagamento pelo devedor ao credor originário (faturizado), insciente da transferência para a administradora dos títulos que subscreveu. Se não houve a notificação do devedor, quanto à cessão do crédito o pagamento realizado ao faturizado é válido. Por isso,

> "mostra-se plenamente válido e hígido o pagamento realizado pelo devedor diretamente ao credor originário, antes que tivesse ciência plena da cessão de

> crédito efetivada entre a empresa factorizada e o banco factorizador, de vez que, impunha-se a este a notificação do devedor da compra dos títulos, por conta do próprio pacto e da lei".[1]

Também,

> "não tendo o factor adotado nenhuma providência para garantir que o pagamento do título somente a ele pudesse ser efetivado, deve ser reputado válido o resgate efetivo junto ao credor originário, resolvendo-se entre factor e faturizado a relação de crédito que registra pendência".[2]

Nos termos do art. 290 do CC, a cessão de crédito não vale em relação ao devedor, senão quando a este notificada. Quer dizer, a obtenção de eficácia da cessão relativamente ao devedor carece de sua cientificação. Até porque, se a cessão não lhe é notificada, pode opor ao cessionário as eventuais exceções que tem contra o cedente. É o que resulta do art. 377 do CC.

Por exemplo, o emitente de cheque que desconhece o contrato celebrado entre faturizador e faturizada pode opor ao cessionário as defesas pessoais que poderia deduzir contra o empresário faturizado porque não se aplica, no caso, o regramento pertinente às operações cambiárias.

Pode acontecer que o devedor pague diretamente ao cedente-faturizado, nas condições anteriormente aludidas, enquanto o faturizador, não tendo recebido, inclui o nome do devedor na entidade de proteção ao crédito. Ora, recebendo o valor do crédito que havia cedido ao faturizador, o faturizado age como se fosse mandatário daquele. O dano moral causado ao devedor que não sabia da cessão de crédito deve ser indenizado pelo faturizado.

Também é corriqueiro o desfazimento da compra e venda mercantil, com a devolução da mercadoria, quando já consumada a cessão de crédito, não notificado o devedor. Nesse caso, uma vez desconstituída a compra e venda, a duplicata que dela emergiu torna-se inexigível. O devedor-sacador pode arguir em face da faturizadora a exceção correspondente.

Aqui, cabe uma pergunta: o faturizador é uma instituição financeira?

O *factoring* distingue-se das operações realizadas por instituição financeira justamente porque seus negócios não se abrigam no direito de regresso e nem na garantia representada pelo aval ou endosso. Daí que, nesse tipo de contrato, não se aplicam os juros permitidos às instituições financeiras. As empresas que operam com o *factoring* não se incluem no âmbito do sistema financeiro nacional. Empresa de fomento mercantil (*factoring*) não faz empréstimos, portanto, não pode cobrar juros. A faturização não é operação de crédito.

A sociedade de fomento mercantil fornece os recursos necessários ao giro dos negócios das suas empresas-clientes, mediante a compra à vista

dos créditos por ela aprovados, resultantes das vendas a prazo realizadas por suas empresas-clientes. O preço de aquisição é o *fator de compra*. Trata-se de uma alienação de direitos creditórios prevista no art. 286 do Código Civil.

Não se deve confundir a atuação das sociedades de faturização com as atividades próprias das instituições financeiras.

Não é exagero ponderar, com Arnold Wald,[3] que a compra de crédito e a realização de empréstimos com recursos próprios não deve ser confundida com a captação pública de recursos. Referida atividade econômica, mesmo quando levada a efeito em caráter profissional, não se insere entre as privativas das instituições financeiras compreendidas no espaçoso art. 17 da Lei nº 4.595/64. Tais entidades são *bridges* que captam junto ao público para aplicar e aplicam o que captam.

No mencionado dispositivo legal, existe um trinômio (coleta, intermediação ou aplicação) que não comporta individualização. *Coletar*, *intermediar* e *aplicar* são três verbos interdependentes que não podem ser lidos isoladamente. O que tipifica sua característica de operação peculiar às instituições financeiras é, precisamente, sua conjugação. São atividades siamesas.

Conforme Ernane Galvêas,

> "o empréstimo de dinheiro só se caracteriza como operação privativa das instituições financeiras quando o emprestador se situar na posição de intermediário recolhendo recursos de uns para emprestar a outros. Nestas condições, o empréstimo de recursos financeiros próprios, por ser matéria ligada à livre disposiçãode bens, que se atribui a todo homem civilmente capaz, não constitui atividade sob controle do Banco".[4]

Nos termos da Convenção Diplomática de Ottawa (1988), o autêntico fomento mercantil não se restringe à compra de recebíveis, mas pressupõe a prestação de serviços de apoio, pela sociedade de fomento às empresas clientes, de quem adquire recebíveis.

32.4Modalidades

Carlos Renato de Azevedo Ferreira oferece um elenco bem objetivo das diversas modalidades de faturização:[5]

> *Old Line Factoring* ou *Factoring Convencional* ou *"com antecipação"* – a empresa de *factoring* antecipa recursos sobre o valor dos títulos cedidos no momento da cessão ou até o vencimento.

Maturity Factoring ou "sem antecipação" – ocorre essa modalidade quando a mesma empresa de *factoring*marca um dia determinado para o pagamento do produto da cobrança, nunca antes dos vencimentos dos créditos cedidos.

Collection type factoring agreement – nesse caso, a empresa de *factoring* simplesmente realiza serviços de cobrança pagando a sua cliente um dia após o recebimento da fatura.

Intercredit – a empresa de *factoring* garante o pagamento das faturas, mas somente realiza a cobrança dos títulos não recebidos pela cliente para ressarcimento de seus adiantamentos.

Factoring with recourse – há notificação ao devedor da conta e os serviços são prestados pelo *factor* com a ressalva de que se, em última instância, o freguês não pagar, o *factoring* pode cobrar de sua cliente.

Open factoring – o *factoring* financia a transação comercial e aditivamente se encarrega das cobranças.

Undisclosed factoring – por essa modalidade, o exportador vende ao *factor* suas mercadorias em *cash* e este as revende por meio do exportador estrangeiro na base de certo crédito.

---

[1] TJRS – AC 198057945 – 2ª C. Civ. – Rel. Des. Teresinha de Oliveira Silva – Síntese.

[2] TJRS – AC 598175248 – 5ª C. Civ. – Rel. Des. Carlos Alberto Bencke – Síntese.

[3] *RT* 740/150.

[4] *O Estado de S. Paulo*, ed. de 15-3-1970. p. 55.

[5] *RDM* 59/92.

33

Arrendamento Mercantil (*Leasing*)



33.1Noção

O arrendamento mercantil, diz a Lei nº 6.099/74 (art. 1º), é o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta. Podem ser bens móveis, de produção nacional ou estrangeira, e bens imóveis adquiridos pela entidade arrendadora para fins de uso próprio da arrendatária.

Trata-se de contrato complexo, misto de locação, financiamento e compra e venda, no qual à locação de coisas agrega-se uma opção de compra. Consoante Tavares Paes (*120 : 15*):

> "O *leasing* é um contrato de arrendamento, mas com peculiaridades: o fabricante dos bens fecha o contrato com uma sociedade *leasing* (instituição financeira) e não diretamente com o locatário. É um contrato mediante o qual uma pessoa jurídica que desejar utilizar determinado bem ou equipamento, por determinado lapso de tempo, o faz por intermédio de uma sociedade de financiamento, que adquire o aludido bem e lhe aluga. Terminado o prazo locativo, passa a optar entre a devolução do bem, a renovação da locação, ou aquisição pelo preço residual fixado inicialmente."

Em outras palavras, a arrendadora aluga um bem à arrendatária, devendo esta pagar um aluguel mensal, durante determinado prazo, ao fim do qual terá a tríplice opção de:

- comprar o bem alugado, consistindo os aluguéis pagos em solução antecipada do preço, obrigando-se a pagar apenas o restante do preço;
- devolver o bem;
- renovar o arrendamento.

Cite-se o exemplo colacionado por Sebastião José Roque (*141 : 26*):

> "O arrendamento mercantil é muito utilizado para o aluguel de equipamentos industriais, computadores, veículos e atualmente se estende a imóveis. Consideremos um exemplo: Uma empresa necessita de um equipamento industrial, mas não tem recursos financeiros para adquiri-lo. Dirige-se a uma empresa de arrendamento mercantil e lhe dá as especificações do equipamento necessitado. A arrendadora adquire esse equipamento de quem o fabrica ou o importa. Em seguida, aluga esse equipamento ao arrendatário pelo prazo de três anos, mediante o pagamento de um aluguel mensal. Após três anos, ao vencer-se o contrato, o arrendatário compra esse equipamento do arrendador, por um preço já fixado na celebração do contrato. Os aluguéis que o arrendatário pagou ao arrendador durante esses três anos transformam-se em pagamento do preço. O resíduo do preço, ou seja, o que faltar para atingir o valor do preço, será completado pelo arrendatário. Destarte, o arrendatário terá o equipamento parcialmente com o lucro obtido pelo bem arrendado. Se o arrendatário não quiser adquirir esse equipamento, poderá devolvê-lo ao arrendador, ou alugá-lo por mais três anos, renovando o contrato. Há três opções para o arrendatário: comprar o equipamento, devolvê-lo ao arrendador, renovar o contrato."

Por outro lado, é permitido à entidade arrendadora, nas hipóteses de devolução ou recuperação dos bens arrendados, conservá-los em seu ativo imobilizado, pelo prazo máximo de dois anos, bem como aliená-los ou arrendá-los a terceiros.

Nos contratos de arrendamento mercantil de veículos automotores, quitadas todas as parcelas e solucionadas todas as obrigações contratadas, comprovado o recolhimento dos IPVAs e DPVATs e, bem assim, de eventuais multas, recebendo a carta da arrendatária manifestando a opção pela compra do bem, a arrendadora deverá, no prazo de 30 dias úteis enviar àquela o documento de transferência do veículo (DUT) e o termo de quitação do contrato. Se houver cambial vinculada ao contrato, emitida pela arrendatária, esta lhe será remetida, devidamente liquidada, no mesmo prazo. É o teor da Lei nº 11.649/08 que sujeita a empresa infratora desses comandos ao pagamento de multa equivalente a 2% do valor da venda do bem, podendo a cobrança se efetivar pela via executiva.

33.2Requisitos do contrato

Contrato formal e solene que é, o *leasing* deve ser formalizado por instrumento público ou particular, ostentando os seguintes requisitos mínimos:

- descrição dos bens que constituem o objeto do contrato, com todas as características que permitam sua perfeita identificação;

•prazo de arrendamento;
•valor das contraprestações ou a fórmula de cálculo das contraprestações, bem como o critério para seu reajuste;
•forma de pagamento das contraprestações por períodos determinados, não superiores a um semestre, salvo no caso de operações que beneficiem atividades rurais, quando o pagamento pode ser fixado por períodos não superiores a um ano;
•condições para o exercício por parte da arrendatária do direito de optar pela renovação do contrato, pela devolução dos bens ou pela aquisição dos bens arrendados;
•concessão à arrendatária de opção de compra dos bens arrendados, devendo ser estabelecido o preço para seu exercício ou critério utilizável em sua fixação;
•despesas e encargos adicionais, inclusive despesas de assistência técnica, manutenção e serviços inerentes à operacionalidade dos bens arrendados;
•no arrendamento financeiro, a previsão de a arrendatária pagar valor residual garantido em qualquer momento durante a vigência do contrato, não caracterizando o pagamento do valor residual garantido o exercício da opção de compra;
•no arrendamento financeiro, o reajuste do preço estabelecido para a opção de compra e o valor residual garantido;
•condições para eventual substituição dos bens arrendados, inclusive na ocorrência de sinistro, por outros da mesma natureza, que melhor atendam às conveniências da arrendatária, devendo a substituição ser formalizada por intermédio de aditivo contratual;
•demais responsabilidades que vierem a ser convencionadas, em decorrência de uso indevido ou impróprio dos bens arrendados, seguro previsto para cobertura de risco dos bens arrendados, danos causados a terceiros pelo uso dos bens e ônus advindos de vícios dos bens arrendados;
•faculdade de a arrendadora vistoriar os bens objeto de arrendamento e de exigir da arrendatária a adoção de providências indispensáveis à prevenção da integridade dos referidos bens;
•obrigações da arrendatária, nas hipóteses de inadimplemento, de struição, perecimento ou desaparecimento dos bens arrendados;
•faculdade de a arrendatária transferir a terceiros no país, desde que haja anuência da entidade arrendadora, seus direitos e obrigações decorrentes do contrato, com ou sem corresponsabilidade solidária.

33.3Antecipação do VRG

A possibilidade de antecipação de pagamentos a título de Valor Residual Garantido (VRG) ou a previsão de contraprestações iniciais que cobrem o valor da aquisição do bem desvirtua a natureza do arrendamento mercantil transformando-o em contrato de compra e venda?

Não. Não desvirtua o contrato de *leasing* a disposição contratual que antecipa, parcela ou regula outra forma de pagamento da opção de compra.

Não havendo nenhum dispositivo legal considerando como cláusula obrigatória para a caracterização do contrato de *leasing* e que fixe valor específico de cada contraprestação, há de se considerar como sem influência, para a definição de sua natureza jurídica, o fato de as partes ajustarem valores diferenciados ou até mesmo simbólico para efeitos da opção de compra. Deve prevalecer a vontade das partes, e por conseguinte, o princípio da liberdade de contratar.

A descaracterização do contrato de *leasing*, ou seja, sua transmutação em forma dissimulada de compra e venda, só ocorre quando resta devidamente evidenciada uma das situações previstas em lei (art. 2º, 9º, 11, § 1º, 14 e 23, da Lei nº 6.099/74). Fora desse alcance legislativo, impossível ao Fisco, para fins tributários, tratar o contrato de *leasing*, por simples entendimento de natureza contábil, como sendo de compra e venda.

Não prevalece mais o entendimento consagrado no enunciado sumular nº 263 do STJ (A cobrança antecipada do Valor Residual [VRG] descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação). A Súmula nº 293 do STJ dispõe que "a cobrança antecipada do Valor Residual Garantindo (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil".

Por outro lado, o valor residual garantido só é devido à arrendante em exercendo o arrendatário a opção de compra do bem, de modo que se o contrato celebrado é rescindido, tendo a arrendante sido reintegrada na posse definitiva do veículo, não empreendendo o arrendatário, em decorrência, a opção de compra, emerge evidente a obrigatoriedade de devolução da VRG, que não se confunde com o preço pago pela locação.[1]

Comprovada a mora, procede a pretensão reintegratória da posse do bem arrendado, ficando assegurado à arrendatária a restituição do que desembolsou a título de VRG, que visara eventual opção pela compra. Esta restou frustada com a ruptura do contrato.

O VRG não é uma remuneração da arrendadora, mas uma espécie de capitalização do arrendatário, conquanto fique sob a administração daquela

depositária. A arrendadora não tem disponibilidade nem poder de retenção, certo que a nua propriedade é do arrendatário.

33.4Prazos

Tratando-se de arrendamento mercantil financeiro, os prazos mínimos são os seguintes:

- dois anos, compreendidos entre a data de entrega dos bens à arrendatária, consubstanciada em termo de aceitação e recebimento dos bens, e a data de vencimento da última contraprestação, quando se tratar de arrendamento de bens com vida útil igual ou inferior a cinco anos;
- três anos, para o arrendamento de outros bens.

Para o arrendamento mercantil operacional, o prazo mínimo é de 90 dias.

A operação de arrendamento mercantil será considerada como de compra e venda a prestação se a opção de compra for exercida antes de decorrido o respectivo prazo mínimo.

33.5Partes

As partes essenciais do contrato são duas:

- arrendador; e
- arrendatário.

O *arrendador* é uma sociedade empresária do tipo instituição financeira, constituída sob a forma de sociedade anônima, obrigatoriamente registrada no Banco Central, em cuja denominação deverá constar a expressão *arrendamento mercantil.*

O *arrendatário* pode ser uma pessoa física ou jurídica.

Em regra, o bem arrendado é fornecido por outra pessoa física ou jurídica mercantil, *o fornecedor*. Contudo, na modalidade de arrendamento mercantil financeiro do tipo *leasing back*(arrendamento mercantil de retorno), o arrendatário (proprietário do bem objeto do contrato) vende-o a vista ao arrendador, que, em seguida, devolve-os em arrendamento. Nessa modalidade, não há, pois, a terceira figura do empresário ou sociedade empresária que fornece o bem.

Saliente-se que as sociedades de arrendamento mercantil e as instituições financeiras não podem contratar operações de *leasing* com pessoas físicas e jurídicas coligadas ou interdependentes,[2] com

administradores da entidade e seus respectivos cônjuges e parentes até o segundo grau e com o próprio fabricante do bem arrendado. Também não podem celebrar contrato de mútuo com entes não financeiros.

33.6Modalidades

Nos termos da Res. BC nº 2.309/96 (arts. 5º e 6º), há duas modalidades de arrendamento mercantil: o financeiro e o operacional.[3]

O *leasing* financeiro não se confunde com o *leasing* operacional, porque inexistente no primeiro a prestação de serviços, geralmente ligado a instituições financeiras. No *leasing* operacional ocorre uma locação de bens, com cláusula de prestação de serviço, porque a arrendante é o próprio fabricante dos bens arrendados e presta assistência técnica ao arrendatário, fornecendo treinamento e reparando consertos e cuidando da manutenção periódica, assumindo inclusive os riscos tecnológicos à obsolescência e ao mercado. Não embutindo o *leasing* financeiro prestação de serviços é nula a duplicata que vier a ser emitida em razão dele, porque desassociada da sua origem e inexistente o vínculo contratual que o autorizou.[4]

Tipifica o arrendamento mercantil financeiro o conjunto das seguintes características:

- as contraprestações e demais pagamentos previstos no contrato, devidos pela arrendatária, são suficientes para que a arrendadora recupere o custo do bem arrendado durante o prazo do contrato e obtenha retorno sobre os recursos investidos;
- as despesas de manutenção, assistência técnica e serviços correlatos à operacionalidade do bem arrendado são de responsabilidade da arrendatária;
- o preço para o exercício da opção de compra é livremente pactuado, podendo ser, até mesmo, o valor de mercado do bem arrendado.

Por outro lado, na modalidade operacional:

- as contraprestações a serem pagas pela arrendatária contemplam o custo de arrendamento e os serviços inerentes a sua disponibilização à arrendatária, não ultrapassando o pagamento 75% (setenta e cinco por cento) do custo do bem arrendado;
- as despesas de manutenção, assistência técnica e serviços correlatos à operacionalidade do bem arrendado tanto podem ser de responsabilidade da arrendadora como da arrendatária;
- o preço para o exercício da opção de compra é o valor de mercado.

Sobre a natureza do arrendamento, anota Mauro Brandão Lopes:

"Na verdade, o 'aluguel' total pago pelo arrendatário equivale a importância muito superior ao valor da própria coisa, acrescida de todos os custos acessórios e do lucro que tem o arrendador. Analisada friamente a operação nas suas implicações econômicas, o arrendador funciona manifestamente como autêntico financiador e o arrendatário como financiado; a importância do financiamento, aplicada pelo arrendador na compra da coisa, ou por esta representada, se já de sua propriedade é simplesmente paga parceladamente sob a forma de 'aluguel', com todos os custos acessórios, e acrescida do lucro do financiador."[5]

33.7Inadimplemento

Certamente, o inadimplemento do contrato de *leasing* produz diversos efeitos, suficientemente destacados na jurisprudência, dispensando outros comentários que não a singela menção dos decisórios mais significativos.

Assim,

"sendo o *leasing* contrato que envolve sucessivamente locação e compra e venda, não há fundamento para que, no caso de inadimplemento por parte do arrendatário, sejam cobradas as prestações *vincendas*posteriores à recuperação de posse do bem arrendado e prometido a venda pela arrendadora, pois não há aluguel quando o locatário não usufrui o bem locado e não se pode compelir o compromissário comprador a pagar por coisa que não poderá adquirir".[6]

"Devidamente notificado, se não paga o débito vencido e nem procede a devolução do bem, a posse se torna viciada e caracteriza o esbulho possessório, tornando imperiosa a procedência da medida."[7]

"Havendo inadimplemento no arrendamento mercantil, com relação às prestações do contrato, é perfeitamente possível a concessão de liminar de reintegração de posse, em ofensa às regras do Código de Defesa do Consumidor, pois estas não se aplicam aos contratos de *leasing.*"[8]

"A resolução do contrato de *leasing* importa na devolução do bem arrendado. Assim se o arrendatário inadimplente não restitui a *res*, passa a ter posse justa sobre este fato que caracteriza esbulho possessório e autoriza o manejo da reintegração de posse pelo arrendador."[9]

"Rescindido o contrato de *leasing* pelo não pagamento das mensalidades, pode-se exigir as prestações vencidas até o instante em que o bem esteve em mãos do arrendatário, mais a recomposição de eventuais danos e incidência dos acessórios. Falta respaldo legal e moral para o recebimento pelo arrendante das prestações *vincendas*, uma vez que são contrapartida ao uso e gozo do bem."[10]

"O inadimplemento do arrendatário, pelo não pagamento pontual das prestações, autoriza o arrendador à resolução do contrato e a exigir as prestações vencidas até o momento da retomada de posse dos bens objeto do *leasing*, e cláusulas

> penais contratualmente previstas, além do ressarcimento de enventuais danos causados por uso anormal dos mesmos bens. O *leasing* é contrato complexo, consistindo fundamentalmente num arrendamento mercantil com promessa de venda do bem após o término do prazo contratual, servindo então as prestações como pagamento antecipado da maior parte do preço. No caso de resolução, a exigência de pagamento das prestações posteriores retomada do bem, sem a correspondente possibilidade de o comprador adquiri-lo, apresenta-se como cláusula leonina e injurídica."[11]
>
> "A inadimplência do contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), comprovada pela notificação do arrendatário, resolve o contrato e a falta de devolução do bem caracteriza esbulho, a justificar a reintegração de posse *inaudita altera pars*, que não pode ser condicionada a prévia avaliação do bem. A prévia avaliação do bem na reintegratória de posse é inovação descabida do procedimento, que não pode subsistir."[12]

Adite-se que, uma vez rescindido o contrato de arrendamento mercantil pela inadimplência do arrendatário, a arrendadora tem o direito à restituição do capital investido na aquisição do bem pretendido por aquela, somado ao custo de captação e dos lucros inerentes a qualquer atividade comercial. De sorte que, uma vez reintegrada na posse do bem, pode aliená-lo e, do valor obtido, somado àquele depositado a título de VRG pago antecipadamente, a arrendadora pode deduzir as suas perdas e danos, restituindo ao arrendatário o saldo eventualmente existente.

Desde logo, é bom destacar a Súmula 369 do STJ, ao dispor que nos contratos de arrendamento mercantil, a constituição em mora do arrendatário reclama sua notificação prévia, ainda que contenham cláusula resolutiva expressa.

É cabível a comissão de permanência, para o período de inadimplência, no contrato de *leasing*?

Sim, mas ela não pode ser cumulada com juros remuneratórios, correção monetária e/ou juros e multa moratórios.

É legal a utilização da comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado, apurada pelo Banco Central, mas ela não pode ser cumulada com a correção monetária (Súmula nº 30 do STJ), nem com os juros remuneratórios (Súmula nº 296 do STJ).

Deve ser calculada à taxa de mercado do dia do pagamento, limitada, entretanto, à taxa pactuada no contrato.

Com relação ao tema, o STJ pacificou o entendimento com a edição da Súmula nº 294: "Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato".

Por outro lado, não é cabível a cobrança da comissão de permanência cumulada com os juros moratórios e com a multa contratual, ademais de vedada a sua cumulação com a correção monetária e com os juros remuneratórios.[13]

Duas observações são necessárias pertinentes ao arrependimento e à rescisão antecipada do contrato de *leasing*.

O arrependimento, em regra, não é possível. Contudo, se houver anuência da arrendadora, o arrendatário pode transferir seus direitos e obrigações a outrem. Também é viável a renegociação, uma vez observada a normação do Banco Central.

Sobre a rescisão antecipada, pode ocorrer excepcionalmente. Com efeito, a liquidação prematura do contrato pode acontecer pelo encerramento das atividades da empresa ou pela ocorrência de sinistro, quer dizer, porque deixa de existir arrendatário ou desaparece o objeto do contrato de*leasing.*

33.8 Leasing *e CDC*

Com alicerce nos conceitos de relação de consumo emitidos por Fábio Konder Comparato e José Geraldo Brito Filomeno (nº 38.1), não é de se repelir a subsunção do arrendamento mercantil ao Código de Defesa do Consumidor. Realmente, não se cuida, da espécie, de singelo interesse pessoal do contratante, mas de interesse difuso, extrapolando o regime jurídico das avenças tipicamente privadas.

Em princípio,

> "os contratos de *leasing* financeiro não se caracterizam como contratos de adesão *stricto sensu*, eis que as cláusulas nucleares, alusivas ao plano de pagamento, são objeto de debate e acordo entre as partes, motivo pelo qual não se admite, com fulcro na alegada nulidade de referidas cláusulas, deferir pedido de antecipação da tutela para impedir a inclusão do nome do devedor e seu garante em cadastros de proteção ao crédito, o protesto de seus títulos e a reintegração de posse dos bens pelo credor".[14]

Contudo, nos contratos de arrendamento mercantil, nem sempre as cláusulas insertas em modelos são suficientemente compreensíveis para o consumidor, abrindo perigosa válvula para estipulações leoninas e impossibilitando o arrendatário de formar um juízo claro das obrigações que assume, em óbvia abusividade. A necessidade de preservar o equilíbrio entre os direitos e deveres titulados pelos contratantes justifica a proteção especial ao arrendatário, no sentido de que tenha aptidão para vindicar a revisão de cláusulas excessivamente onerosas.

Já se decidiu que,

> "no contrato de arrendamento mercantil incide o Código de Defesa do Consumidor. É direito básico do consumidor, garantido pré-contratualmente por força de expressa previsão legal (art. 6º, V, do CDC), a possibilidade dele vir a postular a revisão de cláusula contratual que entenda onerosa. Em homenagem a tal direito, não se pode fechar as portas do Judiciário ao consumidor, sob o argumento do princípio *pacta sunt servanda* que haverá de ser sopesado na ação principal".[15]

Nesse contexto, a multa moratória é limitada ao percentual de 2% (dois por cento), em contratos de arrendamento mercantil celebrados posteriormente à edição da Lei nº 9.298/96.

Observe-se, enfim, que a padronização unilateral das cláusulas contratuais pela empresa arrendante suscita relevantes dúvidas sobre a natureza jurídica do pacto de arrendamento mercantil e sua intimidade com os chamados contratos de adesão.

33.9 Leasing *e ICMS*

O STJ tem decidido que, na medida em que a incidência do ICMS pressupõe a efetiva circulação de mercadorias, com necessária transferência da sua titularidade, isso não ocorre no arrendamento mercantil, salvo quando o arrendatário optar pela compra do bem ao término do contrato.

O art. 3º, inciso VIII, da LC 87/96, determina a não incidência do ICMS nas operações de arrendamento mercantil, não havendo qualquer restrição às avenças quanto a mercadorias importadas. Não ocorre, no caso, a circulação de mercadorias, já que não há transferência do domínio do bem.

Tratando-se de operação de *leasing*, quer o bem provenha ou não do exterior, não incide o ICMS.[16]

---

[1] TJDF – AC 20020110153520 – Rel. Des. Nívio Gonçalves – *DJU* 16-8-2005.

[2] Para o art. 27 do Anexo à Res. BC nº 2.309/96, o índice de participação para caracterização da coligação ou interdependência é de 10% (dez por cento) ou mais do capital.

[3] "O *leasing* financeiro não se confunde com o *leasing* operacional, porque inexistente no primeiro a prestação de serviços, geralmente ligado a instituições financeiras. No *leasing* operacional ocorre uma locação de bens, com cláusula de prestação de serviços, porque o arrendante é o próprio fabricante dos bens arrendados e presta assistência técnica ao arrendatário, fornecendo treinamento e reparando consertos e cuidando da manutenção periódica, assumindo inclusive os riscos tecnológicos à

obsolescência e ao mercado. Não embutindo o *leasing* financeiro prestação de serviços é nula a duplicata que vier a ser emitida em razão dele, porque desassociada da sua origem e inexistente o vínculo contratual que o autorizou" (*RT*726/426).

[4] RT 726/426.

[5] *RDM* 14/36.

[6] *RT* 732/260.

[7] *RT* 766/375.

[8] *RT* 748/391.

[9] *RT* 760/288.

[10] *RT* 766/396.

[11] *RT* 755/350.

[12] *RT* 759/309.

[13] No mesmo setido, AgRgAg 252.688/SP – Rel. Min. Pádua Ribeiro – *DJ* 18-12-2000; AgRgAg 357.585/SP – Rel. Min. Castro Filho – *DJ* 5-11-2001; AgRgAg 400.921/RS – Rel. Min. Nancy Andrighi – *DJ* 6-10-2003; AgRgEDclREsp 507.017/RS – Rel. Min. Nancy Andrighi – *DJ* 6-10-2003, todos do STJ.

[14] *RT* 766/328.

[15] *RT* 768/270.

[16] STJ – REsp 439.884/SP – Rel. Min. Luiz Fux – *DJ* 2-12-2002. No mesmo sentido, AgRg no Ag 458.326/RJ – Rel. Min. João Otávio de Noronha – *DJ* 30-6-2004; e REsp 146.389/SP – Rel. Min. João Otávio de Noronha – *DJ* 13-6-2005, entre outras.

34

Alienação Fiduciária



34.1Noção

Uma pessoa (fiduciante) obtém financiamento para a aquisição de bem móvel[1] durável, alienando referido bem ao fiduciário, como garantia de pagamento do débito assumido. O bem fica na posse direta e depósito daquela, enquanto a posse indireta e o domínio resolúvel ficam com o fiduciário. É o mecanismo da alienação fiduciária em garantia.

Portanto, pela alienação fiduciária em garantia, o credor fica com o domínio resolúvel do bem, quer dizer, perde-o quando paga a dívida. Fica também com a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem. É que, no momento da aquisição da propriedade pelo devedor, o domínio fiduciário da coisa transfere-se ao credor, independentemente de qualquer formalidade. O alienante ou devedor torna-se possuidor direto e depositário, significa dizer, com todas as responsabilidades e encargos civis e penais inerentes, bem como o dever de guarda e conservação da coisa depositada.

Com o advento da Lei nº 10.931/04, foram alterados o Decreto-lei nº 911/69 e a Lei nº 4.728/65, cujo art. 66-B, § 5º, manda aplicar à alienação fiduciária e à cessão fiduciária os arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.435 e 1.436 do Código Civil.[2]

Como assevera, em objetiva síntese, Fábio Ulhoa Coelho (*38 : 451*):

> "Trata-se de contrato instrumental de um mútuo, em que o mutuário-fiduciante (devedor), para garantia do cumprimento de suas obrigações, aliena ao mutuante-fiduciário (credor) a propriedade de um bem. Essa alienação se faz em fidúcia, de modo que o credor tem apenas o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa alienada, ficando o devedor como depositário e possuidor direto desta. Com o pagamento da dívida, ou seja, com a devolução do dinheiro emprestado, resolve-se o domínio em favor do fiduciante, que passa a titularizar a plena propriedade do bem dado em garantia."

Assim, o pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título ou na quitação.

A dívida considera-se vencida:

- se, deteriorando-se, ou depreciando-se o bem dado em segurança, desfalcar a garantia, e o devedor, intimado, não a reforçar ou substituir;
- se o devedor cair em insolvência ou falir;
- se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se cachar estipulado o pagamento. Neste caso, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor ao seu direito de execução imediata;
- se perecer o bem dado em garantia, e não for substituído;
- se se desapropriar o bem dado em garantia, hipótese na qual se deposi-tará a parte do preço que for necessária para o pagamento integral do credor.

Se a coisa objeto de propriedade fiduciária não se identifica por números, marcas e sinais no contrato de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identificação dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.

O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisas que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, I, do Código Penal (estelionato, na modalidade disposição de coisa alheia como própria).

Assim, são partes no contrato de alienação fiduciária em garantia:

- a instituição financeira como credora fiduciária; e
- o alienante do bem,[3] como devedor fiduciante.

O *credor* também é chamado de *proprietário fiduciário* (art. 1º, §§ 3º, 4º, 5º e 6º; art. 2º, *caput*; art. 3º, *caput* e § 5º; art. 7º, parágrafo único). De outro lado, o *devedor fiduciante* é o *alienante* (art. 1º, *caput*; art. 6º) ou *devedor alienante* (art. 7º). Todos os dispositivos integram o Decreto-lei nº 911/69.

Qualquer instituição financeira *lato sensu*, entre as quais as entidades bancárias, pode utilizar-se da alienação fiduciária para garantia dos financiamentos que concede.[4]

A alienação fiduciária em garantia foi criada pela Lei do Mercado de Capitais (Lei nº 4.728/65) e regulamentada pelo Decreto nº 911/69, com o objetivo de resguardar o crédito concedido para a aquisição de bens móveis duráveis.

34.2Requisitos

São seus requisitos essenciais:

- •valor total da dívida ou sua estimativa;
- •local e a data do pagamento;
- •taxa de juros e comissões cuja cobrança for permitida;
- •eventualmente, a cláusula penal e a estipulação de correção monetária, com indicação dos índices aplicáveis;
- •identificação do bem.

O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos no Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipótese em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

Para valer contra terceiros, o instrumento público ou particular de alienação fiduciária será obrigatoriamente arquivado, por cópia ou microfilme, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor.

34.3Mora e inadimplemento

As companhias de financiamento, crédito e investimento têm generosas garantias e recursos legais a sua disposição para o exercício de seus direitos de crédito. Realmente, podem promover busca e apreensão do bem, ação de depósito (se o bem não for encontrado) executar o crédito e, no caso de falência[5] do alienante, postular a restituição do bem, para venda e solução de seu crédito.

Cinco dias após executada a liminar, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo

certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária.

A Lei nº 13.043/14 promoveu as seguintes alterações no DL 911/69:

a)Ocorrendo inadimplemento ou mora na obrigação contratual garantida por alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiro, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou outra medida (judicial ou extrajudicial), salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato. Deve aplicar da venda na solução de seu crédito e das despesas decorrentes e repassar ao devedor o eventual saldo apurado, com a prestação de contas.

b)A mora decorre do simples vencimento do prazo para pagamento. Poderá ser comprovada por carta registrada, com aviso de recebimento. Não se exige que a assinatura do aviso seja a do próprio destinatário.

c)Comprovada a mora, ao credor abre-se a possibilidade de requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente. Esta pode ser concedida liminarmente, inclusive em plantão judiciário.

Realmente, a petição inicial da busca e apreensão deve ser obrigatoriamente instruída com a comprovação da mora, sob pena de extinção do processo.

É bom ter em mente que, se o alienante deixar de pagar uma prestação que seja, toda a dívida se vencerá antecipadamente, sem necessidade de notificação judicial ou não, ensejando à financeira a execução. Contudo, aqui deve ser registrado que, conforme o art. 53, *caput*, do CDC,

> "nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado".

Por outro lado, se o débito for solucionado por avalista ou fiador que guarnecer o contrato, este se sub-rogará, de pleno direito, no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária, nos termos do art. 6º do Decreto-Lei nº 911/69. Entenda-se, pois, que o terceiro (avalista, fiador ou interveniente) sub-rogado, torna-se credor fiduciário, em alienação fiduciária em garantia, conquanto não seja instituição financeira.

Claro que essa circunstância não invalida o princípio de que a alienação fiduciária em garantia deverá sempre ser constituída com instituição

financeira, uma vez que é privativa desta o empréstimo de capitais, ainda que para aquisição de bens.

Adite-se que nada impede também que o credor fiduciário, ao mesmo tempo, ajuíze ação de busca e apreensão contra o devedor alienante e execução contra seu avalista, ou, ainda, ação de depósito e execução contra o avalista, simultaneamente.[6] Por fim, de lembrar-se que comete delito de estelionato, na modalidade qualificada "disposição de coisa alheia como própria" (art. 171, § 2º, inciso I do CP), o devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, e que, portanto, não lhe pertence.

34.4Busca e apreensão

Se, no curso da execução do contrato, o devedor descumprir sua obrigação de pagar o financiamento, por meio da ação de busca e apreensão, a propriedade é consolidada no patrimônio do credor, que pode vender o bem, ficando autorizado a se apropriar do valor pertinente ao seu crédito.

Consoante o art. 3º, § 1º, do Decreto-lei nº 911/69, cinco dias após executada a liminar de busca e apreensão do bem, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária.

A retomada do bem dado em garantia, em caso de inadimplência do devedor, permite a efetivação pronta do direito do credor, assegurando-lhe a recuperação do valor correspondente ao seu crédito.

Consigne-se que, caso se ficar com o bem, ao invés de vendê-lo, o credor fiduciário deve realizar uma avaliação e, se encontrar valor superior à dívida, devolverá a diferença ao devedor, sob pena de se enriquecer ilicitamente, pela percepção de valor superior ao seu crédito e violar o art. 53 do CDC.

Diversa é a hipótese em que, vendido o bem, pelo credor, falta numerário. Neste caso, poderá acionar o devedor-alienante pelo saldo não coberto. Mas de-verá ser cobrado em outra ação, e não na própria busca e apreensão. Com efeito, uma vez obtida a posse do bem financiado e feita a sua alienação particular, eventual saldo credor deverá ser postulado em processo de conhecimento. É que, conforme já se decidiu, o resultado das operações unilaterais da financeira afasta a certeza e liquidez do pretendido crédito, que não é, pois, título executivo.[7] Por isso, o credor tem direito ao

desentranhamento do título, após efetuada a busca e apreensão, para cobrar o saldo em ação apropriada.[8]

Cabe a ação monitória para postular saldo remanescente derivado da venda extrajudicial de bem alienado fiduciariamente em garantia (Súmula 384 do STJ).

É bom considerar que o despacho concessivo da busca e apreensão é de natureza provisória, porque o devedor pode, no prazo de 5 dias, pagar integralmente a dívida (DL 911/69, art. 3º, § 2º) ou purgar a mora (CC, art. 401 c/c CDC, art. 53, § 2º), bem como agravar de instrumento.

Embora não previsto expressamente, o direito do devedor (também consumidor) purgar a mora, antes da contestação na ação de busca e apreensão, emerge do princípio da conservação dos contratos de consumo, com fulcro no art. 54, § 2º, do CDC, pagando as prestações vencidas e os respectivos juros de mora.

Por outro lado, o devedor pode, no prazo de contestação (15 dias) postular a devolução de parcelas do financiamento eventualmente pagas com infração da lei (DL 911/69, art. 3º, § 4º). O juiz, mesmo julgando procedente o pedido do autor, ainda assim pode condená-lo a devolver referidos valores, se cobrados indevidamente.

Se a ação de busca e apreensão for julgada improcedente (DL 911-69, art. 3º, § 6º), o juiz pode condenar o credor fiduciário à multa, na base de 50% do valor originalmente financiado pelo devedor, ressalvada, no parágrafo 7º do art. 3º a responsabilidade daquele por perdas e danos causados ao devedor.

Da sentença, na ação de busca e apreensão, cabe apelação apenas no efeito-devolutivo.

34.5Coisa imóvel

A alienação fiduciária de imóvel é o contrato pelo qual o devedor (fiduciante), a título de garantia, acorda a transferência ao credor (fiduciário), pessoa física ou jurídica, da propriedade resolúvel de coisa imóvel. Divide-se a posse, uma vez que o fiduciante exerce a posse direta, mas o fiduciário torna-se possuidor indireto do imóvel.

Se o contrato tiver como objeto bens enfitêuticos, será exigível o pagamento do laudêmio, no caso de consolidação do domínio útil no fiduciário.

Nos termos do art. 24 da Lei nº 9.514/97, o contrato do negócio fiduciário de imóvel, que deve ser inscrito no Registro de Imóveis, ostenta o seguinte conteúdo:

•valor do principal da dívida;
•prazo e condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário;
•taxa de juros e encargos incidentes;
•cláusula de constituição da propriedade fiduciária;
•descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária;
•indicação do título e modo de aquisição;
•cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária;
•indicação, para efeito de venda em leilão público, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;
•cláusula dispondo sobre o procedimento para alienação do imóvel em leilão;
•cláusula eventual de anuência do fiduciário à locação do imóvel e condições de denúncia;
•cláusula eventual de estipulação de solução arbitral.

Pode ser celebrado por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública.

A propriedade fiduciária do imóvel resolve-se com o pagamento da dívida e seus encargos. O fiduciário tem o prazo de 30 dias, a partir da liquidação da dívida, para fornecer o termo de quitação ao fiduciante, sob pena de multa em favor deste, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato. O termo de quitação é essencial para que o oficial do registro imobiliário proceda ao cancelamento do registro da propriedade fiduciária.

O que pode ocorrer, em caso de inadimplemento do fiduciante?

O inadimplemento total ou parcial do fiduciante constituído em mora enseja a consolidação da propriedade imobiliária em nome do fiduciário. Incumbe ao fiduciário requerer perante o registro imobiliário a intimação do fiduciante para pagar prestação vencida, juros, penas e demais encargos contratuais, legais, tributos e eventuais contribuições condominiais, além das despesas da cobrança e da intimação.

O fiduciante pode, com a anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida (inclusive juro penalidades e encargos contratuais).

Assiste ao fiduciante purgar a mora. A purgação da mora faz convalescer o contrato de alienação fiduciária. Entretanto, se inocorrer, no prazo, o fato será averbado e dar-se-á a consolidação da propriedade em

nome do fiduciário, desde que este prove o pagamento do imposto de transmissão*inter vivos* e, se for o caso, do laudêmio.

Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de 30 dias, contados da data do registro deverá promover leilão público para a alienação do imóvel. Se, no primeiro leilão público, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel será realizado o segundo leilão, nos 15 dias seguintes. No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

O fiduciante deve pagar ao fiduciário, ou a quem vier a sucedê-lo, uma taxa de ocupação do imóvel. Este se torna exigível desde a data da alienação em leilão até a data em que o fiduciário, ou seu sucessor, se emitir na posse do imóvel.

Na hipótese de insolvência do fiduciante, fica assegurada ao fiduciário a restituição do imóvel alienado fiduciariamente.

Contudo, o fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida ficará sub-rogado no crédito e na propriedade fiduciária.

Sobre a cessão de direitos, pode ser dito que:

- o fiduciário poderá ceder o crédito objeto da alienação fiduciária, o que implicará a transferência, ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia;
- o fiduciante, com anuência expressa do fiduciário, também pode transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações.

O fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do leilão, têm direito à reintegração liminar na posse do imóvel, para desocupação em 60 dias, para o que devem comprovar a consolidação da propriedade em seu nome.

A lei considera ineficaz, e sem qualquer efeito perante o fiduciário ou seus sucessores, a contratação ou a prorrogação de locação de imóvel alienado fiduciariamente por prazo superior a um ano, sem concordância escrita do fiduciário.

Os contratos de compra e venda com financiamento e alienação fiduciária, de mútuo com alienação fiduciária, de arrendamento mercantil, de cessão de crédito com garantia real poderão ser celebrados por instrumento particular, a eles se atribuindo o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito.

[1] A Lei nº 9.514/97 versa sobre a alienação fiduciária de imóveis.

[2] A Lei nº 10.931/04 alterou as características do contrato de alienação fiduciária, admitindo a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis.

[3] Súmula 28 do STJ: "O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor."

[4] "Lícita a utilização dessa garantia nas operações de consórcio, regularmente constituído na forma da Lei nº 5.768/71, dependentes de autorização do Poder Público para funcionamento e sujeitas a sua fiscalização" (*RSTJ* 9/358). "Os consórcios de financiamento, regularmente constituídos, podem efetuar financiamentos mediante a alienação fiduciária de bens em garantia e, por consequência, requerer a busca e apreensão, nos termos do Decreto-lei nº 911/69" (*RT* 624/100).

[5] Eventual saldo positivo será remetido à massa falida. No caso de insuficiência do montante arrecadado com a venda, a financeira poderá habilitar seu crédito, pelo resíduo, no concurso de credores sobre a massa.

[6] A jurisprudência dominante admite a execução do fiador e do avalista pelo saldo devedor (*RTJ* 108/1.078, 111/897). Conforme o STJ, "após a venda extrajudicial do bem, sem a participação do devedor, a obrigação de pagamento do saldo é pessoal do devedor, desaparecendo a garantia da fiança" (*RT* 675/228 e *RSTJ* 18/447).

[7] *RT* 661/163.

[8] *RTJ* 95/868.

35

Franquia Empresarial (*Franchising*)



35.1Noção

Embora a pré-história das franquias remonte à Inglaterra medieval, foi nos anos 50 do século XX que o sistema ganhou projeção, nos Estados Unidos, com o advento das redes McDonald's e Dunkin' Donuts, entre outras. No Brasil, como efeito da globalização sobre as práticas empresariais, o*franchising* só chegou três décadas depois, para alcançar maturidade profissional na transição do milênio, com a decisiva influência da Internet e o aprimoramento das relações entre franqueadores e franqueados.

Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.[1] A própria conceituação legal de franquia como um sistema traduz a falta de uniformidade sobre sua natureza jurídica. Realmente, todas as concepções formuladas na doutrina nacional levam à conclusão de que não se trata de um contrato convencional perfeitamente delineado.

Pelo quanto se disse, já se percebe que é um contrato de prestações recíprocas e sucessivas que pode ser rotulado como *eclético*, porque resulta da combinação de várias outras modalidades de pacto. Envolve cessão de direitos, licença de marca, prestação de serviços, compra e venda e distribuição, para dizer o mínimo.

Nesse ponto, basta assinalar que seu objetivo final é otimizar a comercialização de determinados produtos ou serviços.

Ao esboçar o perfil da franquia, verifica-se que não se trata de singela licença para utilização de marca, mas de sistema de distribuição de bens e serviços distinto da concessão mercantil, envolvendo complexo suporte organizacional, ainda que o licenciamento entremostre-se como sua característica essencial. Para compreender bem o fenômeno empresarial em tela, há que se ter três técnicas básicas:

- *engineering*;
- *management*; e
- *marketing.*

Na explicação funcional de cada um, Luiz Edmundo Appel Bojunga lembra que "através do *engineering* o franqueador elabora o plano e as especificações gerais para a instalação do franqueado", e destaca seu papel de padronização formal do visual da rede. O *management* consiste no "treinamento e formação administrativa do franqueado", incluindo-se "o recrutamento, treinamento e a capacitação operacional do negócio", para não dizer o processo produtivo dos bens e serviços. Por meio do marketing

> "o franqueador fornece ao franqueado os métodos, meios e técnicas de comercialização, estudos de mercado, propaganda a níveis internacionais, nacionais, regionais ou locais, vendas e eventos promocionais e constante lançamento de novos produtos ou serviços".[2]

35.2Partes

A franquia envolve duas partes:

- franqueador (*franchisor*); e
- franqueado (*franchisee*).

O franqueador é o concedente, titular dos direitos de exclusividade da propriedade industrial que se transfere pelo contrato. O franqueado é o licenciado que, adquirindo a franquia, operacionaliza a distribuição dos respectivos produtos e serviços.

Como lembra Jorge Pereira Andrade, há dois tipos de franqueados: *master* franqueado e simplesmente franqueado. Sobre o *master* franqueado, comenta:

> "O primeiro será sempre muito mais importante, de vez que nesta condição pode subfranquiar a terceiros interessados, desde que estejam em sua zona geográfica, pois neste tipo o franqueador delimita a região. Na subfranquia haverá sub-rogação de todas as condições impostas ao *master* franqueado, que não poderá modificá-las, em decorrência do contrato, geralmente, com cláusula rescisória.
>
> O franqueado sempre será pessoa jurídica, pois só nesta condição (pessoa de direito privado) é que poderá subfranquiar a marca a terceiros, de acordo com o

Código de Propriedade Industrial, artigo 62. Só as pessoas jurídicas podem solicitar registro de marcas e, por conseguinte, somente elas podem cedê-la, o que possibilita a averbação no INPI (Resolução nº 35, de 29-6-1992, do INPI).”

35.3Obrigações do franqueador

Sempre que o franqueador tiver interesse na implantação de sistema de franquia empresarial, deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma Circular de Oferta de Franquia (COF), por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo obrigatoriamente as seguintes informações:[3]

- histórico resumido, forma societária e nome completo ou razão social do franqueador e de todas as empresas a que esteja diretamente ligado, bem como os respectivos nomes de fantasias e endereços;
- balanços e demonstrações financeiras da empresa franqueadora relativos aos últimos exercícios;
- indicação precisa de todas as pendências judiciais em que estejam envolvidos o franqueador, as empresas controladoras e titulares de marcas, patentes e direitos autorais relativos à operação e seus subfranqueadores, questionando especificamente o sistema da franquia em que possam diretamente vir a impossibilitar o funcionamento da franquia;
- descrição detalhada da franquia, descrição geral de negócios e das atividades que serão desempenhadas pelo franqueado;
- perfil do “franqueado ideal” no que se refere a experiência anterior, nível de escolaridade e outras características que deve ter, obrigatória ou preferencialmente;
- requisitos quanto ao envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio;
- total estimado do investimento inicial necessário à aquisição, implantação e entrada em operação da franquia;
- valor da taxa inicial de filiação ou taxa de franquia e de caução;
- valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e suas condições de pagamento;
- informações claras quanto a taxas periódicas e outros valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador ou a terceiros por este indicados, detalhando as respectivas bases de cálculo e o que as mesmas remuneram ou o fim a que se destinam, indicando, especificamente, o seguinte:

a.remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca dos serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado (*royalties*);
b.aluguel de equipamentos ou ponto comercial;
c.taxa de publicidade ou semelhante;
d.seguro mínimo;
e.outros valores devidos ao franqueador ou a terceiros que a ele sejam ligados.
•relação completa de todos os fornecedores, subfranqueados e subfran queadores da rede, bem como dos que se desligaram nos últimos 12 meses, com nome, endereço e telefone;
•em relação ao território, deve ser especificado se é garantido ao franquea do exclusivamente ou se há preferência sobre determinado território de atuação e, caso positivo, em que condições o faz; bem como a possibilidade de o franqueado realizar vendas ou prestar serviços fora de seu território ou realizar exportações;
•informações claras e detalhadas à obrigação do franqueado de adquirir quaisquer bens, serviços ou insumos necessários à implantação, operação ou administração de sua franquia, apenas de fornecedores indicados e aprovação pelo franqueador, oferecendo ao franqueado relação completa desses fornecedores;
•indicação do que é efetivamente oferecido ao franqueado pelo fran queador, no que se refere à supervisão de rede, serviços de orientação prestados ao franqueado:
a.treinamento do franqueado e seus funcionários, especificando duração, conteúdo e custos;
b.manuais de franquia;
c.auxílio na análise e escolha do ponto onde será instituída a franquia;
d.*layout* e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado.
•situação perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) das marcas ou patentes cujo uso estará sendo autorizado pelo franqueador;
•situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em relação a *know how* ou segredo de indústria a que venha a ter acesso em função da franquia;
•situação do franqueado, expirado o contrato de franquia, sobre implantação de atividade concorrente da atividade de franqueador;
•modelo do contratopadrão e, se for o caso, também do précontrato padrão de franquia adotado pelo franqueador, com texto completo, inclusive dos respectivos anexos e prazo de validade.

A Circular Oferta de Franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no prazo mínimo de 10 dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este. No descumprimento, o franqueado poderá suscitar a anulabilidade do contrato e exigir devolução de todas as quantias pagas ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e*royalties*, devidamente corrigida, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança, mais perdas e danos. Também assim, se o franqueador veicular informações falsas na Circular. Tudo sem prejuízo das sanções penais respectivas.

35.4Obrigações do franqueado

São obrigações do franqueado:

- comercializar exclusivamente produtos franqueados;
- adquirir a matériaprima indicada pelo franqueador;
- utilizar os equipamentos constantes do projeto de instalação;
- cobrar os preços fixados pelo franqueador;
- pagar pela utilização da franquia;
- formar e preparar pessoal conforme os padrões do franqueador.

35.5Contrato de franquia

O contrato-padrão de franquia deve ser sempre escrito e assinado na presença de duas testemunhas e terá validade independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público.

Aplicam-se ao contrato de franquia empresarial as normas gerais sobre os contratos constantes do Código Civil. Na verdade, a franquia envolve um complexo de vários contratos, salientando-se o de licença para exploração de patente, o de licença para exploração de marca e o de fornecimento de *know-how* (tecnologia industrial).

O contrato de franquia constitui-se em contrato complexo, de natureza híbrida, regulado pela Lei nº 8.955/94 e, nessas condições, as obrigações assumidas pelo franqueado, dentre elas as trabalhistas, não são transferidas para o franqueador. A franquia engloba apenas a utilização da marca, do nome e do material necessário ao exercício da atividade comercial. Não existe subordinação jurídica ou interferência na administração entre franqueador e franqueado. O primeiro, apenas concede ao franqueado os meios necessários à comercialização de seus produtos. O segundo, não

pode ser considerado comissionário, representante, empregado ou filial do franqueador. E, embora tenha o franqueador o direito de exigir que o franqueado siga certas normas de produção ou comercialização, são considerados empresários distintos e independentes.[4]

Também é interessante destacar que, como o contrato de franquia é um contrato de adesão, unilateralmente elaborado pela franqueadora, que impõem todas as cláusulas que regem a relação com o franqueado, a jurisprudência reconhecia, em geral, a abusividade da cláusula de eleição de foro, pois impossibilita ao franqueado efetuar regular defesa no Juízo contratualmente eleito, face à desigualdade da situação econômica, decorrente do próprio contrato de franquia.[5]

Hoje, é orientação jurisprudencial dominante a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de franquia, razão pela qual não se acolhe a alegação de abusividade da cláusula de eleição de foro pelo simples argumento de tratar-se de contrato de adesão.

O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito ao âmbito de incidência da Lei nº 8.078/90, certo que o franqueado não é consumidor de produtos ou serviços da franqueadora, mas aquele que os comercializa junto a terceiros, estes sim, os destinatários finais.

---

[1] Art. 2º da Lei nº 8.955/94.

[2] *RT* 653/56.

[3] Art. 3º da Lei nº 8.955/94.

[4] TRT 15º R. – Proc. 37724/04 – Rel. Juíza Mariane Khayat Fonseca do Nascimento – *DOESP* 5-11-2004.

[5] STJ – CC 32.877/SP – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – *DJU* 7-4-2003.

36

Representação Comercial Autônoma



36.1Noção

Representante comercial autônomo é o empresário (pessoa física ou jurídica) que, sem relação de subordinação hierárquica trabalhista, desempenha, em caráter não eventual, por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios, agenciando propostas ou pedidos, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.[1]

Requião *(133, v. 1 : 192)* vislumbra dois tipos de representantes comerciais:

> "Sob o aspecto profissional, com repercussões consideráveis no estudo jurídico da figura do representante comercial, não podemos deixar de considerar dois tipos do exercício da representação comercial: um tipo, mais rudimentar, no qual a atividade se apresenta através do *vendedor autônomo*, sem uma organização a sustentar-lhe o desenvolvimento; outro, no qual a atividade é realizada sob a *forma empresarial*, que se assenta numa organização complexa de bens, destinada à produção de serviços e circulação de mercadorias.

Em um e em outro caso vislumbramos no representante comercial, seja agindo rudimentarmente ou com uma organização em seu prol, um comerciante. Pouco importa que sua atividade repouse preponderantemente na sua capacidade individual de trabalho, pois, malgrado essa atividade seja também pessoal, não desclassifica, como vimos, a comercialidade da mediação. O representante comercial autônomo, sem uma organização, agindo em estilo artesanal, com base em seu trabalho pessoal, seria apenas um pequeno comerciante ou pequeno empresário, no sentido do Decreto-Lei nº 486, de 1969, e de seu Regulamento (Dec. nº 64.567/69) (*vide no 83 supra*). Com muito mais forte razão, todavia, a comercialidade se acenta na hipótese de a representação comercial ser exercida através de uma empresa, seja individual ou coletiva, esta sob a forma de sociedade que, assim, assumirá a feição indeclinável de sociedade mercantil."

36.2Representante comercial

Mesmo sem registro profissional regular o representante faz jus à remuneração, como mediador de negócios comerciais, assente na jurisprudência que o art. 5º da Lei de regência é inconstitucional. Trata-se de dispositivo que colide com a norma constitucional assecuratória do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.[2]

Isso não significa que o registro do representante junto ao Conselho Regional seja facultativo. É obrigatório. A inobservância do registro acarreta processo administrativo disciplinar no âmbito do respectivo Conselho e a imposição de sanções administrativas.

São requisitos para o registro:

- prova de identidade;
- prova de quitação com o serviço militar, quando a ele obrigado;
- prova de estar em dia com as exigências da legislação eleitoral;
- folha corrida de antecedentes, expedida pelos cartórios criminais das comarcas em que o registrado houver sido domiciliado nos últimos dez (10) anos;
- quitação com o imposto sindical; e
- prova de sua existência legal, se pessoa jurídica.

A lei estabelece vedações destinadas a proteger a representação comercial. Assim, tratando-se de contrato celebrado entre empresários, não pode ser representante comercial quem não pode ser empresário. Nessa proibição está incluído o falido não reabilitado. Também não poderá fazê-lo aquele cujo registro foi cancelado, pelo Conselho Regional, como penalidade, e quem tenha sido condenado por falsidade (quaisquer delitos sob a epígrafe *dos crimes contra a fé pública*, estelionato, apropriação indébita, contrabando, roubo, furto, lenocínio ou crimes sancionados também com a perda de cargo público, ou, ainda, outras infrações penais que a lei reputa infamantes e incompatíveis com a prática da atividade empresarial.

36.3Requisitos do contrato

Além dos requisitos comuns de validade inerentes a todos os contratos e daqueles que, no caso concreto, as partes acordarem, são requisitos mínimos obrigatórios do contrato de representação comercial:

- condições e requisitos gerais da representação;
- indicação genérica ou específica dos produtos ou artigos objeto da representação;

•prazo certo ou indeterminado da representação;
•indicação da zona ou zonas em que será exercida a representação;
•garantia ou não, parcial ou total, ou por certo prazo, da exclusividade de zona ou setor de zona;
•retribuição e época do pagamento, pelo exercício da representação, dependente da efetiva realização dos negócios, e recebimento, ou não, pelo representado, dos valores respectivos;
•os casos em que se justifique a restrição de zona concedida com exclusividade;
•obrigações e responsabilidades das partes contratantes;
•exercício exclusivo ou não da representação a favor do representado;
•indenização devida ao representante, pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35 da lei de regência, cujo montante não será inferior a 1/12 do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação.

Tratando-se de contrato a prazo certo, à indenização corresponderá importância equivalente à média mensal da retribuição auferida até a data da rescisão, multiplicada pela metade dos meses resultantes do prazo contratual. Por prazo indeterminado será todo contrato que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato, com ou sem determinação de prazo. Também assim, o contrato determinado, cujo prazo inicial foi prorrogado tácita ou expressamente.

É vedada no contrato de representação comercial a inclusão de cláusulas *del credere.*

Se qualquer das partes denunciar, injustificadamente, o contrato de representação ajustado por tempo indeterminado e que haja vigorado por mais de seis meses, deverá, salvo outra garantia prevista no contrato, conceder aviso prévio, com antecedência mínima de 30 dias, ou pagar quantia equivalente a 1/3 das comissões percebidas pelo representante, nos três meses anteriores.

36.4Justa causa para rescisão

Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representado:

•a desídia do representante no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato;
•a prática de atos que importe descrédito comercial do representado;

•a falta de cumprimento de quaisquer obrigações inerentes ao contrato de representação comercial;
•a condenação definitiva por crime considerado infamante;
•força maior (art. 35).

Por outro lado, constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representante:

•redução de esfera de atividade do representante em desacordo com as cláusulas do contrato;
•a quebra direta ou indireta da exclusividade, se prevista no contrato;
•a fixação abusiva de preços em relação à zona do representante, com o exclusivo escopo de impossibilitar-lhe ação regular;
•o não pagamento de sua retribuição na época devida;
•força maior (art. 36).

Para julgamento das questões oriundas do contrato, é competente a Justiça Comum e o foro do domicílio do representante. A jurisprudência permite o uso da ação monitória no lugar da ação de cobrança pelo procedimento sumário, desde que evidentemente presentes os requisitos para a viabilidade daquela, pois deve-se franquear ao credor os meios mais expeditos à satisfação de direitos oriundos de relações jurídicas que contam com especial proteção legislativa.[3]

A Justiça do Trabalho não é competente para julgar ação indenizatória oriunda de representação comercial, envolvendo pessoas jurídicas. É que o suposto dano não decorre de relação de trabalho, mas de relação mercantil.[4] A representação comercial se caracteriza, entre outros fatores, pela ausência de subordinação, que é um dos elementos da relação de emprego.[5]

Se falido o representado, as importâncias por ele devidas ao representante comercial, inclusive comissões vencidas e vincendas, indenização e aviso prévio, serão créditos privilegiados na solução do passivo falencial, ostentando a mesma natureza dos créditos trabalhistas.

Prescreve em cinco anos a ação do representante comercial para pleitear a retribuição que lhe é devida e os demais direitos que lhe são legalmente garantidos.

36.5Obrigações do representante

São deveres do representante:

•fornecer ao representado, quando lhe for solicitado, informações detalhadas sobre o andamento dos negócios a seu cargo, devendo

dedicar-se à representação, de modo a expandir os negócios do representado e promover seus produtos;
•não conceder abatimentos, descontos ou dilações;
•agir de acordo com as instruções do representado;
•observar a exclusividade da representação expressamente ajustada;
•não praticar atos que caracterizem desídia profissional.

Caracterizam-se como faltas no exercício da profissão de representante comercial todas as condutas que, dolosa ou culposamente, acarretem prejuízo aos interesses confiados aos cuidados do representante comercial, e também:

•por qualquer meio, contribuir para o exercício da profissão aos que estiverem proibidos, impedidos ou não habilitados a exercê-la;
•promover ou facilitar negócios ilícitos, bem como quaisquer transações que prejudiquem interesses da Fazenda Pública;
•violar o sigilo profissional;
•negar as competentes prestações de contas, recibos de quantias ou documentos;
•recusar a exibição da carteira profissional, quando solicitada por quem de direito.

Inexistindo expressa cláusula contratual em contrário, o representante comercial poderá exercer sua atividade para mais de um representado e empregá--la em outros ramos de negócios. Também é facultado ao representante contratar com outros representantes comerciais a execução dos serviços relacionados com a representação. Ao representante contratado, no caso de rescisão de representação, será devida pelo representante contratante a participação no que houver recebido da representada a título de indenização e aviso prévio, proporcionalmente às retribuições auferidas pelo representante contratado na vigência do contrato.

36.6Obrigações do representado

Deve o representado:

•pagar as comissões do representante até o dia 15 do mês subsequente ao da liquidação da fatura, se outro prazo não for pactuado;
•pagar a comissão devida ao representante, se o comprador não manifestar recusa por escrito, nos prazos de 15, 30, 60 ou 120 dias, conforme se trate de comprador domiciliado, respectivamente, na

mesma praça, em outra do mesmo Estado, em outro Estado ou no estrangeiro;

•respeitar a cláusula de exclusividade de zona.

O representante comercial não receberá comissão se houver insolvência do comprador, bem como se o negócio for por ele desfeito ou se sustada a entrega de mercadorias devido à situação comercial do comprador, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a liquidação.

---

[1] Lei nº 4.886/65 modificada pela Lei nº 8.420/92.

[2] STJ – REsp 26.388/SP – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 10-8-1993 – *DJ* 6-9-1993.

[3] STJ – REsp 779.798/DF – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 25-9-2006 – *DJ* 23-10-2006.

[4] STJ – CC 77.034/SP – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 27.6.2007 – *DJ* 1º-8-2007.

[5] STJ – CC 60.814/MG – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 27-9-2006 – *DJ* 13-10-2006.

37

Agência/Distribuição e Concessão



37.1Cooperação interempresarial

A cooperação formal entre empresários não é singela opção, mas estratégia necessária para viabilizar o atendimento da demanda, para abrir alternativas na disputa de posições favoráveis nas diversas zonas do mercado, para disponibilizar novos produtos e para possibilitar a ampliação territorial dos núcleos de captação de negócios.

Essa cooperação é formalizada por diversas modalidades de contratos, entre as quais aqui se confere relevo, sinteticamente, ao agenciamento com ou sem distribuição e à concessão comercial.

Já tendo examinado, nos capítulos anteriores, a representação comercial autônoma e a franquia, reservamos este segmento para a agência/distribuição e para a distribuição por concessão, por entender que tanto a representação comercial como a franquia possuem singularidades que não recomendam sua abordagem junto com estas modalidades de distribuição.

37.2Agência/distribuição

Nos termos do art. 710 do CC, pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculo de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada.

Ainda segundo o estatuto civil, quando o agente tem à sua disposição a coisa a ser negociada, trata-se de contrato de distribuição. Em poucas palavras, no primeiro caso, simplesmente agencia; no segundo, distribui.

São, pois, elementos desse modo de cooperação interempresarial:

a)assunção pelo empresário agente, do encargo de promover negócios;
b)em caráter não eventual;
c)à conta de um empresário proponente;
d)do qual não é dependente;
e)mediante retribuição;
f)em determinado espaço do mercado;
g)com disponibilidade do produto (distribuição) ou sem (agência).

Na conceituação legal destaca-se a referência à *zona determinada*, vale dizer, espaço mercantil de atuação do agente ou do distribuidor. Dela decorrem as regras básicas do contrato em tela.

A regra do art. 711 trata da exclusividade. De um lado, o proponente não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica incumbência. Também não deve realizar negócios diretos na zona coberta pelo agente, senão aqueles mediados por este. Por isso, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem sua interferência (art. 714).

De outra parte, não pode o agente assumir o encargo de, nessa zona determinada, tratar de negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes.

Além desses direitos e obrigações recíprocos, o agente/distribuidor faz jus à remuneração (comissão de agenciamento ou comissão de distribuição), cujo desembolso é precisamente o principal dever atribuído ao proponente.

Embora não exista vinculação absoluta do proponente aos pedidos agenciados, duas regras relativizam sua discricionariedade:

a)(art. 715) o agente ou o distribuidor tem direito à indenização se o proponente, sem justa causa, cessar o atendimento das propostas ou reduzi-lo tanto que se torne antieconômica a continuação do contrato; e
b)(art. 716) a remuneração será devida ao agente também quando o negócio deixar de ser concluído por fato imputável ao proponente.

Ao agente/distribuidor incumbe agenciar e/ou distribuir as mercadorias do proponente. Por isso, o art. 712 impõe ao agente atuar com toda diligência, atendo-se às instruções recebidas do proponente, o que lhe garante segurança no desempenho da atividade, mas circunscreve seu limite de atuação na zona em que detém exclusividade. O art. 713 lhe atribui todas as despesas com a agência ou a distribuição, salvo estipulação contratual noutro sentido.

Quanto à extinção do contrato, o art. 720 dispõe que tratando-se de contrato por tempo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de 90 (noventa) dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente. Portanto, o contrato pode, também, ter prazo determinado, cujo decurso descompromissa o proponente e o agente/distribuidor, solucionadas que sejam as pendências sobre obrigações emergentes de negócios agenciados ou em fase de conclusão.

Supletivas das regras sobre agência/distribuição são as pertinentes ao mandato e à comissão, bem como as integrantes de leis especiais. É o que diz o art. 721 do CC.

37.3Outras modalidades de distribuição

Claro que o CC não pretende exaurir o elenco de espécies de contratos de distribuição, limitando-se a estabelecer padrões. Aquelas espécies contratuais não positivadas serão pautadas pelo regime de direitos e obrigações expressos por suas cláusulas, desde que, em razão de sua atipicidade, observem as regras gerais fixadas no CC (art. 425), admitida a integração analógica de seus hiatos com respaldo na concessão comercial, na comissão ou no mandato, conforme o caso.

37.4Concessão comercial de veículos automotores

A Lei nº 6.729/79 (modificada pela Lei nº 8.132/90) regulamenta a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre.

Em linhas gerais, trata-se de distribuição por concessão cujo objeto principal é a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes fabricados ou fornecidos pelo empresário produtor. Secundariamente integram o objeto dessa modalidade contratual:

a)a prestação de assistência técnica (inclusive garantia e revisão); e

b)a identificação do concessionário mediante o uso gratuito da marca do concedente.

Compreende-se na concessão, reza o art. 7º da Lei de regência, a quota de veículos definida e ajustada segundo a expectativa de mercado, a aptidão de comercialização do concessionário, a capacidade de mercado da área demarcada e a rotatividade dos estoques do concessionário.

Predita concessão comercial observa forma escrita padronizada para cada marca de veículo e especifica:

•produtos;
•área demarcada;
•distância mínima entre concessionários;
•quotas de veículos; e
•requisitos do concessionário (financeiros, administrativos, contábeis, capacidade técnica, instalações, equipamentos e mão de obra especializada).

A regra é a concessão por prazo indeterminado, conquanto inicialmente possa observar o prazo determinado mínimo de 5 (cinco) anos, com prorrogação automática à míngua de manifestação contrária de uma das partes.

Ao concessionário é vedado comercializar veículos automotores novos fabricados ou fornecidos por outro produtor, mas lhe é assegurada preferência na comercialização de outros produtos lançados pelo concedente, de classe diversa, bem como participar das modalidades auxiliares de venda por aquele encetadas (consórcios, sorteios, planos de financiamento e *leasing*). Assiste-lhe a fixação do preço dos veículos ao consumidor.

Consoante o art. 5º são inerentes à concessão a área operacional de responsabilidade do concessionário e a fixação de distâncias mínimas entre estabelecimentos de concessionários da mesma rede (a área pode possuir mais de um). Ao concessionário não é permitido realizar o objeto do contrato, mesmo por prepostos, fora da área demarcada.

O produtor concedente não está impedido de comercializar veículos diretamente (sem atuação ou pedido do concessionário) à Administração Pública direta ou indireta, a Corpo Diplomático ou a clientes especialmente ajustados com sua rede de distribuição.

O concessionário só pode vender veículos novos a consumidores, obstada a venda para fins de revenda, ressalvados os casos de vendas destinadas ao mercado externo e operação entre concessionárias da mesma rede.

A resolução contratual pode ocorrer:

a)pela expiração do prazo determinado;
b)por acordo das partes;
c)por força maior; ou
d)por iniciativa de uma das partes em virtude de infração contratual praticada pela outra.

38

Contrato de Seguro



38.1Direito positivo

Do seguro se ocupam os arts. 757 *usque* 802 do CC. Assim, pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados (art. 757).

38.2Caráter mercantil do seguro

Somente pode ser parte no contrato de seguro, como segurador, entidade legalmente autorizada para essa atividade, vale dizer, empresa constituída sob a forma de sociedade por ações, (art. 27, § 1º, da Lei nº 4.595/64 e art. 4º, I, da LC nº 126/07). Por isso, por força de lei, os contratos de seguros são mercantis.

Nem poderia ser diferente, uma vez que, historicamente, o seguro vem do mar à terra, da garantia de coisas à garantia de pessoas, sempre operado por empresas sujeitas ao controle de órgãos e entidades públicas.

38.3Notícia histórica

Sem considerar, na Antiguidade, a ascendência do instituto da *Nauticum Foenus*, é possível situar as raízes do contrato de seguro no final da Idade Média, como objeto de diversas*consuetudines* e súmulas marítimas de arbitragem.

De fato, estimulado pelo ciclo de navegações que assinala o ingresso das formações sociais ocidentais na era moderna, o seguro nasceu como prevenção de riscos fundada no comércio marítimo. Ingressou no Brasil quando D. João VI promoveu a abertura dos portos, em 1808, com a

“Companhia de Seguros Boa-Fé”, regulamentado por normas do direito lusitano. O advento do Código Comercial (1850) trouxe as primeiras normas disciplinadoras dos seguros de danos, mas só em 1855 se permitiu a comercialização do seguro de vida, independente do seguro marítimo.

O CC de 1916 dedicou um capítulo para disciplinar os seguros privados, o regime jurídico dos intervenientes e as regras mínimas para o deslinde de litígios entre os contratantes.

O Instituto de Resseguros do Brasil (IRB-Brasil-Re) vem do antigo Decreto-lei nº 1.186, de 3 de abril de 1939, revogado em 1946 pelo Decreto-lei nº 9.735. Trata-se de empresa resseguradora, constituída como sociedade de economia mista com controle acionário da União, vinculada ao Ministério da Fazenda.

O Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, regulou todas as operações de seguros e resseguros e instituiu o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), atualmente constituído pelo Ministro da Fazenda (Presidente), Superintendente da SUSEP (Presidente Substituto), um representante do Ministério da Justiça, um representante do Ministério de Previdência e Assistência Social, um representante do Banco Central do Brasil e um representante da Comissão de Valores Mobiliários.

Incumbe ao CNSP, entre outras atribuições, regular a constituição, a organização, o funcionamento e a fiscalização dos que exercem atividades subordinadas ao Sistema Nacional de Seguros Privados, bem como a eventual aplicação de penalidades; fixar as características gerais dos contratos de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro; e disciplinar a corretagem do mercado e a profissão de corretor.

A Superintendência de Seguros Privados – SUSEP – é autarquia subordinada ao Ministério da Fazenda, desde 1979. É o órgão responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro.

38.4Natureza jurídica e proteção legal

Além das características comuns aos contratos mercantis, os contratos de seguros são aleatórios (eventualidade do sinistro) e sublinhados pela adesão do segurado às estipulações postas pela companhia seguradora.

Portanto, também nos contratos de seguros se apresenta a vulnerabilidade do contratante que adere, sem espaço para discutir o conteúdo do contrato ou cláusula contratual, que lhe é imposto pelo fornecedor.

Esta última característica submete os contratos de seguros, concomitantemente, às estipulações do CDC, no que se refere à aferição da abusividade de cláusulas impostas ao consumidor.

Aliás, o art. 3º, § 2º, do CDC, define *serviço* como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e*securitária*.

Consigne-se que a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo é orientada pelos princípios da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade.

38.5Intervenientes

O seguro está assentado no trinômio (risco/prêmio/indenização eventual). A partir do risco que é sua razão de ser, segue-se o prêmio (contraprestação do segurado) e a indenização se e quando ocorrer o sinistro.

38.6Comprovação

Probatórios do seguro são a apólice ou, conforme o caso, o bilhete de seguro e, ainda, documento comprobatório do pagamento do prêmio.

1) Apólice

Consoante a SUSEP, apólice é o documento emitido pela empresa seguradora formalizando a aceitação da cobertura solicitada pelo proponente, nos planos individuais, ou pelo estipulante, nos planos coletivos.[1]

2) Bilhete de seguro

Já o bilhete de seguro é o documento emitido pelo segurador ao segurado, que substitui a apólice de seguro, que dispensa o preenchimento da proposta de seguro.

Contudo deve ser dito que a apólice, como prova do contrato de seguro, na petição inicial de ação indenizatória, não é imprescindível, se outros elementos constantes nos autos o comprovam. Por exemplo, se consta nos autos o aviso de sinistro que relata o acidente com o número da apólice do seguro.[2]

3) Proposta

A proposta de seguro é o documento escrito no qual o proponente deve declarar os elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco. Antecede a emissão da apólice ou do bilhete de seguro (instrumentos constitutivos), que podem ser nominativos, à ordem ou ao portador.

Quando *à ordem*, as apólices e bilhetes de seguros só transferem mediante endosso em preto. No seguro de pessoas não podem ser emitidas ao portador.

4) Prêmio

O prêmio é o valor que o segurado e/ou estipulante paga à seguradora para ter direito à indenização segurada.

Pelo art. 763 do CC, o segurado em mora quanto ao prêmio, não tem direito à indenização, salvo se purgou a mora, antes do sinistro.

A regra confronta o princípio do equilíbrio das partes no contrato de seguro, colocando o segurado que a ele aderiu em franca desvantagem, uma vez que o inadimplemento parcial da obrigação não pode ser alçado à condição de resolução do contrato, presente a possibilidade de purgação da mora ou mesmo de abatimento no valor da indenização, do *quantum* devido pelo segurado a título de prêmio. Colide com a regra especial do art. 47 do CDC.

Depois, considera-se abusiva a cláusula contratual que prevê o cancelamento ou a extinção do contrato de seguro em razão do inadimplemento do prêmio, sem a prévia constituição em mora do segurado, mediante prévia notificação.

38.7Conteúdo do instrumento constitutivo

São requisitos essenciais: riscos assumidos, termos *a quo* e *ad quem* de validade, limite da garantia (importância segurada), prêmio devido e nome do segurado.

O nome do beneficiário é requisito eventual. O art. 792 do CC dispõe que na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros segundo a ordem de vocação. Na ausência dessas pessoas, poderão ser beneficiários os que, comprovadamente, foram privados dos meios de subsistência, em virtude da morte do segurado.

O contrato de seguro por danos pessoais compreende os danos morais, salvo cláusula expressa de exclusão, reza a Súmula nº 402 do STJ.

38.8Modalidades

São modalidades maiores de seguros, nas quais se alojam diversas subespécies, os seguros de danos (arts. 778 a 788 do CC) e os seguros pessoais (arts. 789 a 802 do CC).

Sem prejuízo dos planos de capitalização e previdência complementar, devem ser mencionados:

a)contrato de seguro de automóvel, nas espécies VMR (Valor de Mercado Referenciado) e VD (Valor Determinado);
b)contrato de seguro residencial;
c)seguro obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT);
d)contrato de seguro de pessoas com coberturas diversas, a saber: morte natural, morte acidental, invalidez permanente total ou parcial por acidente, invalidez laborativa ou funcional por doença, despesas médicas hospitalares e odontológicas, perda de renda, VGBL (Vida Gerador de Benefícios Livres);
e)contratos de seguro de viagem;
f)contrato de seguro educacional;
g)contrato de seguro prestamista;
h)contrato de seguro de transporte;
i)contrato de seguro de crédito interno;
j)contrato de seguro-garantia.

38.9Regras gerais básicas previstas no CC

1)É nulo o contrato para garantia de risco oriundo de dolo;
2)A inocorrência do risco objetivado não isenta o segurado do pagamento do prêmio;
3)O segurado é obrigado a comunicar, logo em seguida, ao segurador, incidente que agrave o risco coberto e, bem assim, o sinistro, sob pena de perder o direito à indenização;
4)A mora do segurador no adimplemento do valor do seguro comporta a atualização monetária da indenização e a incidência de juros moratórios;
5)Quando não pactuada a reposição da coisa, incumbe ao segurador o pagamento em dinheiro do prejuízo decorrente do risco assumido;
6)No seguro de danos, não se inclui na garantia o sinistro emergente de vício intrínseco da coisa segurada, não declarado pelo segurado;
7)No seguro de pessoas, é nula qualquer transação objetivando o pagamento reduzido do capital segurado;

8)No seguro de pessoas, é inadmissível a sub-rogação do segurador nos direitos e ações do segurado ou beneficiário, contra o causador do dano.

38.10Perda do direito à indenização

Adite-se que, de forma geral, ocorre a perda do direito do segurado à indenização quando:

•o sinistro advir de culpa grave ou dolo do segurado ou beneficiário;
•a reclamação de indenização por sinistro evidenciar fraude ou má-fé;
•por qualquer forma (*v. g*. declaração falsa), o segurado, corretor, beneficiários ou ainda seus representantes e prepostos intentarem obter benefícios ilícitos do seguro;
•o segurado agravar dolosamente o risco.

Consoante a Súmula nº 465 do STJ, ressalvada a hipótese de efetivo agravamento do risco, a seguradora não se exime do dever de indenizar em razão da transferência do veículo sem a sua prévia comunicação.

Já pela Súmula nº 537 do STJ, em ação de reparação de danos, a seguradora denunciada, se aceitar a denunciação ou contestar o pedido do autor, pode ser condenada, direta e solidariamente junto com o segurado, ao pagamento da indenização devida à vítima, nos limites contratados na apólice.

38.11Seguro-saúde e doença preexistente

Exemplificando, se a empresa que explora plano de seguro-saúde recebe contribuições de associado, sem submetê-lo a exame, não pode, a pretexto de omissão nas informações do segurado, escusar-se ao pagamento de sua contraprestação. Ao dispensar o exame médico prévio, a seguradora está assumindo o risco.

Nos termos da jurisprudência dominante, a doença preexistente pode ser oposta pela seguradora ao segurado apenas se houver prévio exame médico ou prova inequívoca da má-fé do segurado.[3]

Por outro lado, a contratação de seguro não tem por fito precisamente assegurar tranquilidade quando da ocorrência de eventual sinistro? Pois bem, o descumprimento doloso, mediante singelo pretexto frágil, da obrigação contratual causa evidente dano moral.

38.12Prazos prescricionais

O art. 206, § 1º, do CC, regulamenta a prescrição das ações pertinentes, dispondo que prescreve em 1 ano (inciso II) a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo: (a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador; e (b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão. Também, no § 3º, inciso IX, estatui o lapso prescricional de 3 anos para a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

Quanto à ciência do fato gerador da pretensão, vale observar que, em caso de recusa de pagamento pela seguradora, acarretando o decurso do prazo prescricional, o segurado deve ter ciência inequívoca desse fato, para que volte a fluir o prazo prescricional da pretensão de cobrança da indenização.

Por ciência inequívoca entende-se a insuscetível de dúvidas mediante assinatura do segurado:

–no mandado de notificação judicial; ou;
–no recibo de notificação extrajudicial; ou
–no aviso de recebimento de correspondência enviada por via postal; ou
–em qualquer outro documento que demonstre de formal cabal que o segurado soube da negativa da seguradora e a respectiva data desse conhecimento.

A pura e simples data de correspondência enviada pela seguradora, manifestando a recusa do pagamento não é determinante da ciência inequívoca do segurado a respeito.

O ônus da prova quanto à ciência inequívoca do segurado sobre a recusa de pagamento da indenização pela seguradora desenganadamente é da própria seguradora.

38.13Previsão penal

No § 2º do art. 171, o CP contempla a fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro, modalidade de estelionato em que incorre aquele que (inciso V) “destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro”.

38.14Diretrizes processuais

Sob o aspecto processual, é digno de nota que o CPC adota procedimento comum para a cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, mas ressalva os casos de processo de execução.

Os seguros de vida (parte final do art. 784, VI, do CPC/2015) são títulos executivos extrajudiciais. O art. 833, VI, os declara absolutamente impenhoráveis.

Já, conforme o art. 3º da Lei nº 9.099/95, o Juízo Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento para lides sobre seguro de acidente de veículo, cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo.

Adite-se que compete à Justiça comum estadual processar e julgar as ações de cobrança de indenização securitária cumulada com reparação moral decorrente de descumprimento contratual de seguro de vida em grupo e acidentes pessoais.[4]

38.15Resseguro

O *resseguro* é a operação de transferência de riscos de uma sociedade seguradora (cedente) para um ressegurador, ressalvada a retrocessão (operação de transferência de riscos de resseguro de resseguradores para resseguradores ou de resseguradores para sociedades seguradoras locais).

O *cosseguro* é a operação de seguro em que 2 (duas) ou mais sociedades seguradoras, com a concordância do segurado, distribuem entre si, percentualmente, os riscos de determinada apólice, sem que haja solidariedade entre elas.

Cedente é, pois, a sociedade seguradora que contrata operação de resseguro ou o ressegurador que contrata operação de retrocessão. No conceito se inclui a sociedade cooperativa autorizada a operar em seguros privados que contrata operação de resseguro, desde que a esta sejam aplicadas as condições impostas às seguradoras pelo órgão regulador de seguros.

Consoante o art. 4º da LC nº 126/07, as operações de resseguro e retrocessão podem ser realizadas com os seguintes tipos de resseguradores:

I – essegurador local: ressegurador sediado no Brasil constituído sob a forma de sociedade anônima, tendo por objeto exclusivo a realização de operações de resseguro e retrocessão;

II – ressegurador admitido: ressegurador sediado no exterior, com escritório de representação no Brasil, que, atendendo às exigências previstas na LC e nas normas aplicáveis à atividade de resseguro e retrocessão, tenha sido cadastrado como tal no órgão fiscalizador de seguros para realizar operações de resseguro e retrocessão; e

III – ressegurador eventual: empresa resseguradora estrangeira sediada no exterior sem escritório de representação no país que, atendendo às exigências previstas na legislação brasileira, tenha sido cadastrada como tal no órgão fiscalizador de seguros para realizar operações de resseguro e retrocessão.

Veda-se o cadastro de ressegurador eventual, de empresas estrangeiras sediadas em paraísos fiscais, assim considerados países ou dependências que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior a 20% (vinte por cento) ou, ainda, cuja legislação interna oponha sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade.

Aplicam-se aos resseguradores locais, observadas as peculiaridades técnicas, contratuais, operacionais e de risco da atividade e as disposições do órgão regulador de seguros, as regras estabelecidas para as seguradoras e bem assim as normas pertinentes à intervenção e liquidação de empresas, mandatos e responsabilidade dos administradores.

Equipara-se ao ressegurador local, para fins de contratação de operações de resseguro e retrocessão, o fundo que tenha por único objetivo a cobertura suplementar dos riscos do seguro rural nas modalidades agrícola, pecuária, aquícola e florestal.

São requisitos mínimos para o *ressegurador admitido* e para o *ressegurador eventua*l:

I – estar constituído, segundo as leis de seu país de origem, para subscrever resseguros locais e internacionais nos ramos em que pretenda operar no Brasil e que esteja em atividade, no país de origem, há mais de 5 (cinco) anos;

II – dispor de capacidade econômica e financeira não inferior à mínima estabelecida pelo órgão regulador de seguros brasileiro;

III – ser portador de avaliação de solvência por agência classificadora reconhecida pelo órgão fiscalizador de seguros brasileiro, com classificação igual ou superior ao mínimo estabelecido pelo órgão regulador de seguros brasileiro;

IV – designar procurador, domiciliado no Brasil, com poderes especiais para receber citações, intimações, notificações e outras comunicações; e V – outros requisitos que venham a ser fixados pelo órgão regulador de seguros brasileiro.

No caso do *ressegurador admitido*, reclama-se, ainda:

I – manutenção de conta em moeda estrangeira vinculada ao órgão fiscalizador de seguros brasileiro, na forma e montante definido pelo órgão regulador de seguros brasileiro para garantia de suas operações no Brasil;

II – apresentação periódica de demonstrações financeiras, na forma definida pelo órgão regulador de seguros brasileiro.

Os resseguradores e os seus retrocessionários não respondem diretamente perante o segurado, o participante, o beneficiário ou o assistido, pelo montante assumido em resseguro e em retrocessão, ficando as cedentes que emitiram o contrato integralmente responsáveis pela respectiva indenização.

Sobrevindo a insolvência da cedente, é permitido o pagamento direto ao segurado, ao participante, ao beneficiário ou ao assistido, da parcela de indenização ou benefício correspondente ao resseguro, desde que o pagamento da respectiva parcela não tenha sido realizado ao segurado pela cedente nem pelo ressegurador à cedente, quando houver cláusula contratual de pagamento direto ou quando o contrato de resseguro for considerado facultativo pelo órgão regulador de seguros.

38.16Regras sumuladas pelos tribunais superiores

1.A falta de pagamento do prêmio do seguro obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT) não é motivo para a recusa do pagamento da indenização (Súmula 257 do STJ).

2.O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada (Súmula 246 do STJ).

3.O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão (Súmula 229 do STJ).

4.No seguro de responsabilidade civil facultativo, não cabe o ajuizamento de ação pelo terceiro prejudicado direta e exclusivamente em face da seguradora do apontado causador do dano (Súmula 529 do STJ).

5.A ação de indenização do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano (Súmula 101 do STJ).

6.O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado (Súmula 61 do STJ).

7.A aquisição, pelo segurado, de mais de um imóvel financiado pelo sistema financeiro da habitação, situados na mesma localidade, não

exime a seguradora da obrigação de pagamento dos seguros (Súmula 31 do STJ).
8.O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o juízo federal do seu domicílio ou nas varas federais da capital do estado-membro (Súmula 689 do STF).
9.Subsiste a responsabilidade do empregador pela indenização decorrente de acidente do trabalho, quando o segurador, por haver entrado em liquidação, ou por outro motivo, não se encontrar em condições financeiras, de efetuar, na forma da lei, o pagamento que o seguro obrigatório visava garantir (Súmula 529 do STF).
10.Compete à justiça federal, em ambas as instâncias, o processo e o julgamento das causas fundadas em contrato de seguro marítimo (Súmula 504 do STF).
11.A controvérsia entre seguradores indicados pelo empregador na ação de acidente do trabalho não suspende o pagamento devido ao acidentado (Súmula 434 do STF).
12.A controvérsia entre o empregador e o segurador não suspende o pagamento devido ao empregado por acidente do trabalho (Súmula 337 do STF).
13.São cabíveis honorários de advogado na ação regressiva do segurador contra o causador do dano (Súmula 257 do STF).
14.O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro (Súmula 188 do STF).
15.Prescreve em um ano a ação do segurador sub-rogado para haver indenização por extravio ou perda de carga transportada por navio (Súmula 151 do STF).
16.Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro (Súmula 105 do STF).
17.É válida a utilização de tabela do Conselho Nacional de Seguros Privados para estabelecer a proporcionalidade da indenização do seguro DPVAT ao grau de invalidez também na hipótese de sinistro anterior a 16.12.2008, data da entrada em vigor da Medida Provisória nº 451/08 (Súmula 544 do STJ).

---

[1] *Guia de orientação e defesa do segurado.* 2. ed. Rio de Janeiro: SUSEP, 2006. p. 6.

[2] STJ – REsp 110.030/PE – Rel. Min Castro Meira – j. 28-9-2004 – *DJ* 7-3-2005.

[3] STJ – AgRg no Ag 818.443/RJ – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 1-3-2007 – *DJ* 19-3-2007. Também, STJ – REsp 811.617/AL – Rel. Min. Jorge Scartezzini – j. 21-11-2006 – *DJ* 19-3-2007.

[4] STJ – CC 81.285/SP – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 8-8-2007 – *DJ* 20-8-2007.

39

Contratos de Suporte Empresarial



39.1Transporte e armazenamento

A empresa não prescinde da logística, como segmento responsável pelo provimento de informações, recursos e equipamentos indispensáveis ao desenvolvimento de suas atividades-fins. Assim, o transporte e o armazenamento de coisas, ou seja, o fluxo e a disponibilização segura de suas mercadorias, constituem etapas necessárias do processo de distribuição na direção do consumidor final.

Entre as atividades logísticas, o transporte é atividade primária, enquanto que a armazenagem situa-se entre as atividades secundárias. O primeiro implementa a cadeia de abastecimento, concretizando a intermediação comercial mediante o deslocamento e a entrega de cargas; o segundo, mais que mera estocagem de coisas, implica sua guarda e sua conservação de modo a ensejar seu futuro uso e consumo.

O armazenamento cada vez mais sensibilizado pelas exigências do fluxo célere de coisas e pelas demandas do mercado, tende a adotar sistemas como o *transit point*, procedimento como o *cross docking* e o *merge in transit*, ditados pelas premências da cadeia de abastecimento, transformando os antigos depósitos de distribuição em centros de customização de produtos.

Conquanto a primazia da informação e o gerenciamento dos bancos de dados estimulados pelo comércio eletrônico alterem os canônicos princípios de distribuição de cargas e se curvem à moderna tecnologia de movimentação de materiais, ainda há espaço, no Brasil e em outros países em desenvolvimento, para transportes e armazenamento operados sob esquemas ortodoxos.

Em outras palavras, o direito positivo brasileiro ainda não trata do transporte de coisas e do armazenamento sob uma perspectiva dinâmica, conservando praxes desfocadas da realidade mercantil objetiva, sem atentar

para a necessidade de integrar as atividades de suporte empresarial sob o referencial maior da cadeia de abastecimento. Por isso, sem embargo de regulamentações dispersas, não há um sistema normativo próprio baseado na interação cada vez maior entre os vários momentos do processo produção-distribuição-consumo.

39.2Contrato de transporte de coisas

Depois de destacar que são aplicáveis aos contratos de transporte, em geral, quando compatíveis, desde que não contrariem suas disposições, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais, o CC trata separadamente do transporte retribuído de pessoas e coisas.

Em breve síntese, pelo contrato de transporte uma sociedade empresária (transportadora) se obriga perante outra sociedade empresária (expedidora) que a contrata, à entrega de mercadorias desta, em data e lugar convencionados, a determinado destinatário.

As regras do CC sobre a matéria, notadamente influenciadas pela normação revogada do Código Comercial (arts. 101 e seguintes), se preocupa em identificar as coisas destinadas ao transporte, bem como seu destinatário, enfatizando a importância do conhecimento de transporte.

De fato, reza o art. 744 do CC que, ao receber a coisa, o transportador emiti-rá conhecimento com a menção dos dados que a identifiquem, obedecido o disposto em lei especial. Poderá exigir que o remetente lhe entregue, devidamente assinada, a relação discriminada das coisas a serem transportadas, em duas vias, uma das quais, por ele devidamente autenticada, ficará fazendo parte integrante do conhecimento de transporte.

Anote-se que tratando-se de transporte multimodal[1] de cargas, o conhecimento deverá conter (art. 10 da Lei 9.611/98):

- a indicação “negociável” ou “não negociável” na via original, podendo ser emitidas outras vias, não negociáveis;
- o nome, a razão ou denominação social e o endereço do emitente, do expedidor, bem como do destinatário da carga ou daquele que deva ser notificado, quando não nominal;
- a data e o local da emissão;
- os locais de origem e destino;
- a descrição da natureza da carga, seu acondicionamento, marcas particulares e números de identificação da embalagem ou da própria carga, quando não embalada;
- a quantidade de volumes ou de peças e o seu peso bruto;

•o valor do frete, com a indicação “pago na origem” ou “a pagar no destino”;

•outras cláusulas que as partes acordarem.

Se informações falsas ou inexatas na discriminação das coisas eventualmente levarem o transportador a suportar prejuízo, este poderá se valer do processo judicial, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar daquele ato, sob pena de prescrição, tendo em vista o caráter condenatório da pretensão indenizatória.[2]

Por isso, no momento de receber coisas para transporte, incumbe ao transportador:

a)recusar a coisa cujo transporte ou comercialização não sejam permitidos, ou que venha desacompanhada dos documentos exigidos por lei ou regulamento; e

b)recusar a coisa cuja embalagem seja inadequada, bem como a que possa pôr em risco a saúde das pessoas, ou danificar o veículo e outros bens.

No primeiro caso, a inobservância daquela cautela pode sujeitá-lo até às sanções penais, *v. g.*, da receptação. Exemplificando, é objetiva a responsabilidade imposta a transportadores flagrados com mercadorias importadas sem a regular prova de sua importação.

No segundo, para se eximir de responsabilidade deverá comprovar que eventual inadequação da embalagem é imputável ao expedidor.

Nunca é demais lembrar que, uma vez na posse da mercadoria para transporte, a empresa transportadora torna-se depositária dela.

39.2.1 *Deveres do transportador*

Os arts. 744, 749 e 750 do CC enunciam os deveres fundamentais do transportador. *Dever de recepção* das mercadorias em data e local pactuados com a sociedade expedidora. *Dever de documentação*, consistente na emissão do conhecimento de transporte, nos termos do art. 744, documento probatório da recepção da mercadoria pelo transportador e que será exibido pelo destinatário ao retirá-la. *Dever de conservação*, ao asseverar que deve conduzir a coisa ao seu destino, tomando todas as cautelas necessárias para mantê-la em bom estado, sob pena de responder por perdas e avarias a que der causa. *Dever de pontualidade*, posto que deve entregá-la no prazo ajustado ou previsto.

Conquanto o CC não enfatize a obrigação do transportador consistente em observar o itinerário ajustado, deve ser lembrado, com Fran Martins (*2000: 225*) que, muitas vezes, “para salvaguardar suas responsabilidades,

o transportador inclui no contrato de transporte uma cláusula segundo a qual poderá o itinerário ser alterado sem responsabilidade para ele".

Vale a pena mencionar a não rara ocorrência de roubo de mercadorias em trânsito, que pode configurar força maior excludente da responsabilidade do transportador, se este comprovar que adotou toda a diligência e precauções a que está obrigado.

O art. 748 contempla a possibilidade de o remetente modificar a consignação, ou seja, determinar que a mercadoria seja entregue a outro destinatário. Se, por um lado, o transportador tem o dever de aceitar a variação, em contrapartida tem o direito a receber os acréscimos (reajuste do frete), além das perdas e danos que ocorrerem.

Nessa direção, cumpre observar que se o transporte não puder ser feito ou sofrer solução de continuidade, o transportador solicitará, imediatamente, instruções ao remetente, e zelará pela coisa, por cujo perecimento ou deterioração responderá, salvo motivo de força maior.

Adite-se que, consoante a Súmula 161 do STF, em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar. Não tem eficácia.

Esclarece o art. 753, § 1º, que, se perdurar o impedimento, sem motivo imputável ao transportador e sem manifestação do remetente, poderá aquele depositar a coisa em juízo, ou vendê-la, obedecidos os preceitos legais e regulamentares, ou os usos locais, depositando o valor e informando o remetente.

Pode, ainda, o transportador optar pela manutenção da coisa, depositando-a em seus próprios armazéns. Adotada essa alternativa, ainda mais se justifica sua responsabilidade de guarda e conservação. É certo que a remuneração pela custódia poderá ser ajustada mediante contrato ou se conformará aos usos adotados, conforme o sistema de transporte.

A responsabilidade do transportador é limitada ao valor constante do conhecimento de transporte. Seu fato gerador é a recepção da coisa por ele ou por seus prepostos. Cessa naturalmente quando o objeto do transporte é entregue ao destinatário. Cessa também quando a coisa é depositada em juízo, se aquele não for encontrado.

As mercadorias devem ser entregues ao destinatário ou ao endossatário do conhecimento, mas se pairar dúvida acerca de quem seja o devido destinatário, o transportador deve colher instruções do remetente. Na impossibilidade desta providência, poderá consignar a mercadoria em juízo ou até vendê-la se presente a possibilidade de deterioração, depositando o saldo em juízo.

Quem receber a coisa deve apresentar as reclamações que tiver sobre a mercadoria, sob pena de prescrição da pretensão indenizatória, assistindo-

lhe *v. g.* a reserva de repesagem. Havendo perda parcial ou avaria debitada a vício intrínseco, ao destinatário é assegurado o direito de ação contra o transportador. Condição especial da ação é a denúncia do dano, no prazo de 10 (dez) dias a contar da entrega.

Por isso, na expedição, o transportador poderá exigir que o remetente lhe entregue, devidamente assinada, a relação discriminada das coisas a serem transportadas, em duas vias, uma das quais, por ele devidamente autenticada, ficará fazendo parte integrante do conhecimento de transporte.

No transporte por via marítima, diz a Súmula 109 do STJ, o reconhecimento do direito a indenização, por falta de mercadoria, independe de vistoria.

39.2.2 *Outras normas sobre transportes*

Os cinco modais de transporte de cargas (rodoviário, ferroviário, aquaviário, dutoviário e aéreo) possuem perfis demarcados pela sua sintonia com as características de serviços, custos e natureza das coisas que movimentam. Cada um observa normações jurídicas adequadas ao seu perfil.

Ante a impossibilidade espacial de invadir toda a casuística da matéria, segue um elenco básico de normas brasileiras sobre transportes:

a)Arts. 566 a 632 do Código Comercial: Dispõem sobre fretamentos.
b)Arts. 261 e 262 do Código Penal: Tipificam como crime o atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial, aéreo ou de qualquer outro meio.
c)Decreto nº 2.681/1912: Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro.
d)Decreto-lei nº 116/67 regulamentado pelo Decreto nº 64.387/69: Dispõe sobre as operações inerentes ao transporte de mercadorias por via d'água nos portos brasileiros, delimitando suas responsabilidades e tratando das faltas e avarias.
e)Lei nº 7.029/82: Regulamenta o transporte dutoviário de álcool.
f)Lei nº 7.565/86: Institui o Código Brasileiro de Aeronáutica.
g)Decreto nº 96.044/88: Aprova o regulamento para o transporte rodoviário de produtos perigosos.
h)Decreto nº 1.832/96: Aprova o regulamento dos transportes ferroviários.
i)Lei nº 9.432/97: Dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário.

j)Lei nº 9.611/98 regulamentada pelo Decreto nº 3.411/2000: Dispõe sobre o transporte multimodal de cargas.
k)Lei nº 10.209/2001: Institui o vale-pedágio obrigatório sobre o transporte rodoviário de cargas.
l)Lei nº 10.233/2001: Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes.

39.3Contrato de depósito em armazéns gerais

O contrato de depósito em armazém geral (armazenamento) obriga esta sociedade empresária à guarda e conservação de mercadorias do empresário contratante, com a obrigação de devolvê-las mediante a apresentação do respectivo recibo ou, se for o caso, do *warrant* e do conhecimento de depósito que pode emitir a pedido do contratante.

As empresas ou companhias de docas que recebem em seus armazéns mercadorias de importação e exportação, os concessionários de entrepostos e trapiches alfandegados só poderão emitir aqueles títulos, mediante autorização do Governo Federal.

A partir do depósito, o armazém geral se obriga pela armazenagem durante 6 (seis) meses, prazo suscetível de prorrogação, sem prejuízo do direito do contratante à devolução das mercadorias, a qualquer tempo. Contudo, após o decurso daquele prazo, a mercadoria será tida por abandonada e o armazém geral dará aviso ao depositante, marcando-lhe o prazo de oito dias improrrogáveis, para a retirada da mercadoria contra a entrega do recibo ou dos títulos emitidos.

Findo este prazo, que correrá do dia em que o aviso for registrado no correio, o armazém geral mandará vender a mercadoria por corretor ou leiloeiro, em leilão público, anunciado com antecedência de, pelo menos, 3 (três) dias.

As empresas de armazéns gerais (art. 11 do Decreto nº 1.102/1903) respondem pela guarda, conservação e pronta entrega das mercadorias que tiverem recebido em depósito, salvo nos casos de avarias ou vícios decorrentes da natureza ou acondicionamento das mercadorias, ou força maior. Também respondem pela culpa, fraude ou dolo de seus empregados e prepostos e pelos furtos acontecidos aos gêneros e mercadorias dentro dos armazéns.

Nos armazéns gerais podem ser recebidas mercadorias da mesma natureza e qualidade, pertencentes a diversos donos, guardando-se misturadas, reza o art. 12. Para este gênero de depósito deverão os armazéns gerais dispor de lugares próprios e se aparelhar para o bom desempenho do serviço.

Nesse caso, o armazém geral não é obrigado a restituir a própria mercadoria recebida; pode entregar mercadorias da mesma qualidade. Entretanto, responde pelas perdas e avarias da mercadoria, ainda mesmo no caso de força maior.

De outra parte, os armazéns gerais têm o direito de retenção para garantia do pagamento:

- das armazenagens e despesas com a conservação e com as operações, benefícios e serviços prestados às mercadorias, a pedido do dono;
- dos adiantamentos feitos com fretes e seguro; e
- das comissões e juros, quando as mercadorias lhes tenham sido remetidas em consignação.

Também têm direito à indenização pelos prejuízos que suportem por culpa ou dolo do depositante.

Sobre os títulos emitidos pelos armazéns gerais, v. o Capítulo 25, pertinente aos títulos de crédito impróprios.

---

[1] Transporte Multimodal de Cargas é aquele que, regido por um único contrato, utiliza duas ou mais modalidades de transporte, desde a origem até o destino, e é executado sob a responsabilidade única de um Operador de Transporte Multimodal. Compreende, além do transporte em si, os serviços de coleta, unitização, desunitização, movimentação, armazenagem e entrega de carga ao destinatário, bem como a realização dos serviços correlatos que forem contratados entre a origem e o destino, inclusive os de consolidação e desconsolidação documental de cargas (arts. 2º e 3º da Lei nº 9.611/98).

[2] O art. 745 do CC alude à decadência.

40

Contratos Bancários



40.1Banco

O art. 17 da Lei nº 4.595/64, que regula o sistema financeiro nacional, define instituições financeiras como:

> "as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros".

Para a Lei nº 7.492/86, disciplinadora dos crimes contra o sistema financeiro nacional, instituição financeira é

> "a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários".

Ao lado das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, das caixas econômicas (empresas bancárias voltadas para a captação e mobilização de poupança popular) e das cooperativas de crédito (sociedades civis dedicadas à mutualidade), os estabelecimentos bancários oficiais ou privados são autorizados e fiscalizados pelo Banco Central, que é o banco emissor.

Há bancos comerciais, bancos de investimento e bancos de crédito (real, industrial ou agrícola).

Outra classificação de bancos divide-os em bancos de atacado e bancos de varejo. Os chamados bancos de atacado operam por meio de pequeno número de agências, mas são seletivos, concentrando-se em clientes de grande envergadura econômica. Já os bancos de varejo trabalham distribuídos por muitas agências e trabalham com o público em geral.

Os bancos comerciais são instituições financeiras privadas ou públicas. Têm como objetivo principal proporcionar o suprimento oportuno e adequado dos recursos necessários para financiar, a curto e médio prazos, o comércio, a indústria, as empresas prestadoras de serviços, as pessoas físicas e terceiros em geral. A captação de depósitos a vista, livremente movimentáveis, é atividade típica do banco comercial.[1]

Consoante Jean Escarra,

> "bancos são empresas ou estabelecimentos que fazem profissão habitual de receber do público, sob a forma de depósito ou outra, recursos que eles empregam, por sua própria conta, em operações de desconto, de crédito ou financeira".[2]

Já para Fran Martins (*100 : 497*), os bancos são

> "empresas comerciais que têm por finalidade realizar a mobilização do crédito, principalmente mediante o recebimento, em depósito, de capitais de terceiros, e o empréstimo de importâncias em seu próprio nome, aos que necessitam de capital".

Em síntese, os bancos são comerciantes que operam no sentido de auferir lucros mediante atividades intermediadoras de crédito. São sociedades empresárias que, com fundos próprios ou captados de terceiros, desempenham atividades de intermediação no crédito. No entanto, sua função econômica extravasa os lindes da mera intermediação,[3] podendo caracterizar-se como implementadora da mobilização creditícia e suplementadora do mercado.

Como sociedades anônimas, sua constituição depende da integralização de capital mínimo fixado pelo Conselho Monetário Nacional, devendo realizar 50% (cinquenta por cento) na subscrição e a outra metade em um ano.

Para Arnoldo Wald, o banqueiro,

> "como todo empresário responde pelos danos por ele causados, no exercício da profissão, aos seus clientes e a terceiros. *A responsabilidade do banqueiro é até agravada pelo fato de lidar com recursos alheios*, o que tem justificado uma legislação específica sobre a matéria. A doutrina tem definido o banqueiro como 'um commerçant qui supporte les conséquences des fautes qu'il commet' (Michel Remilleret, *La Banque Métier du risque – Sûretés Personnelles et Sûretés Reéles*, Paris, Banque, 1966, p. 9), salientando, assim, a importância da responsabilidade da instituição financeira e dos seus administradores..."[4]

Como os bancos são entes prestadores de serviços (art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/90), estão sujeitos às disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Pela Súmula 297 do STJ, as operações bancárias e de crédito que se formam entre bancos e clientes são relações de consumo e, assim, estão protegidas pelo CDC. É a posição adotada desde a 1ª edição deste livro, em 2000.

É sempre interessante considerar que as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias (Súmula nº 479 do STJ).

40.2Instituições financeiras

No Brasil, as instituições financeiras funcionam mediante prévia autorização e fiscalização do Banco Central do Brasil, ou quando forem estrangeiras, por decreto do Poder Executivo.[5]

Há várias classificações dos bancos, salientando-se os bancos comerciais (para depósitos e operações de crédito de curto prazo), os bancos de investimento ou desenvolvimento (para financiamentos de médio ou longo prazo) e os bancos de crédito. Estes podem ser de crédito real, industrial e agrícola.

As caixas econômicas são empresas vinculadas ao Ministério da Fazenda (Decreto nº 66.303/70) ou aos governos dos Estados-membros, com função predominantemente social, cuja atividade central é a movimentação de poupança popular.

Ao Banco do Brasil S.A. compete precipuamente, sob a supervisão do CMN (art. 19 da Lei 4.595/64) e como instrumento de execução da política creditícia e financeira do Governo Federal, realizar diversas funções essenciais, das quais destacamos as seguintes:

- receber, a crédito do Tesouro Nacional, as importâncias provenientes da arrecadação de tributos ou rendas federais;
- realizar os pagamentos e suprimentos necessários à execução do Orçamento Geral da União e leis complementares, de acordo com as autorizações que lhe forem transmitidas pelo Ministério da Fazenda, as quais não poderão exceder o montante global dos recursos a que se refere a letra anterior, vedada a concessão, pelo banco, de créditos de qualquer natureza ao Tesouro Nacional;
- conceder aval, fiança e outras garantias, consoante expressa autorização legal;
- adquirir e financiar estoques de produção exportável;
- executar a política de preços mínimos dos produtos agropastoris;
- ser agente pagador e recebedor fora do país;

•executar o serviço da dívida pública consolidada;
•como principal executor dos serviços bancários de interesse do Governo Federal, inclusive suas autarquias, receber em depósito, com exclusividade, as disponibilidades de quaisquer entidades federais, compreendendo as repartições de todos os ministérios civis e militares, instituições de previdência e outras autarquias, comissões, departamentos, entidades em regime especial de administração e quaisquer pessoas físicas ou jurídicas responsáveis por adiantamentos, ressalvados casos especiais, expressamente autorizados pelo CMN, por proposta do Banco Central;
•executar os serviços de compensação de cheques e outros papéis;
•realizar, por conta própria, operações de compra e venda de moeda estrangeira e, por conta do Banco Central, nas condições estabelecidas pelo CMN;
•realizar recebimentos ou pagamentos e outros serviços de interesse do Banco Central, mediante contratação;
•financiar as atividades industriais e rurais;
•difundir e orientar o crédito, inclusive as atividades empresariais suplementando a ação da rede bancária no financiamento das atividades econômicas, atendendo às necessidades creditícias das diferentes regiões do país, e no financiamento das exportações e importações.

Salvo as cooperativas de crédito, as instituições financeiras públicas e privadas são constituídas sob a forma de sociedade anônima, com a totalidade de seu capital representado por ações nominativas. Seu capital inicial será sempre realizado em moeda corrente. Na subscrição do capital inicial e na de seus aumentos em moeda corrente, será exigida no ato a realização de, pelo menos, 50% do montante subscrito. O remanescente do capital subscrito, inicial ou aumentado, em moeda corrente, deverá ser realizado em um ano.

As instituições financeiras de direito privado, exceto as de investimento, só podem participar de capital de quaisquer sociedades com prévia autorização do Banco Central, solicitada justificadamente e concedida de forma expressa, ressalvados os casos de garantia de subscrição, pelo CMN.

As instituições financeiras levantam balanços gerais a 30 de junho e 31 de dezembro de cada ano, obrigatoriamente, com observância das regras contábeis estabelecidas pelo CMN.

As instituições financeiras públicas e privadas devem comunicar ao Banco Central os atos relativos à eleição de diretores e membros de órgãos

consultivos, fiscais e semelhantes, no prazo de 15 dias de sua ocorrência, para aceitação ou recusa no prazo máximo de 60 dias.

É vedado às instituições financeiras conceder empréstimos ou adiantamentos (art. 34 da Lei 4.595/64):

- a seus diretores e membros dos conselhos consultivo ou administrativo, fiscais e semelhantes, bem como aos respectivos cônjuges, sob pena de incidirem em crime punível com reclusão de um a quatro anos;
- aos parentes, até o segundo grau, das pessoas a que se refere o inciso I do art. 34 da Lei 4.595/64;
- às pessoas físicas ou jurídicas que participem de seu capital, com mais de 10%, salvo autorização específica do Banco Central, em cada caso, quando se tratar de operações lastreadas por efeitos empresariais resultantes de transações de compra e venda ou penhor de mercadorias, em limites que forem fixados pelo CMN, em caráter geral;
- às pessoas jurídicas de cujo capital participem, com mais de 10% salvo as instituições financeiras públicas;
- às pessoas jurídicas de cujo capital participem com mais de 10% quaisquer dos diretores ou administradores da própria instituição financeira, bem como seus cônjuges e respectivos parentes, até o segundo grau.

Também é vedado às instituições financeiras que recebem depósitos (art. 35 da Lei 4.595/64):

- emitir debêntures e partes beneficiárias;
- adquirir bens imóveis não destinados ao próprio uso, salvo os recebidos em liquidação de empréstimos de difícil ou duvidosa solução, caso em que deverão vendê-los dentro do prazo de um ano, a contar do recebimento, prorrogável até duas vezes, a critério do Banco Central.

Igualmente não se lhes permite manter aplicações em imóveis de uso próprio, que, somadas a seu ativo em instalações, excedam o valor de seu capital realizado e reservas livres.

40.3Sigilo bancário

As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. O dever de manter sigilo é obrigação do banqueiro, estabelecido por lei, no sentido de não revelar atos, fatos ou

dados decorrentes do comércio bancário. Existe em benefício do cliente, razão pela qual todos os agentes bancários lhe são sujeitos.

O direito à privacidade está inscrito entre os direitos fundamentais no art. 5º, incisos X (direito à intimidade e vida privada) e XII (garantia do sigilo de dados), da CF, compreendendo o direito ao sigilo bancário.

O sigilo bancário é objeto da LC nº 105/2001.

O sigilo é a regra para as instituições financeiras em todas as suas operações ativas e passivas, bem como serviços prestados. A expressão *sigilo bancário* é obsoleta, porque induz à compreensão restritiva de que só se refere a estabelecimentos bancários, quando de fato abrange um espectro bastante elástico, a juízo do Conselho Monetário Nacional (CMN).

Quais são essas instituições financeiras (art. 1º, § 1º, da LC 105/01)?

- Banco Central do Brasil;
- bancos de qualquer espécie;
- distribuidoras de valores mobiliários;
- corretoras de câmbio e de valores mobiliários;
- sociedades de crédito, financiamento e investimento;
- sociedades de crédito imobiliário;
- administradoras de cartões de crédito;
- sociedades de arrendamento mercantil;
- administradoras de mercado de balcão organizado;
- cooperativas de crédito;
- associações de poupança e empréstimo;
- bolsas de valores e de mercadorias e futuros;
- entidades de liquidação e compensação;
- empresas de faturização; e
- outras sociedades assim consideradas pelo CMN.

Contudo, não há violação do dever de sigilo na troca de informações entre essas instituições, para fins cadastrais, inclusive por meio de centrais de risco. Também assim a prestação de informações sobre cadastro de emitentes de cheques sem fundos e de devedores inadimplentes a entidades protectivas do crédito.

É obvio que as comunicações dirigidas às autoridades competentes sobre práticas delituosas ou ilícitos administrativos, inclusive com o fornecimento de informes sobre operações envolvendo recursos derivados de crimes, não são consideradas violações da regra do sigilo.

Igualmente, se a revelação de informações consideradas sigilosas é encetada com a anuência expressa dos interessados, não se pode cogitar de violação de sigilo.

A decretação judicial da quebra de sigilo vincula-se ao requisito da necessidade investigatória/probatória presente nos inquéritos e processos jurisdicionais na área criminal e na área civil de proteção ao patrimônio público. Assim, a possibilidade de quebra judicial de sigilo está presente quanto aos delitos de terrorismo, tráfico ilegal de entorpecentes, contrabando ou tráfico de armas e munições, extorsão mediante sequestro, crime contra o sistema financeiro, crime contra a Administração Pública, crime contra a ordem tributária, crime contra a previdência social, lavagem ou ocultação de bens e valores e crimes perpetrados por organização criminosa.

Sirva-nos o magistério de Nelson Hungria:

> "O que a lei veda – e isto foi inteiramente abstraído – o que a lei proíbe é a revelação do segredo por parte do seu depositário, isto é, da pessoa que é obrigada a guardá-lo, em razão de ofício ou profissão. De modo algum a autoridade competente está inibida, em se tratando de um crime, de uma fraude civil ou de uma grave irregularidade administrativa, de investigar e devassar esse segredo, por outros meios ao seu alcance, que não seja a revelação do depositário, que a lei declara até mesmo impedindo de depor, ainda que pretendesse fazê-lo.
>
> Não é indevassável segredo algum, desde que atrás dele, ou no seu bojo, haja um ilícito penal, ou civil ou um ilícito administrativo. O que não se pode é obrigar o depositário de segredo a revelá-lo."[6]

Com esteio no art. 129, incisos III e VI, da CF e no art. 26 da Lei nº 8.625/93 (LONMP), o Ministério Público também poderá promover a quebra do sigilo bancário, seja para fins de investigação criminal, seja para instruir inquérito civil destinado a apurar a prática de improbidade administrativa, devendo requerê-lo ao Poder Judiciário.[7]

Sintetizando, conforme o autorizado magistério de Alexandre de Moraes (*108 : 82*), são requisitos para a quebra de sigilo bancário:

- autorização judicial, determinação de Comissão Parlamentar de Inquérito regularmente constituída ou requisição do Ministério Público;
- indispensabilidade dos dados constantes em determinada instituição financeira;
- individualização do investigado e do objeto da investigação;
- obrigatoriedade da manutenção do sigilo em relação a pessoas estranhas à causa; e
- utilização dos dados obtidos somente para a investigação que lhe deu causa.

A quebra de sigilo fora das hipóteses elencadas na LC no 105/01 é crime passível de reclusão de um a quatro anos, e multa, sem prejuízo de outras sanções. Por exemplo, o agente público que viola o sigilo de informações consideradas privativas da Administração Pública pratica ato de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), cujas reprimendas incluem a suspensão de direitos políticos e a perda da função pública.

Também é interessante anotar que a prevaricação no fornecimento de informações e a prestação de informações falsas, quando legalmente requeridas, induzem à incidência das mesmas sanções cominadas para a quebra de sigilo.

Em síntese, quem informa quando não deve e quem não informa quando deve são destinatários das mesmas sanções.

Usar ou viabilizar o uso de informação obtida mediante quebra de sigilo acarreta responsabilidade pessoal do servidor público por danos. Se agindo por orientação oficial, o ente público que integra responde objetivamente.

40.4Operações bancárias

As operações bancárias são negócios jurídicos insertos na órbita contratual, como atos empresariais por natureza.

Como visto, nas definições legais antes expostas, a atividade bancária é complexa e insuscetível de acomodar-se a qualquer classificação rigorosamente técnica. Apenas para fins didáticos, acompanhando a maioria dos doutrinadores nacionais, adotaremos a dicotomia ativa/passiva das operações bancárias.

Com efeito, nas operações bancárias chamadas passivas, os bancos servem-se do capital alheio, ou seja, contratam a captação de recursos, colocando-se como devedores no vínculo negocial. Já nas ativas, os bancos são os credores da obrigação principal em que ensejam crédito a outrem.[8]

Caracteriza-se, juridicamente, a instituição financeira como intermediadora profissional de recursos financeiros, isto é, trata-se de uma pessoa jurídica que capta recursos junto ao público para o fim de vendê-los. Em outras palavras, não se trata, simplesmente, de receber o dinheiro alheio, nem só de emprestar numerário para outrem, mas de haurir para emprestar. Quando toma capitais, atua finalisticamente, quer dizer, visando obter lucros como seu empréstimo para terceiros, com juros. E o faz em caráter profissional, não eventual; é sua atividade-regra.

Sob outro parâmetro, as operações bancárias podem ser vistas como típicas (essenciais à empresa bancária) e atípicas (de conexão acessória).

Do primeiro tipo são, por exemplo, a abertura de crédito e a conta corrente; do segundo, por exemplo, a cobrança de títulos e a guarda de valores.

40.4.1Contratos de operações passivas

As operações mais comuns em que os bancos ocupam a condição passiva de devedor são as relativas ao contrato de depósito bancário, em suas diversas modalidades.

No contrato de depósito bancário, o banco é depositário de valores monetários, obrigando-se a guardá-los e restituí-los quando o depositante ou outrem à sua ordem o exigirem, nas condições estipuladas. Trata-se, pois, de contrato real por prazo indeterminado, constituído com a entrega do numerário ao banco. Como acentua Waldemar Ferreira (*64, v. 1 : 327*):

> "Constituem os depósitos bancários institutos *sui generis*, inconfundíveis com o empréstimo ou mútuo e com o depósito irregular, embora participem da natureza de um ou do outro dos dois contratos. Constituem-se os bancos, ao receberem as quantias, que lhes são entregues, devedores de suas importâncias para com os depositantes. Obrigam-se a restituir-lhes, no tanto e no momento por eles exigido, parcial ou totalmente."

Conforme o prazo e eventual remuneração, os depósitos bancários podem ser:

- a vista;
- com restituição subordinada a pré-aviso;
- a prazo fixo com remuneração (por exemplo, certificado de depósito bancário);
- a prazo com remuneração condicionada a prazo mínimo de resgate (por exemplo, caderneta de poupança);
- de administração de caixa; e
- com aplicação financeira.

Os depósitos bancários denunciam contratos reais e unilaterais, à medida que os clientes entregam dinheiro ao banco e só este assume obrigações. Podem ser a vista, a prazo e de poupança. Nos depósitos bancários a vista, o numerário está sempre disponibilizado ao depositante para eventuais saques, enquanto nos depósitos a prazo os saques devem observar termo prefixado ou prévia notificação.

Podem realizar depósitos bancários as pessoas naturais capazes, as emancipadas e as pessoas jurídicas. Quanto às relativamente incapazes, a regra é a subordinação à autorização paterna ou de tutor (art. 1.634, inciso VII, do CC de 2002), que, entretanto, é dispensável para depósitos na Caixa Econômica Federal.[9]

Há, certamente, distinção entre depósito bancário, conta-corrente bancária e aplicação financeira. Contudo, desde que todos envolvem depósito de dinheiro em conta bancária, preferimos reuni-los no mesmo segmento. Com exceção dos depósitos a prazo fixo, os demais são resilíveis ou se extinguem com a ocorrência da condição ou vencimento da aplicação.

No contrato de conta-corrente bancária, o banco mantém para o cliente um serviço de caixa, comprometendo-se à pratica dos atos e negócios jurídicos solicitados em troca da manutenção de provisão de fundos. Em outras palavras, o crédito é disponível sobre a base do saldo mantido pelo cliente, na conta-corrente.

O efeito novatório do contrato de conta-corrente está bem explicado por Caio Mário da Silva Pereira (*123 : 351*):

> "O objeto do contrato são os lançamentos e não as remessas, pois que a estas as partes não se obrigam. Uma vez feitas, o crédito resultante não é exigível, porque tem de ser levado à conta, e balanceado com os débitos em contrapartida. Como consequência, nenhum dos contratantes guarda a faculdade de reclamar do outro qualquer crédito isoladamente, porém o saldo que a conta apresentar, no final, ou no termo convencionado, ou quando ficar encerrada em razão de qualquer causa determinante do vencimento antecipado das obrigações."

Acrescente-se que a conta-corrente pode ser singular ou conjunta. Nesta, também chamada conta coletiva ou solidária, a movimentação pode ser operada por qualquer dos titulares.

A partir dos depósitos bancários, dois títulos devem ser destacados: o certificado de depósito bancário e o recibo de depósito bancário.

40.4.1.1Certificado de depósito bancário

É uma promessa de pagamento à ordem, da importância depositada acrescida do valor da remuneração/rentabilidade convencionada.

São requisitos do documento (art. 30 da Lei nº 4.728/65):

- local e data de emissão;
- nome do banco emitente e assinaturas;
- denominação *certificado de depósito bancário*;
- indicação da importância depositada e data de sua exigibilidade;
- nome e qualificação do depositante;
- taxa de juros convencionada e época de seu pagamento;
- lugar do pagamento do depósito e dos juros; e
- cláusula de correção monetária, se for o caso.

40.4.1.2Recibo de depósito bancário10

É uma promessa de pagamento, à ordem, da importância do depósito, acrescida do valor da correção e dos juros convencionados.

No RDB, deverão estar presentes os seguintes elementos:

- •local e data de emissão;
- •nome do banco emitente e as assinaturas;
- •denominação *recibo de depósito bancário*;
- •indicação da importância depositada e data de sua exigibilidade;
- •nome e qualificação do depositante;
- •taxa de juros convencionada e época de seu pagamento;
- •lugar do pagamento do depósito e dos juros; e
- •cláusula de correção monetária, se for o caso.

Os CDB e os RDB observam os seguintes prazos:[11]

- •mínimo de 30 dias, quando remunerados a taxas de mercado prefixadas;
- •mínimo de quatro meses, quando utilizada a TR ou a TBF como base para remuneração;
- •mínimo de 120 dias, quando contratado com base em taxas flutuantes, desde que não tenham a TR como base de remuneração.

Os bancos comerciais, de desenvolvimento, de investimento e múltiplos poderão emitir, livremente, certificados representativos de depósitos a prazo, em favor dos respectivos depositantes. Não poderão fazê-lo as demais instituições financeiras, entidades da administração federal indireta e das fundações supervisionadas pela União. Essas instituições também não podem receber depósitos a prazo fixo do Sesi, Sesc, Senai, Senac e dos Sindicatos, Federações e Confederações de Categorias Econômicas e Profissionais e de empresas administradoras de consórcios. Contudo, o Tribunal de Contas da União, por meio da Decisão nº 362/94, entende como facultado a essas entidades fazer aplicações de suas sobras de caixa, nessas modalidades, apenas no Banco do Brasil e na Caixa Econômica Federal.

As sociedades de crédito, financiamento e investimento são autorizadas a emitir CDB e RDB somente a seus acionistas titulares de ações nominativas.[12]

Há quatro modalidades de rendimentos previstas para os CDB e RDB:[13]

- •prefixado (para depósitos com prazo mínimo de 30 dias): remuneração com base nas taxas de mercado;
- •pós-fixado (para depósitos com prazo mínimo de quatro meses): remuneração com base na TBF ou na TR;

•pós-fixado (para depósitos com prazo mínimo de 120 dias): remuneração à base de taxas flutuantes, desde que não tenham a TR como base de remuneração, admitindo-se que os reajustes das taxas ocorram em intervalos não inferiores a 30 dias. Essas taxas deverão ser de conhecimento público e ter como base as operações contratadas a taxas de mercado prefixadas, com prazo não inferior ao período de reajuste estipulado contratualmente;

•pagamentos periódicos: são facultados o pagamento periódico de rendimentos e a amortização periódica do principal, observados o prazo mínimo de 30 dias e que a relação entre a parcela amortizada e o valor da operação seja proporcional ao tempo decorrido em relação ao prazo total da operação.

É facultado o recebimento de depósitos a prazo fixo, com emissão de certificados, das sociedades corretoras e sociedades distribuidoras e de agentes autônomos, além de pessoas físicas e jurídicas, em geral, com exceção das entidades estatais, instituições financeiras e administradoras de consórcios.

É vedada a colocação, pela emissora ou por empresa a ela ligada, de títulos com prazo a decorrer inferior aos respectivos prazos mínimos estabelecidos na Circ. BC nº 2.905/99.

40.4.2Contratos de operações ativas

Na aplicação de numerário, os bancos ocupam a posição de credores. São representativos desta espécie o mútuo bancário, o desconto de títulos de terceiros e a abertura de crédito.

40.4.2.1Mútuo bancário

O mútuo bancário pode ser simples ou subordinado à garantia real. De qualquer forma, é empréstimo de dinheiro, pelo banco a cliente, mediante remuneração, amortização aprazada e pagamento de taxas.

Trata-se de contrato unilateral, porque só gera obrigações para o mutuário, que deve restituir o principal, com os respectivos acréscimos. A parte do mutuante exaure-se na tradição, ou seja, com a entrega ou crédito do dinheiro.

A remuneração do capital emprestado corporifica-se em juros, cujos valores são fixados pelo CMN, nos termos do art. 4º, inciso IX, da Lei nº 4.595/64.[14]

Não se aplica a Lei de Usura (Decreto nº 22.626/33).

No mútuo bancário simples, não há necessidade de escritura pública para sua formalização, ainda que garantido fideijussoriamente. Não é o caso do mútuo bancário subordinado à garantia real, que exige o instrumento público para efetivar o adminículo da garantia real, porque é da substância do ato em contrato constitutivo ou translativo de direitos reais sobre imóveis.

Destaque especial merece a vinculação do mutuário ao prazo de retribuição, vedando-lhe exigir que o mutuante receba a devolução dos valores antes do prazo convencionado, intentando, assim, reduzir a realização de juros.[15] A propósito, cite-se o magistério sempre oportuno de Fábio Ulhoa Coelho (*38 : 435*):

> "Note-se que a expectativa do mutuante é a de fazer emprego remunerado de seu capital. Se assim é, o pagamento antecipado com a redução de juros frustra, ainda que parcialmente, tal expectativa. O direito tutela o interesse do mutuante e fixa a regra de que a devolução do valor emprestado antes do prazo contratualmente estabelecido somente pode-se dar com a sua concordância."

Na prática, a questão tem sido resolvida pela inserção de cláusula que prevê multa para o caso de pagamento antecipado.

Não custa aditar que, no mútuo bancário, consoante a Súmula nº 121, do STF, é vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.

É bom aduzir que tem-se por potestativa a cláusula contratual firmada com instituição financeira, pela qual o mutuário outorga poderes ao credor para o saque da letra de câmbio, para cobrança de qualquer quantia em atraso. A obrigação cambial é nula quando assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, ao teor da Súmula 60 do Superior Tribunal de Justiça.

O contrato de mútuo e a nota promissória a ele vinculada são títulos hábeis para instruir execução ainda que desacompanhados de demonstrativo de débito.[16]

40.4.2.2Desconto de títulos de terceiros

Descontário é o favorecido em título de crédito não vencido, que o transfere, via endosso, a um banco, obtendo a antecipação de seu valor, deduzida a quantia pertinente aos juros e despesas da quantia mutuada, até o vencimento do título. Essa dedução é chamada, na linguagem bancária,*desconto.*

> "Quando o beneficiário, o sacador, o endossatário de um título de crédito, ou o seu portador, carecendo de dinheiro, se dirige a um banco e, endossando-lhe o

seu título, dele recebe a respectiva importância, em razão de um mútuo, essa operação, na técnica bancária, se denomina desconto. O banco paga, em dinheiro, a importância do título não vencido e recebe-o *pro solvendo*, com efeito liberatório subordinado à condição do pagamento" (*65 : 334*).

Claro que, se o título não for devidamente liquidado, no vencimento, pelo devedor nele indicado, o banco poderá exigir o pagamento do descontário que, ao transferi-lo, garantiu-lhe o pagamento.

Não se trata, pois, nem de colocar título em cobrança, mediante endosso-procuração, nem de mútuo garantido por penhor de título (endosso caução).

40.4.2.3Abertura de crédito

É um contrato bilateral em que um banco abre um limite de crédito para o correntista, permitindo-lhe que, durante prazo determinado, renovável, possa movimentá-lo mediante a emissão de cheques.[17] Pelo numerário disponibilizado, efetivamente usado, o cliente paga os juros, os encargos e a correção monetária.

Consoante Fran Martins (*100 : 521*), entende-se por abertura de crédito,

"o contrato segundo o qual o banco se obriga a pôr à disposição de um cliente uma soma em dinheiro por prazo determinado ou indeterminado, obrigando-se este a devolver a importância, acrescida dos juros, ao se extinguir o contrato. O banco que põe à disposição do cliente a soma de dinheiro denomina-se*creditador*; a parte a quem a importância é posta à disposição tem o nome de *creditad*o".

Para Orlando Gomes, abertura de crédito

"é o contrato por via do qual se obriga um banco a colocar à disposição do cliente determinada soma para ser utilizada, mediante saque único ou repetido".

O que caracteriza como prestação típica, continua o renomado jurista,

"é o fato de o banco pôr à disposição do cliente certa importância, abrindo-lhe crédito limitado. O creditado adquire, contra o banco, a pretensão de pagamento da soma posta à sua disposição. Torna-se, numa palavra, titular de um direito de crédito, que exercerá conforme o estipulado, como se tivesse a quantia emprestada por título próprio".[18]

Como explica Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto (O cheque. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, 1952. p. 75), a abertura de crédito distingue-se

"quer da conta-corrente bancária, quer do contrato de conta-corrente. Em relação à primeira, a diferença é material, pois, enquanto na conta-corrente bancária o sujeito ativo é o correntista, no contrato de abertura de crédito o referido sujeito confunde-se com o estabelecimento de crédito. Na conta-corrente bancária o

emitente lança mão, ao emitir o cheque, de seus próprios recursos, que se encontram em poder do sacado, ao passo que, no instituto ora examinado, utiliza o dinheiro do Banco creditador.

Diversas são as situações das partes na conta-corrente contratual e no contrato de abertura de crédito. Naquela, as partes estão em igualdade de condições, do início ao fim do contrato; as obrigações de uma são as da outra, o mesmo acontecendo em relação aos direitos. Ambas as partes são credoras e devedoras ao mesmo tempo, até o encerramento do contrato, quando, então, se passa a saber a situação dos contratantes em relação ao saldo que, também, pode deixar de existir, hipótese em que os contratantes continuam em igualdade de condições. No contrato de abertura de crédito, desde o início, identifica-se o credor.

A conta-corrente bancária e a abertura de crédito representam uma concessão de crédito unilateral: do cliente ao Banco, no primeiro caso, e do Banco ao cliente, no segundo. Na conta-corrente contratual, cada uma das partes outorga crédito à outra."

Consensual, oneroso, bilateral e de execução continuada, o contrato de abertura de crédito é diferente do mútuo bancário porque não implica efetiva entrega de numerário.

Consoante a Súmula nº 233 do STJ, o contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato de conta corrente não é título executivo. Em compensação, nos termos da Súmula nº 247 do STJ, constitui documento para o ajuizamento de ação monitória.

Quando a abertura de crédito é concedida mediante a outorga de fiança ou caucionamento de títulos, dá-se a abertura *a coberto* ou *garantida*. Quando sem qualquer garantia, *a descoberto.*

Extingue-se o contrato:

- pela expiração do prazo;
- mediante notificação no caso de prazo indeterminado;
- pela insolvência ou falência do creditado;
- pela morte do creditado;
- por incapacidade superveniente do creditado;
- pela falta de pagamento dos juros e comissões pactuados;
- pelo exaurimento do valor creditado;
- por falta de efetivação da garantia (que deve preexistir ao débito); ou
- por perecimento da garantia ofertada.

Uma forma derivada dessa modalidade operacional é chamada cheque garantido, conhecido como "cheque ouro", "cheque especial", "cheque azul" etc. Funda-se a concessão de talonários de cheques garantidos tanto

na ficha cadastral do cliente como no saldo médio de sua conta-corrente. Pode ser utilizado não apenas na agência emissora, mas em quaisquer estabelecimentos da mesma instituição bancária.

No contrato celebrado entre o banco e o creditado, estabelecem-se o prazo de uso, o limite de crédito concedido e a taxa de juros incidente. A identificação do "cliente garantido" concretiza-se num cartão, renovável na mesma época da renovação contratual.

Outra modalidade de abertura de crédito refere-se ao chamado *crédito documentário.* Nessa operação, o banco financia os negócios de seu cliente, pagando-os a terceiros, mediante a apresentação dos respectivos documentos. Também é chamado *crédito de importação* ou *crédito de exportação*, em razão de sua adoção no comércio internacional.

Na realidade, crédito documentário[19] ou documentado é uma espécie de mútuo com a finalidade específica de financiar a importação.

Documentário é um conjunto de documentos de comércio internacional. No caso, a guia de exportação, a fatura comercial (*commercial invoice*), o conhecimento de embarque (*bill of lading ou airway bill*), a descrição da mercadoria embarcada (*packing list*) e o certificado de origem.

Comenta, a seu turno, Luiz Gastão Paes de Barros Leães:

> "O crédito documentado é prática bancária largamente difundida no comércio internacional, como meio de dar execução às operações de importação e exportação de mercadorias. Aperfeiçoado o contrato de compra e venda entre partes domiciliadas em países distintos, é o costume convencionar-se que o pagamento do preço pelo comprador será feito por meio de uma carta de crédito a favor do vendedor, a ser emitida por banco do país ou da praça deste, que saldará o preço contra a entrega dos documentos que menciona. Assim, realizada uma aquisição no exterior, o comprador entra em contato com seu banco, e com ele acerta, no sentido de que seja aberto um crédito documentado a favor do vendedor, na praça deste último, diretamente por sua filial ou por intermédio de um banco correspondente. Posto isto, o banco, ato contínuo, expede a carta de crédito, através da qual fica o vendedor notificado de que lhe foi aberto um crédito por conta e ordem do comprador, assegurando-lhe desse modo que o preço lhe será pago por ocasião da entrega dos documentos mencionados."[20]

40.5Revisão dos contratos bancários

Enfim, consigne-se que é admissível a revisão de todos os contratos firmados com instituições financeiras, desde a origem, ainda que se trate de renegociação. Tal entendimento culminou com a edição da Súmula 286 do STJ que dispõe: "A renegociação de contratos bancários ou a confissão de

dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores.”

Os contratos bancários são passíveis de revisão judicial, ainda que tenham sido objeto de novação, pois não se pode validar obrigações nulas.

A revisão de toda contratualidade não significa que os contratos que são mera negociação dos anteriores devam ser examinados separadamente. Encargos ilegais aplicados desde o início alteram substancialmente o valor final devido, não podendo ser revisto apenas o último contrato.[21]

Possível a revisão de cláusulas contratuais celebradas antes da renegociação se há sequência na relação negocial e a discussão não se refere, meramente, ao acordo sobre prazos maiores ou menores, descontos, carência, taxas compatíveis e legítimas, limitado ao campo da discricionariedade das partes, mas à verificação da própria legalidade do repactuado, tornando necessária a retroação da análise do acordo desde a origem, para que seja apreciada a legitimidade do procedimento bancário durante o tempo anterior, em que por atos sucessivos foi constituída a dívida.[22]

Enfim, é indiscutível a incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre os contratos bancários, a teor do dispositivo no art. 3º, § 2º do referido diploma legal, que não ressalva qualquer espécie de serviço ou operação bancária de sua área de vigência e incidência. Verificada a abusividade nas taxas de juros remuneratórios, mostra-se necessária a intervenção do Poder Judiciário para que seja estabelecida uma relação de equilíbrio entre o banco e seu cliente, onde não seja imposta uma prestação por demais onerosa a este, ao passo que isso não signifique uma perda excessiva àquele. Nestes casos, os juros remuneratórios devem ser limitados no percentual correspondente à taxa básica da SELIC, a qual é utilizada para remunerar os títulos públicos e pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.[23]

A Súmula nº 297 do STJ dispõe que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

É oportuno salientar, ainda, o teor da Súmula 380 do STJ, ao estipular que a mera propositura da ação revisional de contrato não impede a caracterização da mora do autor, ou seja, não interrompe o prazo de cumprimento da avença. Dessa forma, para obter o efeito elisivo da mora, torna-se necessário o ajuizamento de ação cautelar ou de tutela antecipatória.

Pela Súmula 541 do STJ, a previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada.

Ainda sobre taxa de juros, é conveniente atentar para a Súmula 530 do STJ, quando afirma que nos contratos bancários, na impossibilidade de comprovar a taxa de juros efetivamente contratada – por ausência de pactuação ou pela falta de juntada do instrumento aos autos –, aplica-se a taxa média de mercado, divulgada pelo Bacen, praticada nas operações da mesma espécie, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o devedor.

Por fim, nos contratos bancários, o juiz não pode conhecer, de ofício, a abusividade de cláusulas. É o teor da Súmula 381 do STJ.

40.6Remuneração de serviços de instituições financeiras

A cobrança de tarifa (remuneração pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil) deve estar prevista no contrato firmado entre a instituição e o cliente ou ter sido o respectivo serviço previamente autorizado ou solicitado pelo cliente ou pelo usuário.

Cliente é a pessoa que possui vínculo negocial não esporádico com a instituição, decorrente de contrato de depósitos, de operação de crédito ou de arrendamento mercantil, de prestação de serviços ou de aplicação financeira.

Os serviços prestados a pessoas naturais são classificados como:

a)essenciais;
b)prioritários;
c)especiais; e
d)diferenciados.

É vedada a realização de cobranças na forma de tarifas ou de ressarcimento de despesas em contas à ordem do Poder Judiciário e para a manutenção de depósitos em consignação de pagamento. Outrossim, incide a proibição quanto ao sacado, em decorrência da emissão de boletos ou faturas de cobrança, carnês e assemelhados.

As instituições mencionadas estão proibidas de cobrar tarifas pela prestação de serviços bancários essenciais a pessoas naturais, assim considerados aqueles relativos a:

I. conta de depósitos a vista:

a)fornecimento de cartão com função débito;
b)fornecimento de segunda via do cartão, exceto nos casos de pedidos de reposição formulados pelo correntista decorrentes de perda, roubo, furto, danificação e outros motivos não imputáveis à instituição emitente;

c)realização de até quatro saques, por mês, em guichê de caixa, inclusive por meio de cheque ou de cheque avulso, ou em terminal de autoatendimento;

d)realização de até duas transferências de recursos entre contas na própria instituição, por mês, em guichê de caixa, em terminal de autoatendimento e/ou pela Internet;

e)fornecimento de até dois extratos, por mês, contendo a movimentação dos últimos trinta dias por meio de guichê de caixa e/ou de terminal de autoatendimento;

f)realização de consultas mediante utilização da Internet;

g)fornecimento do extrato;

h)compensação de cheques;

i)fornecimento de até dez folhas de cheques por mês, desde que o correntista reúna os requisitos necessários à utilização de cheques, de acordo com a regulamentação em vigor e as condições pactuadas; e

j)prestação de qualquer serviço por meios eletrônicos, no caso de contas cujos contratos prevejam utilizar exclusivamente meios eletrônicos.

II. conta de depósitos de poupança:

a)fornecimento de cartão com função movimentação;

b)fornecimento de segunda via do cartão, exceto nos casos de pedidos de reposição formulados pelo correntista, decorrentes de perda, roubo, furto, danificação e outros motivos não imputáveis à instituição emitente;

c)realização de até dois saques, por mês, em guichê de caixa ou em terminal de autoatendimento;

d)realização de até duas transferências, por mês, para conta de depósitos de mesma titularidade;

e)fornecimento de até dois extratos, por mês, contendo a movimentação dos últimos trinta dias;

f)realização de consultas mediante utilização da Internet;

g)fornecimento do extrato; e

h)prestação de qualquer serviço por meios eletrônicos, no caso de contas cujos contratos prevejam utilizar exclusivamente meios eletrônicos.

A cobrança de tarifa pela prestação de serviços prioritários a pessoas naturais, assim considerados aqueles relacionados a cadastro, contas de depósitos, transferências de recursos, operações de crédito e de arrendamento mercantil, cartão de crédito básico e operação de câmbio manual para compra ou venda de moeda estrangeira relacionada a viagens internacionais, deve observar a lista de serviços, a padronização, as siglas e

os fatos geradores da cobrança estabelecidos na Tabela I anexa à Resolução nº 4.021/11.

Por outro lado, admite-se a cobrança de tarifa pela prestação de serviços diferenciados a pessoas naturais, desde que explicitadas ao cliente ou ao usuário as condições de utilização e de pagamento, assim considerados aqueles relativos a:

I. abono de assinatura;

II. aditamento de contratos;

III. administração de fundos de investimento;

IV. aluguel de cofre;

V. aval e fiança;

VI. avaliação, reavaliação e substituição de bens recebidos em garantia;
VII. outros serviços de câmbio não previstos na Tabela I anexa à Resolução nº 4.021/11;

VIII. cartão pré-pago;

IX. cartão de crédito diferenciado;

X. certificado digital;

XI. coleta e entrega em domicílio ou outro local;

XII. corretagem envolvendo títulos, valores mobiliários e derivativos;

XIII. custódia;

XIV. envio de mensagem automática relativa à movimentação ou lançamento em conta de depósitos ou de cartão de crédito;

XV. extrato diferenciado mensal contendo informações adicionais àquelas relativas a contas de depósitos a vista e/ou de poupança;

XVI. fornecimento de atestados, certificados e declarações;

XVII. fornecimento de cópia ou de segunda via de comprovantes e documentos;

XVIII. fornecimento de plástico de cartão de crédito em formato personalizado; XIX. fornecimento emergencial de segunda via de cartão de crédito; e

XX. leilões agrícolas.

As tarifas por serviços diferenciados por aditamento contratual não se aplicam aos casos de contratos por adesão, exceto no caso de substituição do bem em operações de arrendamento mercantil. Também assim, nos casos de liquidação ou amortização antecipada, cancelamento ou rescisão de contratos.

---

[1] Ao que parece, os primeiros bancos importantes surgidos na Europa foram o de Veneza (1177) e o de San Giorgio, em Gênova (1408). Os mais antigos a emitir notas bancárias foram o da Suécia e o da Inglaterra, no século XVII. O primeiro Banco do Brasil foi fundado em 1808 por alvará de D. João VI. O atual, o quarto Banco do Brasil, foi reformulado em 1905, pela Lei nº 1.455.

[2] Apud ALVAREZ, Walter T. (*4, v. 2 : 728*).

[3] Para CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. (*30, v. 7:13*), repetindo Vivante, os bancos exercem uma função de intromissão entre os que dispõem de capital e os que dele necessitam; são intermediários do crédito.

[4] *RT* 497/37.

[5] O depósito compulsório é o título que se dá ao montante que os bancos comerciais devem manter depositado no Banco Central, como uma espécie de seguro-solvência e garantia de liquidez. A proporção é indicada como uma porcentagem dos depósitos totais em cada banco.

[6] *RDM* 48/79.

[7] Sobre a possibilidade de quebra de sigilo bancário, diretamente, pelo Ministério Público, em sede de inquérito civil, ver nosso *Improbidade administrativa.* São Paulo: Atlas, 2012.

[8] Caracteriza-se, juridicamente, a instituição financeira como intermediadora profissional de recursos financeiros, isto é, trata-se de uma pessoa jurídica que capta recursos junto ao público para o fim de vendê-los. Em outras palavras, não se trata, simplesmente, de receber o dinheiro alheio, nem só de emprestar numerário para outrem, mas de haurir para emprestar. Quando toma capitais, atua finalisticamente, quer dizer, visando obter lucros com seu empréstimo para terceiros, com juros. E o faz em caráter profissional, não eventual; é sua atividade-regra.

[9] Os valores pertinentes a depósitos bancários não levantados (abandonados) há mais de 30 (trinta) anos serão recolhidos ao Tesouro Nacional, nos termos da Lei nº 370/37.

[10] Lei nº 4.728/65, Decreto-Lei nº 13/66, Res. CMN nos 2.666/99 e 4.367/14.

[11] Circ. BC nº 2.905/99 e Circ. nº 2.588/95.

[12] Decreto-lei nºs 14/66 e 151/67, Res. CMN no 50/67 e Circ. no 3.718/14.

[13] Circ. BC nºs 2.905/99 e 2.588/95.

[14] Não se aplica a Lei de Usura (Decreto nº 22.626/33).

[15] No art. 52, § 2º, do CDC, enseja-se ao consumidor a liquidação antecipada com mitigação dos juros.

[16] STJ – AgRg no Ag 594.772 – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 26-10-2006.

[17] Art. 1.842 do CC italiano: "*L´apertura di credito è il contrato col quale la banca si obbliga a tenere a dispozisione dell´altra parte una somma di danaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato.*"

[18] *RDM* 99/56-57.

[19] Documentário é um conjunto de documentos de comércio internacional. No caso, a guia de exportação, a fatura comercial (*commercial invoice*), o conhecimento de embarque (*bill of lading* ou *airway bill*), a descrição da mercadoria embarcada (*packing list*) e o certificado de origem.

[20] *RDM* 15-16/51.

[21] STJ – AgRg no AgRg no REsp 809.333/RS – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – *DJ* 5-6-2006.

[22] – REsp. 470.355/RS – Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior – *DJ* 14-4-2003.

[23] TJRS – AC 70010573152 – Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda – j. 9-3-2005.

Parte VIII



Direitos do Consumidor

41

Direitos do Consumidor



41.1Consumidor e relação de consumo

O consumidor é, e sempre foi, a razão de ser de toda a atividade econômica e, em particular, do comércio e, atualmente, é reconhecido e tratado como tal. De tal sorte que se torna, hoje, impossível conceber um Direito Comercial que não atente para sua preservação. Proteger o consumidor é, ao mesmo tempo, um compromisso necessário para a sobrevivência da empresa como função social e uma necessidade ligada à própria densificação do Estado de Direito. A constatação dessa conjuntura produziu uma nova concepção de matéria comercial e, sobretudo, um novo tipo de empresário, marcado pela responsabilidade social que o sistema jurídico lhe impõe, não mais um singelo intermediador devotado ao lucro das trocas, mas, antes e principalmente, um fornecedor.

Consumidor, para usar a expressão jurídico-positiva, é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, ou seja, para uso próprio. Certamente, toda pessoa que adquire bens ou serviços, para uso particular, singular ou plural, pode ser tida por consumidor.

Conforme o enfoque adotado como ponto de partida para uma conceituação jurídica (econômico, filosófico, sociológico, psicológico etc.), a noção de consumidor assume diferentes matizes. Com efeito, a categoria jurídica *consumidor*, impregnada de substratos ideológicos, carrega um pouco de cada um daqueles elementos.

Fábio Konder Comparato (*40 : 16*), após enfatizar a posição de inferioridade do consumidor perante os titulares dos bens de produção, acaba por caracterizá--lo como aquele que se submete ao poder de controle dos empresários. Waldirio Bulgarelli (*21 : 49*), de certa forma, também prioriza a hipossuficiência do consumidor ao realçar o papel protectivo do direito para evitar ou reparar os danos suportados.

José Geraldo Brito Filomeno (*68 : 77*) prefere, com inteira razão, estabelecer os pontos nucleares definidores da relação de consumo, a saber:

> •toda relação de consumo envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado, o adquirente de um produto ou serviço (consumidor); de outro, o fornecedor ou vendedor de um serviço ou produto;
>
> •referida relação objetiva a satisfação de uma necessidade particular do consumidor;
>
> •sem controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, o consumidor "arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços".

Conclui o reconhecido especialista, por asseverar que "o consumidor está na mesma situação de hipossuficiência que o detentor da força de trabalho experimenta em face do mesmo protagonista da atividade econômica, ou seja, os detentores dos meios de produção". É a vulnerabilidade, erigida à condição de princípio, no art. 4º, I, do CDC (Lei nº 8.078/90).

Parece-nos perfeitamente correto o posicionamento, desde que inexiste o desejável *rapport* de coordenação entre os titulares dos bens de produção e os detentores da força de trabalho. Da relação de subordinação do trabalho ao capital decorre a evidente hipossuficiência do consumidor, notavelmente clara na desigualdade de fato transparente nos contratos que envolvem relações de consumo.

Portanto, qualquer que seja a óptica pela qual se contemple o consumidor, é preciso mirar a dúplice missão do direito nessa área:

> •prevenir danos causados ao consumidor, em virtude de sua inferioridade;
>
> •conferir-lhe mecanismos de proteção concreta e eficaz suscetíveis de reparar integralmente os danos derivados daquela posição.

Cumpre, ainda, frisar que o CDC contém, nos termos expostos por Nelson Nery Júnior (*115 : 77*), quatro conceitos de consumidor:

> •conceito-padrão ou *standard* (art. 2º, *caput*), segundo o qual consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire produto ou utiliza serviço como destinatário final;
>
> •coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2º, parágrafo único), a fim de possibilitar a propositura da *class action* prevista no art. 81, parágrafo único, no III;

•vítimas do acidente de consumo (art. 17), a fim de que possa valer-se dos mecanismos e instrumentos do CDC na defesa de seus direitos;
•aquele que estiver exposto às práticas comerciais (publicidade, oferta, cláusulas gerais dos contratos, práticas comerciais abusivas etc.) (art. 29).

41.2Direitos do consumidor

Assumindo essa postura e a partir dessa *espinha dorsal* protectiva, o CDC reputa como direitos básicos do consumidor:

•proteção da vida, saúde e segurança;
•educação para o consumo;
•informação adequada e clara;
•proteção contra enganos e abusos;
•proteção contratual;
•prevenção e reparação de danos;
•acesso aos órgãos judiciários e administrativos;
•facilitação da defesa de seus direitos;
•adequada e eficaz prestação dos serviços públicos.

É claro que a tutela legal do consumidor encosta-se em sólido arcabouço constitucional. A fonte de validade do CDC reside na Carta Magna, quando esta arrola, entre os direitos fundamentais o dever do Estado de promover a defesa do consumidor (art. 5º, inciso XXXII) e ajunta à liberdade de iniciativa a necessidade de defesa do consumidor.[1] Pode-se afirmar, sem qualquer exagero, que a preservação da segurança física e jurídica do consumidor é cláusula pétrea da CF, que se exterioriza na titulação do CDC, como código defensivo.[2]

Bem por isso, as normas do CDC são de ordem pública e interesse social, o que implica a proteção judiciária do consumidor, ainda que *ex officio*, em qualquer tempo e grau jurisdicional e em outros efeitos de natureza processual, como a inversão do ônus da prova e a coisa julgada *secundum eventus litis.*

A Lei nº 12.291/10 torna obrigatória a manutenção de exemplar do Código de Defesa do Consumidor nos estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços.

41.3Responsabilidade do fornecedor

Fornecedor é o responsável (pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados) que desenvolve atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.[3]

Para o CDC, fornecedores são:

- o produtor;
- o fabricante;
- o construtor;
- o importador;
- o empresário comerciante (fornecedor subsidiário).

Vem a calhar a ponderação de Fábio Ulhoa Coelho (*38 : 81*):

> "Como se percebe, o conceito de empresário está contido no de fornecedor. As obrigações e responsabilidades reservadas pelo CDC aos fornecedores, portanto, são pertinentes, também, aos empresários. Em razão, ainda, da extensão do conceito de fornecedor, que engloba os entes despersonalizados, o mesmo conjunto de deveres aplica-se às sociedades em conta de participação e aos consórcios."

O CDC atribui aos fornecedores os seguintes deveres:

- dar informações necessárias e adequadas sobre eventuais riscos à saúde e à segurança dos consumidores suscetíveis de serem causados por produtos ou serviços colocados no mercado;
- informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da nocividade ou periculosidade de produtos e serviços, bem como comunicar às autoridades competentes;
- não colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou à segurança;
- fornecer peças de reposição enquanto o produto for comercializado; e
- pautar-se com lealdade efetiva, abstendo-se de práticas abusivas e de expor a constrangimento o consumidor.

Fica bem claro, pelo elenco citado, que a inserção do dever de informação e do dever de cuidado acentua a função preventiva da reparação do dano, ao lado da tradicional função de ressarcimento.

O CDC não acolhe a bipartição da responsabilidade civil em contratual e extracontratual contida no art. 186 do CC de 2002, primeiro porque de difícil caracterização, depois porque fundada na aferição de culpa. Optou por abandonar a responsabilidade extracontratual e a sofrível subsunção da

conduta à culpa, para acolher a teoria do contato social direto entre quaisquer partícipes da corrente de fornecimento de produtos e serviços e o consumidor.

A responsabilidade do fornecedor, no CDC, pressupõe:

- responsabilidade pelo fato do produto;[4]
- responsabilidade pelo fato do serviço.[5]

A responsabilidade do fornecedor prescinde da culpa; é objetiva. Excepcionalmente, a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais autônomos será apurada mediante a verificação de culpa, ou seja, permanece subjetiva.

41.4 Responsabilidade pelo fato do produto[6]

Para efeito do art. 12 do CDC, podem ser responsabilizados o fabricante, o produtor, o construtor (nacional ou estrangeiro) e o importador. Todos respondem, de forma solidária, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

A responsabilidade do empresário que se limita à comercialização é subsidiária. Com efeito, pode ser responsabilizado quando:[7]

- o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;
- o produto for fornecido sem identificação clara de seu fabricante, produtor, construtor ou importador;
- não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

41.4.1 Excludentes

Mitigando a responsabilidade objetiva consagrada no art. 12, *caput*, o § 3º contempla algumas causas de isenção ou exclusão, cujo reconhecimento dependerá, é lógico, de demonstração pelo fornecedor. Assim, poderá não ser responsabilizado quando comprovar:

- que não colocou o produto no mercado;
- que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
- a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

Diferentemente da clássica teoria da responsabilidade civil, o CDC não considera excludentes a culpa concorrente da vítima, o caso fortuito e a força maior, intentando tornar mais dúctil e eficaz a garantia do consumidor.

41.5Responsabilidade pelo fato do serviço

O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos intrínsecos e extrínsecos relativos à prestação dos serviços,[8] bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Portanto, para caracterização da responsabilidade do fornecedor de serviços, basta que se evidencie defeito no serviço, que haja dano e aquele seja a causa deste.

Para isentar-se da responsabilidade, o fornecedor de serviços precisará provar:

- que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; ou
- culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

41.6Responsabilidade por vício do produto e do serviço

Nos termos do art. 18 do CDC, os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem de forma solidária, independentemente de verificação de culpa, pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Não sendo o vício sanado no prazo máximo de 30 dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e a sua escolha:

- substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;
- restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
- abatimento proporcional do preço.

O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas retrocitadas, sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes

viciadas puder comprometer a qualidade ou as características do produto, diminuir-lhe o valor. Também assim, se se tratar de produto essencial.

No caso de fornecimento de produtos *in natura*, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato (comerciante), exceto quando identificado, claramente, seu produtor.

São impróprios ao uso e consumo os produtos:

- cujos prazos de validade estejam vencidos;
- deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;
- inadequados ao fim a que se destinam.

Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e a sua escolha:

- abatimento proporcional do preço;
- complementação do peso ou da medida;
- substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;
- restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

O empresário comerciante será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais.

O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e a sua escolha:

- reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;
- restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
- abatimento proporcional do preço.

A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade.

Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação.

41.7Decadência e prescrição

Nos termos do art. 26 do CDC, o direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

- 30 dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto não duráveis;
- 90 dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto duráveis.

Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços. Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

Suspendem o lapso decadencial pela:

- reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;
- instauração de inquérito civil, pelo Ministério Público, até seu encerramento.

Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

41.8Desconsideração da personalidade jurídica

O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, responsabilizando, diretamente, seu diretor ou administrador 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;
- falência; ou
- encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Quer dizer, o CDC autoriza o afastamento da personalidade jurídica sempre que esta constituir-se instrumento do fornecedor para frustrar a observância dos direitos do consumidor.

Um estudo mais abrangente da desconsideração da personalidade jurídica pode ser lido no item 8.2.2.1, quando tratamos das sociedades empresárias.

41.9Práticas infrativas

O art. 39 do CDC e o arts. 12 e 13 do Decreto nº 2.181/97 enumeram um elenco de abusos mais comuns perpetrados contra o consumidor. Não tem a pretensão de ser exaustivo, o que revela pelo uso da expressão "entre outras" ao entronizar o leque de irregularidades negociais que pretende prevenir e reprimir. Nem poderia ser diferente, porque dispersas ao longo do CDC há outras práticas abusivas, por exemplo, publicidade clandestina[9] e cláusula contratual abusiva.[10] Também assim, outros casos podem ser encontrados na legislação criminal especial.

São práticas infrativas, por exemplo:

- condicionar o fornecimento de produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;
- enviar ou entregar ao consumidor qualquer produto ou fornecer qualquer serviço, sem solicitação prévia;
- prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;
- exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;
- deixar, em contratos que envolvam vendas a prazo ou com cartão de crédito, de informar por escrito ao consumidor, prévia e adequadamente, inclusive nas comunicações publicitárias, o preço do produto ou do serviço em moeda corrente nacional, o montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros, os acréscimos legal e contratualmente previstos, o número e a periodicidade das prestações e, com igual destaque, a soma total a pagar, com ou sem financiamento;
- deixar de assegurar a oferta de componentes e peças de reposição, enquanto não cessar a fabricação ou a importação do produto e, caso cessadas, de manter a oferta de componentes e peças de reposição por período razoável de tempo, nunca inferior à vida útil do produto ou serviço;
- recusar a venda de produto ou a prestação de serviços, publicamente ofertados, diretamente a quem se dispõe a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos regulados em leis especiais; e

•deixar de trocar o produto impróprio, inadequado, ou de valor diminuído, por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso, ou de restituir de imediato a quantia paga, devidamente corrigida, ou fazer abatimento proporcional do preço, a critério do consumidor.

Nos termos do art. 18 do Decreto nº 2.181/97, a inobservância das normas contidas na Lei nº 8.078, de 1990, e das demais normas de defesa do consumidor constituirá prática infrativa e sujeitará o fornecedor às seguintes penalidades administrativas, que poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, inclusive de forma cautelar, antecedente ou incidente no processo administrativo, sem prejuízo das de natureza cível, penal e das definidas em normas específicas:

•multa;
•apreensão do produto;
•inutilização do produto;
•cassação do registro do produto no órgão competente;
•proibição de fabricação do produto;
•suspensão de fornecimento de produtos ou serviços;
•suspensão temporária de atividade;
•revogação de concessão ou permissão de uso;
•cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;
•interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
•intervenção administrativa;
•imposição de contrapropaganda.

41.10Publicidade e propaganda

Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar. Também integra o contrato que vier a ser celebrado. É o efeito vinculante da oferta. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e a sua livre escolha:

•exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;
•aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

•rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e perdas e danos.

Toda publicidade deve ser clara, entendendo-se como tal aquela que permite ao consumidor pronta identificação e fácil compreensão. Como tudo que for anunciado deverá ser cumprido e como as informações veiculadas pela propaganda integram o contrato, o fornecedor deve manter informações técnicas e científicas que suportem a demonstração de veracidade da propaganda. Aqui, consagram-se o princípio da veracidade e o princípio da identificação da mensagem publicitária.

É proibida toda publicidade enganosa, abusiva, clandestina e subliminar. Com efeito, é ainda uma vez Nelson Nery Júnior (*115 : 228*) quem esclarece:

> "*O merchandising* (na acepção vulgar que se tem dado ao termo) não está, em tese, proibido, podendo o anunciante e o veículo valerem-se desse expediente, desde que previamente informem o consumidor de que estará vendo a seguir mensagem publicitária, utilizando para tanto o sistema de créditos. Isto porque o CDC exige que a publicidade seja veiculada de tal modo que o consumidor a identifique imediatamente como tal.
>
> Também não estão proibidos o *teaser* e o *puffing*, desde que não sejam enganosos nem abusivos. Considera-se *teaser* o prenúncio da mensagem publicitária, quer dizer, é o anúncio do anúncio, gerando no consumidor certa expectativa, a fim de que se torne mais interessante o anúncio que virá em tempo futuro. O *puffing* é o exagero, a publicidade espalhafatosa, cujo caráter subjetivo ou jocoso não permite que seja objetivamente encarada como vinculante. É o anúncio em que se diz ser 'o melhor produto do mercado', por exemplo."

Resta dizer que o parágrafo único do art. 33 do CDC, com a modificação operada pela Lei 11.800/08, veda a publicidade de bens e serviços por telefone, quando a chamada for onerosa ao consumidor que a origina.

41.10.1Publicidade enganosa e publicidade abusiva

Não são a mesma coisa. A primeira diz respeito à exploração da situação de inferioridade do consumidor; a segunda, danosa ainda que potencialmente, ofende a ordem pública, os direitos fundamentais e os valores sociais.

Após assentar que a abusividade é uma noção plástica, em formação, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin (*159 : 228*) concluem que,

> “em publicidade, abusividade é noção distinta de enganosidade. Aquela pode manifestar-se na ausência desta, e nem por isso, deixa de ser prejudicial ao consumidor e ao mercado como um todo. Uma consequência que se extrai daí é que uma publicidade, mesmo que absolutamente veraz, pode vir, ainda assim, a ser proibida”.

É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, preço, origem ou quaisquer outros dados essenciais.

É abusiva, dentre outras, a publicidade, quando:

- gerar discriminação de qualquer natureza;
- incitar à violência;
- explorar o medo ou a superstição;
- aproveitar-se da deficiência de julgamento e experiência da criança;
- desrespeitar valores ambientais;
- induzir o consumidor a comportamento prejudicial a sua saúde; ou
- induzir o consumidor a comportamento perigoso a sua segurança.

Quando o fornecedor de produtos ou serviços utilizar-se de publicidade enganosa ou abusiva, o consumidor poderá pleitear indenização por danos sofridos, bem como a abstenção da prática do ato, sob pena de execução específica, para o caso de inadimplemento, sem prejuízo da sanção pecuniária cabível e de contrapropaganda, que pode ser imposta administrativa ou judicialmente.

O ônus da prova da veracidade (não enganosidade) e da correção (não abusividade) da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

41.11Proteção contratual

Com o fito de suprir as necessidades do consumidor, o CDC estipula um conjunto de normas-princípios e normas-regras de ordem pública, insuscetíveis, portanto, de alteração pelas partes ou de derrogação pela legislação civil e comercial.

É o caso do princípio da preservação do contrato, que envolve tanto a igualdade de contraprestações (equivalência) como a proteção do consumidor hipossuficiente. A relativização da intangibilidade contratual exterioriza-se no art. 6º, inciso V, em que a possibilidade de revisão contratual por excessiva onerosidade intenta amparar o consumidor.

Também é o caso da consagração da boa-fé, como regente primeira das relações de consumo, do efeito vinculante da oferta e da execução específica.

É requisito exigido dos contratos a linguagem simples (inteligível às pessoas comuns), em letras de tamanho que permita leitura fácil e com destaque nas cláusulas que restrinjam os direitos do consumidor.

Nessa direção, abordando o contrato de adesão, a Lei 11.785/08 deu nova redação ao art. 54, § 3º, do CDC, dispondo que, na redação do contrato, seja observado tamanho de fonte não inferior ao corpo doze.

Destaquem-se, também, a vinculação do fornecedor à oferta (art. 30 do CDC) e a execução específica, pelo consumidor, como regra (arts. 35, inc. III, e 84, § 1º).

41.12Cláusulas abusivas

Em decorrência da equivalência das partes e do equilíbrio entre os direitos e as obrigações, nos contratos não serão admitidas cláusulas que a lei reputa abusivas:[11]

Exemplificando:

- deixar de reembolsar ao consumidor a quantia já paga, nos casos previstos na Lei nº 8.078, de 1990;
- estabelecer obrigações consideradas iníquas ou abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, incompatíveis com a boa-fé ou com a equidade;
- permitir ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação unilateral do preço, juros, encargos, forma de pagamento ou atualização monetária;
- autorizar o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor, ou permitir, nos contratos de longa duração ou de trato sucessivo, o cancelamento sem justa causa e motivação, mesmo que dada ao consumidor a mesma opção;
- autorizar o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato após sua celebração;
- restringir direitos ou obrigações fundamentais à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;
- onerar excessivamente o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares à espécie;

•cobrar multas de mora superiores a 2%, decorrentes do inadimplemento de obrigação em seu termo, conforme o disposto no § 1º do art. 52 da Lei nº 8.078, de 1990, com a redação dada pela Lei nº 9.298, de 1º-8-1996;
•impedir, dificultar ou negar ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros, encargos e demais acréscimos, inclusive seguro;
•elaborar contrato, inclusive o de adesão, sem utilizar termos claros, caracteres ostensivos e legíveis, que permitam sua imediata e fácil compreensão, destacando-se as cláusulas que impliquem obrigação ou limitação dos direitos contratuais do consumidor, inclusive com a utilização de tipos de letra e cores diferenciados, entre outros recursos gráficos e visuais;
•impedir a troca de produto impróprio, inadequado, ou de valor diminuído, por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso, ou a restituição imediata da quantia paga, devidamente corrigido, ou fazer abatimento proporcional do preço, a critério do consumidor.

41.13Inversão do ônus probatório

Se vige no processo comum o princípio segundo o qual o ônus da prova incumbe a quem alega, nos casos previstos no CDC, o juiz poderá, conforme o caso, promover a inversão do ônus de provar, impondo-a ao fabricante do produto ou ao prestador do serviço.

Trata-se de mais um efeito da pretensão legislativa consistente em minimizar os ônus processuais do consumidor (que reputa hipossuficiente) e maximizar os deveres probatórios do fornecedor, como expediente necessário ao estabelecimento de uma equivalência real entre ambos.

41.14Declaração de ofício

A partir do art. 1.036 do CPC (processos repetitivos) e do art. 51 do CDC (definição de cláusulas abusivas) o STJ (Súmula 381) define que o juiz não pode conhecer, de ofício, a abusividade de cláusulas, nos contratos bancários. Em outras palavras, a abusividade contratual deve ser explicitada, demonstrando-se a violação da regra positiva ou de princípio geral de Direito. De tal sorte que, se o julgador declarar, independentemente de arguição da parte, a nulidade (por abuso) de cláusula de contrato bancário, realizará julgamento *extra petita.*

41.15Negativação do consumidor inadimplente

A negativação do consumidor inadimplente é expressão designativa de sua inscrição, pelo fornecedor em cadastro público protetivo de crédito.

Prescrita a ação de cobrança de débitos, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar o acesso ao crédito pelo consumidor.

Sobre o cadastro de inadimplentes trata o art. 43 do CDC, assegurando ao consumidor o acesso às informações existentes e suas respectivas fontes. Se encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

A Súmula nº 359 do STJ assevera que cabe ao órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição. Pela Súmula nº 404 do STJ é dispensável o aviso de recebimento, na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação.

A falta dessa comunicação ou notificação prévia pode acarretar a responsabilidade da entidade que administra o banco de dados por todos os prejuízos causados, nos termos do parágrafo único do art. 7º c/c o art. 14 do CDC.

Nessa circunstância assiste ao consumidor a busca da tutela judicial antecipada para exclusão de seu nome desse registro. De outra parte, se não ocorrer a retificação dos dados inexatos, o que se verifica é o agravamento do dano imposto ao consumidor, o que significa a elevação do valor a ser reparado.

O consumidor pode conhecer as informações pertinentes à inscrição mediante o *habeas data*, nos termos do art. 7º, inciso I, da Lei nº 9.507/97.

Para impedir sua inscrição nos cadastros restritivos de crédito o consumidor, prévia e regularmente notificado, pode discutir a matéria em procedimento judicial cautelar, demonstrando o respaldo jurídico à negativa do débito em cobrança e o *periculum in mora*.

---

[1] Art. 170, incisos IV e V, parágrafo único.

[2] Art. 48 das disposições transitórias da CF.

[3] Art. 3º do CDC.

[4] Art. 12 do CDC.

[5] Art. 14 do CDC.

[6] Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

[7] Art. 13 do CDC.

[8] O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo de seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido.

[9] Art. 36 do CDC.

[10] Art. 51 do CDC.

[11] Art. 22 do Decreto nº 2.181/97.

Parte IX



Falências e Recuperações

42

Insolvência Empresarial



42.1Introdução

O direito concursal brasileiro conhece incisivas modificações com o advento da Lei de Recuperação de Empresas (LRE), que trata da recuperação judicial, falência e recuperação extrajudicial de empresários. O novo diploma regente dos efeitos da crise econômico-financeira das empresas vem substituir o Decreto-Lei nº 7.661/45 (LFC – Lei de falências e concordatas), cuja vigência fica restrita aos processos de falência e concordata em curso, iniciados sob sua égide.

Elegemos a sigla LRE para designar a nova regulamentação da insolvência porque seu intuito primordial não é a falência, embora esta também seja agraciada com disciplina mais clara e muito mais objetiva. A LRE pretende introduzir no sistema jurídico brasileiro instrumentos legais e mecanismos jurisdicionais capazes de propiciar a reorganização e o soerguimento de empresas viáveis que se encontram em crise econômico-financeira.

Essa orientação não significa menosprezo pelo relevante instituto da falência, mas a valorização das possibilidades jurídicas de sua prevenção, tendo em vista os efeitos econômicos da insolvência, na estrutura social brasileira, às vésperas da globalização.

42.2Síntese histórica

Para bem compreender as causas, procedimentos e efeitos do fenômeno da insolvência empresarial, bem como suas múltiplas determinações e repercussões no universo socioeconômico, é inevitável que se recorra, ainda que superficialmente, aos subsídios históricos.

Em outras palavras, a recuperação de empresas viáveis e a falência das inviáveis, como alternativas para a insolvência, não são fenômenos a-

históricos. Resultam de um longo processo de maturação em que os institutos jurídicos se sucedem, sempre caracterizados pelo seu condicionamento por um modo de produção econômica predominante. O direito desempenha função disciplinadora das relações intersubjetivas, tendo por paradigma a conservação das respectivas estruturas sociais onde interage com outras instâncias sociais.

Por isso, encetar uma viagem retrospectiva do direito concursal implica reconhecer a ocorrência de quatro fases distintas, onde predominam, respectivamente:

- o direito concursal como regulador da execução dos bens do devedor;
- a judicialização da execução concursal;
- o caráter preventivo do estado de liquidação; e
- a recuperação da empresa em crise.

No direito romano arcaico, a execução incidia sobre a pessoa do devedor, do que é exemplo significativo a *manus injectio*, que autorizava ao credor manter o devedor em cárcere privado ou escravizá-lo. Desse instituto draconiano, o regime executório passou para o sistema da constrição patrimonial com a lei *Paetelia Papiria*, que admitia a execução forçada das condenações em dinheiro por meio da *venditio bonorum.*

Já no direito romano tardio, surgiram as primeiras regras orientadoras da administração da massa, a assembleia de credores, a classificação dos créditos, a revogação dos atos fraudulentos do devedor e, sobretudo, a regra essencial da *par conditio omnium creditorum.*

O instituto da falência vem dos estatutos das corporações medievais, restringindo o caráter privado da execução, embora isso não signifique a emancipação física do devedor. É certo que num estatuto da cidade de Verona, no início do século XIII, foram esboçadas as primeiras regras que vieram a constituir essa execução patrimonial especial.

Resumindo, a regulação do concurso creditício até a Idade Média:

- não era privativa dos mercadores;
- tinha caráter penal;
- passou gradualmente da execução pessoal à constrição patrimonial; e
- trouxe ao mundo jurídico as primeiras acordanças preventivas da liquidação.

No século XVII, as Ordenações Filipinas trataram das quebras dos mercadores, e o Alvará Real de 1756, em Lisboa, estabeleceu um processo peculiar para os negociantes falidos. No direito francês, o Código Savary (1673) disciplinou o regime de insolvência sem particularizar os

comerciantes, especificidade que só aconteceu na primeira década do século XIX, com a cisão legislativa do direito privado empresarial, por meio dos códigos de Napoleão Bonaparte, o civil e o comercial.

Assim, o direito concursal, na Idade Contemporânea, surge como liquidação do ativo do devedor comerciante insolvente, sob a supervisão do Estado-Juiz. A liquidação do patrimônio do devedor passa a ser assegurada pelos organismos judiciais encarregados de aplicar a lei. É o regime que predominou no direito brasileiro da Lei de Falências e Concordatas (LFC), concebido em meados do século passado e agora substituído pela LRE.

Contudo, a paulatina unificação do direito privado, a interpenetração do direito público e do direito privado e, ainda, a valorização dos direitos fiscal, do consumidor, previdenciário e financeiro levaram à procura de soluções mais fecundas e menos drásticas para as crises econômico-financeiras das empresas, tendo em vista as eventuais possibilidades de preservar os empreendimentos que, conquanto em dificuldades, conservam margens satisfatórias de viabilidade.

Como lecionamos em nosso *lei de falência e recuperação de empresas (59 : 21-22)*:

> "O quadro da patologia empresarial, tal como concebido pelos antigos sistemas concursais, de natureza simplesmente falimentar, quase sempre conduzia a um estágio terminal, em que a figura do empresário assemelhava-se muito à do *de cujus* sem herança. Esse mesmo quadro agora é compreendido de outra forma. Percebeu-se que o meio mais razoável de obviar esse inconveniente é a recuperação da empresa paciente mediante a reversão da síndrome patológica, para proporcionar algumas possibilidades, ainda que diminutas, de solução do passivo. Evitar a morte do paciente é, no mínimo, mais inteligente do que eliminar a patologia pela supressão de seu portador.
>
> Somente quando o organismo da empresa exterioriza sinais tanatológicos, ou seja, quando a crise econômico-financeira atinge o grau de insolvência irreversível, é que se justifica a adoção de condutas liquidatórias. A questão, nesse caso, é prevenir a eventual disseminação dos efeitos da debacle da empresa, no mercado. Se impossível a cura, faz-se mister a liquidação, como medida protectiva do crédito público em face do contágio."

Sob essa nova perspectiva, a transformação do direito concursal veio como a resposta mais racional à necessidade de estabilização do mercado.

Daí por que os atuais sistemas jurídicos regentes da insolvência privilegiam o parâmetro da realização dos direitos dos credores mediante a recuperação da empresa devedora. A falência, pelo seu cunho liquidatório, permanece como desfecho residual, como regramento inevitável reservado, exclusivamente, aos empreendimentos inviáveis.

42.3Princípios do regime concursal empresarial

Os princípios estruturantes do regime legal de insolvência empresarial são as diretrizes que, em nexo de complementaridade, permeiam os procedimentos concursais, conferindo-lhes as matrizes para análise de seus problemas mais importantes:

- o princípio da viabilidade da empresa em crise;
- o princípio da prevalência do interesse dos credores;
- o princípio da publicidade procedimental;
- o princípio da *par conditio creditorum*;
- o princípio da conservação e maximização dos ativos do devedor; e
- o princípio da conservação da atividade empresarial viável.

42.3.1Princípio da viabilidade da empresa

A Lei de Recuperação de Empresas (LRE) fixa uma dicotomia essencial entre as empresas economicamente viáveis e as inviáveis. De tal arte que o mecanismo da recuperação é indicado para as primeiras, enquanto o processo de falência apresenta-se como a solução judicial da situação econômica das empresas inviáveis. Viáveis, é claro, são aquelas empresas que reúnem condições de observar os planos de reorganização estipulados na LRE. A aferição dessa viabilidade está ligada a fatores endógenos (ativo e passivo, faturamento anual, nível de endividamento, tempo de constituição e outras características da empresa) e exógenos (relevância socioeconômica da atividade etc.).

Qualquer plano de recuperação passa pela adoção de um dos meios estabelecidos na LRE e, como tal, deve ser oferecido à consideração judicial e dos credores.

É certo que, se verificada, desde logo, a impossibilidade de cumprimento do plano proposto, o indeferimento da pretensão recuperatória é de rigor. A constatação posterior (no curso da recuperação) da inviabilidade implica a conversão do processo de recuperação em solução liquidatória.

42.3.2Princípio da prevalência do interesse dos credores

Qualquer regime de insolvência visa satisfazer, equitativamente, pretensões creditícias legítimas. Mesmo ante a necessidade de se considerar o interesse social na manutenção ou não do empreendimento insolvente, o fato é que a solução proporcional do passivo sempre será o norte do procedimento adotado. A reestruturação da empresa em dificuldades é

instrumental da satisfação dos credores, desde que observados níveis mínimos da paridade.

O regime de insolvência, desde suas origens, retrata a preocupação do legislador com a sorte dos que titulam haveres contra o empresário em crise. Pode ser dito que, desde sua origem, é uma postura jurídica estabelecida, essencialmente, para atender aos direitos dos credores.

Contudo, o interesse dos credores também não pode ser identificado como a realização de pronto de seus haveres. Pagamentos satisfatórios são aqueles que se aproximam do ideal de integral satisfação dos créditos. A predominância do interesse dos credores deve identificar-se com o interesse público inerente à empresa.

42.3.3Princípio da publicidade dos procedimentos

Os procedimentos para solução da insolvência devem ser transparentes, o que significa não somente a publicidade dos atos processuais, mas também a clareza e objetividade na definição dos diversos atos que os integram. O conceito de publicidade está conectado com o de previsibilidade.

A estipulação objetiva de requisitos, fundamentos e prazos, se não impede a adoção de manobras procedimentais e expedientes protelatórios, dificulta bastante essa prática negativa.

É claro que a plena publicidade não se aperfeiçoa apenas com sua menção legal. Pressupõe fiscalização permanente e zelosa do órgão judiciário, do administrador da massa, dos diversos corpos creditícios e do representante do Ministério Público.

42.3.4Princípio da par conditio creditorum

O tratamento equitativo dos créditos é o princípio regente de todos os processos concursais, considerando-se prioritariamente o mérito das pretensões antes que a celeridade na sua satisfação.

A própria finalidade do concurso de credores observa o parâmetro da paridade, obstando que se priorize o mais célere em detrimento do mais meritório.

Na verdade, esta regra diz respeito à proporcionalidade na consideração dos créditos, o que implica respeitar as peculiaridades que a lei atribui a cada um. Não se trata, pois, de nivelamento.

42.3.5Princípio da conservação e maximização dos ativos

O esvaziamento dos ativos do devedor em crise financeira, presas da ação de credores mais expeditos, em prejuízo da coletividade dos credores e da observância do mérito que assiste a cada pretensão, não é fenômeno que se possa rotular como raridade. Sua frequência é uma das causas do insucesso da maioria dos concursos de credores.

A realização das finalidades do processo de insolvência demanda que os ativos da empresa devedora sejam preservados e, se possível, valorizados. Não se trata de tutelar os ativos capazes de soerguer a empresa para desfrute de seu titular ou de seus administradores, mas da recuperação da unidade econômica e da manutenção de sua atividade produtiva, para satisfação dos credores e proveito da sociedade.

Pode ser dito que a separação entre o destino da empresa e o de seus titulares apresenta-se, às vezes, como o caminho mais proveitoso no sentido de uma solução justa e eficaz para a conjuntura jurídico-econômica da insolvência.

42.3.6Princípio da conservação da empresa viável

A atividade empresarial afeta o mercado e a sociedade. O modo de produção econômica, no sistema capitalista, é determinante das demais instâncias sociais. Por isso, o interesse de agir nos processos regidos pela LRE reside na necessidade de um provimento judiciário para deslindar não só a crise econômico-financeira de um empresário, mas toda espécie de relações daí decorrentes e suas repercussões sociais.

A preservação da atividade negocial é o ponto mais delicado do regime jurídico de insolvência. Só deve ser liquidada a empresa inviável, ou seja, aquela que não comporta uma reorganização eficiente ou não justifica o desejável resgate.

42.4Transição legal

A vigência da LRE não acarreta a plena e imediata revogação da Lei de Falências e Concordatas (LFC). A transição de um sistema legal para outro envolve algumas situações que merecem tratamento peculiar, no sentido de se obter um perfeito enquadramento das conjunturas socioeconômicas no âmbito dos novos parâmetros normativos.

As normas do Decreto-Lei nº 7.661/45 (LFC) continuam em vigor para aplicação aos processos de concordata preventiva, concordata suspensiva e falência, em curso no dia anterior ao do início da vigência da LRE.

De tal arte que a empresa que, hoje, se defrontar com crise econômico-financeira, não poderá mais pleitear a concessão do favor legal da concordata preventiva. Contudo, o agente econômico que já se encontra em regime de concordata preventiva continua observando as regras da LFC, se não optar pelo ingresso no sistema da recuperação judicial, ou seja, se não possuir os requisitos necessários para tal.

A existência de pedido de concordata anterior à LRE não obsta o pedido de recuperação judicial pelo devedor, desde que este não tenha deixado de cumprir obrigação da concordata. Os créditos submetidos à concordata devem ser inscritos, por seu valor original, na recuperação judicial, abatidas as parcelas pagas pelo concordatário.

Observe-se que essa alternativa não vale para as microempresas e empresas de pequeno porte, quanto ao plano especial de recuperação judicial.

Nos processos de falência em andamento, na data da vigência da LRE, não será possível a obtenção de concordata suspensiva, porque esta não existe mais, como alternativa legal à falência em curso. Na sistemática da LRE a recuperação judicial só é cabível como procedimento preventivo da falência.

Aqueles devedores que, nos termos da legislação específica, estão proibidos de requerer concordata, também não podem postular nenhuma espécie de recuperação.

A LRE é diploma subsidiário da Lei nº 6.024/74 referente à liquidação extrajudicial de instituições financeiras, da Lei nº 9.514/97, do Decreto-lei nº 73/66 e do Decreto-lei nº 2.321/87. Até que se publiquem as leis específicas previstas na LRE, para a disciplina desses casos.

A LRE aplica-se, desde logo, às falências decretadas em sua vigência, com base no artigo 162 (convolação de concordata preventiva em falência) da antiga LFC. Isso significa que, se o juiz decretar a falência do devedor que postulou a concordata, em face da ocorrência de impedimentos, da falta de condições para a concordata ou de inexatidão documental, a falência assim instaurada já será regida pela LRE e não pelas normas da LFC. Também assim no caso de concordata preventiva em curso com base na lei anterior, a convolação em falência por falta de pagamento de parcela da concordata (art. 175, § 8º, da LFC) coloca a empresa falida sob a égide da LRE.

O CPC e o CPP são fontes subsidiárias da LRE, sempre que houver compatibilidade das normas daqueles estatutos instrumentais com a regulamentação processual contida na LRE.

43

Devedor Empresário



43.1Pessoa física e pessoa jurídica

Só os devedores empresários (empresário unipessoal e sociedade empresária) estão subordinados ao regime jurídico da LRE (art. 1º). A legislação brasileira optou pelo sistema que reserva a falência e as recuperações para os agentes econômicos insertos no universo empresarial, deixando de lado os chamados agentes econômicos civis, destinatários da normação processual civil geral e, bem assim, algumas entidades econômicas de fins públicos.

Quais são os empresários que podem obter recuperação empresarial e que estão sujeitos à falência?

Para os fins da LRE, identifica-se como empresário tanto a pessoa física que, em seu próprio nome, exercita profissionalmente atividade negocial com intuito de lucro, como a pessoa jurídica nas mesmas condições. Ou seja, tanto o empresário unipessoal como a sociedade empresária são destinatários legais dos mecanismos judiciais de recuperação e falência.

Sócios de responsabilidade ilimitada

Quando a LRE se refere ao "devedor", alcança também os sócios ilimitadamente responsáveis que compõem as empresas em crise.

Empresário individual

Não é supérfluo aditar que o empresário individual, em caso de falência ou recuperação, responde com todo seu patrimônio particular, porque a firma individual não ostenta personalidade jurídica independente da de seu titular.

Espólio

O espólio também está sujeito à falência e à recuperação. A fim de assegurar aos credores a percepção dos haveres que mantinham em relação ao devedor falecido, a falência do espólio visa salvaguardar a memória do

empresário falecido, pela solução dos seus débitos; e ensejar aos herdeiros do empresário o soerguimento da empresa do falecido.

A LRE, ao contrário da LFC revogada, não condiciona o requerimento de falência do espólio à causa de pedir, ou seja, à impontualidade ou à execução frustrada. Seu silêncio leva a crer que os herdeiros, o cônjuge sobrevivente ou o inventariante podem requerer a falência do espólio, também com base nos atos ilegais enumerados em lei, até com o intuito de, eventualmente, tornar ineficazes atos revogáveis praticados pelo devedor.

Quando a LRE utiliza a expressão *qualquer herdeiro*, obviamente quer dizer descendentes, ascendentes, colaterais e afins. E como pode ser qualquer herdeiro, individualmente considerado, não reclama a atitude conjunta dos herdeiros, como pressuposto para petição da falência nem da recuperação.

Tenha-se em conta que a LRE estabelece prazo decadencial para que seja requerida a falência do espólio. Esse prazo é de um ano, a partir da morte do devedor.

Decretada a falência do espólio, o processo de inventário ficará sobrestado, incumbindo ao inventariante a representação do espólio junto à massa falida.

Empresário rural

Consoante o art. 971 do CC, o empresário, cuja atividade rural constitua sua profissão principal, pode requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, caso em que ficará equiparado ao empresário sujeito a registro. Para todos os efeitos, diz o diploma civil. Assim também a sociedade cujo objeto é empresa rural. Ora, na medida em que assumem natureza empresarial, estão sujeitos ao regime de insolvência da LRE.

A LRE não faz distinção entre grande e pequeno empresário rural. Referida solução parece não ser a mais justa porque há empresários que exploram propriedade rural apenas para fins de subsistência familiar. Certamente, a manutenção da economia doméstica não se iguala aos empreendimentos objetivados na LRE. Aliás, nesses casos, o patrimônio e a renda anual líquida ficam nos estreitos limites de isenção do Imposto de Renda.

Sociedades simples

O art. 982 do CC define como empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro. Simples são todas as demais. Estas localizam-se fora do alcance da LRE. É que atividade própria de empresário sujeito a registro é a organização

econômica profissional para explorar a produção e/ou circulação de bens ou serviços. É a busca de lucro mediante o exercício da empresa.

Atividades intelectuais e profissionais liberais

As sociedades que se dedicam a atividades intelectuais (culturais, científicas, artísticas) e as sociedades civis de profissionais liberais estão fora do elenco da LRE, reconhecido seu caráter não econômico. Não se enquadram, posto que não exercem atividade econômica organizada com escopo lucrativo. Não são agências econômicas.

Cooperativas

As sociedades cooperativas ficam fora do elenco de insolventes afetados pelas recuperações ou pela falência. São entidades adstritas à regência da Lei nº 5.764/71 e do CC. Por definição legal (art. 982, parágrafo único, do CC), são sociedades simples de pessoas, cuja constituição destina-se à prestação de serviços aos associados. Entre suas características essenciais, destacam-se: a variabilidade ou dispensa do capital social; a limitação do valor da soma de quotas sociais que cada sócio poderá tomar; a intransferibilidade de quotas (mesmo que por herança); o *quorum*deliberativo fundado no número de sócios presentes às assembleias e não no capital social representado; singularidade de voto; retorno proporcional dos resultados sociais; e indivisibilidade do fundo de reserva.

Sociedades em nome coletivo

As sociedades empresárias em nome coletivo são aquelas formadas somente por pessoas físicas que respondem, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais. É a fala do art. 1.039 do CC. Como empresárias, estão sujeitas a falência e têm legitimidade ativa para postular recuperação. Nesse aspecto são idênticas a todas as outras sociedades empresárias.

A decretação de quebra de uma sociedade em nome coletivo implica também a liquidação de seus sócios ilimitadamente responsáveis. Estes estão sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos que a falência produz em relação à sociedade, por força do art. 190 da LRE.

Os sócios de responsabilidade ilimitada que se retiraram, voluntariamente, ou foram excluídos há menos de dois anos, respondem pelos encargos existentes na data em que sua saída foi arquivada na Junta Comercial, no caso de não terem sido solvidos até a data da decretação da falência.

Sociedades limitadas

Como as demais sociedades empresárias, as sociedades limitadas que têm por escopo a atividade econômica organizada, e as sociedades limitadas simples de fins econômicos, subordinam-se, quanto à insolvência, ao regramento da LRE. Personalista ou capitalista, a sociedade limitada simples ou empresária sujeita-se ao regime de recuperação ou falência, quando insolvente. Como não tem sócios de responsabilidade ilimitada, a solução de sua insolvência não alcança, em regra, o cabedal daqueles.

43.2Empresas excluídas

Fora do regime de insolvência da LRE, está a sociedade de economia mista, ou seja, a pessoa jurídica de direito privado, criada mediante autorização legal, sob a forma de sociedade anônima, para a exploração de atividade econômica ou serviço de interesse coletivo, sob controle majoritário da Administração Pública direta ou indireta. Não está sujeita à recuperação judicial nem à falência. O art. 173, § 1º, inciso II, da CF destina-lhe o regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, mas não quanto ao regime de insolvência, reconhecidamente especial e específico.

Da mesma forma, as empresas públicas não se sujeitam à recuperação judicial ou à falência, em caso de insolvência. Qualificadas com personalidade jurídica de direito privado, as empresas públicas são privadas, mas seu capital é integralmente público. A pessoa é particular; o capital é público. Segundo o art. 178 do Decreto-Lei nº 200/67, se a empresa pública acusar prejuízo continuado, poderá ser liquidada ou incorporada a outra entidade por ato do Poder Executivo.

43.3Empresas sujeitas a regime especial

A LRE (art. 2º, inciso II) exclui de sua incidência algumas empresas regidas por normação especial.

As instituições financeiras são regidas pela Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974. Estão sujeitas a intervenção e eventual liquidação extrajudicial (trata-se de procedimento administrativo no qual o Estado assume os poderes de gestão e disposição da entidade financeira e a retira do mercado em face de sua inviabilidade ou inidoneidade). A liquidação extrajudicial é de interesse público. Por isso, pode ser decretada de ofício pelo Banco Central, a requerimento dos administradores da instituição

financeira ou acolhendo os motivos justificadores da medida propostos pelo interventor.

As sociedades anônimas de seguros (Decreto-lei nº 73/66 e Lei nº 10.190/01) submetem-se à liquidação compulsória. Configurada sua insolvência econômico-financeira, é cassada sua autorização e ingressam no regime liquidatório extrajudicial, sob a égide da superintendência de seguros privados.

São efeitos imediatos da cassação da autorização: a suspensão das ações e execuções judiciais, o vencimento de todas as obrigações, a suspensão da incidência de juros, interrupção da prescrição extintiva e o cancelamento dos poderes administrativos da sociedade em liquidação.

Se se verificar, na liquidação, que o ativo societário não é capaz de solver, no mínimo, metade dos débitos quirografários, o liquidante é o único legitimado para postular sua liquidação judicial.

As sociedades de capitalização observam o disposto no Decreto-Lei nº 261/67. Também cumprem liquidação extrajudicial e, também, só o liquidante está apto a requerer sua falência.

Nos termos da Lei nº 5.768/71, as empresas autorizadas à distribuição gratuita de prêmios (mediante sorteio), vale-brinde ou concurso, a título de propaganda, podem ser objeto de intervenção e liquidação extrajudicial, pelo Banco Central, nas mesmas condições previstas na legislação especial aplicável às entidades financeiras. Também aqui só pode ocorrer a liquidação judicial se formulado o pedido pelo liquidante.

Igualmente sujeitas ao processo de liquidação extrajudicial, contemplado na Lei nº 6.024/74, estão as sociedades empresárias de *leasing*, as cooperativas de crédito, as sociedades de capitalização e as de previdência privada aberta.

Entenda-se. Podem falir, mas a pedido do interventor ou do liquidante, mediante autorização do Banco Central ou da Susep (seguradoras e sociedades de capitalização). Em outras palavras, o credor não tem legitimação ativa para postulação da quebra. Nesse caso, estão fora da LRE.

No caso das sociedades operadoras de planos de saúde, quando insolventes são liquidadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (Lei nº 9.656/98). Não podem ser liquidadas judicialmente.

As disposições da LRE também não alcançam as obrigações assumidas nas câmaras ou prestadoras de serviços de compensação e de liquidação financeira. Tais encargos serão ultimados e liquidados na forma estabelecida nos regulamentos daquelas câmaras ou prestadoras de serviços. O produto da realização das garantias prestadas pelo participante,

assim como os títulos, valores mobiliários e quaisquer outros seus ativos, objeto de compensação ou liquidação, serão destinados à liquidação das obrigações assumidas naquele âmbito.

Enquanto não aprovadas leis específicas, diz o art. 197, a LRE se aplica às instituições financeiras em crise econômico-financeira, mas em caráter subsidiário, e no que couber.

43.4Empresário não personificado

A distinção entre empresário regular e irregular não tem relevância em matéria de tratamento legal, quando se cuida do expediente regulador de sua falência. Contudo, deve ser considerada em matéria de recuperação.

A falência incide tanto sobre o empresário ou sociedade empresária regular, como sobre o empresário de fato, mas a recuperação só alcança os que praticam a empresa conforme a lei. A recuperação é instituto decorrente de favor legal conferido pelo órgão judiciário aos que preenchem os requisitos postos no direito positivo. Como desfrute de outorga jurídico-legal, submete-se às respectivas condições de exercício.

Depois, a falência é extintiva do empresário e da própria atividade empresarial, inexistindo razão para que não atinja as sociedades e empresários irregulares. Por seu turno, o escopo da recuperação é, precisamente, o oposto: mira a preservação da atividade empresarial viável e regular.

Para fins falitários, a inscrição no registro do comércio não é, pois, requisito indispensável à qualificação do empresário. É que, em se tratando de falência, a omissão de tal registro não desfaz o atributo empresarial. Uma sociedade pode estar inscrita no Registro de Empresas e não praticar a empresa; nem por isso será empresária. Mas também pode exercer a empresa sem se registrar. No primeiro caso, a presunção de seu caráter empresarial, em virtude do registro, não tem correspondência material; no segundo, é empresária irregular ou não personificada, porque atua como tal.

A inscrição no Registro de Empresas serve, sobretudo, para conferir direitos. Sua inobservância não pode ser causa excludente de falência, que, como se sabe, não traduz prêmio nem privilégio. Assim fosse e o empresário irregular se beneficiaria de sua própria irregularidade. Bem ao contrário, o exercício irregular acarreta sanções e restrições agravantes do estado de liquidação.

Na sociedade não personificada a responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios é, em regra, subsidiária. Só não o é em relação àquele sócio que celebrou assunção da obrigação em nome da sociedade. Isto decorre do

mandamento exposto no art. 990 do CC, excluindo do benefício de ordem aquele que contratou pela sociedade.

Sintetizando, para fins de falência, tem-se que:

- •empresário ou sociedade empresária é quem exerce profissionalmente atividade econômica direcionada à produção ou circulação de bens ou serviços, com intuito de lucro;
- •basta a atividade negocial para a qualificação de agente econômico;
- •é irrelevante o registro da firma individual ou a inscrição do ato constitutivo societário no registro respectivo.

43.5Sócios

Em termos de responsabilidade patrimonial derivada da insolvência empresarial, algumas distinções são muito importantes no que pertine com o contingente subjetivo da empresa.

A pessoa jurídica (sociedade simples ou sociedade empresária) tem seu próprio patrimônio, conjunto de bens e valores que responde diretamente pelas dívidas sociais, e que não se confunde com o patrimônio individual dos sócios. Sua capacidade negocial e titularidade patrimonial determinam sua autonomia.

Todavia, os sócios sempre poderão ser pacientes de alguma espécie de repercussão patrimonial, da sentença de falência. Os efeitos desta sobre aqueles dependem da espécie societária considerada, segundo seu grau de responsabilização social subsidiária.

Sócios de responsabilidade limitada

Normalmente, no caso de sociedades limitadas, a máxima responsabilização dos sócios cifra-se no dever de integralização do capital social. Em caso de falência, se o capital social não estiver completo, quaisquer sócios poderão ser compelidos a fazê-lo, tendo em vista o estágio de responsabilidade solidária e ilimitada em que se encontram. Também podem ser chamados a repor os dividendos e valores recebidos, bem como as quantias retiradas, a qualquer título, mesmo autorizados pelo contrato social, uma vez positivado que tais distribuições de valores ocorreram com prejuízo do capital realizado.

A questão mais relevante é a que envolve os administradores desses entes societários. Pode ocorrer a responsabilização pessoal dos administradores da sociedade anônima ou da sociedade limitada, em virtude de atuação irregular. Desta são amostras significativas o abuso de

mandato, o descumprimento da lei e a infração aos estatutos ou ao contrato social (conforme o caso).

No caso da sociedade limitada, em princípio, os administradores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas referida regra é excepcionada quando a lei os torna responsáveis para com esta e para com terceiros, solidária e ilimitadamente, pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei.

O princípio integrante do art. 50 do CC enseja ao juiz, mediante requerimento da parte, desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, permitindo que os efeitos de relações obrigacionais alcancem o patrimônio particular dos sócios.

A LRE sujeita os administradores ou liquidantes da sociedade falida às mesmas obrigações que incumbem ao falido, embora não os declare falidos. Sua responsabilidade pessoal e, bem assim, a dos sócios da sociedade limitada falida, serão apuradas no próprio juízo falitário, independentemente da realização do ativo e da prova de sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o rito ordinário estatuído no CPC.

A prescrição do direito de exercer a ação de responsabilização em pauta ocorre em dois anos, prazo que tem por termo *a quo* a sentença de encerramento da falência transitada em julgado.

Sócios de responsabilidade ilimitada

Diversa é a situação dos sócios solidários ou de responsabilidade subsidiária ilimitada que integram as sociedades em nome coletivo. Nas sociedades de responsabilidade mista (comandita simples e comandita por ações), alguns sócios (os comanditados e os acionistas diretores, respectivamente) também se encontram na mesma condição.

A decisão que instaura a liquidação judicial da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, sujeitos que ficam aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade que integram. É a projeção, no regime de insolvência empresarial, da indistinção patrimonial a que estão expostos.

Os sócios ilimitadamente e solidariamente responsáveis ficam sujeitos aos efeitos patrimoniais da sentença que abre o concurso liquidatório. Paira sobre todos aqueles sócios a responsabilidade subsidiária pelas obrigações da sociedade. Serão declarados falidos. Sempre que a LRE se refere à denominação "devedor" abrange, também, os sócios ilimitadamente responsáveis, diretores e administradores por lei considerados solidários.

A repercussão residual da liquidação não apanha apenas o sócio solidário militante; alcança também o ex-sócio solidário no biênio posterior à retirada.

O sócio solidário também fica sujeito à falência, desde que se tenha retirado há menos de dois anos da sociedade quanto às obrigações sociais existentes na data do arquivamento da alteração contratual no Registro de Empresas, se não foram solvidas até a decretação da falência.

43.6Impedidos de exercer a empresa

Mesmo em face de interdição legal, os impedidos de exercer a empresa em nome próprio podem, de fato, vir a empreender. Se exercerem profissionalmente a atividade econômica, em nome próprio, merecerão da lei o mesmo tratamento dispensado aos empresários irregulares. Praticam, pois, atos válidos e sujeitamse à falência.

Em face de crise econômico-financeira, os impedidos de empreender não poderão valer-se da recuperação judicial, favor legal deferido apenas aos agentes econômicos regulares.

Os impedidos de exercer a empresa, se o fizerem, também não poderão obter recuperação*extrajudicial*. Essa medida, conquanto seja de natureza contratual, pactuada fora da órbita judiciária, deve ser, posteriormente, homologada em juízo. Para a homologação, o devedor deve instruir o pedido com o documento probatório de registro na Junta Comercial (art. 74, inciso V, e art. 51, inciso V, da LRE), o que o impedido não pode ter.

43.7Microempresa e empresa de pequeno porte

Obediente ao diapasão protectivo outorgado às microempresas e empresas de pequeno porte, a LRE (arts. 70/72) as excepciona quando cuida de sua recuperação, permitindo que optem pelo procedimento normal ou observem o regime especial que a LRE lhes proporciona.

Podem adotar quaisquer meios de recuperação judicial. Contudo, poderão apresentar plano especial, que deverão propor na petição inicial, apresentando o plano propriamente dito até 60 dias da publicação da decisão que deferir a medida.

Esse plano é condicionado. Só alcança credores quirografários, ressalvados os créditos oriundos de adiantamento de contrato de câmbio, de repasse de recursos oficiais, de credor proprietário-fiduciário, de arrendador mercantil ou de proprietário ou promitente vendedor de imóvel, cujos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade.

Em que consiste o plano especial? Trata-se de parcelamento do passivo abrangido em até 36 parcelas mensais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais. A primeira parcela deve ser paga no prazo máximo de 180 dias, a partir da distribuição do pedido de recuperação judicial.

No plano especial em tela, o devedor sofre a restrição de não poder aumentar despesas nem contratar empregados sem autorização judicial, ouvido o administrador judicial e, se for o caso, o Comitê de Credores.

É certo que essa modalidade de recuperação judicial não acarreta a suspensão do lapso prescricional das ações e execuções por créditos nela não compreendidos.

Embora o juiz esteja dispensado de ouvir a assembleia de credores para deferir o pedido, se houver objeção de credores titulares de mais da metade dos créditos sujeitos ao plano, o pedido deverá ser julgado improcedente. Em consequência, será decretada a falência do devedor (art. 72, parágrafo único, da LRE).

A LRE não diz, mas é intuitivo que o juiz pode, analisando a proposta do devedor e verificando sua eventual inconsistência ou desejando maiores esclarecimentos, determinar as medidas que julgar cabíveis para aquilatar da viabilidade do pedido. Afinal de contas, a recuperação deve ser consentida para microempresa viável.

Também não está na LRE, mas é lógico que, se a proposta não tiver cumprimento conforme o prometido, o juiz pode operar a convolação da recuperação em falência.

Enfim, o juiz também julgará improcedente o pedido de recuperação judicial e decretará a falência do devedor se houver objeções de credores titulares de mais da metade de qualquer uma das classes de créditos classificados no art. 83.

44

Competência



44.1Juízo do principal estabelecimento

Qual é o juízo competente para a regência dos processos de recuperação e de falência?

A natureza concursal da recuperação judicial e da falência determina a instituição de um juízo capaz de atrair todas as demandas incidentes sobre o patrimônio ativo do agente econômico devedor. A LRE (art. 3º) declara a competência de um dos juízos situados no domicílio do "principal estabelecimento" do devedor, para a instauração do juízo concursal.

O caráter universal dos processos de insolvência pressupõe a unidade do juízo. A unidade do domicílio determina a unidade do juízo. Este enseja e assegura o reconhecimento universal da situação jurídica implementada pela decisão que instaura a recuperação judicial, homologa o plano de recuperação extrajudicial ou decreta a falência.

Que é principal estabelecimento para a LRE?

É uma questão de fato a ser dirimida pelo juiz, conforme as peculiaridades de cada caso, podendo ser admitido um ou outro critério, de acordo com a conveniência do processo, ou seja, o critério adotado será correto num determinado caso porque, para aquele caso, é o que melhor atende à execução coletiva que se instaura com a sentença positiva de falência.

Para a conceituação de "principal estabelecimento", não interessa o domínio contratual ou estatutário do devedor. Ao direito concursal aproveita o domicílio real, de caráter econômico, ou seja, aquele onde se localiza o estabelecimento em que o empresário exerce maior atividade, o de maior expressão patrimonial. Isso vale também para a filial de empresa que tenha sede fora do país.

Podemos concluir, portanto, que estabelecimento principal não é aquele a que os estatutos da sociedade conferem o título de principal. O principal

estabelecimento é o centro de operações negociais, sem que, por isso, seja o centro de seus principais interesses.

Algumas situações merecem atenção especial, entre as quais, a da transferência da sede do estabelecimento do agente econômico.

Não altera a competência jurisdicional a transferência apenas nominal da sede, ou mesmo a transferência real com meta fraudulenta. Continua competente o juízo situado no domicílio anterior, vige o princípio da perpetuação jurisdicional.

A alteração do local do principal estabelecimento, ocorrida nos 12 meses imediatamente anteriores ao pedido de recuperação ou de falência, é desconsiderada.

Os mercadores ambulantes e as empresas de espetáculos públicos poderão ter sua falência decretada no foro onde forem encontrados, uma vez que não possuem estabelecimento fixo ou domicílio certo. A lei presume que tais pessoas (físicas ou jurídicas) transportem consigo seu patrimônio. O centro de seus principais interesses é variável.

No caso de falência do espólio do empresário individual, não havendo coincidência entre o último domicílio do *de cujus* e o domicílio concursal, prevalecerá o segundo.

Em se tratando de casa filial de empresa estrangeira, o juízo competente é o local onde estiver situado o estabelecimento localizado no Brasil. A casa filial é tida como estabelecimento distinto, dotado de administração própria.

Se o agente econômico brasileiro domiciliado no Brasil tem estabelecimento no estrangeiro, em regra, a sentença não é exequível aqui, mas se a decretação da falência emanar de juízo estrangeiro onde ele efetivamente está domiciliado, aqui poderá ser homologada e executada.

44.2Princípios do juízo concursal

O juízo da recuperação ou da falência observa dois princípios reitores:

- indivisibilidade; e
- universalidade.

Tanto a recuperação como a falência processam-se perante um único juízo, para onde devem acorrer todas as pretensões decorrentes dos negócios do agente econômico insolvente.

O princípio da indivisibilidade do juízo concursal está consagrado na lei, quando preceitua que o juízo da falência e da recuperação é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e

negócios do devedor. Seu caráter impartível pressupõe sua unidade. Se no direito processual ordinário a unidade de juízo é a regra, a infracionabilidade do juízo concursal é o seu corolário natural e necessário.

Assim, no juízo da recuperação ou da falência devem concorrer todos os credores do devedor comum, alegando e provando seus direitos. É o princípio da universalidade. O juízo da insolvência absorve todos os procedimentos contra o patrimônio pretendido pelos credores.

Contudo, o juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa (Súmula nº 480 do STJ).

Essa força atrativa é a qualidade primordial do juízo de insolvência. No caso da falência, carreia a si todos os bens do devedor e os créditos que nele se focalizam, isto é, congrega o ativo e o passivo do devedor, porque só assim se poderá proceder à liquidação de suas obrigações, sem máculas ao princípio da paridade no tratamento dos créditos.

Se, porém, a norma de organização judiciária, eventualmente, vier a determinar que a competência passe para outra vara, essa norma deve ser aplicada imediatamente, não havendo competência residual. Trata-se de competência absoluta, extraída da natureza da causa. Improcedente é o conflito suscitado pelo juízo ao qual a nova organização judiciária dá competência, a despeito de a recuperação ou a falência processar-se em outra vara.

Todavia, os princípios do juízo da insolvência não se projetam sobre as ações em curso antes da decretação da falência, salvo se a citação é posterior a esta, embora o ajuizamento da ação lhe tenha sido anterior. Mesmo as ações aforadas durante o termo legal não são deslocadas para o juízo universal.

44.2.1Devedor autor

O princípio da universalidade conhece algumas exceções legalmente pre-estabelecidas.

A primeira menciona que o princípio da indivisibilidade não incide sobre as ações não reguladas na LRE, nas quais o devedor seja autor ou litisconsorte ativo (art. 76). Tais ações certamente estão afetas ao juízo do foro do domicílio do réu, conforme a regra geral de competência territorial estabelecida no art. 46 do CPC. A ação continuará no mesmo juízo, substituído apenas o autor (agente econômico em recuperação ou falido) pelo administrador judicial.

44.2.2Reclamações trabalhistas

As reclamações trabalhistas não se subsumem ao juízo da insolvência, porque devem ser ajuizadas perante a Justiça do Trabalho. O juízo universal da insolvência, estabelecido por lei ordinária, não pode ignorar regra de competência de matriz constitucional (art. 114 da Constituição Federal) relativa às reclamações e execuções trabalhistas.

As ações trabalhistas devem ser processadas perante a justiça do trabalho até a apuração do crédito reclamado. Sua inscrição no quadro-geral de credores, no juízo concursal, observará o valor determinado na sentença. A inclusão do crédito trabalhista pode ser impugnada como qualquer outro crédito, nos termos do art. 8º da LRE.

44.2.3União

Também se inserem entre as exceções ao princípio da universalidade as ações em que a União, suas autarquias e empresas públicas forem autoras, rés, opoentes, assistentes, em que participar a massa recuperanda. Nesses pleitos, a competência será da Justiça Federal, *ex-vi* do art. 109, inciso I, da Constituição Federal, regra jurisdicional superior que se sobrepõe ao princípio ordinário do juízo universal do concurso de credores.

44.2.4Créditos tributários

Conforme o art. 187 do CTN, não estão sujeitos à execução concursal os créditos tributários. Não só por isso. O ímã jurisdicional da quebra não os atrai, uma vez que ostentam foro privilegiado. A própria LRE os ressalva (art. 76).

Não é muito frisar que a incolumidade concursal do crédito fiscal não deve ser traduzida como imposição legal adversa àquele crédito, mas como privilégio da Fazenda Pública. Privilégio é o oposto de restrição.

Outrossim, as execuções fiscais não são suspensas pela eclosão do processo concursal, mesmo no caso da recuperação judicial. Prosseguem, pois, normalmente.

44.2.5Ações anteriores ao processo de insolvência

A última exceção diz respeito às ações iniciadas antes da falência ou da recuperação. Regra geral, as ações ou execuções individuais dos credores sobre direitos e interesses relativos ao ativo do devedor, inclusive as dos credores particulares dos sócios solidários da sociedade insolvente, ficam

suspensas, desde que seja declarada a recuperação judicial ou a falência, até o seu encerramento.

Na hipótese de decretação superveniente da falência, as relações processuais já instauradas não são apanhadas pela *vis attractiva*, devendo continuar normalmente seu curso, no juízo originário.

Por outro lado, terão prosseguimento, com o administrador judicial, as ações e execuções que, antes da recuperação ou da falência, hajam iniciado os que demandarem quantia ilíquida, coisas certas, prestação ou abstenção de fato. São ações que não podem, imediatamente, ser apreciadas no juízo de insolvência, mas cujo desfecho pode refletir sobre os ativos do devedor. Tal é o caso, *v.g.*, das ações possessórias e indenizatórias.

Não se tratando de ação regulada pela LRE, inaplicável é o princípio do juízo universal. Seguem-se algumas exceções reflexas.

O credor por título de crédito avalizado, independentemente da sua habilitação no concurso de credores, poderá promover a execução contra o avalista solidário?

Nada impede que o beneficiário do título cambial tenha o seu crédito habilitado e, concomitantemente, promova a execução em relação ao avalista do título cambiário. A decretação do regime de insolvência do emitente da cártula não constitui obstáculo para o credor pedir o prosseguimento da execução contra o avalista.

A lei não menciona, mas também prosseguem contra o devedor mesmo as ações tangentes com o direito de família (ação de divórcio, de nulidade matrimonial etc.), visto que personalíssimas.

Atente-se a que, em se tratando de sociedade empresária falida, eventuais execuções movidas contra as pessoas físicas dos sócios, com esteio em títulos de exclusiva responsabilidade deles, sócios, não incide a *vis attractiva* do juízo concursal.

Enfim, serão atraídas as execuções hipotecárias e pignoratícias.

O credor protegido por direito real de garantia é contemplado depois dos credores trabalhistas e acidentários. Com efeito, os créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado, na classificação dos créditos, na falência, desfrutam de preferência sobre os créditos tributários.

Os juízos competentes para as ações que demandarem quantia ilíquida e para as ações de natureza trabalhista, em curso quando se inaugura o processo concursal, têm aptidão para determinar a reserva, no concurso de insolvência, das importâncias que estimarem devidas. Na verdade, aqueles juízes oficiam ao juízo do concurso, solicitando a reserva respectiva. Quem as determina é o juízo do concurso.

Toda ação que, eventualmente, for proposta contra o devedor deverá ser comunicada ao juízo concursal pelo juiz que receber a petição inicial. O devedor, uma vez citado, tem o mesmo dever.

45

Créditos



45.1Ordem de preferência dos credores

Um dos pontos mais controvertidos dos concursos de insolvência é o que se relaciona com a ordem de pagamento dos créditos. Quem recebe antes, quanto e como recebe?

As soluções legais para essas questões decorrem de uma sequência procedimental que começa com a declaração dos créditos, passa por sua verificação, habilitação e, enfim, sua consolidação num quadro geral onde são alocados, segundo as regras da LRE.

Na falência, a ordem de preferências é fixada pela LRE tendo em vista a *par conditio creditorum*e a natureza de cada crédito, conferindo-se primazia para os créditos sociais e públicos.

No caso de recuperação judicial, essa mesma ordem legal tem caráter meramente informativo, uma vez que credores e devedor poderão pactuar outra ordem classificatória, respeitada a prevalência, no pagamento, conferida aos créditos derivados de relações do trabalho.

De qualquer forma, o plano de recuperação judicial não poderá prever prazo maior que 1 (um) ano para pagamento dos créditos trabalhistas e acidentários vencidos até a data do requerimento de recuperação judicial. Os créditos de natureza salarial vencidos no trimestre anterior ao pedido de recuperação judicial, até o limite de 5 (cinco) salários mínimos, têm que ser pagos em 30 (trinta) dias.

45.2Verificação

A triagem dos créditos que, efetivamente, concorrerão sobre o contingente patrimonial do devedor insolvente ou em crise econômico-financeira observa um procedimento peculiar regido pela LRE, que compreende três etapas:

•publicação da relação de credores;
•impugnação ou postulação de inclusão; e
•consolidação do quadro geral.

O contraditório está presente em todo o procedimento verificatório destinado a comprovar a liquidez e certeza dos créditos concorrentes sobre a massa ativa do devedor, muito embora seja regido pelo administrador judicial.

O processo de verificação, de cunho meramente declaratório, é contencioso, ocorra ou não a sua impugnação. Tal é o caminho processual para que os credores, a que a lei sujeita à habilitação, apresentem seus créditos, submetendo-os a exame e aprovação para fim de classificação e pagamento.

A apresentação do crédito decorre de sua inserção na relação oferecida pelo administrador judicial ou de sua posterior inclusão, quando originariamente não integrante daquela. Também pode ocorrer fora de prazo, como retardatária.

45.2.1Créditos relacionados e habilitação de créditos

Pela LRE compete ao administrador judicial o exame preliminar das divergências sobre a relação de credores. Ao juiz resta a apreciação dos créditos, se e quando impugnados.

Há, pois, que se distinguir entre os créditos desde logo relacionados no edital do administrador judicial e os créditos cuja inclusão depende de postulação de seu titular.

De qualquer forma, para concorrer não basta o simples fato de ser credor. É preciso declarar e provar o crédito, se o administrador judicial não o reconhecer na sua relação. Só a partir de então se caracteriza e se demonstra o legítimo interesse justificador do ingresso no processo falitário ou de recuperação.

Aqui, há procedimento específico para os credores que não foram declinados pelo administrador judicial. A LRE estipula um prazo de 15 (quinze) dias, a partir do edital do administrador judicial, para o credor que não constar da relação de credores ofereça sua habilitação de crédito.

No processo de verificação de créditos, os títulos não se revestem de abstratividade, sendo possível a discussão do negócio subjacente que lhes deu causa. Por isso, a declaração de crédito deverá conter a menção de sua origem, ou seja, o negócio, o fato ou as circunstâncias de que provém a obrigação do devedor. É a causa da qual deriva a obrigação, ou seja, a

operação da qual ele se originou. É evidente que sua omissão trará como consequência a exclusão do crédito.

Se o crédito for impugnado, insta fazer-se a prova de sua existência e valor, conforme os termos da impugnação. Claro que, não sendo negada a obrigação nem questionado seu valor, o crédito declarado pelo credor ou declinado pela relação do administrador judicial deverá ser admitido.

O prazo para declaração dos créditos não é decadencial, na medida em que os credores poderão fazê-lo extemporaneamente. Na falência, sofrem a sanção de perda dos rateios anteriormente distribuídos e, no caso da recuperação judicial, de perda do direito de voto na assembleia-geral.

Quem deverá declarar o crédito da sociedade de fato?

A habilitação de crédito de uma sociedade irregular pode ser feita por ela própria, posto que, se a terceiros é dado provar, em Juízo, a existência de uma sociedade de fato que chegou a operar, reclamando-lhe seus direitos, segue-se que a mesma sociedade poderá, também, figurar ativamente em Juízo, para litigar contra terceiros, salvo se a questão versar sobre sua existência.

Poderá o credor congregar numa mesma declaração diversos créditos?

O mesmo titular poderá e deverá apresentar diversos créditos numa mesma declaração, mas deverá especificar cada um deles. O que não se admite é a declaração em conjunto de créditos de titulares distintos, visto que pode ocorrer tumulto na eventualidade da impugnação dos créditos de um dos credores, ante a impossibilidade de se desentranhar o crédito impugnado, inserto na mesma declaração, de outros não impugnados. A exceção é conferida ao representante dos debenturistas: poderá fazer declaração coletiva de crédito.

É preciso capacidade postulatória para habilitar crédito?

O credor postulante da inclusão não necessita de advogado para encetar a declaração, já que esta se processa perante o administrador judicial. Entretanto, ocorrendo a impugnação e a exclusão do crédito, na eventualidade de recurso, o credor precisará de advogado, ante a necessidade de capacidade postulatória para recorrer. Também o credor extemporâneo necessita da assistência de advogado, já que a LRE determina que aquele declare seu crédito por petição.

É admissível a habilitação de crédito na falência, com títulos xerocopiados, não sendo dispensada a exibição dos respectivos originais para a necessária conferência, salvo se sua autenticidade estiver atestada pelo Cartório onde se encontram os títulos originais. O título do crédito, normalmente, deve acompanhar a declaração no original, podendo, excepcionalmente, ser juntado em xerocópia ou fotocópia, uma vez

justificada a impossibilidade de exibição do original, porque retido em outro feito, do qual se juntará certidão fiel do Cartório.

Aliás, por força do art. 424 do CPC/2015, a cópia de documento particular tem o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à respectiva conferência e certificar a conformidade entre a cópia e o original.

Do pedido de habilitação devem constar:

- o nome e o prenome do credor, se pessoa natural;
- firma ou denominação, no caso de pessoa jurídica;
- domicílio do credor e o endereço em que receberá comunicação de qualquer ato do processo;
- a importância exata e atualizada do crédito até a data do requerimento, sua origem, classificação;
- o(s) documento(s) comprobatório(s) do(s) crédito(s);
- a indicação da garantia prestada pelo devedor, se houver, e o respectivo instrumento; e
- a especificação do objeto da garantia que estiver na posse do credor.

Não observado o prazo estipulado na sentença, as habilitações serão autuadas em separado e recebidas como retardatárias. Nesse caso, os credores retardatários perderão o direito a rateios eventualmente realizados e ficarão sujeitos ao pagamento de custas, não se computando os acessórios compreendidos entre o término do prazo para apresentação das habilitações e a efetiva apresentação, salvo motivo de força maior devidamente justificado. Contudo, o credor poderá requerer a reserva de valor para satisfação de seu crédito.

Credor retardatário ou tardio é o que não se habilita no prazo assinalado. Po-derá apresentar seu crédito, diretamente ao administrador judicial, observando os mesmos requisitos reclamados do credor que se habilita em tempo hábil, mas, em princípio, sem direito aos rateios anteriormente distribuídos.

Na falência, tendo em vista essa possibilidade de não participar dos rateios ocorridos durante a dilação verificatória do seu crédito, o credor retardatário po-derá requerer que se faça a reserva de fundos respectiva. Também poderá habilitar-se como retardatário o credor que, conquanto já admitido, deixou de declarar parcela do seu crédito ou deixou de apresentar outro crédito.

Enfim, na falência, a habilitação retardatária tem como termo *ad quem* a distribuição do último rateio.

45.3Impugnação

Impugnação é a ação incidente que tem por fito obstar a habilitação de crédito. Poderá versar sobre:

- a legitimidade do crédito; ou
- o valor do crédito; e/ou
- a classificação pretendida para o crédito.

Deferido o processamento da recuperação judicial ou decretada a falência, o juiz ordenará a publicação de edital contendo a relação dos credores. Dessa publicação, os credores terão o prazo de 15 (quinze) dias para divergir ou requerer a inclusão de créditos. É a primeira oportunidade para a manifestação de eventuais discordâncias sobre o corpo de credores concorrentes.

As eventuais postulações deduzidas nessa fase serão consideradas pelo administrador judicial, na relação que publicará no prazo subsequente de 45 (quarenta e cinco) dias. A partir deste edital, abre-se outro prazo de 10 (dez) dias para impugnações, agora perante o juiz.

Estão legitimados a impugnar créditos:

- o Comitê (se existente);
- os credores;
- o devedor;
- os sócios, no caso da sociedade empresária devedora;
- os acionistas, no caso da companhia devedora; ou
- o Ministério Público.

Os créditos não impugnados serão julgados habilitados pelo juiz. Claro que as impugnações de crédito poderão ser julgadas, de plano, se o juiz as entender suficientemente esclarecidas. Em outras palavras, o juiz poderá julgar a impugnação de crédito, diretamente, salvo se entender que a matéria não é só de direito ou que as provas apresentadas não bastem para esclarecer o julgamento.

Sobre os créditos impugnados há que se distinguir:

- os créditos suficientemente instruídos, que serão julgados independentemente de audiência;
- os créditos carentes de dilação probatória, que poderão ser objeto de uma audiência de verificação de créditos.

A impugnação será dirigida ao juiz por meio de petição, instruída com os documentos que tenha o impugnante, bem como a indicação das provas que reputar necessárias.

Cada impugnação será autuada em separado, com os documentos a ela relativos, para esse fim desentranhados dos autos das habilitações de

créditos. Todavia, terão uma só autuação as diversas impugnações versando sobre o mesmo crédito.

Os titulares de créditos impugnados serão intimados para contestar a impugnação, no prazo de 5 (cinco) dias, juntando os documentos que tiverem e indicando outras provas que reputem necessárias.

As impugnações sujeitam-se, ainda, à manifestação do devedor, do Comitê (quando existente) e do administrador judicial. Cada um terá 5 (cinco) dias para se pronunciar a respeito, sendo relevante lembrar que o parecer do administrador judicial deverá se fazer acompanhar de laudo especializado e da respectiva documentação, ou seja, deverá ser documentalmente instruído. Daí, o juiz terá em mãos todos os elementos necessários para o julgamento. A legitimação do crédito para fins de recuperação judicial ou de falência se processa mediante provimento jurisdicional.

Recebendo os autos devidamente instruídos, o juiz:

- julgará as habilitações de créditos não impugnadas, e as impugnações que entender suficientemente esclarecidas pelas alegações e provas apresentadas pelas partes, mencionando, de cada crédito, o valor e a classificação;
- fixará, em cada uma das restantes impugnações, os aspectos controvertidos, e decidirá as questões processuais pendentes;
- determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

A decisão que culmina com a inclusão do crédito no quadro geral de credores é declaratória da validade do título e, pois, do direito do credor de receber seu valor.

A sentença que julga as habilitações de créditos em falência tem a autoridade de coisa julgada?

Partindo do princípio de que o processo de habilitação é um processo contencioso, de cuja sentença, uma vez transitada em julgado, descabe qualquer recurso ordinário, é lógico que tal sentença produz os efeitos de coisa julgada.

É cabível a condenação do vencido em impugnação de crédito, ao pagamento de honorários de advogado?

Como se trata de processo contencioso, suscetível de dilação probatória, é óbvio que ocorre a sucumbência. Também responderá por despesas e honorários de advogado o credor que desistir do processo de habilitação.

Da sentença que versar sobre verificação de crédito caberá agravo, que será interposto no prazo de 10 (dez) dias, contados de sua publicação.

Estão legitimados a recorrer:

•o impugnante;
•o impugnado;
•o devedor;
•o administrador judicial ou o Comitê;
•qualquer credor habilitado;
•o representante do Ministério Público, por força do art. 996 do CPC.

Em regra, o agravo não tem efeito suspensivo, por isso deve o recorrente requerer *ad cautelam* a reserva prevista na LRE. Se provido o agravo, deverá ser retificada a publicação do quadro, atendendo-se àquela reserva. Se o recorrente não postular a reserva referida, a retificação do quadro geral não afetará os rateios já distribuídos.

O quadro geral de credores será assinado pelo administrador judicial e homologado pelo juiz, com base na lista nominativa dos credores constantes do edital e nas sentenças proferidas nas impugnações e habilitações de créditos tempestivamente oferecidas. Será juntado aos autos e publicado no órgão oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da data da sentença que haja julgado as impugnações.

Não havendo declaração tempestiva ou impugnação, o juiz homologará a lista com a relação dos credores constante deste edital, e determinará a sua publicação como quadro geral de credores.

O juiz determinará, se houver rateio, a reserva de valor para satisfação do crédito impugnado. Já, sendo parcial, a impugnação não impedirá o pagamento da parte incontroversa.

Eventualmente descobertos falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro de credores, o administrador judicial, o Comitê, qualquer credor ou o Ministério Público poderá, até o encerramento da recuperação ou da falência, pedir a exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito.

O prazo para revisão é de decadência e seu termo *ad quem* verifica-se quando do encerramento da recuperação ou da falência, conforme o caso. É natural que assim seja, posto que o administrador judicial já não o será, após o encerramento da recuperação ou da falência. Os credores deixam de sê-lo, encerrado que seja o processo concursal; não concorrem mais entre si, retornando às suas postulações singulares.

Ao Ministério Público restará a possibilidade de procedimento criminal se, ao menos em tese, apresentarem-se indícios de autoria e materialidade delitiva, tratando-se de fato não coberto pela prescrição.

O procedimento revisional é o ordinário previsto no CPC. Poderá ser proposta a ação revisora perante o juízo universal ou no juízo que houver reconhecido o crédito.

Para a propositura da ação, a lei exige tenha ocorrido falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou a superveniência de documentos ignorados na época do julgamento do crédito.

Com o trânsito em julgado da ação de revisão, o Ministério Público promove-rá a apuração criminal dos fatos que caracterizarem, em tese, figuras delituosas.

Em face da ação de revisão, o pagamento ao titular do crédito por ela atingido somente poderá ser realizado mediante a prestação de caução.

As habilitações dos credores particulares do sócio ilimitadamente responsável processar-se-ão na mesma forma acima descrita.

45.4Classificação dos créditos na falência

As preferências na classificação dos créditos são todas de matriz legal. Não havendo título legal à preferência, terão os credores iguais direitos sobre os bens do devedor comum. Já quando concorrerem aos mesmos bens, e por título igual, dois ou mais credores da mesma classe, especialmente privilegiados, haverá entre eles rateio, proporcional ao valor dos respectivos créditos, se o produto não bastar para o pagamento integral de todos.

Vale fixar a distinção entre preferência e privilégio. Os privilégios são qualificativos que o direito imprime a determinados créditos. A preferência é do crédito, enquanto o privilégio é a outorga legal de prioridade para o caso de concurso de credores. Os créditos dotados de privilégio têm prioridade sobre as preferências inerentes a determinados créditos.

A superpreferência dos créditos trabalhistas, no regime de insolvência, está condicionada à sua legitimidade ou, se for o caso, à decisão proferida na Justiça do Trabalho. O juízo da insolvência não pode ignorar a coisa julgada material produzida naquela instância jurisdicional, limitando-se a decidir sobre o privilégio cabível.

Não há, pois, impugnação do crédito trabalhista no juízo de insolvência, já que tanto o administrador judicial da massa como os credores interessados poderão verificá-los ao discuti-los na justiça trabalhista; a esta incumbe o julgamento de sua procedência. Quando ingressa no juízo universal, o crédito trabalhista já é líquido e certo.

Outra questão refere-se aos créditos extraconcursais. As despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição de seu

produto, bem como custas do processo de falência, são consideradas extraconcursais, ao lado:

- das custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa tenha oferecido contestação ou impugnação e tenha sido vencida;
- das remunerações devidas ao administrador judicial, seus auxiliares e respectivas obrigações trabalhistas e/ou acidentárias, referentes a serviços prestados após a decretação da falência;
- dos impostos e contribuições públicas incidentes após a decretação da falência;
- das obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados no âmbito da recuperação ou da falência.

Ressalvados os créditos derivados de relações de trabalho, limitados a 150 salários mínimos por credor, e os acidentários, a classificação dos créditos na falência obedece a ordem estabelecida no art. 83 da LRE:

- créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;
- créditos tributários;
- créditos com privilégio especial;
- créditos com privilégio geral;
- créditos quirografários;
- multas contratuais e penas pecuniárias;
- créditos subordinados.

Sobre a classificação dos créditos, deve ser enfatizado que os créditos extraconcursais a que nos referimos anteriormente serão pagos com precedência sobre os créditos concursais acima classificados.

A respeito da chamada superprioridade dos créditos trabalhistas de natureza salarial algumas considerações precisam ser feitas.

Primeiro, os depósitos do FGTS são exigíveis prioritariamente na falência posto que obrigações derivadas da legislação do trabalho.

Pela classificação geral da LRE, o crédito trabalhista ocupa o primeiro lugar na ordem de preferência para recebimento no processo de falência. Entenda-se bem, é o primeiro, após o pagamento dos créditos extraconcursais, e, ainda assim, bem antes destes são pagas as restituições em dinheiro. Portanto, essa aparente primazia, na verdade, é ilusória. Primeiro porque não se trata de o trabalhador receber o total do crédito, mas, isto sim, aquilo que não ultrapassar 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, já que o restante é crédito quirografário, ou seja, destituído de qualquer privilégio.

Intentando compensar a condição do trabalhador em face da perda do emprego, a LRE dispõe que os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da

falência até o limite de 5 (cinco) salários mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade de numerário em caixa.

Medida que tem o evidente propósito de coibir a deturpação da relativa preferência do crédito trabalhista é a regra pela qual os créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários, isto é, sem preferência. O terceiro cessionário de crédito trabalhista é credor comum, sem qualquer vantagem na ordem classificatória.

O STF decidiu que a limitação do pagamento preferencial de créditos trabalhistas em caso de falência de empresas e a possibilidade de sua alienação, sem que o novo proprietário tenha de assumir suas dívidas, observa o princípio da função social da empresa. Portanto, inocorre qualquer eiva de inconstitucionalidade nas normas pertinentes, na LRE.

Conquanto, em princípio, sejam arranhados o valor social do trabalho e a regra da integridade salarial, a limitação aludida tem por fito prevenir fraudes consistentes na geração de créditos simulados de grande valor em concorrência com os créditos dos trabalhadores. Também objetiva facilitar a recuperação da empresa em crise, meta final da legislação falitária em vigor.

Depois dos créditos sociais, a ordem de preferência da LRE elege os créditos com garantia real. A primazia desses créditos sobre os créditos tributários tem em mira contribuir para a ampliação do acesso ao crédito e a diminuição do seu custo.

Créditos com garantia real são o hipotecário, o pignoratício e o anticrético. Sob a forma cartular, constituem direitos reais de garantia as cédulas rurais, industriais, comerciais, hipotecárias e/ou pignoratícias. Os créditos por debêntures podem ter garantia real.

Também, nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, a coisa dada em garantia fica sujeita por vínculo real ao cumprimento da obrigação.

Por seu turno, a expressão *créditos tributários* compreende também os previdenciários, parafiscais e contribuições, independentemente de sua natureza e tempo de constituição. É assim porque são créditos públicos. Sua ascendência sobre os demais é natural.[1] Ressalve-se: sob essa epígrafe não se compreendem as multas tributárias.

Esclarece ainda a LRE que o valor do bem, objeto de garantia real, é o valor efetivamente arrecadado com sua venda. Tratando-se de alienação em bloco é o valor de avaliação do bem considerado individualmente.

Os créditos privilegiados dividem-se em créditos com privilégio especial e crédito com privilégio geral. Os primeiros são os que afetam

determinados bens ou direitos. Os dotados de privilégio geral alcançam a totalidade do patrimônio do devedor.

Têm privilégio geral e especial os créditos a que o atribuírem as leis civis e comerciais, salvo disposição contrária da LRE. Além desses, têm privilégio especial aqueles cujos titulares têm direito de retenção sobre a coisa dada em garantia. Portanto, o privilégio é uma atribuição legal que se incorpora ao crédito, na falência ou na recuperação e em virtude delas.

Aqui, é preciso ler o Código Civil. Pelo seu art. 964 e respectivos incisos têm privilégio especial, p. ex.:

- sobre a coisa arrecadada e liquidada, o credor de custas e despesas judiciais feitas com a arrecadação e liquidação;
- sobre a coisa salvada, o credor por despesas de salvamento;
- sobre a coisa beneficiada, o credor por benfeitorias necessárias ou úteis;
- sobre os prédios rústicos ou urbanos, fábricas, oficinas, ou quaisquer outras construções, o credor de materiais, dinheiro, ou serviços para a sua edificação, reconstrução ou melhoramento.

Também desfrutam de privilégio especial aqueles em favor dos microempreendedores individuais e das microempresas e empresas de pequeno porte (art. 83, IV, *d*).

Já, conforme o art. 965 do CC, gozam de privilégio geral, na ordem seguinte, sobre os bens do devedor, entre outros:

- o crédito por despesa de seu funeral, feito segundo a condição do morto e o costume do lugar;
- o crédito por despesas com o luto do cônjuge sobrevivo e dos filhos do devedor falecido, se foram moderadas;
- o crédito por despesas com a doença de que faleceu o devedor, no semestre anterior à sua morte; e
- o crédito pelos gastos necessários à mantença do devedor falecido e sua família, no trimestre anterior ao falecimento.

Os demais créditos são comuns ou quirografários. Também são conhecidos como créditos ordinários e definem-se por exclusão: não são nem privilegiados nem subordinados. São os representados por documentos assinados pelo devedor, sem nenhuma garantia ou prioridade especial. São os não privilegiados.

No tocante às multas contratuais e às penas pecuniárias impostas em razão de infrações das leis penais ou administrativas, têm a companhia das multas tributárias, que foram destacadas pelo legislador dos créditos tributários.

As multas ambientais devem ser pagas após a satisfação dos credores quirografários, o que não significa mitigação da responsabilidade por dano ambiental do devedor, uma vez que nos termos do art. 225, § 3º, da Constituição Federal, a obrigação de reparar danos independe da aplicação de sanções penais e administrativas. Não afeta, também, a responsabilização dos administradores sociais por lesões às leis ambientais ou a desconsideração da personalidade jurídica da empresa infratora, com a responsabilização pessoal de seus sócios (art. 158, inciso II, da Lei nº 6.404/76, art. 1.016 do CC e art. 4º da Lei nº 9.605/98).

Entre os créditos subordinados estão, além dos estipulados em lei ou acordados contratualmente, os dos administradores da empresa sem vínculo empregatício, controladores, diretores e sócios.

Os valores decorrentes de direito de sócio em relação a sua parcela do capital social na liquidação da sociedade não são oponíveis à massa falida.

---

[1] Parece que a prevalência dos interesses do fisco, em nosso direito, remonta ao Alvará Real de 1756, de D. José I, onde se asseguraram os direitos das fazendas na insolvência dos comerciantes prejudicados pelo terremoto de Lisboa.

46

Recuperações



46.1Introdução

Com o triplo fito de preservar a atividade produtiva, maximizar o ativo sobre o qual incidem as pretensões dos credores e prevenir a falência, a lei brasileira oferece duas alternativas:

- recuperação judicial; ou
- recuperação extrajudicial.

Antes que o descumprimento de obrigações de pagar autorize a presunção de que o devedor está insolvente, a lei oferece-lhe a oportunidade de demonstrar que reúne condições para sair da crise econômico-financeira em que se encontra. Recuperar-se é readquirir a capacidade de solver e, efetivamente, solver.

O pedido de recuperação não precisa, necessariamente, ser formulado por intermédio do juiz. O devedor pode dirigir-se diretamente aos credores. O convênio que instaura o concurso de observação, que define um plano de recuperação, pode ser consertado sem a participação do juiz, cuja participação será homologatória. Em vez da concordata, agora, há um favor creditício como via recuperatória que o juiz formaliza.

A recuperação da empresa pode ser obtida por meio de negociação extrajudicial ou mediante procedimento supervisionado pelo órgão judiciário. A diferença reside na deflagração do plano de recuperação. Na recuperação judicial, o devedor dirige-se ao juiz, que concita os credores a se manifestarem sobre o pedido/proposta. Na recuperação extrajudicial, estando de acordo o devedor e seus credores, o Judiciário é requerido para homologar e manter o controle da legalidade da operação.

Em ambas é decisiva a intervenção da coletividade de credores, não apenas concordando ou discordando do pedido, mas revendo propostas e sugerindo alternativas.

As duas espécies de recuperação trazidas pela LRE não têm por finalidade a singela dilação de dívidas, mas a remoção das causas da crise econômico-financeira da empresa, para que possa resolver satisfatoriamente seus débitos, sem liquidar-se.

46.2Meios de recuperação

A LRE (art. 50) alinha diversos meios de recuperação judicial da empresa não excludentes uns dos outros. Sua relação é de interação, na medida em que podem ser combinadas duas ou mais modalidades, conforme o caso, e desde que compatíveis.

São meios legais de recuperação judicial:

- concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;
- cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;
- alteração do controle societário;
- substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;
- concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;
- aumento de capital social;
- trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;
- redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;
- dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;
- constituição de sociedade de credores;
- venda parcial dos bens;
- equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;
- usufruto da empresa;
- administração compartilhada;
- emissão de valores mobiliários; e

•constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

O primeiro meio de recuperação empresarial e, por certo, o mais comum, refere-se à concessão de prazos e condições especiais para a solução de débitos vencidos.

Trata-se de alternativa que traduz concordata, com a diferença de não estipular valores e prazos mínimos. O legislador preferiu abandonar os rígidos parâmetros de pagamento parcelado estipulados na antiga concordata. Em cada caso, observadas as peculiaridades da empresa, de sua conjuntura econômica e da natureza dos créditos, ao juiz assistirá deferir ou não a concessão de prazos e valores que, ensejando a efetiva recuperação do devedor, não maculem os direitos dos credores concorrentes, mais do que seriam prejudicados, em caso de liquidação.

Nada impede que o consenso se faça fora do pretório, mediante negociação entre o devedor e os credores, limitando-se o juiz à homologação do que os interessados pactuaram.

E, como a LRE não estatui o número e o valor dos pagamentos, bem como nenhum vencimento para as parcelas, o devedor e os credores podem ajustar-se, livremente, desde que não pactuem contra a lei. Não existem mais os prazos fatais da concordata preventiva.

Requerido ao juiz o deferimento de plano de recuperação consistente em singela dilação de pagamentos, certamente os credores terão aptidão para impugnar o que afrontar seus interesses ou, mesmo, a lei.

Contempla-se, ainda, a possibilidade de moratória para débitos que se vencerem antecipadamente, por força do pedido de recuperação judicial. É que, uma vez deferido o pedido de processamento da recuperação judicial, consideram-se vencidos os débitos do empresário postulante. O parcelamento de seu passivo, é óbvio, pretenderá envolver, também, tais compromissos.

De outro lado, a reorganização administrativa é concebida como expediente recuperatório para empresas geridas de forma insatisfatória.

A substituição total ou parcial dos administradores, em regra, não é, por si só, um meio de recuperação empresarial. A pura e simples troca de gestores não tem o condão de dilatar prazos de pagamentos. Quase sempre será meio secundário de recuperação, o que não significa que não seja importante. A própria LRE dispõe, especificamente, sobre o afastamento dos gestores, nas hipóteses e circunstâncias que justificam a assunção da atividade empresarial pelo Comitê ou por administrador-gestor.

Como já foi ressaltado, caracteriza-se o regime recuperatório pela supremacia dos interesses da empresa sobre os dos administradores ou

sócios. O que se intenta é a preservação da atividade empresarial, não dos que se encontram à frente da empresa.

Depois, não teria sentido a sociedade empresária em crise postular a recuperação, exclusivamente, mediante a substituição de seus administradores, posto tratar-se de providência que pode adotar, internamente, sem necessidade de postular amparo judiciário para tanto.

É fato que isso pode ocorrer, nas hipóteses em que a minoria societária, afastada da administração e do centro de tomada de decisões, concebendo que a crise econômico-financeira deve-se à gestão ruinosa dos administradores, e estando impedida de corrigir os rumos da empresa, postule do juiz a substituição administrativa.

Também é viável acontecer que, por ocasião da impugnação do pedido de recuperação judicial, qualquer credor postule a substituição total ou parcial da administração, como ponto de conciliação para anuir à proposta de recuperação formulada pela sociedade empresária.

É possível a venda ou arrendamento da empresa, com preferência para a sociedade cooperativa constituída por empregados, sem que com isso se caracterize sucessão de encargos ou transferência de direitos e obrigações. Cuida-se, de fato, de entregar a empresa em crise à administração de entidade formada por empregados, ou seja, de modalidade de substituição administrativa. Os administradores da sociedade cooperativa de empregados passam a administrar a entidade arrendada.

A remuneração do arrendamento, certamente, será direcionada à solução das obrigações da empresa, assente a inocorrência de sucessão nas dívidas, por expressa dicção legal. Também não se transferem direitos e obrigações. Como se disse, o que migra é, simplesmente, a gestão.

Agora é possível o acordo coletivo de trabalho, como meio recuperatório, ainda que celebrado para reduzir salários, aumentar ou reduzir a carga horária dos trabalhadores. Trata-se de compartilhar o insucesso empresarial com o pessoal empregado, como meio auxiliar de poupança de numerário para fazer frente aos débitos assumidos.

Pensamos que esta hipótese recuperatória deverá contar com a anuência dos empregados, assente que lhes assiste preferência na recepção de seus haveres, até mesmo na eventual liquidação. Não seria justo consignar-lhes, unilateralmente, sacrifício maior, na recuperação da empresa.

A dação em pagamento, a novação de dívidas do passivo, a outorga de garantias reais e a venda parcial de bens, uma vez aprovadas pela assembleia-geral de credores, também podem servir de instrumento à recuperação judicial. No sistema da LFC, onde a tão só convocação de

credores já caracterizava ato de falência, aqueles mecanismos legais não eram apadrinhados na militância de estado de insolvência.

A constituição de sociedade de credores, agora um meio de recuperação judicial, era na sistemática anterior permitida, como forma de liquidação do ativo, deliberada por no mínimo dois terços dos créditos. A LRE permite-o, preventivamente.

Sempre que a constituição de nova sociedade envolva todo o patrimônio da empresa em recuperação, ocorrerá a extinção da pessoa jurídica que titulariza a empresa em crise financeira.

É certo que, nessa hipótese, a sociedade a se constituir poderá adotar a forma que for deliberada pela assembleia de credores, mas é certo que o projeto do contrato social da nova sociedade deve integrar a proposta de acordo, para deliberação da assembleia.

A reestruturação financeira compreende a adoção pelos credores de medidas tendentes a alterar a situação do passivo da empresa em recuperação ou modificar seu capital, de forma a assegurar a superioridade do ativo sobre o passivo. Dessa espécie, são exemplos: a redução do valor dos créditos; a vinculação do reembolso total ou parcial dos créditos às disponibilidades do devedor; a modificação dos prazos de vencimento; a diminuição das taxas de juros dos créditos; a dação de bens da empresa para extinção total ou parcial de débitos; a cessão de bens aos credores. Tais providências visam à redução do passivo do devedor.

Atingindo diretamente o capital da empresa devedora, podem ser eleitas as seguintes medidas: a redução do capital para cobertura de prejuízos; o aumento de capital, respeitado o direito de preferência dos sócios; a conversão de créditos contra o devedor em participação no aumento do capital.

O aumento de capital objetiva equilibrar a relação entre o capital e as reservas do devedor e seu passivo. Pode significar a atribuição aos credores de frações do capital social como pagamento de seus créditos.

O usufruto da empresa e a administração compartilhada são expedientes modernos de conservação da empresa-atividade, permitindo sobrevida excepcional para empreendimentos que, à míngua dessa possibilidade, poderiam sucumbir.

Saliente-se que, também, no curso do processo de falência, os credores podem deliberar, entre as formas de realização do ativo, a adoção de alternativas que implicam a alienação de ativos e, até mesmo, da empresa como um todo.

Quando o plano envolver alienação judicial de filiais ou unidades produtivas do devedor, o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e

não have-rá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, mesmo as de natureza tributária.

46.3Recuperação extrajudicial

A recuperação extrajudicial é um procedimento concursal preventivo que contém uma fase preambular de livre contratação e outra final ancorada à formalização judicial. A validade do pacto celebrado envolvendo credores e devedor é condicionada à homologação judicial.

Como a LRE, ao definir a recuperação extrajudicial, alude à faculdade do devedor consistente em selecionar e convocar credores para a apresentação de um plano de recuperação, dá a impressão de que sempre é o devedor quem toma a iniciativa do plano de recuperação extrajudicial. Contudo, pode não ser assim. Se o devedor for convocado pelos credores, em vez de convocá-los; se o devedor não publicar edital de convocação, mas acorrer à solicitação dos credores, não é de relevância para as finalidades da recuperação extrajudicial. Importante é que se componham na constituição de um plano recuperatório.

Isso não significa que a mera propositura de um esquema recuperatório isente o devedor dos riscos da falência. Claro que, não aceito o plano de recuperação pelos credores, se o devedor não lograr satisfazer seus débitos, quando instado judicialmente a fazê-lo, poderá inserir-se no quadro liquidatório que tentava prevenir. Daí que deflagrar um procedimento recuperatório pressupõe que a empresa seja viável e o plano de recuperação ofereça efetivas perspectivas de solução adequada não só para o devedor, mas, sobretudo para seus credores. O que não existe mais é a presunção de insolvência emanada da proposta de recuperação.

46.3.1Características da recuperação extrajudicial

Deve ser dito, desde logo, que somente os credores que anuírem expressamente ao plano ficam sujeitos aos seus efeitos. O papel dos credores que não aderirem será o de mera fiscalização, podendo, quando muito, quando o plano já estiver em juízo para a homologação, manifestar-se sobre eventuais vícios ou inconvenientes que recomendem sua rejeição. É certo que, nessa oportunidade, poderão também inserir suas pretensões no plano.

Pelo seu caráter negocial, a recuperação extrajudicial é permeada pela informalidade, antes de sua homologação em juízo. O credor seleciona e convoca quem quer. Adere ao plano quem entender conveniente. Quem não

quer, não se sujeita aos efeitos do plano. A recuperação extrajudicial é um negócio cuja irretratabilidade decorre da homologação judicial.

A recuperação extrajudicial se transforma quando o devedor requer a homologação de plano de recuperação extrajudicial, com a anuência de credores que representam mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie. Nessa hipótese, o plano de recuperação extrajudicial obriga a todos os credores por ele abrangidos. A sentença homologatória do plano de recuperação extrajudicial é título executivo judicial.

Outra situação é a relativa ao plano abrangente da totalidade de uma determinada espécie de créditos ou grupos de credores da mesma natureza e sujeitos às mesmas condições de pagamento. Nessa hipótese, a homologação do plano obriga todos os créditos das espécies envolvidas constituídos até a data do pedido de homologação.

Aqui é necessário sublinhar que há uma regra válida para todas essas hipóteses. A apuração do percentual de 3/5 (três quintos) observa dois parâmetros legais:

- os créditos de sócios do devedor, sociedades coligadas, controladoras etc. não serão computados;
- a conversão do crédito em moeda estrangeira para moeda nacional deve-rá operar-se com base no câmbio da véspera da assinatura do plano.

Essa variação cambial só poderá ser afastada por aprovação expressa do titular do crédito.

Já, em caso de alienação de bem gravado com garantia real, a eventual supressão da garantia ou, até mesmo, sua substituição, depende de expressa concordância do credor que titula a garantia.

46.3.2Procedimento recuperatório

Os mesmos impedimentos fixados na LRE para a recuperação judicial aplicam-se à recuperação extrajudicial. Entendimento em sentido contrário conduziria, praticamente, à inocuidade os impedimentos que a LRE erige para a recuperação judicial, que poderiam ser sistematicamente contornados.

O plano de recuperação extrajudicial deverá ser levado ao Judiciário, para homologação, pelo próprio devedor, mediante pedido instruído com documentos que contenham seus termos e condições, devidamente assinados pelos credores anuentes.

O candidato à recuperação extrajudicial deve exercer regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos, inscrito no Registro de Empresas.

Os requisitos para postular a homologação da recuperação extrajudicial resultam da leitura combinada dos arts. 48 e 161, § 3º, da LRE:

- não pode ser falido;
- se for falido, estarem extintas as respectivas obrigações, por sentença transitada em julgado;
- não pode, há menos de 2 (dois) anos, ter desfrutado da concessão de recuperação nem ter pendente recuperação extrajudicial;
- não pode, há menos de 5 (cinco) anos, ter obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial para micro e pequenas empresas;
- não pode ter sido condenado por crimes falimentares;

Para que o plano seja homologado, o devedor também deve juntar ao pedido:

- exposição da situação patrimonial;
- demonstrações contábeis relativas aos últimos três exercícios sociais;
- demonstrações contábeis compostas de balanço patrimonial, demonstração de resultados acumulados, resultado do último exercício social e relatório gerencial de fluxo de caixa, bem como de sua projeção;
- documentos comprobatórios dos poderes dos subscritores para novar ou transigir;
- relação nominal completa dos credores.

Para a LRE, a relação completa de credores significa:

- endereço de cada um;
- natureza, classificação e valor atualizado do crédito;
- origem e vencimento do crédito; e
- os registros contábeis de cada transação pendente.

Aqui, há duas restrições derivadas do princípio da paridade dos créditos:

- o plano não poderá envolver antecipação do pagamento de débitos; e,
- não poderá contemplar tratamento desfavorável aos credores que a ele não estejam sujeitos.

Esclareça-se, quanto à desequiparação entre os credores do plano e os que a ele não estão sujeitos. É que, na medida em que o devedor acorda com alguns de seus credores um plano destinado a solucionar esse passivo, certamente não se trata de pagar-lhes, no respectivo vencimento, cada um dos débitos pelo seu valor líquido. Não haveria nessa hipótese nenhum plano de recuperação, mas simplesmente o cumprimento normal das obrigações contraídas. O plano de recuperação extrajudicial deve conter

mecanismos de solução obrigacional alternativos e, que, certamente, interessem aos credores, para que dele participem. Evidentemente, isso implica o estabelecimento de condições diversas das normais, a que estão sujeitos todos os demais credores que não aceitem participar do plano.

Não se trata, pois, de discriminar os credores que não se subordinam ao plano, mas de favorecer aos que com ele concordam. Em outras palavras, nenhum credor é obrigado a aderir ao plano de recuperação do devedor, podendo permanecer na condição de credor, nos termos originais da respectiva obrigação. Anuir ao plano implica assunção de risco e esse risco precisa ser compensado. Portanto, o desnivelamento não é, em tese, injusto. O tratamento dos credores depende de sua adesão ou não ao plano recuperatório. Quem anui insere-se nas condições propostas no plano.

Afinal, o pedido de homologação do plano extrajudicial não implica a suspensão de direitos, ações ou execuções, nem a inviabilidade do pedido de falência oriundo de credores alheios ao plano.

Cientificado por edital ou por carta do devedor, qualquer credor sujeito ao plano tem o prazo de 30 (trinta) dias para impugnação do pedido, desde que sua pretensão esteja aparelhada com a prova do respectivo crédito. Os motivos que a LRE disponibiliza para fundamentar essa oposição são:

- no caso da recuperação extrajudicial que envolve todos os créditos, a falta da aprovação por 3/5 (três quintos) dos credores;
- prática, pelo devedor, de atos característicos de insolvência;
- prática, pelo devedor, de ato prejudicial aos credores, em conluio fraudulento com terceiro;
- descumprimento de qualquer dos requisitos específicos reclamados por lei para homologação do plano; e
- descumprimento de qualquer outra exigência legal.

Impugnado ou não o plano, o juiz decidirá sobre sua homologação, em 5 (cinco) dias. Se o plano não for homologado, o devedor não está impedido de, superados os óbices geradores do indeferimento, intentar novo pedido.

Normalmente, o plano de recuperação extrajudicial produz efeitos após o provimento judiciário de homologação, mas pode ocorrer que estabeleça a produção de efeitos *ex tunc*, em relação ao valor ou forma de pagamento dos créditos. No caso de percepção antecipada de valores pelos credores signatários, posterior rejeição judicial do plano implicará a dedução dos valores já pagos, retornando os credores à situação original, feito esse abatimento.

Reza a LRE que a legitimação processual ativa para requerer a homologação judicial do plano de recuperação é do agente econômico

devedor. A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.

Quanto à pertinência passiva, como a LRE assevera que, recebendo o pedido de homologação, o juiz determinará a publicação de edital convocatório de credores para impugnações, estes são os interessados-destinatários. Tal como apresentado em Juízo, o pedido de homologação pressupõe concordância, mas como existe a viabilidade legal de impugnações de credores, o enfrentamento processual não pode ser afastado.

Dizendo que o devedor não poderá requerer a homologação de um plano de recuperação extrajudicial enquanto perdurarem os efeitos de outro, a LRE não está afirmando, é claro, que o devedor está impossibilitado de *negociar* outros planos.

Não podem habitar o plano de recuperação extrajudicial os créditos de natureza tributária, derivados da legislação trabalhista ou de acidente de trabalho. Todavia, isso não significa que o pagamento desses encargos seja pré-requisito para a efetivação do plano extrajudicial.

Por outro lado, ao tratar da instrução do pedido de homologação do plano em questão, a LRE ressalva que se a recuperação extrajudicial envolver alienação judicial de filiais ou unidades produtivas isoladas, o devedor deverá apresentar, junto com a inicial, as certidões negativas de débitos tributários.

Com a recepção do pedido de homologação formulado pelo devedor, o juiz intimará o Ministério Público para que se manifeste e ordenará a publicação de edital convocatório dos credores não anuentes para que, em 30 (trinta) dias, ofereçam manifestação, podendo aderir ao plano mediante a juntada de prova de seu crédito.

Após a distribuição do pedido de homologação, os credores signatários não mais poderão desistir da adesão ao plano, salvo se tiverem a anuência expressa dos demais signatários (art. 161, § 5º).

A sentença homologatória do plano independe de que os credores e o Ministério Público se pronunciem.

Qualquer decisão judicial sobre o plano, positiva ou negativa, o recurso cabível será sempre de apelação sem efeito suspensivo. De tal arte que, se o juiz homologar o plano, embora haja recurso do Ministério Público ou de algum credor discordante, o que foi homologado começa a produzir efeitos. A prática efetiva do instituto da recuperação vai dizer da conveniência ou inconveniência dessa solução processual que enseja a execução provisória do plano de recuperação extrajudicial.

Conquanto o plano de recuperação produza efeitos somente após sua homologação judicial, nada impede que seja estabelecida a produção de efeitos anteriores à homologação, desde que tais efeitos se relacionem com a modificação do valor ou da forma de pagamento. Em outras palavras, a decisão pode, na prática, caracterizar-se como efetiva homologação do que já foi feito. Nesse caso, não se trata, pois, de uma efetiva aprovação judicial de um plano (no sentido técnico da palavra) de recuperação, mas da formalização de um acordo que se concretizou.

Após a distribuição do pedido de homologação, os credores signatários ficam vinculados ao plano e, se já receberam parcelas de pagamento por conta, na hipótese de uma rejeição judicial, tais credores retornam à condição original de exigibilidade de seus créditos, deduzidos os valores já auferidos.

A LRE não explica se a sentença homologatória do plano de recuperação extrajudicial suspende ou não o curso da prescrição em relação aos créditos envolvidos. Se rejeitado o plano, devolve-se aos credores signatários a exigibilidade dos créditos nas condições originais. Logo, se entre o acordo e a decisão que rejeita o plano consumar-se a prescrição de algum crédito, o título respectivo deve-rá recuperar seu caráter executivo ou, por outra, não o perde naquele interstício.

Como a recuperação extrajudicial é, por natureza, parcial, não é impossível que seja frustrada pela decretação da falência do devedor, a pedido de credor não signatário ou de credor signatário, no caso de descumprimento do plano. O plano de recuperação extrajudicial não determina a suspensão de ações e execuções contra o devedor.

Enfim, a distribuição do pedido de recuperação extrajudicial não previne a jurisdição para qualquer outro pedido de recuperação judicial ou de falência do mesmo devedor.

46.4Recuperação judicial

A ação de recuperação judicial tem por meta sanear a situação gerada pela crise econômico-financeira da empresa devedora. Nela, o devedor postula um tratamento especial, justificável, para remover a crise econômico-financeira de que padece sua empresa. Seu objeto *mediato* é a salvação da atividade empresarial em risco e seu objeto *imediato* é a satisfação, ainda que atípica, dos credores, dos empregados, do Poder Público e, também, dos consumidores.

A via judicial da recuperação empresarial comporta procedimentos diversos, dependendo do meio de recuperação proposto pelo devedor e do

porte da empresa. Preditos rituais, derivados dos múltiplos incidentes emergentes, podem ser facilitados ou, pelo menos, minimizados, conforme o grau de objetividade e cautela imposto pelo magistrado condutor.

Insta considerar, também, que a cooperação jurisdicional (art. 69, do CPC) pode servir à efetivação de diversas medidas no âmbito recuperacional (art. 69, inciso IV) e, sobretudo, contornar dificuldades emergentes da habilitação de créditos, inclusive na falência (art. 69, § 2º, inciso V).

O agente econômico aspirante à recuperação extrajudicial deve exercer regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos, inscrito no Registro de Empresas.

Tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, o biênio pode ser comprovado por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais de Pessoa Jurídica (DIPJ) tempestivamente entregue.

O pedido de recuperação judicial formulado pelo devedor deve conter os requisitos e documentos instrutórios previstos pela LRE. Regularmente formulado, o juiz determinará seu processamento. Não havendo impugnação, poderá ser deferido pelo juiz.

Se houver impugnação, o juiz convocará a assembleia-geral de credores que poderá referendar o pedido, caso em que será deferido pelo juiz. Se a assembleia rejeitar a proposta do devedor, o juiz decretará a falência deste. A assembleia pode alterar o plano proposto se tiver a expressa concordância do devedor e desde que a modificação não acarrete restrição de direitos de credores ausentes. Se a assembleia aprovar o plano, indicará os membros do Comitê de Credores. Cumpridas as exigências legais, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor.

Da decisão judicial que, ante a rejeição do plano, decretar a falência do devedor, bem como da decisão concessiva da recuperação, o recurso cabível é o agravo.

No processo de recuperação judicial é possível discernir duas etapas:

- fase de processamento; e
- fase de execução do plano.

O marco divisório entre as duas fases é a decisão interlocutória que defere o pedido.

A ação constitutiva de recuperação judicial nasce da iniciativa do devedor, uma vez que a LRE só prevê essa via para abertura do processo de recuperação judicial.

Se a fase de processamento está prevista e bem pormenorizada na LRE, o mesmo não ocorre com a fase de execução. Nesta não há uniformidade e nem poderia haver, porque a execução do plano depende tanto do meio

recuperatório aprovado, como das condições de seu deferimento. Portanto, a recuperação judicial é um processo que pode assumir, na fase executiva, procedimentos diversos.

A LRE não relaciona, diretamente, impedimentos para a obtenção da recuperação judicial. Contudo, a falta de qualquer requisito reclamado no art. 48 impede a recuperação judicial do devedor. Assim, são óbices à recuperação judicial:

- falta de inscrição no registro competente;
- falta de registro há mais de 2 (dois) anos;
- falência sem extinção das obrigações;
- recuperação judicial anterior há menos de 5 (cinco) anos; e
- condenação por crimes previstos na LRE.

O segundo motivo do impedimento está ligado à interdição para o exercício da atividade empresarial resultante da decretação da falência. Como o agente econômico falido que não extinguiu suas obrigações não pode exercer atividade econômica regular, se o fizer, estará se conduzindo de forma contrária à lei, não podendo, portanto, desfrutar do favor legal em tela.

O devedor que há menos de 5 (cinco) anos tenha obtido recuperação judicial, está legalmente impedido de reiterar a medida. A vedação intenta obstar a sobrevivência de empreendimentos que sobrevivam às expensas de sucessivas recuperações, quer dizer, irrecuperáveis.

O descumprimento de recuperação judicial anterior, a qualquer tempo, incompatibiliza o agente econômico com nova proposta de recuperação judicial, salvo se, tendo falido, logrou cumprir suas obrigações e não se encontra inabilitado. O que poderia ser um obstáculo para a recuperação judicial, seria a inabilitação falimentar derivada do descumprimento de recuperação judicial anterior.

O derradeiro impedimento contemplado no art. 48 é a condenação criminal por crime falimentar. É óbvio que a lei não está se referindo à sociedade empresária, já que esta, como pessoa jurídica, não pratica crimes falimentares. O legislador alude ao empresário individual, administrador ou sócio controlador de empresa.

Conforme a LRE, só a condenação por crime falimentar (crimes previstos nesta lei) inabilita o agente econômico para a obtenção de recuperação judicial.

Não é permitido que a condução da atividade empresarial, durante o procedimento de recuperação judicial, fique em mãos do devedor ou seus administradores que houverem sido autores de crimes falimentares, contra

o patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica. Assim, promove clara distinção entre a empresa e o devedor ou seus administradores.

Extinta a punibilidade do crime falimentar, o impedimento para a obtenção da recuperação judicial desaparece.

46.4.1Legitimação ativa

Além do devedor empresário, também podem requerer a recuperação da empresa o cônjuge do empresário falecido, seus herdeiros e o inventariante do espólio. O sócio remanescente de sociedade desfeita, igualmente, pode fazê-lo.

Pensando especificamente na petição inicial, a LRE cataloga os requisitos instrutórios específicos para a deflagração do processo de recuperação judicial. Os gerais são os do art. 319 do CPC.

A lei não reclama que a exposição do devedor seja um relato técnico, mas é conveniente que o seja. Afinal de contas, trata-se da causa de pedir da ação de recuperação judicial. Deve, pois, conter dados e fatos e suas consequências, de modo a justificar a necessidade e a possibilidade da recuperação anelada. A exposição deve ser acompanhada de diversos elementos relativos à situação patrimonial da empresa e de sua regularidade.

Não custa lembrar que o peticionário da recuperação deve ser inscrito, há mais de 2 (dois) anos, no registro de empresa. Daí por que a própria LRE determina que o devedor junte certidão de sua regularidade no registro de empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores.

Para explicitar a situação patrimonial autorizadora da recuperação, é necessária a anexação de demonstrações financeiras, conforme as normas de contabilidade, relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais. Reclama-se, também, a instrução da inicial com demonstrações contábeis levantadas especificamente para esse fim. Quer dizer, não basta a juntada de demonstrações financeiras dos exercícios anteriores. É necessário que se apresente outra especialmente dedicada à justificação do pedido de recuperação.

Tais demonstrações financeiras compreendem o balanço patrimonial, a demonstração de resultados acumulados, a demonstração do resultado desde o último exercício social e o relatório gerencial de fluxo de caixa, bem como de sua projeção.

O balanço patrimonial serve para expressar a real situação da empresa. O de resultado econômico oferece o cotejo de créditos e débitos, exprimindo os resultados da empresa.

É obrigatória a apresentação da escrituração contábil, qualquer que seja a sua forma. Os documentos pertinentes permanecerão à disposição do juízo e do administrador judicial, mas qualquer interessado poderá consultá-los, mediante autorização judicial. O juiz pode, inclusive, determinar que esses documentos sejam depositados em cartório. Tratando-se de microempresa ou empresa de pequeno porte, os livros e a escrituração contábil são simplificados.

O livro diário ou equivalente (balancetes diários e balanços) deve trazer os registros em ordem cronológica, a identificação das contas debitadas e creditadas e, também, o histórico e o valor dos eventos contábeis.

Se o devedor é empresário que adota o regime de vendas com prazo superior a 30 (trinta) dias, deve apresentar o registro de duplicatas ou equivalente mecanizado, nos termos do art. 19 da Lei nº 5.474/68.

Mais que os preditos livros, há outros de natureza fiscal exigíveis conforme a natureza da atividade econômica da empresa em crise.

Atente-se a que, consoante o art. 226 do CC, os documentos contábeis das sociedades fazem prova contra elas e, provam em seu favor quando escriturados sem vícios, desde que confirmados por outros subsídios.

Quatro relações devem acompanhar o pedido:

- de credores;
- de empregados;
- de bens particulares dos sócios; e
- de ações judiciais.

Igualmente é exigida a oferta de extratos atualizados das contas bancárias e aplicações financeiras, inclusive em fundos de investimentos ou em Bolsa de Valores, devendo tais documentos serem os emitidos pelas respectivas instituições financeiras. Embora a lei não o diga, parece que também devem ser juntados os extratos pertinentes aos controladores, administradores e sócios ilimitadamente responsáveis.

Outra documentação imprescindível é a pertinente às certidões completas dos cartórios de protestos situados no domicílio da sede da empresa e naqueles onde possuir filiais. Não é demasia anotar que o devedor pode ter títulos protestados em outros cartórios, situados em outros locais. Só para exemplificar, os títulos de crédito devem ser protestados na respectiva praça de pagamento, que, conforme o caso, pode não ser a da sede da empresa ou de suas filiais.

46.4.2Despacho de processamento

Ordenar o processamento da recuperação judicial não significa deferir o pedido. É o marco inicial do exame do pedido de recuperação judicial ofertado pelo devedor. Em outras palavras, o despacho de processamento inaugura o procedimento verificatório da viabilidade da proposta, para que se conclua sobre sua aprovação, como foi formulada ou modificada, ou sua rejeição e consequente falência do devedor.

O despacho de processamento contém medidas administrativas e medidas judiciais propriamente ditas. Algumas, o juiz deverá adotar de ofício, outras mediante requerimento de credores.

Entre as providências de caráter administrativo, destaca-se a nomeação do administrador judicial. A constituição do Comitê também pode ser requerida pela assembleia de credores, após deferido o processamento da recuperação.

A LRE diz que o juiz deve determinar a dispensa da apresentação de qualquer certidão negativa para que o devedor exerça suas atividades, mas em todos os atos, contratos e documentos firmados, o devedor recuperando deverá acrescentar após a firma ou denominação a expressão *em recuperação judicial*.

Outro item importante do despacho de processamento é a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, ressalvadas as ações que demandarem quantia ilíquida e as ações de natureza trabalhista e execuções fiscais. Essa suspensão não poderá exceder o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados do deferimento do processamento da recuperação. Após o decurso desse prazo restabelece-se o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

No ato de deferimento do processamento da recuperação judicial, o juiz deve impor ao postulante a apresentação mensal de contas demonstrativas, enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores. Também deverá o magistrado determinar a expedição de edital para a publicação no órgão oficial contendo:

- resumo do pedido do devedor;
- relação de credores apresentada pelo devedor;
- resumo do despacho de processamento;
- abertura do prazo de 15 (quinze) dias para impugnação ou inclusão de créditos.

No despacho de processamento, o juiz pode determinar, a pedido dos credores, a convocação da assembleia-geral de credores para a constituição

do Comitê de Credores. Nada impede que o juiz convoque a assembleia *ex officio.*

Adite-se que as Fazendas Públicas serão cientificadas por carta e o representante do Ministério Público será intimado pessoalmente para acompanhar o processamento do pedido.

Deferido o processamento da recuperação, o devedor dela não pode mais desistir, salvo com a anuência da assembleia-geral de credores.

46.5Plano de recuperação judicial

No prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da decisão que autoriza o processamento da recuperação judicial, o devedor tem que apresentar em juízo o plano de recuperação. A sanção para o descumprimento desse dever é a convolação da recuperação judicial em falência.

O plano de recuperação judicial deve conter:

- detalhamento dos meios de recuperação e seu resumo;
- demonstração da viabilidade econômica;
- laudo econômico-financeiro e de avaliação do ativo do devedor.

Essa proposta não poderá estipular prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos trabalhistas e acidentários vencidos até a data do pedido de recuperação. Também, não poderá fixar prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento dos créditos estritamente salariais vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido. O limite desse pagamento é de 5 (cinco) salários mínimos por trabalhador.

O plano será publicado por edital, com fixação do prazo de 30 (trinta) dias para eventuais impugnações. O termo *a quo* desse prazo é a publicação da relação de credores oferecida pelo devedor. Se essa publicação for anterior ao edital contendo aviso sobre a recepção do plano, este aviso é que definirá o início do prazo.

46.6Impugnação

A impugnação é ato do credor, cabendo-lhe o ônus de demonstrar que sua materialização lhe causaria mais perdas que a outros credores, ou mesmo, a outras categorias de credores.

Por outro lado, é sempre possível que a fundamentação da inconformidade de alguns credores tenha raízes em eventual fraude no mecanismo de aprovação do plano, do que é exemplo a prestação de informações falsas ou a ocultação de dados essenciais relativos à empresa

em recuperação. Também é possível que a base da discordância advenha de irregularidades no processo de aprovação.

A assembleia de credores será convocada pelo juiz se houver impugnação do pedido de recuperação. Poderá requerer a realização de laudo econômico-financeiro, propor plano alternativo de recuperação judicial e indicar, eventualmente, os membros do Comitê de recuperação judicial. Também poderá referendar o plano ou emendá-lo com emissão de debêntures, supressão ou substituição de garantias.

Portanto, o simples fato da impugnação acarreta o advento da assembleiageral de credores para decidir sobre o plano proposto pelo devedor.

46.7Laudo econômico-financeiro

A convicção judicial sobre o estado econômico-financeiro de uma empresa, nem sempre é uma conclusão fácil, não se formando com singela apreciação de relatórios e cálculos do contador. A definição judicial sobre o plano de recuperação, para não ser inconsistente e superficial, demanda a análise técnica e científica. Daí por que a LRE obriga o devedor a apresentar laudo econômico-financeiro; precisamente, porque se trata de matéria que refoge à percepção comum. Tratase de subsídio pericial cuja necessidade pode resultar:

- do grau de complexidade do procedimento concursal;
- do porte econômico-financeiro da empresa; ou
- de ambos.

Quase sempre, a melhor resposta para as dúvidas sobre a viabilidade da empresa será obtida mediante estudos que envolvem auditoria financeira, auditoria do ativo, diagnóstico financeiro, diagnóstico estrutural e minuciosa análise estratégica.

O art. 370 do CPC/2015, norma subsidiária da LRE, deixa claro que o juiz pode determinar, de ofício, a realização de provas que reputar importantes para a solução do pedido. Pode e deve.

Outrossim, a valorização do poder instrutório do juiz não afasta o princípio dispositivo. Os credores podem requerer a realização de análise do laudo econômico-financeiro ofertado pelo devedor; o juiz deve, se entender necessário, determiná-lo, com ou sem reclamo dos particulares interessados.

Em suma, os credores podem requerer a análise do laudo, por especialistas, e o juiz deferir ou não a pretensão. Também, pode o juiz

determinar que se elabore o laudo, independentemente do anseio das partes, se entender que a peça levada a juízo pelo devedor contém imprecisões.

46.8Assembleia-geral de credores

A assembleia-geral de credores, convocada pelo juiz, é um colegiado representativo dos credores trabalhistas, privilegiados, garantidos por direitos reais e quirografários (com privilégios e subordinados).

A LRE prevê a apreciação e votação do plano pela assembleia-geral de credores, que pode referendá-lo, rejeitá-lo ou alterá-lo, neste caso, com a anuência do devedor.

Essas alternativas implicam procedimentos diversos, no sentido de conduzir à aceitação ou rejeição de um plano de reorganização. A decisão final, que caberá sempre ao órgão judiciário, poderá, conforme o caso, rejeitar ou deferir plano.

Se houver impugnação de qualquer credor, o juiz convocará a assembleia-geral para deliberar sobre o plano de recuperação, em data que não ultrapasse de 150 (cento e cinquenta) dias daquela em que se deu o deferimento do processamento. A assembleia pode aprovar o plano e indicar os membros do Comitê de Credores, alterar o plano com a anuência do devedor-proponente ou rejeitar o plano. Na última hipótese, o juiz decretará a falência do devedor, assente que a insolvência está confessada.

Além da convocação de ofício, a LRE (art. 36, § 2º) estipula a possibilidade de convocação judicial da assembleia, mediante postulação de credores representativos de, no mínimo, 25% do valor total dos créditos de uma determinada classe.

Sobre a assembleia, deve ser presidida pelo administrador judicial e secretariada por credor. O*quorum* de instalação, em primeira convocação, é o de credores titulares de mais da metade dos créditos de cada classe, computados pelo valor. Em segunda convocação, com qualquer número.

É desnecessária a presença real do credor, que pode ser representado por mandatário ou representante legal, desde que a representação seja formalizada com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas.

A assembleia-geral será constituída pelas seguintes classes de credores:

Classe I: titulares de créditos trabalhistas ou acidentários;
Classe II: titulares de créditos com garantia real;
Classe III: titulares de créditos quirografários, com privilégios ou subordinados; e
Classe IV: titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Para garantir a proporcionalidade na decisão assemblear, os créditos trabalhistas têm assegurado o voto pelo total de seu crédito, qualquer que seja o valor. Ao mesmo tempo, os titulares de créditos garantidos votam nessa condição até o limite do valor do bem gravado, mas votam como quirografários quanto ao restante do valor de seu crédito.

A aprovação do plano de recuperação judicial deve ocorrer em todas as classes de credores (art. 45). Quer dizer:

- nas classes II e III, o plano deverá ser aprovado por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes e, também, pela maioria simples dos credores presentes;
- na classe I, o plano deverá ser aprovado pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.
- nas classes previstas nos incisos I e IV, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.

A LRE oferece ao juiz uma alternativa para aprovação do plano de recuperação judicial que não obteve aprovação na forma antes descrita. Trata-se de um critério subsidiário que depende da cumulação das seguintes condições:

- aprovação do plano por credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; e
- aprovação do plano por duas das classes de credores ou, caso haja somente duas classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos uma delas; e
- na classe que rejeitou o plano, este tenha obtido o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores.

A recuperação judicial somente poderá ser concedida, com base nesse critério subsidiário, se o plano não implicar favorecimento a credores da classe que o rejeitou. Nem teria sentido que assim não fosse.

Podem participar da assembleia, embora sem direito a voto, outras pessoas: sócios ou acionista do devedor; sociedades coligadas, controladoras, controladas; cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, colateral até o segundo grau, ascendente ou descendente do devedor, ou de qualquer partícipe da empresa devedora (parente de administrador, de controlador, de conselheiro).

46.9Decisão sobre o plano

O plano de recuperação judicial proposto pelo devedor poderá ser aprovado ou rejeitado pelos credores. Se aprovado pela assembleia, esta indicará os membros do Comitê, se o juiz não o fez no despacho de processamento.

Uma vez referendado o plano pela assembleia-geral de credores, sob qualquer um dos critérios legais, o juiz o deferirá, constituindo-se referida sentença em título executivo judicial. Dessa decisão cabe agravo, para a qual estão legitimados qualquer credor e o Ministério Público.

Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia, o devedor de-verá apresentar, sob pena de falência, certidões negativas de débitos tributários.

Embora a lei mencione *certidão negativa*, nada obsta que seja positiva. É que a recuperação judicial, nessa hipótese, pode ser obtida mediante parcelamento do débito tributário, por força do art. 155-A, § 3º, do CTN. Assim, o parcelamento tributário confere o mesmo efeito que teria a certidão negativa de encargos tributários, permitindo-se, dessarte, a recuperação judicial.

Ao decidir, o juiz determinará a intimação do Ministério Público e a comunicação às Fazendas Públicas. Como a lei legitima o Ministério Público a recorrer da decisão judicial, a falta dessa intimação constitui nulidade.

Pelo menos dois efeitos da decisão que concede a recuperação judicial devem ser destacados:

- a novação dos créditos anteriores ao pedido; e
- conforme o meio de recuperação aprovado, a alienação judicial de filiais ou unidades produtivas do devedor.

O art. 60, parágrafo único, dispõe que, quando o plano envolver alienação judicial de filiais ou unidades produtivas do devedor, o objeto da alienação estará isento de qualquer ônus. Adita que incorrerá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, mesmo as de natureza tributária. Também as de índole trabalhista e decorrentes de acidentes do trabalho (art. 141, inciso II e § 2º).

A recuperação judicial tem prazo máximo de duração, que é de até 2 (dois) anos, após a concessão. Entenda-se que o devedor ficará em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano com vencimento nesse biênio.

Isso não impede que qualquer credor requeira a falência do devedor se este descumprir qualquer obrigação integrante do plano aprovado. Aliás, o

descumprimento de encargo assumido pelo devedor no plano já autoriza o juiz, independentemente de provocação, a convolar a recuperação judicial em falência. Se isso ocorrer, os credores terão seus direitos e garantias reconstituídos nas condições originais, com a dedução dos valores porventura recebidos e ressalvada a validade dos atos praticados durante a recuperação judicial.

Em caso de decretação de falência, os créditos decorrentes de obrigações contraídas durante a recuperação judicial, mesmo aqueles de fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais para fins classificatórios na quebra. Os créditos quirografários sujeitos a recuperação, de fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los nessa fase, terão privilégio geral, em caso de falência, até o limite do valor dos bens ou serviços fornecidos ao devedor durante a recuperação judicial.

As Fazendas Públicas e o INSS podem parcelar seus créditos, nos termos do Código Tributário Nacional, alterado pela LC nº 118/05.

Como efeito da recuperação judicial, o devedor nesse estado deverá mencionar, após o nome ou razão social, a expressão "em Recuperação Judicial", nos atos, contratos e demais documentos que firmar. Por determinação judicial a anotação da recuperação judicial constará do Registro de Empresas.

46.10Administração dos bens

A recuperação judicial, em regra, não implica o desapossamento nem a perda da gestão empresarial. O regime pressupõe administração custodiada.

No curso do processo de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores poderão ser mantidos na administração da empresa, exercendo normalmente suas atividades, continuando com seu negócio, oferecendo demonstrativos mensais de contas, enfim, praticando os atos de gestão empresarial. Serão fiscalizados pelo administrador judicial e, se for o caso, pelo Comitê de recuperação judicial.

Mesmo naquelas hipóteses legais de afastamento do devedor, não é de se desprezar a possibilidade de que desempenhe algumas funções, colaborando com o administrador judicial para a condução correta dos negócios da empresa.

Por outro lado, se se permitir ao devedor que durante a recuperação continue gerindo os negócios da empresa, certamente o fará debaixo de medidas de custódia e com a participação efetiva do administrador judicial,

para que não se comprometa a confiança dos credores no cumprimento do plano.

A LRE traz implícita a distinção entre o exercício dos negócios no curso ordinário da atividade empresarial e atos dispositivos excepcionais. Quando a alienação pretendida não seja inerente ao curso ordinário dos negócios, a aprovação jurisdicional é indispensável. A LRE não distingue entre bens móveis e imóveis, dispensando proteção a ambos, visando à conservação do ativo da empresa.

É fato que o devedor sofre algumas restrições decorrentes do estado de recuperação, não possuindo a plenitude de domínio sobre os bens da empresa. Não é integral sua aptidão de gerir os negócios. Nesse sentido, o devedor não poderá alienar nem onerar bens e direitos de seu ativo permanente, salvo no caso de evidente utilidade ou daqueles previamente relacionados no plano. Eventual alienação ou oneração será sempre antecedida de parecer do Comitê.

A sanção para a inobservância da restrição é a ineficácia do ato, se rescindida a recuperação judicial. Com a eclosão da falência, a alienação efetuada contra expressa disposição legal torna-se ineficaz, ainda que de boa-fé os adquirentes.

Pode o empresário individual casado alienar, durante a recuperação, bens imóveis sem outorga uxória?

Na recuperação, a regra é a inalienabilidade, salvo no caso de evidente utilidade, mediante autorização judicial. Isto não significa que a LRE revogou a regra civil da outorga uxória, prevista no art. 1.647, inciso I, do CC. É que reclama também o *plus* da autorização judicial.

É lógico que poderá e deverá negociar bens e direitos quando tais operações fazem parte do plano de recuperação judicial e, portanto, foram previamente aprovadas.

46.11Substituição administrativa

A LRE dissocia o destino da empresa e o de seus administradores. Se as causas da crise econômico-financeira da empresa resultam de administração negligente ou ruinosa, permite-se e recomenda-se a substituição dos gestores inaptos.

Compreenda-se, aqui, por administradores, os da sociedade limitada ou ilimitada e, nas companhias, os controladores e, bem assim, os que integram sua diretoria e/ou conselho de administração.

Não é só a incompetência que pode justificar a medida. À evidência, diagnosticando-se a prática de atos dissipatórios do patrimônio da empresa

e/ou de gestão ilícita ou fraudulenta, o afastamento é de rigor, seguindo-se a apuração de responsabilidades, tanto no âmbito civil como na esfera penal, mas em processos próprios.

O devedor ou seu administrador não será mantido à frente da gestão da empresa se o plano de recuperação judicial estipular seu afastamento, e também nas hipóteses seguintes:

- condenação anterior transitada em julgado por crime falimentar, contra o patrimônio, contra a economia popular ou contra a ordem econômica;
- indícios veementes da prática de crime;
- dolo, simulação ou fraude contra os interesses dos credores;
- gastos pessoais manifestamente excessivos em relação ao cabedal da empresa;
- despesas empresariais injustificáveis em relação ao capital, gênero do negócio ou movimento das operações;
- descapitalização da empresa;
- operações prejudiciais ao funcionamento regular da empresa;
- simulação ou omissão de créditos, injustificáveis, na relação de credores;
- retardamento ou omissão no cumprimento do plano de recuperação; e
- recusa de prestação de informações.

Consequência fatal do afastamento do devedor é a assunção do administrador judicial, que passará à condição de administrador-gestor, respondendo pela gestão dos negócios da empresa, enquanto a assembleia-geral não deliberar sobre a escolha de um gestor judicial.

46.11.1 Condenação criminal

A LRE leva em conta a condenação criminal do empresário ou administrador societário, em virtude de um amplo e lacunoso elenco de modalidades delituosas.

A prática anterior de qualquer uma das condutas criminosas tipificadas na LRE, uma vez reconhecida em sentença definitiva, implica o afastamento do devedor ou seu administrador. Agora, trata-se de condenado.

A LRE cuida apenas de "crime cometido em outra recuperação judicial ou falência anteriores", não importando se culposos ou dolosos, de detenção ou de reclusão. O legislador devia ter incluído, também, crime cometido em concordata anterior.

A LRE não esclarece se extinta a punibilidade permanece a causa de afastamento. Ora, a extinção da punibilidade apaga o delito. Entendimento restritivo significaria a perpetuação de uma espécie de interdição, o que, por certo, não se insere entre os efeitos da condenação criminal extinta.

É óbice à permanência do empresário ou administrador, dirigindo a empresa, durante a recuperação judicial, a existência de indícios veementes de crimes falimentares. Quem vai aquilatar o grau de veemência das eventuais práticas delituosas é o juiz, é claro.

Os crimes previstos na LRE são de ação pública incondicionada e comportam, se não oferecida a denúncia, a queixa subsidiária por qualquer credor habilitado ou pelo administrador judicial.

46.11.2Dolo, simulação ou fraude

São causas de afastamento do devedor dois defeitos do negócio jurídico (erro e fraude) e uma causa de invalidade (simulação).

No tocante à fraude, trata-se de proteger a responsabilidade patrimonial que, como se sabe, implica a conservação dos direitos dos credores.

A simulação, isto é, o conluio entre o devedor ou administrador e outrem, objetivando aparentar negócio diverso do que realmente praticam, é causa de nulidade do negócio jurídico. O art. 167, § 1º, incisos I, II e III do CC, define as espécies de simulação.

A conduta consistente em simular ou omitir créditos na relação de credores entregue ao juízo, sem base em relevante razão jurídica, também se insere entre as causas motivadoras de afastamento.

Em todos os casos, o vício deve ser dirigido contra os interesses dos credores e de qualquer um deles deve existir prova. O critério de avaliação, aqui, é do juiz.

Não se entende por que a coação (arts. 151 e seguintes do CC) não foi incluída no elenco.

46.11.3Esvaziamento do patrimônio

Determinam o afastamento do devedor da administração dos negócios as condutas prejudiciais ao ativo da empresa, ou seja, que afrontam o princípio da conservação dos bens que garantem os credores.

Descapitalizar injustificadamente a empresa significa dissipar seu ativo. Operações prejudiciais ao funcionamento regular do negócio é expressão que traduz a realização de operações ruinosas. São desse tipo o emprego de meios negativos para captação de recursos; abusos na assunção de

responsabilidades de mero favor; celebração de contratos com cláusulas de risco não calculado acima das possibilidades da empresa; e alienação de produtos e mercadorias a preços irrisórios, muito inferiores aos correntes no mercado. É o caso, por exemplo, da concessão de aval para favorecer terceiro, da sucessiva reforma de títulos de crédito a juros extorsivos ou da celebração de operação de bolsa especulativa temerária.

Essas demonstrações de incontinência administrativa são frequentes em conjuntura de crise econômico-financeira, quase sempre cometidas com o intuito de procrastinar uma quebra iminente.

46.11.4Recusa de informações

Quando a empresa em recuperação continua titularizada por seus próprios administradores, o papel do administrador judicial ou dos membros do Comitê consiste em fiscalizar a gestão empresarial, cuidando para que o plano de recuperação aprovado seja fielmente observado. Por isso, se o devedor nega-se a prestar as informações solicitadas por aqueles órgãos, está impedindo-os de exercer cabalmente seus deveres. Mais que isso, viola o princípio da publicidade inerente ao processo de recuperação judicial. Se está em regime de recuperação, ou seja, gozando de um favor legal, tem o dever de assegurar transparência em suas posturas administrativas. Se não o faz, não pode continuar à frente da empresa.

46.12Administrador judicial

A fiscalização dos negócios da empresa em recuperação judicial compete, em regra, ao administrador judicial, no despacho que defere o pedido de recuperação. O administrador judicial fiscaliza sob a supervisão do juiz. Não se trata de administração controlada, mas fiscalizada.

A designação do administrador judicial deverá recair sobre profissional idôneo de nível superior formado preferencialmente em Direito, Economia, Administração de empresas ou Contabilidade. Deve ser pessoa de confiança do juiz. Também pode ser pessoa jurídica especializada, caso em que deverá ser declarado no termo de compromisso o nome do profissional responsável. Ocorre que o administrador judicial está sujeito a responsabilidade civil e criminal e as pessoas jurídicas não ostentam imputabilidade penal.

A remuneração desse administrador será fixada pelo juiz com base na qualidade e complexidade do trabalho desempenhado e, ainda, conforme os valores vigentes no mercado para o pagamento de atividades semelhantes.

O administrador judicial será pago, simultaneamente, ao pagamento realizado aos credores. Nunca poderá exceder a 5% (cinco por cento) do valor a ser pago aos credores. Tratando-se de microempresa ou empresa de pequeno porte, a remuneração do administrador judicial fica reduzida ao limite de 2% (dois por cento).

São situações em que o administrador judicial perde o direito à remuneração:

- •renúncia sem relevante razão de direito;
- •descumprimento das obrigações legais;
- •desaprovação de prestações de contas; ou
- •destituição das funções.

Dessas causas supressivas do direito à remuneração, é bom lembrar que a renúncia, ainda que injustificada, deveria merecer tratamento diferente, fixando-se pagamento proporcional ao administrador judicial que renuncia pelos serviços que concretamente prestou.

As remunerações devidas ao administrador judicial ou administrador-gestor, bem como de seus assessores autorizados pelo juiz, serão incumbências do devedor.

Enfim, a decisão que fixar a remuneração do administrador judicial é atacável, via agravo de instrumento, pelo devedor ou credores.

46.13Comitê de credores

Se o administrador judicial é órgão de existência obrigatória no processo de recuperação, a constituição do Comitê é facultativa, dependente de livre deliberação de qualquer das classes de credores, na assembleia-geral de credores, convocada pelo juiz. A constituição do Comitê deve ser fundamentada na necessidade, esta ditada pela complexidade do procedimento e/ou pelo porte econômico-financeiro da empresa.

O Comitê é composto de 4 (quatro) membros, cada um com dois suplentes:

- •representante dos empregados;
- •representante dos credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais;
- •representante dos credores quirografários e com privilégios gerais; e
- •representante indicado pela classe de credores representantes de microempresas e empresas de pequeno porte.

A presidência do Comitê incumbe àquele indicado pelos seus próprios membros.

Não podem integrar o Comitê ou exercer as funções de administrador e gestor as pessoas que, nos últimos 5 (cinco) anos, tendo administrado ou integrado Comitê, em empresa sujeita ao regime de insolvência, foram destituídas, tiveram sua prestação de contas rejeitada ou deixaram de prestá-la tempestivamente. Tais impedimentos não necessitam de maiores explicações, na medida em que quem não bem cumpriu função idêntica, anteriormente, por certo não se encontra qualificado para o relevante mister.

Igualmente se inserem no impedimento quem tiver relação de parentesco ou afinidade até o terceiro grau com o devedor ou com os representantes legais da sociedade devedora, ou, ainda, deles for amigo, inimigo ou dependente.

Se a nomeação de membros do Comitê ocorrer em contraste com os preceitos da LRE, qualquer credor, o devedor e o representante do Ministério Público terão a possibilidade de requerer ao juiz sua substituição. Todavia, o juiz pode promover de ofício a substituição.

Os membros do Comitê, após a assinatura dos respectivos termos de compromisso, têm as seguintes atribuições:

- fiscalizar a administração do plano de recuperação judicial;
- apurar reclamações de interessados;
- emitir parecer sobre alienação ou oneração de bens e direitos;
- representar ao juiz em caso de violação de direitos dos credores;
- requerer ao juiz a convocação de assembleia-geral.

No âmbito do Comitê, as decisões obedecerão à vontade da maioria. Serão insertas em livros de atas, rubricados pelo juiz, que poderão ser livremente examinados pelos credores e pelo devedor. Se a decisão por maioria não for possível, o impasse será solucionado pelo administrador judicial ou, na incompatibilidade deste, pelo juiz.

A dissolução do Comitê ou a destituição de quaisquer de seus membros, ou, ainda, do administrador judicial, resultará sempre de decisão judicial. Esta pode ser de ofício, provocada pelo Ministério Público, pelo devedor, por membro do Comitê ou por qualquer outro interessado. Em qualquer caso, a decisão deve ser motivada e antecedida da oitiva do requerido.

A destituição de qualquer dos membros do Comitê de Credores, pelo juiz, ocorrerá nos casos de inobservância das normas da LRE, descumprimento de deveres, omissão, negligência ou prática de ato lesivo às atividades do devedor ou a terceiros. Não precisa ser requerida, porque o juiz pode determiná-la de ofício.

Observe-se que os membros do Comitê poderão ser pacientes de ação de responsabilidade civil se de sua atuação advier prejuízo aos interesses da

recuperação judicial. A iniciativa da ação é do devedor, do administrador judicial ou de qualquer credor. Por isso, o membro do Comitê dissidente em qualquer deliberação deve consignar sua discordância em ata, para eximir-se da responsabilidade por decisão eventualmente prejudicial, dolosa ou culposa, aos interesses dos credores.

46.14Convolação em falência

Uma das características da recuperação é evitar a falência. Todavia, isso nem sempre é possível e o plano de recuperação pode fracassar, seja na fase de processamento, seja na fase executiva. Daí, ocorre a convolação da recuperação em falência (art. 73 e incisos), o que pode resultar de diversas causas.

Primeiro, no curso do processo de recuperação, a assembleia-geral de credores, constatando a inviabilidade da empresa ou do plano proposto, poderá deliberar no sentido de sua liquidação, ensejando ao juiz a decretação da falência do devedor.

Produz o mesmo resultado a rejeição do plano de recuperação, sua não apresentação tempestiva ou a inobservância do dever imposto ao empresário de apresentar certidão negativa e de débitos tributários.

Enfim, se ocorrer o descumprimento do plano de recuperação acordado, qualquer credor poderá requerer a convolação em falência.

Em caso de incerteza, quanto ao estado da empresa em crise, o juiz sempre terá a faculdade de designar audiência, com a presença dos credores e do devedor. Havendo matéria técnica a ser dirimida, o pretor poderá convocar profissional especializado para auxiliá-lo.

A decisão que determina a falência ou a indefere sujeita-se ao recurso de agravo de instrumento.

A rescisão da recuperação e a consequente decretação da falência não invalidam os atos de administração, endividamento, oneração ou alienação de bens, praticados durante o período de recuperação. As obrigações provenientes de tais atos são extraconcursais. Devem ser pagas tão logo haja disponibilidade de dinheiro.

Para resumir, a rescisão do regime de recuperação judicial significa o reconhecimento jurisdicional do não cumprimento do respectivo plano. A situação de crise econômico-financeira do devedor já está caracterizada pelo próprio fato da recuperação. Isso significa que o pressuposto para a decretação da falência está embutido em todos os processos de recuperação judicial assentados, não na mera iliquidez ou em situação de dificuldade transitória, mas no estado patrimonial de insolvência.

46.15Cumprimento da recuperação

O pagamento dos credores e a satisfação de todas as obrigações assumidas no plano de recuperação judicial autorizam o devedor a requerer ao órgão judiciário a sentença de encerramento da recuperação judicial.

A sentença de cumprimento de recuperação judicial não é declaratória de extinção das obrigações do devedor. Não alcança os débitos renegociados no plano de recuperação. Na verdade, declara que o plano foi cumprido, ou seja, que as obrigações assumidas pelo devedor foram resolvidas pela execução do plano.

Ao decretar o encerramento da recuperação judicial, o juiz deve determinar:

- pagamento do saldo de honorários devidos ao administrador judicial;
- saldo das custas judiciais não recolhidas;
- apresentação de relatório sobre a execução do plano;
- dissolução do Comitê, se houver;
- exoneração do administrador judicial; e
- comunicação ao Registro de Empresas.

47

Estado de Falência



47.1Noção de falência

Embora a LRE utilize a expressão *crise econômica*, para definir a situação de deficiência patrimonial da empresa, trata-se na realidade de um regime jurídico de insolvência.

Há quem prefira identificar o aspecto econômico da insolvência como situação definida pela impossibilidade de satisfazer a obrigações, ou seja, a seu substrato fático. Outros concentram-se no seu lado processual. Essas tendências doutrinárias servem para demonstrar o caráter complexo da falência.

Realmente, uma identificação pontual da falência, entre esses extremos, é tarefa inglória. Não se trata, singelamente, de uma figura de direito material, mas também não se reduz a mero processo, na medida em que implica a coexistência de diversos institutos jurídicos. É impossível limitar sua dimensão, seja para privilegiar as condições do estado fático da insolvência, seja para relegá-la ao seu aspecto instrumental, sem dúvida predominante, mas não exclusivo. A conciliação dos dois extremos aproxima-se mais da realidade jurídica da falência, porque a conjuntura patrimonial anômala do empresário só se transforma nesse estado em virtude de um provimento judiciário, que assoma no mundo jurídico por meio de um processo.

Considerada essa peculiaridade, optamos por vislumbrar na falência um processo concursal instaurado por uma sentença constitutiva, que tem por objetivo solucionar as relações jurídicas oriundas da inviabilidade econômico-financeira revelada pela insolvência do agente econômico, tendo em vista o tratamento paritário de seus credores.

Sob a epígrafe “falência”, a LRE trata tanto da caracterização material de um estado de insolvência como de sua solução mediante procedimentos jurisdicionais.

47.2Pressupostos do estado de falência

A caracterização do estado de falência é legal. Com efeito, o direito positivo fixa os três pressupostos de sua identificação:

- pressuposto material subjetivo: devedor empresário;
- pressuposto material objetivo: presunção não elidida de insolvência; e
- pressuposto formal: sentença constitutiva de falência.

O empresário devedor é o réu na ação constitutiva de falência, cuja causa de pedir reside numa presunção legal de insolvência, que, uma vez não desfeita, autoriza o órgão judiciário a emitir um pronunciamento positivo.

47.3Critérios aferidores da insolvência

A insolvência revela-se pela impotência patrimonial do devedor empresário em satisfazer regularmente a obrigações exigíveis ou pela adoção de condutas indutoras de seu estado patrimonial deficitário. É a condição de inviabilidade empresarial ditada por fatores de diversa etiologia e desvelada por sintomatologia variada.

Na LRE, a insolvência do devedor empresário é um fato econômico que ingressa no universo jurídico por meio de uma sentença constitutiva de falência quando:

- confessada pelo próprio agente econômico (art. 105); ou
- presumida pela impontualidade; ou
- presumida pela frustração de execução; ou
- presumida por atos suspeitos praticados pelo empresário, ainda que pontual; ou
- resultante do descumprimento de recuperação judicial.

O empresário (pessoa física ou pessoa jurídica) está insolvente quando, injustificadamente, suspende a realização de seus encargos ou, ainda, quando pratica atos indicativos de isquemia patrimonial. No primeiro caso, há um diagnóstico de insolvência, a partir da comprovação da impontualidade. No segundo, não há diagnóstico, mas mero prognóstico, que se confirma ou não na dedução do pedido de falência, em juízo. No caso de frustração da recuperação judicial, a impontualidade é manifesta. Em ambos, a liquidação falimentar é involuntária.

No caso de autofalência, a liquidação do agente econômico é voluntária. Pode exsurgir tanto da insolvência real como da insolvência

potencial. Afinal, ninguém melhor que o empresário devedor conhece sua conjuntura patrimonial.

47.3.1A impontualidade como causa de pedir na falência

A impontualidade, como o primeiro e mais comum critério de aferição da insolvência, hoje é qualificada pela exigência de um valor mínimo (40 salário mínimos).

Do disposto no art. 94, inciso I, da LRE, resulta que a impontualidade compreende:

- falta de pagamento no vencimento;
- sem razão juridicamente escusável;
- de obrigação ou obrigações líquida(s) cujo valor originário seja superior a 40 (quarenta) salários mínimos;
- materializada(s) em título(s) executivo(s);
- devidamente protestado(s).

Presume-se impossibilitado de solver o agente econômico que, sem motivo juridicamente relevante, não paga no vencimento obrigação líquida materializada em título(s) executivo(s), regularmente protestado(s) de valor originário superior a 40 (quarenta) salários mínimos.

Quanto ao pedido de falência com base em título de terceiro (legitimação processual ativa especial), o credor deve provar que é credor, ou seja, detentor de título de dívida não vencida. Pode emprestar título de terceiro, mas deve ser titular de crédito, embora não vencido, contra o devedor comum.

Fica aberta a possibilidade de pedido de falência instruído com título de terceiro, acompanhado de certidão de protesto de outrem, caracterizando-se um duplo empréstimo: o empréstimo do título exigível que a lei permite e o empréstimo do protesto que a lei exige.

Outra observação diz respeito ao litisconsórcio ativo na ação falimentar. Para o fim de alcançar o limite mínimo reclamado por lei para o pedido de falência calcado no art. 94, inciso I, credores podem reunir-se, tantos quantos forem necessários.

Em síntese, o inadimplemento de obrigação líquida, incorporada em título executivo regularmente protestado, é indício suficiente do estado de insolvência da empresa, conquanto não seja indutor de presunção absoluta.

Em primeiro lugar, o não pagamento no vencimento deve referir-se a uma ou mais obrigações líquidas, próprias e/ou de terceiros.

Obrigação líquida é a obrigação certa quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto, isto é, a insuscetível de dúvidas no tocante à quantia devida (*liquidam est constans et manifestum et certum*).

Na legislação, a obrigação líquida, legitimando o pedido de falência do devedor, é a constante dos títulos executivos judiciais e extrajudiciais regularmente protestados. Quer dizer, a obrigação exigível.

Por isso, o aperfeiçoamento do pedido de falência estribado na impontualidade está diretamente vinculado à exigibilidade da obrigação. É necessário que a obrigação seja exigível, isto é, que se tenha vencido. Só no vencimento é que se pode falar em pagar ou não pagar.

A obrigação líquida deve estar corporificada em título dotado de executividade, isto é, concretizada num documento que seja mais que só um escrito representativo. É indispensável que do título resulte clara a responsabilidade do devedor. A ação de liquidação judicial não se presta para o deslinde de controvérsias que dependam de complexa dilação probatória.

Certamente, quando a lei menciona o título não se trata apenas de título de crédito. É título em sentido lato, ou seja, instrumento público ou particular, formal ou informal, que represente uma dívida, que revele, com certeza e clareza, um débito do agente econômico, sem necessidade de qualquer outro coadjuvante probatório.

Em resumo, título executivo é a cártula que se basta para a demonstração da obrigação líquida; é o documento materializador desta, a que a lei confere força executiva; é documento de indiscutibilidade intrínseca.

O título executivo pode ser:

- judicial;
- extrajudicial cambial;
- extrajudicial cambiariforme.

São títulos executivos judiciais os representados por um provimento jurisdicional. Estão relacionados no art. 515 do CPC/2015.

Títulos extrajudiciais são aqueles que, sem o respaldo do provimento judiciário, são dotados de executividade pela própria lei, desde que reconhecidos pelo devedor (art. 784 do CPC/2015).

São títulos executivos extrajudiciais cambiais a letra de câmbio e a nota promissória, enquanto são extrajudiciais cambiariformes, o cheque, a duplicata etc.

Nos títulos executivos extrajudiciais, é o reconhecimento da obrigação, pelo devedor, ou ato que o supra, que indica a liquidez do título.

Adite-se que nem todos os títulos executivos arrolados pelo diploma processual civil contêm obrigação líquida, *v.g.*, o encargo de condomínio e o crédito por aluguel de imóvel não expressam obrigações líquidas.

Só são instrumentos aptos a instruir o pedido de falência os títulos executivos que consubstanciam obrigação líquida.

Recorde-se, ademais, que a Lei nº 6.458/77 considera obrigação líquida, que legitima o pedido falitário, a constante dos títulos executivos mencionados no art. 15 da Lei nº 5.474/68 (Lei de Duplicatas) quando se tratar de duplicata ou triplicata aceita, protestada ou não, bem como de duplicata ou triplicata não aceita, contanto que, no segundo caso, cumulativamente:

- haja sido protestada;
- ostente valor superior a 40 (quarenta) salários mínimos isolada ou conjuntamente com outro título (art. 94, I, da LRE);
- esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria;
- o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei de Duplicatas.

Protesto

O protesto é um instituto essencialmente destinado a comprovar a mora. Atua em dois sentidos: configura o inadimplemento do devedor e registra a inércia do credor. A primeira, no caso, é mais importante que a segunda.

O vencimento de uma obrigação sem pagamento, por si só, não é sinônimo de impontualidade. Há necessidade de que sejam provados tanto o vencimento do débito, como a mora *solvendi* do devedor. É que o inadimplemento pode derivar de negligência do credor, inciência do devedor quanto ao atual titular do crédito, concessão de moratória etc. Daí por que o credor deverá comprovar que intentou a recepção de seu crédito e não obteve sucesso por razão alheia à sua vontade.

A prova formal da impontualidade é fornecida pelo protesto. É o protesto um ato público formal, extrajudicial, levado a efeito por oficial público, a requerimento do titular de um documento representativo de um crédito líquido. É a constatação autêntica do não pagamento ou do não aceite, conforme o caso.

Se o requerimento de declaração de falência fundar-se na falta de pagamento do título executivo no vencimento, esse fato será provado com a certidão do protesto especial (art. 94, § 3º).

Os títulos instrutórios do pedido de falência não sujeitos ao protesto cambiário para caracterização de sua exigibilidade nem por isso estão

imunes à necessidade do protesto, uma vez que a LRE prevê, no § 3º do art. 94, *in fine*, o protesto para fim falimentar.

O protesto comum dispensa o especial para o requerimento de falência.

47.3.2A execução frustrada como causa de pedir na falência

Execução frustrada é a improdutiva, insatisfatória. É a tentativa infrutífera encetada pelo credor, no sentido de dar atuação à sanção, de densificar a exigibilidade do título. É a falta de prestação do agente econômico devedor em face da exigência do credor. É a não obtenção do bem devido.

A presunção de insolvência, aqui, repousa na ideia de que o agente econômico devedor não obedece ao comando executivo porque não pode fazê-lo.

Frustrada a execução individual, o credor pode requerer seu encerramento e ingressar, com o pedido de falência do mesmo devedor, em processo próprio, no foro do principal estabelecimento deste.

Ajuizado pedido de falência nessas circunstâncias, incumbe ao autor tão somente comprovar que o devedor, citado para regular execução, não conseguiu pagar. Dispensável, em casos tais, o protesto, porque o estado de insuficiência patrimonial já se positivou.

A LRE também não reclama, nessa hipótese, a juntada de outros protestos de credores distintos para provar a cessação de pagamentos. Sequer cogita de especificar valor mínimo para o pedido liquidatório. Qualquer valor, portanto, é suficiente para gerar a presunção de insuficiência patrimonial, desde que derive de execução frustrada.

Uma vez aforado pelo credor exequente o requerimento de falência, a execução singular, anteriormente ajuizada e infecunda, deverá pelo menos ficar suspensa, sendo viciados os atos que nela vierem a ter lugar a partir de então.

Não se admite a concomitância da execução singular com o pedido de falência, versando sobre o mesmo título e devedor, vigente o princípio *electa una via, non datur recursus ad alterum.*

Também é inviável a alteração do pedido nos mesmos autos do processo de execução (inovação da lide), já em virtude das normas processuais comuns, já porque nem sempre coincidem os foros competentes, respectivamente, para a execução singular e para a execução coletiva.

Deve o credor deixar o processo de execução singular, e encetar separadamente a ação falimentar, requerendo *ab initio* nova citação do

devedor, desta feita para o pedido liquidatório. O credor já não pretende satisfazer a sua pretensão executória. Firmada a isquemia patrimonial do agente econômico devedor, o credor postula a liquidação judicial de seu patrimônio. É outra a lide. Agora, o credor não tem apenas um título executivo, mas um título liquidatório.

Resumindo, na execução singular, dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, o empresário executado há de tomar uma das seguintes providências: pagar, depositar, ou então nomear bens à penhora para discussão do título. Se assim não agir, ensejará ao exequente o direito de pedir sua falência, não constando da LRE o requisito de que o oficial de justiça certifique não ter encontrado bens para penhorar.

Pode o devedor empresário, citado em ação de falência fundada na execução frustrada, afastar a possibilidade de liquidação, pelo depósito elisivo?

Não vemos por que não, quando o autor do pedido é o próprio exequente que teve sua pretensão frustrada no respectivo processo de execução. Até porque nem precisaria requerê-la com fundamento na execução frustrada, mas, com escudo na impontualidade, se de valor igual ou superior a 40 (quarenta) salários mínimos.

A liquidação não será decretada se o devedor provar o pagamento da dívida. Ora, não será decretado o exício empresarial se o devedor pagar. Não importa se não o fez no processo executivo singular; está pagando, agora, e, assim, desconstituindo o prognóstico legal de insolvência que poderia liquidá-lo. Se não está insolvente, não pode estar falido.

47.3.3Sintomas legais como causa de pedir na falência

Outro critério indicativo de insolvência admitido pela LRE reside em ato ou atos cuja prática, pelo agente econômico, revela grave depressão patrimonial, suscetível de colocar em risco os direitos dos credores. A lei considera-os indutores do estado de falência.

Os atos descritos como indutores de uma presunção de insolvência caracterizam crimes e perfazem a causa de pedir de eventual ação revocatória.

Mesmo sem deliberação fraudatória, tais atitudes insinuam e, às vezes, denunciam a conjuntura patrimonial deficitária do empresário ou sociedade mercantil, expondo à nudez a possibilidade de prejuízo aos credores, em virtude do desfalque ou dissipação de sua garantia comum, os bens do ativo do devedor. Mirando escapar da quebra pela cessação de pagamentos, o

agente econômico acaba por se inserir no elenco dos sintomas tipificadores de isquemia patrimonial. Se não está insolvente, age como se estivesse.

Insta advertir que, ao credor, mesmo que seu crédito não esteja vencido, é suficiente a prova da ocorrência de um daqueles atos ou fatos sintomáticos de insolvência e de sua condição de credor, para legitimar-se à postulação da falência do devedor. Em outras palavras, sendo a falência requerida com arrimo nos atos enumerados em lei, é desnecessária a existência de título vencido ou protestado.

Expedientes fraudulentos

Entre os expedientes ruinosos ou fraudulentos estão contempladas três situações:

- o agente econômico promove liquidação desordenada;
- o agente econômico usa meios ruinosos para realizar pagamentos;
- o agente econômico vale-se de meios fraudulentos para solver.

Liquidação desordenada é a alienação precipitada e sem critérios do ativo a preços descompensadores. Não a caracteriza a liquidação rotineira incidente sobre "saldos" ou para renovação do estoque. O adjetivo "desordenada", qualificativo da dispersão patrimonial, satisfaz à necessidade de distinção.

É preciso muita cautela para se caracterizar a falência pela adoção de meios ruinosos. Há situações em que, *v. g.*, a venda de mercadorias a preços irrisórios pode ser um expediente utilizado pelo empresário, que age de boa fé e até com proveito para seus credores, porque destinado a evitar prejuízos maiores ou a acudir necessidades prementes, sem qualquer fito fraudulento ou dissipatório do patrimônio mercantil.

O que a lei pretende caracterizar aqui é a venda do estoque a preços aviltantes, abaixo do custo, no intuito de "fazer dinheiro" rapidamente, ante a perspectiva de um desfecho falitário.

Inserem-se entre os meios ruinosos, por exemplo, os prejuízos homéricos em operações temerárias na bolsa de valores, os empréstimos a juros de agiotagem, a venda dos utensílios e máquinas necessárias à prática da mercancia, a realização de empreendimentos de grande risco sem lastro etc.

Quanto ao uso de fraude para realizar pagamentos, os meios fraudulentos traduzem-se em atitudes ilícitas do empresário, perpetrando artifícios destinados a conseguir dinheiro e, às vezes, mercadorias. Exemplo típico ocorre na emissão reiterada de duplicatas simuladas.

Também o estelionato realiza a figura aqui tipificada, desde que praticado no intuito de obter numerário ou lesar credores, promovendo pagamentos à custa da ilicitude de conduta.

Negócio simulado ou alienação do ativo

O negócio simulado é o que apresenta aparência diversa do realmente pretendido pelas partes. É negócio disfarçado, simulacro de negócio. Em outras palavras, as partes fingem um negócio, pretextam contratar, quando, na verdade, há mera fuga de bens do ativo para terceiros, credores ou não. O negócio é ficto.

O que tipifica, basicamente, a simulação é a aparência contrária à realidade, como resultado do conluio entre os pretensos contraentes. O ato aparente pode ter em vista dissimular outro negócio ou aparentar que nada esconde. É a burla adrede preparada pelas partes, para enganar a outrem, no caso, os credores.

A lei contenta-se com a tentativa, uma vez revelado o fito de desviar, sonegar ou esconder bens em proveito próprio ou de terceiro. Exemplo característico de negócio simulado é a criação de obrigação ficta para justificar o desvio de bens.

Atente-se para o fato de que ao credor incumbe fazer a prova da simulação ou da tentativa de simulação, sem a qual o pedido de liquidação, por esse motivo, não pode prosperar.

Compreende a LRE, como ato de alienação a título oneroso, qualquer transmissão de componentes do estabelecimento suscetíveis de mensuração pecuniária. Exemplos dessa espécie são a venda, a cessão e a dação em pagamento dos elementos que constituem o fundo da empresa, essenciais para seu funcionamento regular e produtivo. É modalidade de descapitalização.

Nessa espécie, deve estar evidente o objetivo do devedor, de procrastinar os vencimentos de seus encargos ou fraudar credores. Em suma, o intuito de prorrogar a agonia de seu patrimônio, pouco a pouco menor, em detrimento dos credores.

A fraude *in casu* pode ser presumida, seja pela clandestinidade dos fatos, seja pela falta de causa, seja por relações parentais entre os contraentes, ou, ainda, pelo irrisório do preço pactuado.

Claro que, se o adquirente do bem está ciente da insolvência do empresário, sua participação no negócio poderá implicá-lo como coautor de eventual crime falimentar.

Some-se a simulação de transferência do principal estabelecimento (art. 94, inciso III, *d*) com o fito de contornar a lei, a fiscalização ou lesar credores.

Transferência do estabelecimento

Em determinadas circunstâncias, o trespasse do estabelecimento pode ser sinal de insolvência.

A transferência é motivo para a postulação da falência, adverte a lei, se encetada sem o assentimento dos credores, restando o devedor com patrimônio insuficiente para fazer frente a seu passivo. Caso contrário, isto é, ficando com bens suficientes, o consentimento dos credores é dispensável. A prova da insuficiência do remanescente é do autor do pedido.

Nos termos do art. 1.145 do CC, se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em 30 dias, a partir de sua notificação.

Para que a alienação do estabelecimento não autorize a sentença de abertura da falência, mister se faz seja provado que:

- a alienação foi notificada aos credores do falido;
- a venda teve o consentimento de todos os credores, expressamente, ou de modo tácito, pelo decurso de 30 dias após a notificação, sem qualquer oposição dos mesmos credores; ou
- vendendo, muito embora sem a anuência de seus credores, ficou o devedor empresário com bens suficientes para solver seu passivo.

Aqui, merece consideração o disposto no art. 1.144 do CC: o contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.

Também precisa ser dito que o adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados. Por outro lado, o alienante, como devedor primitivo, continua solidariamente responsável por aqueles encargos, pelo prazo de 1 (um) ano, a partir da publicação.

A alienação do ativo e a transferência do estabelecimento não são sintomas legais de insolvência, quando negócios integrantes de plano de recuperação judicial em curso.

Outorga fraudulenta de garantia real

Sobre a outorga fraudulenta de garantias, revela-se caracterizadora da insolvência por agredir o princípio da paridade dos credores.

Efetivamente, a concessão de garantia real feita pelo empresário a um ou mais de seus credores, em detrimento dos demais, sem manter bens suficientes, evidencia sintoma de insolvência pela diminuição do patrimônio que garante a solução de seus débitos.

A lei considera suficiente a tentativa de outorga revelada pelo critério da univocidade dos atos praticados. Quer dizer, tentativa idônea.

Em resumo, a razão de ser do inciso é assegurar a observância do princípio da paridade dos credores, desprezado, no caso, pelo injustificado favoritismo. A outorga de garantia real, nessas circunstâncias, é discriminatória.

Também, aqui, deve restar claro que o ônus da prova da insuficiência dos bens residuais do agente econômico é atribuição do peticionário da falência.

Ausência ou abandono

Três são as situações contempladas aqui:

- a ausência do titular da empresa;
- o abandono do estabelecimento; e
- a tentativa de ocultação.

Para a LRE, ao contrário da LFC, é suficiente a tentativa de ocultação para autorizar a presunção de insolvência. O art. 94, inciso III, alínea *f*, se contenta com a figura da tentativa de ocultação. Compete ao credor comprovar a ocorrência, seja do abandono do estabelecimento, seja da tentativa de ocultação.

Atos sociais

As condutas que induzem à presunção de insolvência, quando encetadas por diretores ou administradores de sociedade empresária, comprometem a pessoa jurídica, como se ela os tivesse praticado, para fins falimentares.

A LRE não menciona os liquidantes. Todavia, na sociedade em estágio de liquidação, o liquidante tem os mesmos deveres e responsabilidades dos administradores sociais.[1] São gestores da sociedade em fase terminal.

É óbvia a razão de ser da regra de equiparação, à medida que o pedido de falência será dirigido contra a sociedade empresária e não contra seus administradores sócios ou não, já que empresário é aquela e não estes.

Os administradores responsáveis pelas sociedades empresárias são seus órgãos. Atuam em nome e por conta delas. Em regra, praticam todos os

atos pertinentes à gestão da sociedade, estando limitados, apenas, ao contrato social e à lei. Quando agem, se nos limites de seus poderes, quem age é a sociedade.

Não custa lembrar que, nos termos do art. 1.011 do CC, o administrador societário deverá exercer suas funções com o cuidado e a diligência que empregaria na condução de seus próprios negócios. Tem o dever da boa administração.

47.4Decretação judicial

Sem provimento jurisdicional inexiste estado jurídico de falência, assente a impossibilidade de liquidação virtual. Sem um pedido do interessado (o credor, o próprio devedor ou as demais pessoas legitimadas) e a resposta jurisdicional (a sentença) não há falência. Estado de falência é o definido a partir do provimento pretoriano, tendo em vista a inviabilidade da empresa.

Antes da decretação judicial, pode-se falar em insolvência ou crise econômico-financeira, mas nunca em falência ou liquidação judicial, porque essa é uma situação jurídico-processual, enquanto aquela é mera conjuntura fática, de raiz econômica. Liquidado ou falido é o agente econômico tido como tal por provimento judiciário definitivo.

47.5Falência *ex officio*

Na legislação pátria, inexiste a possibilidade de o juiz decretar *ex officio* a falência do devedor. Admite-se que o juiz convole a recuperação judicial em falência.

Não se trata de falência sentenciada de ofício porque, nessas hipóteses, a insolvência do devedor está confessada, ínsita no pedido de recuperação inviável ou no descumprimento da recuperação em curso.

47.6Pluralidade de credores

Há quem vislumbre na pluralidade de credores o quarto pressuposto necessário da quebra. Não admitem a existência de estado jurídico de falência com um só credor.

É possível, em tese, falência com um único credor, uma vez que não existe qualquer restrição legal. Primeiro, porque a pluralidade de credores não é requisito para a caracterização da quebra. Não há dispositivo algum

de lei que só permita a decretação da falência, na hipótese da pluralidade de credores, nem está catalogada entre as causas do seu encerramento a existência de um só credor.

A circunstância da pluralidade de credores pode não se verificar, de início. O exequente insatisfeito ou o credor com provas de atos dissipatórios do ativo praticados pelo agente econômico poderão requerer a falência e obtê-la, sem que se cogite de qualquer outro credor.

Realmente, ao credor que não teve seu direito realizado, pode ser indispensável a falência, para nela obter a revogação dos atos praticados pelo devedor em seu detrimento. A obtenção de melhor posição processual para defesa de seu crédito, por meio de ação revocatória, já serve para justificar a manutenção da liquidação com credor único.

A LRE é geral e imperativa, não podendo o estado jurídico de falência ser excluído por uma circunstância raríssima que não modifica o texto e muito menos o espírito da lei. Por outro lado, nada obsta seja adotado rito processual mais simples e expedito, compatível com a circunstância.

47.7Meio judicial de cobrança

Pedido de falência não é meio judicial de cobrança, mas a LRE, mantendo o critério fundador da impontualidade, embora condicionada a requisitos inexistentes na LFC, ainda enseja seu uso equivocado. Continua aberto o caminho para proliferação de ações falimentares que, na verdade, não passam de cobranças. Se a intenção do legislador, ao fixar o valor mínimo para os pedidos de falência, é um óbice ao indigitado expediente, por outro lado oferece o caminho para contornar aquele obstáculo quando, no art. 94, § 1º, permite que credores possam reunir-se em litisconsórcio a fim de perfazer o limite mínimo para o pedido de falência baseado na impontualidade. Aliás, como aquele limite não é tão elevado, é possível entender que, se dificulta, não impede.

Certamente, o credor cuja execução não restou produtiva porque o devedor não pagou, não depositou e não nomeou bens à penhora pode cobrá-lo, de forma mais enérgica, se preenchidas as condições legais exigidas para a decretação da quebra.

Sempre vale recordar que a possibilidade de execução singular do título executivo não impede a opção do credor pelo pedido de falência.

[1] Art. 1.104 do CC: “as obrigações e a responsabilidade do liquidante regem-se pelos preceitos peculiares às dos administradores da sociedade liquidanda”.

48

Ação Constitutiva de Falência



48.1Introdução

A sentença decretatória é o marco divisório das duas fases da falência:

- a primeira de natureza cognitiva, dirigida à constituição do estado de falência; e
- a segunda, de índole executiva, reservada à liquidação do devedor.

Este capítulo destina-se ao exame da fase pré-falimentar, ou seja, do processo que tem por escopo a constituição do estado falencial. A legitimação ativa, as alternativas que se abrem ao devedor citado, sua defesa e os diversos incidentes procedimentais.

48.2Legitimação ativa

A LRE oferece um cardápio generoso de possíveis legitimados para a ação de falência. Além da chamada autofalência, traz:

- a liquidação involuntária, que ocorre quando regularmente requerida por qualquer credor;
- a liquidação póstuma, pleiteada pelo cônjuge supérstite, herdeiros ou inventariante do devedor empresário individual;
- a liquidação por iniciativa do sócio cotista ou acionista do devedor.

O dispositivo cuida de responder à pergunta: quem pode requerer a falência do empresário devedor?

As pessoas legitimadas têm, por expressa cominação legal, legítimo interesse na abertura do processo de insolvência do agente econômico devedor.

Ressalte-se que, diferentemente de outras legislações, a brasileira não contempla o requerimento*direto* de falência do empresário insolvente oferecido pelo Ministério Público. Não tem esse órgão, nos termos da lei

pátria, legitimidade para postular a decretação *direta* de falência de agentes econômicos.

48.2.1Falência requerida pelo próprio devedor

Nos artigos 105/107 da LRE, a regulamentação da rara hipótese de autofalência é superficial. A falência requerida pelo próprio devedor é uma liquidação voluntária sob a égide jurisdicional.

Faculta-se ao devedor a solicitação da abertura de um procedimento falitário se estão presentes os sinais de uma iminente insolvência ou de falta previsível de liquidez. Claro que só o fará em último caso, no momento em que se sentir realmente inapto para solver suas obrigações. O pedido, por isso, será fundado na suspensão de pagamentos ou mediante mera confissão de insolvabilidade acompanhada de declaração de que cessará de pagar, no vencimento, seus encargos.

Para a confissão postulatória é suficiente a demonstração de seu estado de deterioração patrimonial, dispensada a comprovação via protesto que se torna necessário para o requerimento de falência pelo credor e que venha a comprovar a suspensão de pagamentos.

A instrução do pedido deve cumprir os requisitos postos nos incisos do art. 105 da LRE: demonstrações contábeis (balanço patrimonial, demonstração de resultados acumulados, demonstração do resultado desde o último exercício social e relatório de fluxo de caixa), relação nominal de credores e descritivo dos respectivos créditos, relação de bens e direitos do ativo devidamente avaliados e documentados, prova da condição de empresário, contabilidade obrigatória e relação qualificada dos administradores do último quinquênio.

As demonstrações contábeis devem compreender os três últimos exercícios sociais, além das levantadas com o fim específico de instruir o pedido, tudo conforme a legislação empresarial em vigor. Afinal, constituem o diagnóstico da isquemia patrimonial do devedor.

Tratando-se de sociedade empresária irregular, não havendo contrato social, a indicação de todos os sócios é necessária. Estes, no caso, serão subsidiariamente responsáveis, de forma solidária e ilimitada, pelos encargos da sociedade. Respondem com seus bens pessoais se o patrimônio social não atingir o *quantum* necessário para solver o passivo, a exemplo do que ocorre na sociedade em nome coletivo.

A relação nominal de credores deve esclarecer os valores dos créditos, seus vencimentos, a indicação dos títulos pertinentes, a natureza dos créditos e a qualificação e endereço dos credores.

Tratando-se de empresário individual, a relação nominal dos credores envolverá, inclusive, seus credores particulares. Também no caso da sociedade irregular ou da sociedade em nome coletivo, deverá ser juntada a relação dos credores particulares dos sócios.

O rol dos bens que compõem o ativo, com a respectiva estimativa de valor, é outro documento importante para a constatação da insolvência. Esta reflete uma situação em que o ativo disponível não suporta o passível exigível. O que a lei pretende é, em termos simples, verificar quanto possui o agente econômico devedor.

A exigência legal referente à relação dos administradores da empresa nos últimos 5 (cinco) anos, com os respectivos endereços, suas funções e participação acionária, tem em mira focalizar os responsáveis pela situação deficitária e, eventualmente, promover-lhes as respectivas responsabilidades civil e criminal.

Os livros empresariais e os livros fiscais obrigatórios deverão apresentar-se regularmente escriturados e atualizados, para que o juiz da liquidação assine os seus respectivos termos de encerramento.

No caso da sociedade anônima, a insolvência será confessada por diretor, devidamente autorizado pela Assembleia-Geral (art. 122, inciso IX, da Lei nº 6.404/76), podendo, em caso de urgência, ser formulada pelos administradores, com a concordância do acionista controlador, se houver, convocando-se imediatamente a Assembleia-Geral para referendar a deliberação.

Cumpre acrescentar que também podem proceder à confissão de insolvência, no caso do empresário falecido, os seus herdeiros, o cônjuge sobrevivente ou o inventariante. O cônjuge porque, no mínimo, herdeiro e comunheiro; os herdeiros porque sucessores; e o inventariante em razão de sua função, se já aberta a sucessão.

Se o postulante for o cônjuge supérstite, poderão se opor ao pedido, qualquer dos herdeiros ou o inventariante, alegando matéria juridicamente relevante. Cabe, ainda, aqui, o depósito elisivo.

Se a insolvência for confessada por herdeiro ou pelo inventariante, deve o juiz conceder vista do pedido aos outros, sob pena de nulidade.

O empresário devedor que requereu sua própria falência, mas não tendo sido esta ainda decretada, pode obstá-la, retratando-se da confissão de insolvência e desistindo do pedido. Para tanto, deve comprovar o desaparecimento dos fatores que tornavam imperiosa a liquidação.

Que consequências específicas, relativas à falência, poderão advir, para o devedor, com a não apresentação de um ou alguns dos documentos reclamados por lei? Em termos sancionatórios, se inexiste fraude ou

ilicitude, nenhuma. Até porque, fosse sua quebra decretada com esteio em postulação de credor, certamente não teria como, por exemplo, providenciar imediatamente demonstração financeira atualizada de sua situação.

Não estando o requerimento regularmente instruído, o juiz poderá determinar que seja emendado, no prazo que estimar adequado, já que a lei não consigna prazo algum. O efeito dessa deliberação é que, nesse lapso temporal, qualquer outro pedido de falência contra o agente econômico ficará sobrestado. Já existe um pedido do próprio devedor e, enquanto este não for deslindado, não há por que promover-se providência paralela com a mesma finalidade.

48.2.2Falência requerida por credor

O comum é a liquidação involuntária do devedor ser postulada pelo credor que evidencia essa condição. Para requerer a falência do agente econômico que se apresenta real ou presumivelmente insolvente, o credor deve exibir prova dessa qualidade, em qualquer das hipóteses de pedido de quebra.

Assim sendo, no caso do pedido alicerçado na impontualidade (art. 94, inciso I), o credor deve exibir título ou títulos exigíveis que perfaçam valor superior a 40 (quarenta) salários mínimos, devidamente protestados.

Na hipótese calcada na execução frustrada (art. 94, inciso II), o credor deve acompanhar o pedido com certidão da execução frustrada.

No pedido de falência fundado nos atos enumerados em lei (art. 94, inciso III), o credor deve descrever os atos sintomáticos de insolvência praticados pelo devedor, coadjuvado pelas respectivas provas e indicações de outras.

A lei não enceta qualquer distinção pertinente a etiologia do crédito, bastando que seja líquido e materializado em título executivo. Não é somente ao credor empresário, pessoa física ou jurídica, que a lei faculta o direito de pedir a falência do devedor. Qualquer credor pode fazê-lo.

O credor empresário (individual ou sociedade mercantil) somente tem legitimidade para intentar o pedido de quebra do devedor se comprovar que está regularmente inscrito no Registro de Empresas.

O credor domiciliado fora do Brasil, se quiser pleitear a falência do devedor estabelecido no país, deverá prestar caução às custas e ao pagamento da indenização.

Tal regra que repete o disposto no art. 83 do CPC/2015 sofre a mitigação do art. 4º do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional

em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa dos países do Mercosul (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) em vigor pelo Decreto nº 2.067/96. Predita regra dispensa a prestação de caução às custas.

48.2.2.1Credor privilegiado

Credor privilegiado é diferente de credor com preferência. Este já é favorecido, independentemente da falência. Aquele só tem privilégio na falência, sem a qual estará sujeito ao*prior in tempore.* O privilégio é uma decorrência da *pars conditio creditorum* inerente ao concurso, afastando a regra do *prior in tempore.*

É privilegiado o credor quirografário cujo crédito só se torna privilegiado em virtude da falência do devedor e nela. Os privilégios pessoais só aderem aos respectivos créditos no concurso creditício inaugurado pela decretação do estado falimentar.

Referido credor pode requerer a quebra do devedor, sem renunciar ao privilégio. É que não pode renunciar àquilo que ainda não tem. Somente depois de decretado o regime falencial é que o privilégio, repita-se, irá aderir ao seu crédito.

O credor trabalhista, por exemplo, enquanto não instaurada a instância da falência, não tem como obstar a que outros credores realizem seu créditos antes e em prejuízo dele. Precisa da decretação da liquidação para gozar da prioridade estabelecida no concurso de créditos.

Em síntese, o privilégio é o coadjuvante qualificativo de um dado crédito entre os demais créditos.

48.2.2.2Fazenda Pública

Inexiste qualquer restrição legal que excepcione a Fazenda Pública. Está inserta na expressão*qualquer credor*. O fisco possui título executivo, e uma vez caracterizados os motivos legais que determinam a quebra, pode e deve a Fazenda Pública valer-se daquele direito.

O art. 187 do CTN confere um privilégio ao crédito fiscal, e não uma imposição. A Fazenda Pública pode optar entre a execução singular fiscal e a habilitação dos seus créditos na falência. Não fosse assim, e o legislador, estabelecendo a incolumidade concursal ao crédito fiscal, estaria reduzindo o espectro de possibilidades de sua cobrança, quando, na sua realidade, seu intuito foi de aumentar tais possibilidades, ampliando a tutela do erário.

Enfim, se a medida extrema da falência também é uma forma de proteção ao crédito público, e não mero meio judicial de cobrança, se

objetiva sanear o mercado pela eliminação do agente econômico insolvente e inviável, é claro que traz ínsita, em seu bojo, a proteção ao crédito fiscal, público por excelência.

48.2.2.3Sócio e liquidante

A expressão *sócio remanescente*, pressupõe a retirada ou morte de outro sócio. O sócio que fica pode requerer a falência da sociedade empresária. Aliás, sendo seu representante legal, estará, na realidade, confessando a insolvência social.

Só o sócio remanescente está legitimado a postular a insolvência judicial da sociedade?

Desde que presentes os motivos que induzem à falência, qualquer sócio pode-rá requerê-la contra a sociedade, na qualidade mesma de sócio, mesmo que não seja remanescente. Assim, o cotista e o acionista (art. 97, III).

Deverá o sócio peticionário, provando que o é, instruir o pedido com o contrato social ou juntar ao requerimento as ações de que seja detentor, em se tratando de acionista, ou ainda, os títulos que o legitimam como credor, nos demais casos.

O sócio de sociedade irregular também pode, em seu nome, requerer a falência da sociedade, exibindo o contrato não registrado, onde conste o nome de todos os sócios. Se existe, de fato, um agente econômico, embora não personalizado, está sujeito à falência, e o "sócio" poderá requerê-la.

O liquidante extrajudicial da sociedade empresária, constatando sua insolvência, deve requerer sua falência. O art. 1.103 do CC insere, entre os deveres do liquidante, o de "confessar a falência da sociedade e pedir a concordata". A sociedade já está em liquidação, embora sem a tutela jurisdicional imediata dos interesses dos credores e empregados da empresa. O que o liquidante faz é tornar público o estado de insolvência, submetendo a entidade à decretação judicial e aos seus efeitos legais. A sociedade "em liquidação" torna-se sociedade falida, perdendo o liquidante a condição e os poderes que ostenta, como representante da sociedade, para o administrador do juízo.

48.2.3Espólio

Os herdeiros, o cônjuge sobrevivente ou o inventariante poderão requerer a falência do espólio do empresário individual falecido insolvente.

Em se tratando de inventariante dativo, a faculdade será de todos os herdeiros.

Observe-se que não se trata de ordem sucessiva; a legitimação é concorrente. Qualquer dos nomeados pela lei poderá pleitear a falência do espólio, devendo ser observado, entretanto, que o inventariante é o representante do espólio insolvente.

Também, não há na LRE qualquer exceção pertinente à causa de pedir da ação falimentar. Os legitimados podem requerer a falência do espólio com base na cessação de pagamentos, na execução frustrada ou nos sintomas de insolvência manifestados pelo empresário devedor às vésperas de sua morte. Neste último caso, até com o intuito de obter a revogação de atos ou contratos danosos à massa, uma vez que são interessados na sua maximização.

O art. 96, § 1º, da LRE estabelece o prazo decadencial de um ano da morte do devedor empresário, para decretação de sua falência.

48.3Procedimento

A ação de falência observa um processo de cognição com fito constitutivo.

A LRE transformou o procedimento pré-liquidatório. Eliminou a dualidade procedimental. É que na LFC havia um procedimento previsto para a falência calcada na impontualidade e outro, para a falência arrimada nos atos presuntivos de insolvência. Agora, não. O procedimento é único, qualquer que seja a causa de pedir. Tanto faz que a falência seja baseada na impontualidade, na execução frustrada ou nos sintomas legais de insolvência.

É o que diz a lei; embora conforme seja a causa do pedido, a necessidade de instrução probatória não permite que os procedimentos sejam rigorosamente idênticos.

Pode ser postulada a falência do agente econômico, pelo credor, com xerocópia de seu título de crédito?

Embora exista divergência jurisprudencial a respeito, pensamos que o pedido de falência pode ser instruído com título xerocopiado, naquelas situações em que o original encontra-se encartado em outro processo, uma vez demonstrada essa circunstância, mediante certidão. Todavia, a regra deve ser a apresentação do original.

Também é digno de nota que a LRE não alude à possibilidade de que o autor, na ação constitutiva de falência, formule ao juiz pedido no sentido de que se adotem providências precautórias para evitar a inviabilização da

empresa e a salvaguarda do interesse público. Quem deve é o empresário. Seu destino e o da empresa não precisam coincidir. Falido será, eventualmente, o empresário; não a empresa.

A questão é relevante quando se cuida de pedido de falência alicerçado nos atos presuntivos definidos em lei, onde se apresenta a possibilidade de se decretar medida acautelatória dos bens, para que não sejam consumidos pelo réu.

Recebida a petição inicial, no despacho liminar, o juiz deve verificar se estão presentes as condições da ação, os pressupostos processuais, os requisitos formais da petição inicial e, sobretudo, os pressupostos específicos da falência, conforme a causa de pedir.

De tal arte que, no pedido alicerçado na impontualidade, cumpre-lhe examinar se a petição inicial se faz acompanhar de:

- título(s) executivo(s) com valor superior a 40 (quarenta) salários mínimos vigentes no país; e
- certidão de protesto pertinente a esse título.

Tratando-se de pedido com respaldo na execução frustrada, o petitório deve ser instruído com certidão expedida pelo cartório onde se processa a execução ajuizada pelo credor, agora autor da ação falimentar.

Gize-se que, no pedido de falência fundado em execução frustrada, é irrelevante o valor da obrigação não satisfeita.

Já, se se requer a falência com assento nos atos enumerados em lei, o autor precisa atribuir ao agente econômico devedor, na petição inicial, uma ou algumas condutas elencadas como autorizadoras da quebra, sob pena de inépcia da inicial por ausência de *causa petendi*. Também é objeto de verificação se o autor insere-se entre os legitimados para promover a ação de falência e se oferece prova de tal qualidade.

Estando o pedido regular, mediante despacho liminar o juiz manda citar o réu. Tratando-se de ré sociedade de responsabilidade ilimitada, deverão ser citados também seus sócios, posto que sujeitos à quebra. Nada impede que, nessa oportunidade, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o órgão judiciário decrete medida cautelar tendente, não apenas a preservar o interesse do credor, mas, sobretudo, o ativo do devedor, em risco decorrente de sua omissão administrativa ou operacional.

A LRE não estabelece os meios de citação que admite nem o termo inicial do prazo para apresentação de defesa. Daí por que aplicam-se supletivamente as regras do CPC.

No pedido de falência, feita a citação por editais e ocorrendo a revelia, é necessária a nomeação de curador especial ao devedor.

Começa a correr o prazo para o devedor contestar da data de juntada aos autos do mandado cumprido. Idem quanto aos sócios de responsabilidade ilimitada.

Se o devedor ou seu representante legal não for localizado, a citação será feita por edital. Nessa eventualidade, revel o devedor, o juiz lhe nomeará curador especial, nos termos do art. 72, inciso II, do CPC/2015.

De resto, prevalecem as regras do Código de Processo Civil atinentes à matéria.

Nos casos de pedido de falência assentado na impontualidade ou na execução frustrada, uma vez citado, o devedor poderá adotar uma entre as seguintes condutas:

- no prazo de 10 (dez) dias depositar o *quantum* reclamado, elidindo a quebra, e apresentar sua defesa opondo relevantes razões ao pedido;
- no prazo de 10 (dez) dias, apenas apresentar sua contestação;
- manter-se omisso;
- apenas efetivar o depósito elisivo, no prazo de defesa.

No primeiro caso, se julgada improcedente a resposta do devedor, o juiz de-clarará exigível o crédito e ordenará, em favor do requerente, o levantamento da importância depositada, extinto o processo. Se julgada procedente, o pedido de falência será indeferido, condenado o autor nas verbas de sucumbência, podendo ainda o juiz, se for o caso, condenar o credor requerente à indenização por perdas e danos, se caracterizar pedido doloso.

Na segunda alternativa, corre o risco de, sem o depósito elisivo, ter sua falência decretada, se improcedentes as razões adotadas como defesa. Considere-se que a defesa do devedor deve ser relevante e não mera resposta negativa à postulação.

A conduta omissiva lhe acarretará a falência. O puro e simples depósito elisivo eliminará a possibilidade de falência naquele caso.

A falta de depósito elisivo e de contestação implicará, provavelmente, o provimento falencial. Com ele acaba a ação constitutiva de falência e começa a execução concursal propriamente dita.

Frise-se que o depósito elisivo, pelo devedor, impede peremptoriamente a decretação da falência calcada na impontualidade ou na execução frustrada porque entremostra a solvabilidade de devedor. Esse depósito não pode ser substituído por pagamento feito pelo devedor, quando já falido. Visa elidir a falência. Intenta permitir que sua defesa seja apreciada sem o risco de que, em sendo eventualmente repelida, lhe seja decretado o estado falimentar.

O prazo legal para o depósito elisivo é o mesmo da contestação, ou seja, de 10 (dez) dias, diz a lei. Todavia, na prática, eventual atraso não invalida o ato excludente da falência. Sua extemporaneidade, desde que antes da sentença decretatória, ainda é melhor que a execução coletiva, para os credores e para o próprio devedor.

O depósito elisivo do pedido de falência deve abranger o principal do débito, juros e correção monetária, honorários advocatícios arbitrados pelo juiz e custas processuais.

Consoante a Súmula 29, do Superior Tribunal de Justiça, no pagamento em juízo para elidir falência, são devidos correção monetária, juros e honorários de advogado.

Feito o depósito elisivo, não se pode mais falar em falência e, assim, na hipótese de improcedência das alegações do devedor, fica ele responsável pelas custas e honorários de advogado do credor. Para a elisão da falência, o depósito do valor total do crédito acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios.

A LRE, diversamente da LFC, não estabelece que o juiz deva fixar prazo para que o devedor comprove suas relevantes razões opostas ao pedido de falência. Como determina a aplicação supletiva das normas do CPC, o processo de falência seguirá aquele rito instrutório.

Aliás, em se tratando de questão de suma gravidade para o agente econômico, todos os meios de prova defensiva lhe devem ser propiciados. Não se pode presumir qualquer finalidade protelatória, pelo fato de o devedor exercer seu direito constitucional à contradição. Se há protelação, no caso, que seja debitada à omissão do legislador.

Isto não significa, contudo, que o juiz esteja impedido de proferir julgamento antecipado, se inexistir necessidade de dilação probatória em audiência ou se a matéria de defesa for só de direito.

Outra situação pertine com a defesa com depósito elisivo. Superado o tema "insolvência" pelo depósito eliditório, nasce um juízo de cognição, objetivando a discussão da legitimidade do pedido. O desate da lide depende da procedência ou não das razões jurídicas deduzidas pelo devedor.

Não pode o magistrado determinar o imediato levantamento, pelo credor, da importância depositada, sem a produção de provas. O credor somente poderá levantar a quantia se ficar constatada a improcedência das alegações do devedor.

Uma vez feito o depósito elisivo, nenhum recurso assiste ao credor pelo fato de o juiz não decretar a falência requerida. Afinal, o depósito atendeu aos seus interesses e derrubou a presunção de insolvência calcada na

impontualidade ou na execução frustrada. Consequentemente, inexiste qualquer gravame justificador de recurso.

Na ação de falência é incabível o pedido de suspensão do processo para efeito de composição amigável entre credor e devedor, uma vez que tal providência tipifica moratória excludente da presunção de insolvência.

48.4Pedido com base nos atos enumerados em lei

Nas alíneas do art. 94, inciso III, a LRE traz um elenco de condutas indutoras de insolvência que autorizam a qualquer credor a postulação da falência do empresário devedor.

Diz a lei que esse caráter presuntivo de crise econômico-financeira insanável só não enseja pedido de falência do devedor se alguns daqueles atos foram praticados como condutas previstas em plano de recuperação devidamente homologado. A ressalva só vale para algumas hipóteses contidas naquele catálogo, assente que outras, com natureza evidentemente delituosa, certamente não poderiam estar previstas em nenhum esquema recuperatório idôneo. Vale para os casos de transferência real do estabelecimento e oferta de garantias. Para os demais casos, não.

Para intentar pedido de falência com assento na insolvência presumida pelos sintomas de insolvência enumerados em lei, o credor não precisa ter seu título vencido, nem protestado, uma vez que não se trata de comprovar a cessação de pagamentos do devedor. Basta discriminar no pedido os fatos ou atos reveladores da insolvência do devedor juntando as provas que tiver e indicando as que pretenda aduzir e demonstrando sua condição de credor.

Nesse caso, será inútil o depósito elisivo pelo devedor, pois não se trata de pedido fundado na circunstância de não pagar. Deverá o devedor, em defesa, no quinquídio, descaracterizar a presunção de insolvência gerada pela sua conduta. De preferência, demonstrar que ela não ocorreu ou, se ocorreu, que não produz os efeitos declinados na petição inicial. Afinal de contas, o réu, nessa modalidade de ação falencial, precisa deixar claro e suficientemente provada sua aptidão patrimonial e a licitude de suas atitudes negociais.

Não comparecendo o devedor, o procedimento seguirá com curador especial nomeado pelo juiz.

Se houver necessidade de instrução, o juiz deferirá a realização das provas pelas quais houve regular protesto. Senão, julgará antecipadamente a lide.

Ao juízo incumbe, sempre, julgar da conveniência ou pertinência das provas demandadas, indeferindo as inúteis ou impertinentes e deferindo apenas aquelas necessárias à elucidação do litígio.

É possível o sequestro de livros, correspondência e bens do devedor, por determinação do juiz, de ofício ou a requerimento do credor. Trata-se, é obvio, de medida cautelar que poderá ou não ser adotada pelo magistrado, árbitro de sua conveniência, sendo forçoso lembrar que, no caso, trata-se de arresto e não de sequestro. Determinada a medida de cautela, a impossibilidade de alienação de bens é o seu resultado natural.

Claro que tais cautelas preventivas terão sua eficácia cessada se a falência for denegada, uma vez que as coisas retornam ao seu estado anterior.

Se a causa do pedido for conduta que tipifique crime, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, decretar a prisão preventiva do devedor, na sentença decretatória, desde que entenda presentes os pressupostos processuais penais autorizadores da medida.

48.5Parecer do Ministério Público

Deve o juiz "dar vista dos autos" ao representante do Ministério Público antes de prolatar a sentença, decretando ou não a falência?

A lei nada menciona, mas tendo em vista as danosas consequências da decretação da falência, é precisamente antes dela que se faz necessária a presença do fiscal da lei. Sua atuação preventiva pode ser decisiva. Todavia, como a lei não o determina, se o magistrado decidir sem o parecer ministerial, não haverá nulidade.

Na falência postulada com esteio nos atos presuntivos de insolvência, se a conduta atribuída ao réu, na petição inicial, caracterizar em tese ilícito penal, o juiz deve promover a cientificação do representante do Ministério Público para as medidas cabíveis na esfera criminal. Principalmente, se for o caso de determinar a prisão preventiva do devedor.

48.6Desistência do pedido

Pode o autor desistir do pedido de falência antes da citação do devedor, posto que depois dela carecerá da anuência do réu (art. 329 do CPC/2015).

Trata-se, é evidente, de regra do processo civil comum, assentada na bilateralidade, inteiramente aplicável ao processo de falência.

Decretada a falência, também é defeso ao autor a desistência do pedido. Com a sentença que abre a execução coletiva, está constituída situação jurídica nova, onde o direito individual do credor requerente cede passo ao interesse coletivo. O autor da ação de falência não pode dispor do que não é seu.

48.7Resposta do réu na ação falimentar

Requerida sua falência, o réu pode, com ou sem depósito elisivo, contestar e, eventualmente, excepcionar. Na resposta à promoção de quebra, além das defesas de natureza processual do art. 337 do CPC, o réu tem, a sua disposição, as razões relevantes de escusa de pagamento. São diversos fundamentos relativos ao mérito, para responder com êxito ao pedido de falência embasado na cessação de pagamentos ou na execução frustrada. São as relevantes razões jurídicas que, se demonstradas, o eximem da liquidação judicial, porque afastam a presunção de insolvência.

As relevantes razões enumeradas no art. 96 e seus incisos da LRE são justificativas pertinentes à não implementação de pagamentos. Servem, pois, para embasar defesa do devedor em pedido de falência calcado na impontualidade e na execução frustrada. Não é incapaz de pagar quem não paga no vencimento, em virtude de um óbice que o próprio direito considera excludente do dever de adimplemento obrigacional.

Exceção a essa regra é a que trata do pedido de recuperação judicial ofertado no prazo de contestação do processo de falência, que pode, perfeitamente, obstar a decretação. A recuperação pressupõe a viabilidade da empresa inadimplente. Isso significa que, embora sem lastro suficiente para solver pontualmente seus encargos, a empresa detém condições de reestruturação e pode, pois, sobreviver. Nessa hipótese, a discussão se desloca para a viabilidade ou não da recuperação requerida, podendo redundar na decretação de falência se a proposta do devedor, por qualquer motivo previsto na LRE, não reunir condições para prosperar.

Objetivamente, relevante razão de direito é todo motivo juridicamente válido que tenha o devedor para recusar ou sobrestar o pagamento do título executivo.

A exigência legal, no tocante ao pedido de falência, cresceu ao estabelecer um valor mínimo de executividade, ou seja, importância superior a 40 (quarenta) salários mínimos vigentes no país. É o piso legal para a postulação de falência.

Ampliou-se, também, o prazo para a apresentação de defesa, fixado, agora, em 10 (dez) dias (não mais 24 horas). A lei não diz qual o termo

inicial desse prazo, mas como o aplica-se o CPC em caráter subsidiário, aludido prazo começa a correr, na citação por mandado, da data de juntada aos autos do mandado cumprido, por força do art. 231, inciso II, do CPC/2015. Tratando-se de citação por edital, o prazo de defesa começa a correr finda a dilação editalícia assinalada pelo juiz.

Considere-se, outrossim, que o elenco legal de justificativas não é taxativo. Não exaure a matéria. A fórmula genérica e ampla moldada pelo art. 96, inciso V, da LRE, aludindo a qualquer motivo eximente, está a demonstrar que o legislador não se contentou com a casuística, permitindo que o catálogo expresso seja acrescido de outras causas excludentes identicamente merecedoras de acatamento pelo juiz. Repete o teor da LFC, nesse particular.

Segue-se a análise de cada um dos motivos considerados pela lei como relevantes razões a elidir a postulação de falência.

Falsidade do título da obrigação

O título que embasa a postulação de falência, do credor ou de terceiro, deve ser autêntico. Deve representar débito que, de fato, existe, certo e líquido. Caso contrário, desserve como coadjuvante probatório da aptidão do credor para reivindicar a quebra do agente econômico devedor.

O pedido de falência, pois, será repelido se suscitada e provada a falsidade do título executivo que respalda a petição inicial.

Claro que, se o título representativo da obrigação é falso (material ou intelectualmente), e sendo provada pelo devedor a falsidade, prevalecerá a relevante razão jurídica para não pagar e o pedido de falência instruído com tal título não poderá prosperar. Credor por título falso é credor sem título.

Vale ressaltar que, com respeito aos títulos de crédito, vigentes os princípios da autonomia das obrigações e da independência das assinaturas, o signatário das cártulas responde por sua assinatura, inobstante a falsidade de outra assinatura aposta no título. No caso, a falsidade justificativa é a da assinatura do devedor.

Prescrição

L'extinction d'un droit par écoulement de temps, a prescrição é identificada, aqui, como a perda do direito creditório pelo transcurso do tempo, em razão de seu não exercício.

Não prescreve a obrigação contida no título. Prescreve o direito de executar o título. E se o título fica desprovido de sua executividade, não serve para embasar decreto pretoriano de falência.

Como a prescrição é matéria que pode ser suscitada há qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 193 do Código Civil), o fato de o devedor não argui-la no prazo de contestação não o impede de, depois, fazê-lo. Aliás, o juiz pode reconhecer de ofício a prescrição.

Para obstar a decretação da falência, a prescrição deve estar aperfeiçoada antes do pedido.

Se o pedido de falência foi distribuído antes de consumar-se a prescrição do título, quando não tinha ele perdido força executiva, o fato de a citação se ter retardado não pode ser atribuído à culpa do requerente, que não responde pelo eventual entrave do mecanismo judiciário.

De qualquer forma, o portador do título cuja execução está prescrita poderá valer-se da ação ordinária de cobrança para, obtendo sentença positiva naquela ação de conhecimento, formar título executivo apto a embasar ação falimentar.

Nulidade

Um dos parâmetros para interpretação da expressão relevante *razão de direito* é a nulidade da obrigação ou do instrumento a ela vinculado. O vício que aproveita ao devedor empresário pode ser do negócio que gerou a obrigação ou do título que a representa.

Para os fins da LRE, a expressão *nulidade da obrigação* é abrangente tanto da nula como da anulável, ou seja, da nulidade de pleno direito, produtora da ineficácia absoluta e da anulabilidade geradora da ineficácia relativa. Embora a lei silencie sobre a anulabilidade, não há razão para não incluí-la, até porque o último inciso das relevantes razões alude a qualquer motivo que extinga ou suspenda o cumprimento da obrigação.

A nulidade pode ser da obrigação ou do título respectivo. A nulidade da obrigação segue a regra geral do art. 166 e seguintes do Código Civil, regentes da nulidade dos negócios jurídicos. Quanto à nulidade do título, há de ser o documento plenamente nulo, seja porque inobservadas as formalidades essenciais para sua formação, seja porque desprovido dos requisitos necessários à sua validade.

Note-se que a matéria apresenta importância maior, ao se tratar de título de crédito, em que impera o princípio do rigor cambiário.

Pagamento da dívida

O pagamento da dívida, aqui, não se confunde com o depósito elisivo, uma vez que este pressupõe adimplemento no prazo fixado pela LRE. Contudo, também desfaz a presunção de insolvência. E, se é assim, quem

não deposita para elidir a falência, no prazo legal, ainda tem a chance de pagar a dívida antes da sentença.

A LRE considera eximente da falência o pagamento da dívida. Normalmente, quem paga tem o título. Por isso, se o devedor alega ter efetuado o pagamento do título que o credor traz a juízo para instruir o pedido de falência, deve provar o pagamento por outro documento. Já que se trata de escusa, esta compete ao devedor.

Pedido de recuperação judicial

A falência não será declarada se a pessoa contra quem foi requerida provar a apresentação do pedido de recuperação judicial. É a derradeira oportunidade que o devedor ainda tem para tentar salvar-se e a seu estabelecimento.

O pedido de recuperação judicial só será motivo juridicamente relevante para afastar a falência se o devedor o ajuizar no prazo de contestação com o respectivo rol de credores, diz a lei.

A LRE, malgrado seu propósito de proteção da atividade empresarial, abre, aqui, confortável porta de acesso para a protelação do reconhecimento judicial da insolvência. Acolher a defesa fundada no pedido de recuperação pode significar, simplesmente, prorrogar por meses a decretação da quebra do agente econômico.

Ao impetrar a recuperação judicial, o devedor denuncia sua própria insuficiência patrimonial, mas também demonstra a possibilidade e o propósito de solucionar seus débitos em determinado prazo e sob certas condições, evitando o perecimento da empresa. É que o pedido de recuperação demanda a explicitação de um plano de recuperação, evidenciando a viabilidade da empresa.

Se o pedido de recuperação judicial não demonstrar a presença dos pressupostos legais, advirá a falência. Rejeitando a recuperação, o juiz, de imediato, de-cretará o estado falimentar.

A LRE fala só no pedido de recuperação judicial, como razão relevante para o devedor evitar sua falência. Não menciona a recuperação extrajudicial. Todavia, pode ocorrer que o devedor e a maioria de seus credores tenham conveniado acordo extrajudicial, só dependente de homologação judicial. O crédito reclamado na ação de falência, de credor dissidente da deliberação extrajudicial, se não incluído na referida proposta de recuperação, a ela não se sujeita.

Qualquer motivo

É relevante razão jurídica qualquer outro fato que extinga ou suspenda a obrigação de pagar, ou não legitime a cobrança do título que é reclamado. Vale dizer, o agente econômico deve provar a ocorrência de fato extintivo, suspensivo ou que o desobrigue do pagamento.

A despeito de ser acompanhado de outros títulos protestados por falta de pagamento contra o mesmo devedor, o título que embasa o pedido do credor pode ser desconstituído, caso em que não se pode decretar a falência.

Se o pedido falitário vem calcado em diversos títulos, a inexigibilidade de qualquer um pode desmerecer a postulação, se o valor total dos demais títulos exigíveis não alcançar o piso de valor superior a 40 salários mínimos.

A fórmula ampliativa do art. 96, inciso V, compreende motivos de ordem substancial e de índole processual. Exemplificando:

- cessação da atividade negocial;
- não ser o devedor agente econômico;
- inexigibilidade do título;
- ausência ou irregularidade do protesto;
- compensação;
- novação;
- moratória;
- depósito oportuno;
- defesas processuais.

49

Sentença e Recursos



49.1Sentença decretatória

O terceiro pressuposto do estado de falência é a decretação judicial, ou seja, a sentença que produz o concurso universal de credores. Trata-se do provimento judicial que inaugura uma nova situação jurídica geradora de diversas consequências de extrema gravidade em relação à pessoa, bens e contratos do agente econômico devedor.

O processo falimentar envolve uma etapa cognitiva e uma etapa executiva concursal. A primeira começa com o pedido de falência e termina com a decretação desta. A mesma decisão que encerra a fase de cognição, acolhendo a pretensão do autor, dá início à falência propriamente dita, introduzindo a execução concursal universal.

A Lei nº 11.101/05, que é lei especial, exaure toda a disciplina do pedido e processo de falência, e nela não se prevê a designação de audiência de conciliação, quer dizer, não possui a fase de conciliação.

É por meio do decreto judicial que o estado fático de insolvência (em qualquer das suas formas) ingressa no mundo jurídico. Pelas mãos da sentença decretatória, o estado econômico de insolvência transforma-se no estado jurídico de falência. A prolação judicial constitui nova situação jurídica.

Não se trata mais de singela conexão credor/devedor, mas de concurso creditício sobre um patrimônio deficitário, de um novo liame jurídico a envolver credores, empregados e o poder público.

Na medida em que produz uma nova situação jurídica (o concurso de credores, a execução coletiva incidente sobre o patrimônio do devedor), a sentença que decreta a falência do devedor é um provimento jurisdicional de conhecimento na modalidade constitutiva, produtor do estado jurídico de falência.

Formalmente, são requisitos da sentença decretatória aqueles comuns a todas as sentenças, vale dizer, os do art. 489 do estatuto instrumental civil:

- o relatório contendo os nomes das partes, uma síntese do pedido e da contestação e o registro das principais ocorrências havidas no curso do processo;
- os fundamentos, ou seja, a análise das questões de fato e de direito;
- o dispositivo, onde são dirimidas as questões suscitadas pelas partes, vale dizer, a decisão propriamente dita.

Além daqueles efeitos genéricos, a sentença que decreta a falência deve conter os elementos específicos peculiares à falência, previstos no art. 99 e seus incisos, da LRE. Portanto, na sentença de falência, o juiz:

- descreverá em síntese o pedido;
- procederá à identificação do empresário falido, de seus sócios e dos que forem a esse tempo seus administradores;
- fixará o termo legal da falência, sem poder retrotraí-lo por mais de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do primeiro protesto por falta de pagamento, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados;
- ordenará ao falido que apresente, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos, se esta já não se encontrar nos autos, sob pena de desobediência;
- explicitará o prazo para as habilitações de crédito;
- ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido;
- proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do falido, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial e do Comitê, se houver, ressalvados os bens cuja venda faça parte das atividades normais do devedor se autorizada a continuação provisória;
- determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando requerida com fundamento em provas da prática de crime definidos na LRE;
- ordenará ao Registro Público de Empresas que proceda à anotação da falência no registro do devedor, para que conste a expressão "falido", a data da decretação da falência e a inabilitação empresarial;
- nomeará o administrador judicial;

•determinará a expedição de ofícios aos órgãos e repartições públicas e outras entidades para que informem a existência de bens e direitos do falido;
•pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos da empresa falida;
•determinará, quando entender conveniente, a convocação da assembleia-geral de credores para a constituição de Comitê de Credores, podendo ainda autorizar a manutenção do Comitê eventualmente em funcionamento na recuperação judicial quando da decretação da falência;
•ordenará a intimação do Ministério Público;
•determinará a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento, para que tomem conhecimento da falência; e
•ordenará a publicação de edital contendo a íntegra da decisão que decreta a falência e a relação de credores.

49.1.1 Termo legal

O termo legal abrange um lapso temporal imediatamente anterior à decretação judicial, período em que os atos praticados pelo devedor são passíveis de ineficácia e revogabilidade, porque o estado patrimonial negativo já se manifestava.

O juiz não poderá retrair o termo legal além de 90 (noventa) dias contados:

•do primeiro protesto por falta de pagamento; ou
•do despacho do pedido inicial de falência; ou
•do requerimento do pedido de recuperação, se caso de convolação; ou
•do requerimento de autofalência.

Se a falência for decretada com base nos atos reveladores de insolvência e não tiver o devedor nenhum título protestado por falta de pagamento, o marco inicial para fixação do termo legal deve ser o da data do despacho na petição inicial de falência.

É bom distinguir o primeiro protesto por falta de pagamento e o protesto do título que instrui a inicial, valendo o primeiro como *termo a quo*. São excluídos os protestos cancelados antes da distribuição do pedido de quebra ou de recuperação judicial.

Dentro desse lapso temporal (até 90 dias), tem o diretor do processo liquidatório liberdade para fixar o momento em que se caracterizou a insolvência. Não pode retrotrair o termo legal por mais de 90 (noventa) dias contados daqueles fatos já mencionados, ou seja, pode fazê-lo até 90 (noventa) dias.

É bom advertir que não é a sentença decretatória que retrocede à data da fixação do termo legal. É o próprio termo legal que retroage, *ex-vi legis.*

A instituição do termo legal visa propiciar a revogação dos atos nocivos aos interesses dos credores, fraudulentos por presunção legal, tenha ou não havido a má-fé.

Aliás, todo o escopo da disciplinação do processo de execução coletiva objetiva maximizar a equiparação dos credores, para que eventuais manobras do devedor não venham beneficiar uns em detrimento de outros.

Se, na vigência da LFC, facultava-se ao juiz a retificação do termo legal de falência, a LRE não contempla expressamente essa possibilidade, mas, observado o prazo máximo de 90 (noventa) dias, nada impede a alteração que objetive definir melhor o início da crise econômico-financeira do devedor.

49.1.2Nomeação do administrador judicial

Na sentença decretatória, o juiz deve nomear o administrador judicial. O administrador judicial da massa falida não é um representante dos credores, mas, isto sim, um auxiliar do juízo. Não patrocina os direitos dos credores nem os do devedor; garante a integridade do ativo liquidando e sua distribuição equitativa aos credores.

A LRE não exige que a escolha do administrador judicial da massa deva recair, de preferência, sobre o credor entre os maiores do devedor, com domicílio ou residência no foro da liquidação, de idoneidade moral e financeira reconhecida.

49.1.3Convocação de assembleia e constituição de Comitê

Como ocorre na recuperação, também aqui o juiz pode convocar assembleia-geral de credores para deliberar sobre incidentes do processo falimentar, sobretudo a respeito da forma de realização do ativo.

O aviso da convocação de assembleia, pelo juiz, deverá ser publicado no órgão oficial com prévia antecedência (15 dias), ou, em segunda convocação, mediante anúncio com antecedência mínima de 5 (cinco) dias.

Mesmo que na sentença o juiz não convoque assembleia de credores, esta poderá se instalar mediante provocação de credores que representem no mínimo 25% do valor total dos créditos de uma determinada classe.

A assembleia é presidida pelo administrador judicial, permitindo-se a representação de qualquer credor por mandatário ou representante legal. Conforme a LRE, o voto do credor é proporcional ao valor de seu crédito, o que não significa devam ser prejudicados, por tratamento desfavorável, os credores minoritários.

Na falência, incumbe à assembleia-geral de credores o exame de qualquer matéria que possa afetar o interesse dos credores. Por isso, é sua atribuição a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua eventual substituição. Não menos relevante é a possibilidade que lhe confere a LRE de adotar modalidades alternativas de realização do ativo.

No mesmo despacho que designa o administrador judicial, o juiz pode convocar a assembleia-geral de credores para constituir o Comitê.

Dois são os critérios alternativos que devem presidir a opção judicial pela constituição do Comitê:

- o grau de complexidade da execução concursal; ou
- o porte econômico financeiro da empresa falida.

O Comitê tem, na falência, função eminentemente fiscalizatória, seja da administração judicial, seja da alienação de bens, seja de atos de endividamento necessário da massa. Compete-lhe:

- fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial;
- zelar pelo bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei;
- representar ao juiz sobre violação de direitos ou ocorrência de prejuízo aos interesses dos credores;
- apurar e emitir parecer sobre quaisquer reclamações; e
- requerer ao juiz, quando necessário, a convocação da assembleia-geral de credores.

Na medida em que as atribuições do comitê são muito mais próprias da recuperação do que da falência, sua constituição só se justifica, s. m. j., nos casos em que o administrador judicial não tenha condições de, solitariamente, desempenhar suas funções legais. Até porque, se o juiz convocar a assembleia-geral de credores, esta poderá indicar representantes para fiscalizar e acompanhar os atos de administração da massa.

49.1.4Publicidade da decretação

A preocupação com a publicidade da decretação deve ser compreendida à luz do caráter universal do juízo da falência.

A LRE prevê a possibilidade de lacração do estabelecimento do devedor. A medida de lacrar o estabelecimento nada mais é que o resquício dos tempos em que a liquidação tinha caráter infamante; serve como cientificação ao próprio devedor e a qualquer do povo de que, daquele momento em diante, os bens do devedor estão sob a administração jurisdicional. A lacração é recomendada para obviar riscos à execução da arrecadação ou nos casos da transferência ou arrendamento da empresa para sociedade de empregados. Visa à preservação dos bens da massa.

São previstas diversas comunicações que deverão ser providenciadas pelo escrivão sempre com o intuito de tornar notória a quebra do devedor empresário e evitar que terceiros incautos possam sofrer prejuízos pela incidência da liquidação. O dispositivo fala em expedição de ofícios aos órgãos e repartições públicas e, bem assim, demais entidades, mas não esclarece quais sejam. Receberão a comunicação, necessariamente, a Junta Comercial ou o Registro Civil de Pessoas Jurídicas e a Comissão de Valores Mobiliários.

O escrivão cuida da publicação da sentença decretatória e da relação de credores. Como a relação de credores pode não vir com a sentença, o que aliás é a maioria dos casos, entende-se que podem haver duas publicações distintas, sempre contendo a epígrafe “falência de...”.

49.2Denegação do pedido de falência

Se no processo cognitivo não restar provada, extreme de dúvidas, a impontualidade pelo devedor ou a prática dos atos sintomáticos de insolvência, o juiz não poderá decretar a falência, devendo denegar o pedido formulado pelo credor.

A sentença denegatória resultará assim da improcedência do pedido de falência, produzindo os seguintes efeitos:

- a condenação do requerente que laborou com dolo à indenização de perdas e danos;
- a revogação das medidas cautelares eventualmente adotadas.

A decisão denegatória não impede novo pedido de falência, pelo mesmo credor, desde que com diversa causa de pedir. De outro lado, referida decisão não impede pedido de falência oriundo de outros credores.

Outro efeito da sentença denegatória pertine com a condenação em honorários advocatícios. Denegada a falência, pela procedência da defesa do requerido, é cabível a condenação do requerente ao pagamento de honorários advocatícios, uma vez que vige na espécie o princípio geral da sucumbência regulado no CPC/2015 (arts. 84 e 85), diploma aplicável subsidiariamente à LRE.

Elidido o pedido de falência, pelo tempestivo depósito da importância reclamada, cujo levantamento é deferido ao requerente, também é cabível a condenação do requerido ao pagamento de honorários advocatícios. O devedor, à evidência sucumbiu, devendo responder pela honorária. Afinal, o devedor levou o credor a postular, juridicamente, seu crédito. Adotar-se outro entendimento seria obrigar o credor a sofrer injusto empobrecimento, visto que deve pagar o seu advogado.

No caso de denegação do pedido de falência, uma vez apurada culpa ou dolo do autor da falência, transitada em julgado a sentença, é lícito ao devedor acionado indevidamente haver perdas e danos.

Patenteado o dolo, a indenização será fixada na própria decisão denegatória, mas, em se tratando de culpa, a indenização haverá de ser postulada em ação própria. Importante notar é que a indenização não decorre necessariamente da simples denegação, mas da culpa do autor.

O valor da indenização será obtido mediante a aplicação da correção monetária sobre o valor do pedido de falência. A liquidação observará o disposto no art. 509 do CPC/2015, levando-se em conta que, se a litigância de má-fé se verificar em segundo grau, na reforma da sentença decretatória, a indenização incluirá as despesas com a administração da massa.

O agente econômico réu, na ação de falência denegada, não depende de declaração judicial da ocorrência de culpa do requerente para ajuizar a ação ressarcitória, onde poderá alegá-la e demonstrá-la.

Resumindo, no caso de dolo do autor, a própria sentença que denega a quebra pode condená-lo a indenizar o devedor, apurando-se perdas e danos em liquidação de sentença. Já, tratando-se de culpa ou abuso, comprovado do autor, a indenização deve ser perseguida pelo prejudicado mediante a dedução de ação própria. Se a falência foi requerida por mais de uma pessoa apresenta-se a solidariedade dos autores. Significa dizer que os litisconsortes ativos respondem solidariamente pelo requerimento doloso de falência, por força da própria sentença que indeferir pedido e reconhecer que foi formulado, estando cientes os autores da solvência do devedor. É o que resulta do art. 101 e seus parágrafos.

49.3Recursos

É evidente que a sentença decretatória de falência causa gravame e, assim, pode ser objeto de recurso.

Contra sentença que decreta falência poderá ser interposto o agravo de instrumento.

Nos processos falimentares iniciados anteriormente à vigência da LRE, ainda aplicam-se as normas do Decreto-lei nº 7.661/45 (LFC). Isso quer dizer que nesses feitos permanece a multiplicidade de recursos (agravo, embargos e apelação) para os casos de falência decretada com base na impontualidade.

A sentença que decreta a falência, longe de terminar o processo, inaugura a falência propriamente dita. É decisão interlocutória especial porque, simplesmente, se interlocuta entre a cognição e a execução.

O recurso de agravo poderá também ser interposto pelo próprio credor insatisfeito com cominações acessórias (*v. g.*, fixação do termo legal).

Nada menciona a LRE quanto ao *termo a quo* do prazo recursal. Todavia, o prazo de interposição de agravo deve ser contado do dia em que publicada a sentença no órgão oficial. Se várias as publicações, o prazo conta-se da primeira.

Nos termos do CPC/2015 aplicável subsidiariamente, o agravo será interposto diretamente no 2º grau de jurisdição (art. 1.016). Reconsiderada a decisão, assistirá ao credor o recurso de apelação, uma vez que a reforma da sentença decretatória implicará a denegação do pedido.

É certo que, na pendência do agravo de instrumento (que, em regra, não tem efeito suspensivo), o administrador judicial poderá proceder à liquidação do ativo.

O recurso de agravo é interposto mediante protocolo da petição, razões e documentos no tribunal competente. A petição também pode ser protocolada na própria comarca ou postada no correio com aviso de recebimento. Onde houver, a parte poderá recorrer por meio do chamado protocolo integrado. A interposição mediante transmissão por fax ou outro meio similar, desde que indicado na lei.

O art. 1.016 do CPC/2015 aponta os requisitos da petição de agravo de instrumento, que são os nomes das partes, a exposição do fato e do direito; as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão e o próprio pedido; e o nome e endereço completo dos advogados do recorrente.

Também é pressuposto de admissibilidade do agravo de instrumento a juntada pelo agravante, não sendo eletrônicos os atos, no prazo de 3 (três) dias da interposição do recurso, nos autos do processo de falência, de cópia

da petição do agravo e do comprovante de sua interposição (protocolo ou recibo do correio) e da relação dos documentos que instruíram o recurso.

No tribunal, o relator poderá indeferir liminarmente o agravo se o recurso for inadmissível, improcedente ou confrontar súmula ou jurisprudência dominante de tribunais superiores. Conforme o CPC, poderá requisitar informações ao juiz da causa, atribuir efeito suspensivo ao recurso ou ainda, deferir em antecipação de tutela, total ou parcialmente a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão. Obrigatoriamente, mandará intimar o agravado para responder e o Ministério Público.

Contra decisão do relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observado o procedimento do art. 1.021, do CPC/2015.

Juntada aos autos do processo falitário a cópia da petição do agravo e o comprovante de seu ajuizamento, o juiz poderá retratar-se, quer dizer, modificar total ou parcialmente a sentença de falência. Nesse caso, comunicada a retratação ao tribunal, o recurso ficará prejudicado na parte em que foi modificada a sentença de quebra.

A execução do acórdão proferido no recurso de agravo de instrumento pode ser feita por meio de certidão do julgado ou comunicação do resultado pelo tribunal.

Da sentença denegatória de falência, o recurso cabível é o de apelação. Aqui, ao contrário da sentença decretatória, a decisão que indefere a postulação de quebra define o processo. Este só poderá prosseguir se, em segundo grau, ocorrer a reforma da decisão recorrida.

Se provido o inconformismo o Tribunal reformará a sentença negativa e de-cretará a falência, incumbindo ao juízo natural de 1º grau as providências para regularização da nova situação jurídica.

49.4Revogação da falência

A sentença que decreta a falência pode ser reformada se o agravo do falido for provido, pela instância superior. Também poderá ser rescindida.

Com a reforma ou rescisão, conforme o caso, da sentença que decretou a falência, a decorrente restauração da situação anterior não poderá prejudicar terceiros de boa-fé nem os direitos de credores que eventualmente foram pagos. Se receberam legitimamente, não necessitam restituir os valores hauridos.

Enfim, a publicidade da decisão que revoga a falência correrá às expensas daquele que a requereu.

50

Efeitos da Decretação de Falência



50.1Efeitos da sentença

Na medida em que a falência constitui um novo estado jurídico, produz efeitos diversificados sobre o devedor e seus credores. A projeção da sentença decretatória sobre a pessoa, os bens e os contratos celebrados pelo devedor, envolve uma série de percalços e soluções, que será detalhada no desenvolvimento deste capítulo. Tanto no âmbito processual como na órbita material, os maiores problemas práticos da quebra concentram-se no campo ocupado pelos seus efeitos.

Resumidamente, os efeitos da sentença positiva de falência são:

- formação da massa falida subjetiva;
- suspensão das ações individuais;
- suspensão condicional da fluência de juros;
- exigibilidade antecipada dos créditos contra o devedor, sócios ilimitadamente responsáveis e administradores solidários;
- suspensão da prescrição;
- arrecadação dos bens do devedor.

50.1.1Formação da massa falida subjetiva

A expressão *massa falida* comporta duas acepções: subjetiva, quando designativa dos credores; objetiva, quando pertinente ao patrimônio colocado sob regime falimentar.

Com a decretação da quebra nasce a massa de credores (*corpus creditorum*). Seu objetivo é concorrer ao ativo do devedor, pelo montante de seus haveres. Realizado o ativo, irão partilhar o seu produto, equitativamente, conforme a classificação de seus créditos.

Em outras palavras, a massa falida subjetiva concorre sobre os bens que estão a cargo da massa falida objetiva. A massa falida não tem bens, uma

vez que estes pertencem ao devedor, de cuja posse e administração é privado em decorrência da sentença falencial.

Como eventual precipitação de credores vorazes sobre os bens arrecadados colocaria a perder a finalidade precípua do processo falimentar, a concorrência dos credores deve observar alguns princípios operativos e outros ideológicos:

- preservação e otimização da utilidade produtiva do ativo da empresa;
- economia processual;
- celeridade processual;
- universalidade do concurso; e
- proporcionalidade de tratamento dos credores.

Sobre o caráter universal do concurso de credores, ainda é bom acrescentar que a decretação da falência sujeita a todos os credores e que o exercício de seus direitos deverá circunscrever-se à forma estabelecida na LRE.

A LRE cria dois órgãos representativos de interesses e direitos dos credores: a assembleia-geral de credores e o Comitê de Credores. Na verdade, esses dois colegiados se confundem no contexto do diploma legal. Por exemplo, compete ao Comitê de Credores requerer ao juiz a convocação da assembleia-geral de credores. Contudo, compete à assembleia-geral de credores a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição. Assim, a assembleia-geral de credores constitui o Comitê de Credores, e este requer ao juiz a convocação da assembleia sempre que necessário.

Também, é atribuição do Comitê de Credores representar ao juiz caso constate violação dos direitos ou prejuízo aos interesses dos credores. Já é atribuição da assembleia-geral de credores qualquer matéria que possa afetar os interesses dos credores.

Ao Comitê de Credores incumbe fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial, mas é a assembleia-geral de credores que delibera sobre a substituição do administrador judicial.

A LRE chega a dizer que o Comitê de Credores tem atribuição de zelar pelo bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei. Só não diz que os membros do Comitê seguramente cumprirão esse encargo, desde que no interesse de seus créditos.

Anote-se também que tendo em vista a aplicação subsidiária do CPC e uma vez que a LRE não tem um capítulo relacionando os direitos dos credores, estes ostentam todos os direitos processuais inerentes às partes.

Não é todo e qualquer crédito que poderá concorrer na fase executória da falência.

Não podem ser reclamadas:

- as obrigações a título gratuito;
- as despesas que credores individualmente fizerem para tomar parte na falência, salvo custas judiciais, em litígio com a massa.

Realmente, o patrimônio do devedor, garantia comum dos credores, não poderia vincular-se a obrigações não onerosas (a doação, por exemplo), assente que a falência não comporta a reclamação de créditos não econômicos. Nem teria sentido que atos liberatórios fossem equiparados a obrigações assumidas a título oneroso.

Convém anotar que a prática de atos a título gratuito, no biênio imediatamente anterior à sentença decretatória, é considerada ineficaz em relação à massa.

A proibição não tem atinência com o crédito oriundo de doação remuneratória, já que este significa singelo pagamento de dívida com origem legítima. Consoante o art. 540 do CC, o que exceder o valor dos serviços remunerados é considerado liberalidade, cingindo-se a esse valor a vedação legal.

No caso do empresário individual, as prestações alimentícias. Sobre as prestações alimentícias, basta recordar que decorrem de obrigações personalíssimas, atadas ao *status familiae*, sem qualquer ponto de contato com o patrimônio do devedor, como garantia dos credores. A expressão *prestações alimentícias* abrange os alimentos derivados do parentesco, assim também os devidos ao cônjuge, em virtude da separação judicial.

Note-se que liquidado o devedor, claro que estará desobrigado de prestar alimentos. Não terá como fazê-lo. Sobrevindo mudança na sua situação econômica, poderá postular sua redução ou, até mesmo, exoneração. E, nessa hipótese, não há como negar que os efeitos da falência acabam por ultrapassar a pessoa do falido, se empresário individual, alcançando por extensão o cônjuge separado e filhos dependentes de alimentos.

Não podem, outrossim, ser reclamadas da massa as despesas atinentes à habilitação dos credores, salvo as custas judiciais em litígios travados com a massa. Custas judiciais e honorários advocatícios não são créditos concursais. É intuitivo que a massa responderá por eles nos próprios processos em que sucumbir.

Todavia, o credor que pede a falência do devedor comerciante tem o direito a receber as despesas do ajuizamento da respectiva ação.

No regime instaurado pela LRE, as penas administrativas, inclusive as multas tributárias, constituem créditos quirografários.

Por outro lado, as despesas do processo de restituição, não contestada a reclamação, serão pagas pelo reclamante; se contestada, pelo vencido.

Não são devidos pela massa honorários de advogado do credor que o habilitou, mas é óbvio que a massa deve honorários decorrentes de disputas judiciais em que restou vencida.

50.1.2Suspensão das ações individuais

Se a falência envolve a coletividade dos bens do devedor; se, conforme a lei, todos os credores (salvo as exceções legalmente preestabelecidas) devem concorrer no juízo infracionável e universal; se a falência visa assegurar a *par conditio creditorum* – é natural que sejam suspensas as ações singulares contra o devedor.

Ao final do processo, remanescendo saldo, o credor poderá executá-lo, constituindo título hábil para tanto certidão onde conste a quantia por que foi admitido, por que causa, quanto pagou a massa em rateio e quanto tem a receber do agente econômico liquidado.

Claro que em caso de superveniente sentença revocatória da falência as ações e execuções suspensas poderão ser retomadas.

Cumpre recordar que nem todas as ações iniciadas antes da falência se suspendem, tendo prosseguimento com o administrador judicial, que representa a massa, aquelas ações e execuções por créditos não sujeitos a rateio (reclamações trabalhistas, execuções fiscais, *v. g.*), as ações que dizem respeito a obrigações personalíssimas e as que demandarem quantia ilíquida.

Nesses casos, a lei exige que o autor noticie sua situação ao juízo universal sob pena de nulidade dos atos processuais seguintes à decretação da falência. Todavia, também lhe assegura o direito de pedir reserva das importâncias que lhe forem devidas na falência. Só quando tornado líquido seu direito poderá ser inserido no quadro de créditos, na classe própria.

As execuções fiscais não ficam suspensas pela decretação da falência. Se ajuizadas antes da quebra, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação falencial, faz-se a penhora no rosto dos autos deste, com citação do administrador judicial da massa.

Na execução, tratando-se de bens já arrematados, não há o que suspender. Esses bens já não integram o patrimônio do agente econômico devedor. Para a massa somente virá eventual sobra verificada após a satisfação do exequente.

Sobre as ações de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente em garantia, a decretação da falência não impede seu prosseguimento com a ação de depósito, desnecessário o pedido de restituição em face da massa.

Naqueles processos, tanto o devedor como qualquer credor podem integrar a lide na condição de assistentes.

Quanto às execuções hipotecárias aforadas contra o liquidado, antes da sentença, se garantidas por bens de terceiros, prosseguem com o administrador judicial, no juízo onde ajuizadas, na medida em que os bens de terceiros dados em garantia do débito do liquidado não pertencem à massa e, por isso, não se sujeitam a rateio.

Por outro lado, se o bem dado em garantia pertence ao devedor, incide a força atrativa do juízo falencial.

Se, na execução hipotecária, os bens ainda não estão em situação de praça com data para arrematação, sobrevindo a falência, o juiz daquela deve enviar os autos ao juízo desta.

Em face da Lei nº 3.726/60 e do CTN (art. 186), os créditos hipotecários e pignoratícios passaram a ser sujeitos a rateio no juízo universal e indivisível da falência. E pela LRE, situam-se em condição superior aos créditos tributários.

Realmente, os créditos derivados de relações de trabalho e os provenientes de acidentes de trabalho têm preferência sobre os créditos garantidos com direitos reais. Não teria sentido prosseguir-se na execução para privilegiar o credor com garantia real, em detrimento de créditos mais meritórios.

No tocante às ações de natureza trabalhista, serão processadas perante o juízo especializado até a apuração do respectivo crédito, representada a massa falida pelo administrador judicial. O devedor, se quiser, poderá assistir.

Para encerrar esse segmento, vale lembrar que a decretação da falência suspende o exercício do direito de retenção sobre os bens sujeitos à arrecadação, pelo administrador judicial. O titular desse direito deve habilitar-se para recepção de seu crédito, conforme a classificação que lhe cabe.

50.1.3Suspensão condicional da fluência de juros

Da sentença decretatória decorre, ainda, a suspensão da fluência de juros, visto que há uma presunção legal, de caráter relativo, de que o ativo é insuficiente para o pagamento deles. Isto significa que os juros que não correm contra a massa são os posteriores à decretação da quebra.

Os já vencidos à época da sentença integram o crédito e podem ser reclamados. Tal é o exemplo do crédito com garantia real que tem direito aos juros e à correção monetária pactuados até a data da sentença de falência.

Todavia, a LRE deixa claro que a suspensão de juros ocorre "se o ativo apurado não bastar para o pagamento dos créditos subordinados". Logo, se o produto haurido na venda dos bens da massa comportar, após o pagamento do débito quirografário, serão pagos os juros pactuados e os juros legais.

Assim, a suspensão da fluência de juros depende de uma condição, isto é, da impotência do produto obtido na realização do ativo.

São excluídos da regra os juros atinentes às debêntures e aos créditos com garantia real. Estes, na conformidade da lei, serão satisfeitos pelo produto dos bens dados em garantia.

50.1.4Exigibilidade antecipada dos créditos

Nos casos de insolvência do devedor, os débitos têm sua exigibilidade antecipada. É assim no Direito Comercial e no Direito Civil. No primeiro, a dívida considera-se vencida se o devedor incidir em falência; no segundo, ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo pactuado se, executado o devedor, se abrir concurso creditório.

Nos termos do art. 333, inciso I do CC, o credor tem o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo contratual ou legal no caso de falência do devedor. E, pelo art. 1.425, inciso II, do CC, a dívida considera-se vencida se o devedor cair em insolvência ou falir.

Por isso, imediatamente após a instauração da nova situação jurídica, todos os credores (mesmo por créditos ainda não exigíveis), podem exercer a defesa dos seus direitos. É imposição decorrente da *par conditio creditorum.*

Entretanto, o fato de a dívida se tornar exigível não enseja ao credor o direito de pleiteá-lo singularmente. Precisa observar as regras do processo falimentar, efetivando-se no instante aprazado, conforme a classificação dos créditos habilitados. O que os credores têm, em verdade, é o direito ao rateio que lhes tocar na liquidação do ativo do patrimônio do devedor.

A LRE insere os credores num quadro paritário, pois afasta as vantagens que poderiam ter, com a antecipação do vencimento, os portadores de títulos ainda não exigíveis por ocasião da abertura da falência.

A sentença que decreta a falência determina o vencimento antecipado das obrigações do devedor e dos sócios ilimitada e solidariamente responsáveis, com o abatimento proporcional dos juros. Estabelece a conversão de todos os créditos em moeda estrangeira para moeda nacional, pelo câmbio do dia da decisão judicial.

Estão alheias à regra do vencimento antecipado as obrigações subordinadas à condição suspensiva, deferido o seu pagamento até que a condição se verifique, quando então passam a vigorar os efeitos da obrigação.

As cláusulas penais ou multas dos contratos unilaterais não serão atendidas se as obrigações que eles encerram se vencerem em razão da sentença decretatória de falência. É natural que assim seja tendo em vista o caráter de estipulação acessória das cláusulas penais, tendentes a reforçar o cumprimento da obrigação.

Por outro lado, tratando-se de obrigações não solvidas, nada obsta que se postule seu efeito ressarcitório, posto que infringida a obrigação.

A LRE determina, ainda, o abatimento dos juros legais ou da taxa pactuada, da importância do crédito concorrente, antecipadamente exigível em razão da inauguração do estado falimentar. Para o cálculo do aludido abatimento há que se ter em conta a previsão ou não de juros no negócio contratado e o lapso temporal restante para o vencimento normal do crédito. Nem poderia ser de outra forma porque, no caso, não há motivo para se reclamarem juros.

O vencimento antecipado da dívida de um dos devedores solidários só se verifica em relação à sua dívida, não se reputando vencido em relação aos demais coobrigados.

É a regra do art. 333, parágrafo único do CC, onde se lê que ao credor assis-tirá o direito de cobrar a dívida antes do vencimento no caso de falência do devedor, mas se houver no débito solidariedade passiva não se reputará vencida a dívida quanto aos outros devedores solventes.

Liquidado um dos coobrigados a massa deverá pagar a totalidade do crédito. O credor, em caso de falência simultânea ou sucessiva de devedores solidá-rios, concorrerá pelo valor total do crédito nas massas respectivas, até ser completamente pago, observando-se o controle pelos administradores judiciais quanto aos rateios distribuídos.

Claro que o credor que, logrando receber o valor do seu crédito de coobrigado solvente, não comunica o recebimento ao juízo falimentar, sujeita-se a restituir em dobro o que recebeu, além de responder por perdas e danos.

Integralmente pago o credor, a massa que o pagou terá o direito ao regresso contra as demais observando-se a proporcionalidade dos valores pagos por cada uma. É exceção à regra geral, segundo a qual as massas dos coobrigados em liquidação judicial não têm ação regressiva umas contra as outras.

Os codevedores solventes e os fiadores do devedor e do sócio solidário da sociedade falida habilitar-se-ão na massa pelos valores que pagaram.

50.1.5Suspensão da prescrição

Durante o processo de falência fica suspenso o curso da prescrição relativa a obrigações de responsabilidade do devedor.

Com o encerramento do processo falencial, os credores recuperam o direito de executar o devedor ou, no caso das sociedades, os sócios de responsabilidade solidária, pelos saldos dos seus créditos.

Registre-se que, com o trânsito em julgado da sentença de encerramento, vol-tará a fluir o prazo prescricional das obrigações do devedor, antes suspenso pela decretação da falência.

Trata-se na espécie de suspensão e não de interrupção. Com efeito, a prescrição relativa às obrigações do devedor recomeça a correr a partir da data em que transitar em julgado a sentença de encerramento da falência. Se recomeça é porque foi suspenso e não interrompido. O tempo anteriormente transcorrido entra na contagem da prescrição. É o caso pois de paralisação do curso prescricional, que recomeça a fluir quando cessado o impedimento legal.

A suspensão diz respeito, apenas, ao falido e não às obrigações de terceiro para com o falido ou a massa. Não se suspende a prescrição das obrigações em que o falido é credor.

Aqui é necessário deixar claro que a decadência não sofre os efeitos da falência.

50.1.6Arrecadação dos bens do devedor

Outro efeito da sentença de falência é a arrecadação do ativo do devedor. O devedor perde a disponibilidade e a gestão dos seus bens, inclusive de direitos e ações. Não se trata de expropriação, mas de perda da administração e da disponibilidade. O falido não perde a propriedade dos bens, exclusivamente porque se todos os credores forem pagos, terá direito à sobra, se houver. Só por isso. De fato, seu direito de propriedade esvazia-se.

Com o desapossamento, o devedor não pode assumir novas obrigações, nem por qualquer modo piorar a conjuntura patrimonial existente no momento da decretação da falência.

Com a arrecadação do patrimônio do devedor, nasce a massa falida objetiva. Constitui, então, um patrimônio afetado por sua destinação no regime legal de falência. A massa falida objetiva é o próprio ativo do devedor sob a gestão do administrador judicial.

Entenda-se por bens todo o ativo do devedor, ou seja, tudo o que consistir em valor econômico.

Não são arrecadados os bens absolutamente impenhoráveis (art. 833 e incisos do CPC/2015), por exemplo, os bens inalienáveis, as pensões ou montepios hauridos dos cofres públicos, o seguro de vida, utensílios indispensáveis ao trabalho profissional etc.

Também o imóvel residencial próprio do casal ou entidade familiar, conforme o que dispõem o art. 70 do CC e o art. 1º da Lei nº 8.009/90.

Em outras palavras, no caso do empresário individual, os bens são atingidos pelos efeitos da falência. Contudo, em seu patrimônio existem alguns bens estritamente pessoais e outros que, por sua natureza ou por disposição legal, fundada em motivo de equidade, são afastados da ação dos credores.

50.2Efeitos quanto ao devedor

Os efeitos mais importantes da sentença decretatória de falência quanto à pessoa do devedor, ou seja, quanto ao empresário individual falido e os sócios ilimitadamente responsáveis, são:

- inabilitação temporária para o exercício da atividade empresarial; e
- perda da administração e disponibilidade de seus bens.

A partir da sentença positiva de falência, o devedor fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial. A vedação persiste até a sentença extintiva de suas obrigações.

Também, com a decretação falimentar, o devedor sofre a indisponibilidade de seus bens e perde o direito de administrá-los.

O regime do devedor é restritivo de direitos e impositivo de deveres.

São deveres do agente econômico devedor:

- assinar nos autos, desde que intimado da decisão, termo de comparecimento, com a indicação do nome, nacionalidade, estado civil, endereço completo do domicílio, devendo ainda declarar, para constar do dito termo:

a)as causas determinantes da sua falência, quando requerida pelos credores;
b)tratando-se de sociedade, os nomes e os endereços de todos os sócios, acionistas controladores, diretores ou administradores, apresentando o contrato ou estatuto social e a prova do respectivo registro, bem como suas alterações;
c)o nome do contador encarregado da escrituração dos livros obrigatórios;
d)os mandatos que porventura tenha outorgado, indicando seu objeto, nome e endereço do mandatário;
e)seus bens imóveis e os móveis que não se encontram no estabelecimento;
f)se faz parte de outras sociedades, exibindo respectivo contrato;
g)suas contas bancárias, aplicações, títulos em cobrança e processos em andamento em que for autor ou réu;

•depositar em cartório, no ato de assinatura do termo de comparecimento, os seus livros obrigatórios, a fim de serem entregues ao administrador judicial, depois de encerrados por termos assinados pelo juiz;
•não se ausentar do lugar onde se processa a falência sem motivo justo e comunicação expressa ao juiz, e sem deixar procurador bastante, sob as penas cominadas na lei;
•comparecer a todos os atos da falência, podendo ser representado por procurador, quando não for indispensável sua presença;
•entregar, sem demora, todos os bens, livros, papéis e documentos ao administrador judicial, indicando-lhe, para serem arrecadados, os bens que porventura tenha em poder de terceiros;
•prestar as informações reclamadas pelo juiz, administrador judicial, credor ou Ministério Público sobre circunstâncias e fatos que interessem à falência;
•auxiliar o administrador judicial com zelo e presteza;
•examinar as habilitações de crédito apresentadas;
•assistir ao levantamento, à verificação do balanço e ao exame dos livros;
•manifestar-se sempre que for determinado pelo juiz;
•apresentar, no prazo fixado pelo juiz, a relação de seus credores;
•examinar e dar parecer sobre as contas do administrador judicial.

Se inobservar qualquer um desses deveres após intimado pelo juiz a fazê-lo, o devedor poderá incorrer na prática de desobediência e, consequentemente, sujeitar-se ao respectivo processo criminal, sem

prejuízo de conforme a natureza do dever descumprido arcar com a prisão corretiva.

De lembrar que a decretação da prisão administrativa do devedor ou do sócio da sociedade falida, por falta do cumprimento de dever inscrito entre os obrigatórios, não tipifica constrangimento ilegal. Não se trata de prisão por crime liquidatório, mas de medida basicamente disciplinar.

Não se pode esquecer que, desde o momento da decretação da quebra, o falido acaba se transformando numa espécie de auxiliar compulsório do juízo da falência. Não auxilia por que quer, mas por dever legal.

A prisão administrativa somente poderá ser aplicada ao devedor e não a seus procuradores, especialmente quando tenham renunciado ao mandato e participem da empresa como simples empregados.

Funcionando como medida compulsória, a fim de coagir o devedor ao cumprimento de suas obrigações, a prisão administrativa assegura o regular movimento do processo falencial.

Em princípio, o singelo sócio de responsabilidade limitada não se considera falido e não está, portanto, sujeito, em virtude da condição de sócio, à prisão administrativa. Sua eventual responsabilização pelas implicações legais da sociedade falida vincula-se ao desempenho da gerência, administração ou representação.

Diversa é a hipótese do sócio gerente de sociedade falida que intenta mudar sua residência para fora do domicílio falitário sem autorização judicial. O descumprimento de dever imposto ao sócio-gerente é que o sujeita à constrição.

Relativamente ao depósito em cartório dos livros obrigatórios, as microempresas não têm o ônus de escriturar o Diário, conforme o art. 26, § 2º, da LC nº 123/06, já que esta se refere apenas ao Livro Caixa e ao Registro de Inventário. Embora exista entendimento no sentido de que a LRE não foi alcançada pelos diplomas referidos, permanecendo, portanto, a exigência de escrituração regular do Diário, é bom lembrar que a LRE simplesmente alude à escrituração daqueles livros que a lei comercial considera obrigatórios. Ora, no caso das microempresas a lei comercial não reclama como compulsória a escrituração do Diário.

No que toca à incapacidade processual do devedor, a mesma se restringe à provocação de medidas atinentes às relações patrimoniais abrangidas na liquidação de seu ativo. Não há extrapolação para direitos civis e políticos.

A declaração de falência não torna o devedor incapaz. Incapacidade é outra coisa. Não o interdita, visto que interdição, também, é outra coisa. Tolhe-se-lhe, relativamente, a aptidão administrativa do patrimônio que

não soube gerir. Contudo, não deixa de ter interesse naqueles bens alcançados pela falência. A lei lhe garante senão plenos direitos, no mínimo, o necessário para que possa concretizar os interesses que conserva. Tem, entre outros, o direito de recorrer, nos processos em que a massa figure como parte, ou seja, interessada.

50.2.1Direitos do devedor

São direitos do devedor no concurso falitário (art. 103 da LRF):

- fiscalizar a administração da massa;
- requerer medidas acautelatórias dos bens arrecadados;
- intervir, como assistente, nas ações em que a massa for parte ou interessada;
- interpor os recursos admitidos em lei; e
- requerer o que entender útil à defesa dos seus direitos.

50.3Efeitos quanto aos contratos do devedor

Em princípio, o administrador judicial deve dar continuidade ao cumprimento de todo contrato favorável à massa, desobrigando-a, de outra parte, dos contratos onerosos, cujo custo ultrapasse os possíveis benefícios deles resultantes.

O legislador dividiu os efeitos da sentença de falência incidentes sobre os contratos em duas ordens, a saber, os pertinentes aos contratos bilaterais e aqueles que dizem com os contratos unilaterais.

É claro que a regra nos contratos bilaterais é a de que nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro (art. 476 do CC). Os contratos bilaterais erigem duas obrigações correlatas, sendo cada um dos contraentes, ao mesmo tempo, credor e devedor, diante da conexidade das obrigações e simultaneidade de execução.

Ao administrador judicial incumbe decidir: dar cumprimento ou denunciar os contratos bilaterais do devedor; tem faculdade de optar entre cumpri-los e não, conforme a conveniência da massa.

Se com o advento da falência o contrato ainda não foi executado por nenhuma das partes, a opção do administrador judicial pela sua resolução libera as partes das obrigações reciprocamente assumidas.

Se a quebra advier após a conclusão do contrato, o outro contratante poderá recusar-se à prestação que lhe incumbe até que o administrador

judicial satisfaça a prestação a que compete à massa ou ofereça garantia suficiente de sua satisfação. É o que resulta da aplicação do art. 477 do CC.

A omissão do administrador judicial dá ao outro contratante o direito de interpelação, no prazo de 90 (noventa) dias de sua nomeação, para que, em 10 (dez) dias, declare se pretende ou não cumprir o pacto. O silêncio do administrador ou sua declaração negativa propiciará ao contratante o direito à indenização cujo valor, apurado em ação ordinária, constituirá crédito quirografário.

Por exemplo, se o devedor assumiu contratualmente a obrigação de fabricar determinado bem, tendo recebido parte do pagamento, antecipadamente, o inadimplemento contratual decorrente da superveniência da falência confere ao contraente o poder de interpelar o administrador judicial e, na omissão ou silêncio deste, o direito à indenização.

A propósito do dispositivo sob exame, resta claro que a sentença de falência não é caso fortuito ou força maior impeditiva ou excludente da obrigação, posto que evento mercantil perfeitamente previsível.

Cumpre lembrar ainda que, conquanto bilateral, o contrato de conta corrente considera-se encerrado "no momento da declaração da falência, verificando-se o respectivo saldo". Dito encerramento não obsta a fluência de juros de créditos já existentes.

Os contratos unilaterais continuam sem alteração na sua juridicidade. Se o devedor for credor, a massa o substitui nos diretos creditórios. Se for devedor, o contrato se vence com a decretação da falência, restando ao credor a concorrência no concurso de credores, habilitando seu crédito.

A LRE traz uma série de normas especiais tendentes à solução de questões contratuais oriundas da decretação de falência.

A primeira propicia ao vendedor que ainda não percebeu o preço obstar a entrega da mercadoria em trânsito, desde que o comprador, antes da falência, não a tenha revendido, ante a fatura e o conhecimento de transporte, enviado pelo vendedor.

É o *right of stoppage in transitu*, que pode ser efetivado por mera contraordem de entrega, dada pelo vendedor ao transportador. São pressupostos do seu exercício:

- •que a coisa não paga ainda esteja em trânsito;
- •que o comprador, antes da decretação de sua falência, não a tenha revendido;
- •se o comprador a revendeu, que o tenha feito com fraude.

É lógico, pois se o comprador revendeu a coisa sem ter posse do conhecimento de transporte a revenda não poderia ter ocorrido.

Observe-se que, se já se verificou a tradição real nos 15 (quinze) dias anteriores à distribuição do pedido de falência, caberá a restituição e, se antes desse lapso, só restará ao credor a habilitação do seu crédito.

Outra regra trata de inexecução do contrato de execução sucessiva, pelo síndico, se o falido vendeu coisas compostas.

Neste caso, o todo não se aperfeiçoa se ausente uma das suas partes integrantes. Por isso, a LRE conferiu ao comprador a faculdade de colocar à disposição da massa os objetos já recebidos e reclamar perdas e danos, através de ação ordinária.

Sobre a não entrega pelo devedor de coisa móvel que vendeu a prestações, deve a massa restituir ao comprador as prestações recebidas pelo devedor, se o administrador judicial não cumprir o contrato. O fato tipifica crime contra a economia popular, se inocorrer a devolução das prestações efetivadas.

Consoante outra regra, se o administrador judicial da massa resolver não continuar a execução do contrato de venda com reserva de domínio, deverá a coisa móvel adquirida pelo devedor ser restituída, após a vistoria da mesma, sua individualização e o arbitramento do seu valor, segundo a lei processual civil. Assim, descontada do valor arbitrado a importância da dívida acrescida das despesas judiciais e extrajudiciais, o autor restituirá ao réu o saldo, depositando-o em pagamento.

Tratando da inexecução do contrato de venda a termo de coisa que tenha cotação na Bolsa ou no Mercado, a LRE prevê a incidência de indenização consistente na diferença entre "a cotação do dia do contrato e a da época da liquidação em Bol-sa", entendendo-se por "época da liquidação" a data do vencimento do contrato.

No caso de promessa de compra e venda de imóveis, aplica-se a legislação pertinente. Assim, se a falência for do promitente vendedor, o administrador judicial cumprirá o contrato; se do comprador, o administrador judicial promoverá a arrecadação e a venda em hasta pública, sendo seu produto revertido à massa, sem prejuízo do pagamento das prestações vincendas, pelo adquirente.

Consoante o art. 30 da Lei nº 6.766/79, a sentença de falência de qualquer das partes não rescinde os contratos de compromisso de compra e venda ou de promessa de cessão que tenham por objeto área loteada ou lotes da mesma. Se falido for o proprietário da área loteada ou do titular de direito sobre ela, o administrador deve dar cumprimento ao respectivo contrato; se o adquirente do lote, seus direitos serão levados a praça.

Já por força do art. 43, inciso III da Lei nº 4.591/64, em caso de falência do incorporador, pessoa física ou jurídica, e não ser possível à maioria

prosseguir na construção das edificações, os subscritores ou candidatos à aquisição de unidades serão credores privilegiados pelas quantias que houverem pago ao incorporador, respondendo subsidiariamente os bens pessoais deste.

Sobre a compensação, a LRE estipula que ocorra em relação aos débitos do falido, vencidos até o dia do requerimento da quebra ou da recuperação judicial, seja o vencimento ordinário (expiração do prazo pactuado), seja o vencimento contratual, seja o vencimento extraordinário (por força daquelas sentenças).

Derrogatória do princípio do tratamento equitativo dos credores, a compensação não pode-se verificar nos seguintes casos:

- os créditos transferidos após o requerimento da recuperação judicial ou da falência, salvo na sucessão por fusão, incorporação, cisão ou morte;
- os créditos vencidos anteriormente quando já conhecido o estado de crise econômico-financeira do devedor; ou
- os créditos transferidos com fraude ou dolo.

A propósito, o art. 373 do CC reza que a diferença de causa nas dívidas impede a compensação se provier de esbulho, furto ou roubo; se uma se originar de comodato, depósito ou alimentos; e se uma for de coisa não suscetível de penhora.

Realizada a compensação de valores devidos por força de contrato, eventual saldo positivo será transferido à massa falida. Saldo negativo é crédito contra o devedor.

Tratando-se de falência do locador não se resolve o contrato de locação; se do locatário, o administrador judicial pode denunciar o contrato, com a indenização arbitrada pelo juiz ao locador ou sua aceitação independente de mediação jurisdicional.

Desde que autorizado pelo Comitê de Credores, o administrador judicial pode dar cumprimento a contrato unilateral, pagando a respectiva prestação pela qual a massa está obrigada. Isso pode ocorrer em duas situações:

- se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida; ou
- se o cumprimento for necessário à preservação dos ativos da massa.

Em relação ao mandato outorgado pelo devedor antes da sentença de falência, sobre negócios de interesse da massa, a LRE declara cessados seus efeitos e compele o mandatário a prestar contas de sua gestão. Por outro lado, para o devedor cessa o mandato ou comissão que recebeu antes

da falência, ressalvados, é claro, aqueles relativos à matéria estranha à empresa.

A LRE modifica o sistema que vigorava na LFC (art. 49), pois esta demandava a cessação do mandato apenas quando expressamente revogado pelo síndico. Aliás, aquela disposição já era divergente das legislações estrangeiras, que declaram a expiração do mandato em virtude da decretação de falência.

Adite-se que a LRE acrescenta mais um caso de extinção de mandato na relação prevista no art. 682 do CC.

No que pertine com as contas correntes, com a constituição da falência serão encerradas, apurando-se o saldo e a concreta posição da massa em cada conta. O devedor tem a obrigação de depositar em cartório seus livros obrigatórios para que sejam encerrados pelo escrivão.

Essa regra repete dispositivo da legislação italiana fundado na necessidade de precisar, no dia da falência, o saldo apurado contra o devedor, não se confundindo com os créditos verificados contra a massa falida.

Quanto ao falido que integra sociedade de pessoas, a quebra daquele não afeta a pessoa jurídica desta. Trata-se do falido que faz parte de sociedade empresária na condição de comanditário ou cotista.

Para a massa falida, virão apenas os haveres que o falido possuir na sociedade, apurados na forma prescrita no contrato, mas se este nada dispuser a respeito a apuração será judicial. Agora, se por lei ou em virtude do contrato "a sociedade tiver de liquidar-se", só depois da liquidação, pago o passivo social, o saldo do falido reverterá para a massa.

50.4Administradores e controladores

A responsabilidade pessoal dos controladores e administradores deve ser apurada no juízo em que se processa a falência. Essa apuração independe da realização do ativo e de sua eventual incapacidade para enfrentar o passivo do devedor.

Para os administradores da sociedade anônima, já vigora a regra do art. 158, incisos I e II, da LSA. São responsáveis pelos prejuízos que causarem quando procederem com culpa ou dolo, no desempenho de suas atribuições. Também assim quando atuarem contra lei ou estatuto. São solidariamente responsáveis pelos prejuízos resultantes da inobservância dos deveres que a lei impõe para o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos.

Não se trata, pois, de ação para integralização de capital, mas de responsabilização por atos ilícitos encetados na regência da sociedade. A matéria deve ser objeto de ação ordinária e o administrador judicial terá legitimação ativa para sua propositura, em defesa da massa, no juízo mesmo da liquidação.

Quanto aos controladores, o art. 117 da LSA adverte que o acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. É o caso do controlador que orienta companhia para fim estranho ao objeto social; promove modificação estrutural da sociedade com o fim de obter vantagem indevida; induz administrador ou fiscal a violar a lei ou estatuto; aprova ou faz aprovar contas irregulares; e, enfim, faz da sociedade um instrumento para o atendimento de desígnios espúrios.

É bom recordar que o acionista controlador tem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e elege a maioria dos administradores da companhia.

O acionista controlador tem o dever de implementar a realização do objeto social e o cumprimento da função social da empresa. Seus deveres não se exaurem no âmbito da sociedade, mas se projetam na comunidade onde atua.

Vale acrescentar que os conselheiros fiscais, tanto na sociedade limitada como na sociedade anônima, têm os mesmos deveres e responsabilidades pertinentes aos administradores.

Entre os atos suscetíveis de gerar a responsabilidade de administradores e controladores, podem ser citados:

- lesionamento ou destruição total ou parcial do patrimônio social;
- criação artificial de passivo ou prejuízos;
- dissimulação do ativo social;
- compras a crédito com revenda por valor irrisório;
- dação em pagamento por preço inferior ao de mercado, para satisfação de obrigação inexigível;
- disposição de bens em proveito pessoal ou de terceiros;
- uso dos bens sociais e do crédito em proveito pessoal de terceiros; e
- mantença de contabilidade fictícia.

A ação de responsabilização aqui versada pode ser proposta até 2 (dois) anos contados da data do trânsito em julgado da sentença constitutiva de falência.

Enfim, na própria sentença que decreta a falência, o juiz pode determinar *ad cautelam* a indisponibilidade dos bens particulares do réu controlador ou administrador, observada medida de compatibilidade com o dano que se lhe imputa. Não precisa de provocação, pode definir *ex*

officio a medida cautelar que é mantida até a sentença definitiva na respectiva ação de responsabilida

51

Ações Revocatórias



51.1Atos prejudiciais à massa

Com o objetivo de recompor o ativo do devedor, desfalcado em consequência de atos prejudiciais que praticou aos credores, antes da falência, a lei contempla a possibilidade de revogação de diversos negócios entabulados com ou sem a intenção de lesar credores, bem como com ou sem conluio fraudulento.

A sentença decretatória de falência deflagra mecanismos processuais destinados a tornar ineficazes tais atos, tendo em vista sua restituição à massa.

Com efeito, a validade e a eficácia dos atos praticados pelo devedor devem ser vistas de tripla perspectiva:

- atos lesivos aos credores praticados após a sentença decretatória;
- atos lesivos aos credores praticados no curso do termo legal; e
- atos lesivos aos credores praticados em período anterior ao termo legal.

São nulos os atos lesivos aos credores levados a efeito pelo devedor, após a sentença, que se refiram direta ou indiretamente aos bens, interesses, direitos e obrigações envolvidos na quebra. A nulidade pode ser declarada de ofício, independentemente da prova de prejuízo ou de eventual ação com esse fito.

Já, se o ato atacado foi praticado antes da decretação da falência, mas no seu termo legal ou, excepcionalmente, no biênio que antecede a quebra, ou será ineficaz ou será revogável. O remédio jurídico-processual é a ação revocatória.

O marco divisório é, pois, a sentença decretatória de falência.

Além do termo legal da falência, o empresário não pode ser coarctado na administração e disponibilidade de seus bens. A liberdade de gestão negocial só pode ser limitada pela vedação de atos restritivos de seus

credores preexistentes. Aqui, não há ação revocatória, nos moldes previstos pela LRE. Esta tem como cenário de incidência o termo legal. Sobre os atos praticados no período antecedente, nem o administrador judicial da massa nem os credores seguintes à sentença falencial possuem legitimidade para postular a ineficácia de negócios do devedor.

Além do termo legal, ressalvadas as exceções justificadas em lei, os atos do devedor só se sujeitam à ineficácia, se demonstrada a fraude bilateral (credor e devedor). Não há presunção de fraude nem há por que presumir fraude de atos realizados fora do período legal de suspeição.

Da mesma forma que o direito presume ineficazes os efeitos de atos insertos no período legal, presume eficazes (até prova em contrário) os anteriores a essa fase. Naqueles, o fato da insolvência torna-os suscetíveis de ineficácia em relação à massa; nestes, ainda não se apresenta, legalmente, a crise econômico-financeira.

A LRE cogita de duas espécies de exceções ao princípio da revocabilidade restrita ao termo legal: atos revogáveis porque cometidos no biênio anterior à sentença falitária; e a venda ou transferência do estabelecimento, pelo devedor insolvente, quando não consentida expressa ou tacitamente.

51.2Atos suscetíveis de revogação na falência

Na execução concursal falitária, o instrumento processual para a revogação de atos prejudiciais aos interesses dos credores é a ação revocatória. É o instrumento jurisdicional destinado a desfazer os efeitos de atos fraudulentos cometidos pelo empresário, às portas da insolvência, contra a coletividade de seus credores.

À massa falida assiste o direito de promover ação objetivando a ineficácia ou a revogação, conforme o caso, de determinados atos jurídicos praticados pelo devedor, antes da sentença decretatória, prejudiciais aos credores, seja pela diminuição do patrimônio que os garante, seja pelo favorecimento de alguns credores em prejuízo de outros.

Revogando os atos cometidos às vésperas do infortúnio empresarial, o legislador está obstando a que a massa fique desfalcada ou, às vezes, estéril, uma vez que a ela carreiam bens que deveriam ter sido arrecadados, ou, em outras palavras, que sempre foram dela, porque pertencentes ao devedor, antes da declaração de falência.

51.3Ação revocatória e presunção de fraude

A primeira espécie de ação revocatória prevista na LRE visa à declaração de ineficácia de todos praticados pelo devedor, em prejuízo da massa, antes da falência. Não é necessário que o contratante conheça o estado patrimonial do devedor nem que este pretenda fraudar credores, já que há, no caso, presunção de fraude, que deverá ser reconhecida pelo provimento jurisdicional.

Os atos praticados pelo devedor em detrimento dos credores antes da declaração da falência, dentro do termo legal, são de eficácia relativa e exigem uma sentença em ação própria para a declaração de sua ineficácia.

51.3.1Dano

O *eventus damni* é o pressuposto essencial da revocatória. Não há necessidade de que seja comprovado. Está presumido pelas condições do negócio realizado, no período suspeito. A decretação do estado de falência retroage e alcança os pagamentos e alienações operadas no lapso temporal imediatamente anterior.

Isso não significa, é fato, que o termo legal seja estático. A sentença fixa limites. No âmbito desses limites que a lei põe, há discricionariedade judicial para a demarcação concreta da etapa de revocabilidade.

O juiz não tem franquia para fixar o período suspeito fora do termo posto na lei, mas fica ao seu alvedrio determinar sua extensão material dentro desse lapso temporal.

O limite legal é de 90 (noventa) dias contados:

- do primeiro protesto por falta de pagamento; ou
- do requerimento de recuperação judicial, na hipótese de convolação desta em falência; ou ainda
- do requerimento de autofalência.

A fraude não é pressuposto dessa modalidade de ação revocatória. Os atos dissipatórios gratuitos ou onerosos cometidos no termo legal não carecem de demonstração de sua gênese fraudulenta.

Aqui, o que se tem são causas objetivas de revocabilidade, contendo presunção absoluta de fraude. Reclama-se, só, o dano.

Se é irrelevante a presença da fraude, igualmente não interessa perquirir sobre a má-fé. Realmente, a eventual boa-fé do terceiro contratante é coadjuvante subsidiário, assente que se presta, apenas, para justificar eventual ação de perdas e danos contra o devedor falido.

Na ação revocatória, o que se busca e a sentença provê é, simplesmente, a ineficácia do negócio jurídico danoso à massa falida. Não se trata de nulidade, porque não há o que anular.

A ação revocatória simples resume-se a um binômio: ineficácia + restituição. O que é ineficaz volta ao acervo de onde não deveria ter saído; é restituído.

Constitutiva negativa, a revocatória traz ínsita a declaração de ineficácia de um ato jurídico, mas o pedido tem por escopo a restituição de bens ao acervo da massa, porque, antes da quebra, integravam o patrimônio do empresário devedor. A sentença da revocatória declara ineficaz a disposição e compele o credor indevidamente beneficiado a trazer o que recebeu à massa.

É óbvio que, com o bem restituído, vem o crédito pertinente, agora insatisfeito, como os demais. A massa se restabelece, em benefício da coletividade de credores. Esta é acrescida com o advento do credor que restituiu. Daí em diante, todos os credores observarão a sorte que a lei lhes destina. Retirou-se de um credor o privilégio infundado.

Numa figura mais amigável, o credor egoísta é compelido a comungar do corpo creditício, se quiser exercer os direitos emergentes de seu título.

51.3.2Atos suscetíveis de revogação

Os seguintes atos são passíveis de revogação:

- •pagamento de dívidas não exigíveis, realizado pelo devedor, dentro do termo legal;
- •pagamento de dívidas exigíveis, realizado dentro do termo legal, por qualquer forma que não a estipulada no contrato;
- •constituição de direito real de garantia, dentro do termo legal, em se cuidando de dívida contraída antes desse período;
- •atos a título gratuito, desde dois anos antes da decretação da falência;
- •renúncia a herança ou a legado até dois anos antes da abertura de falência;
- •inscrições de direito reais, transcrições de transferência de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis, realizadas após a decretação do sequestro ou a decretação da falência, salvo se tiver havido prenotação anterior;
- •venda ou transferência do estabelecimento, sem o consentimento expresso ou pagamento de todos os credores, a esse tempo

existentes, restando o devedor sem bens suficientes para solver o seu passivo.

A ineficácia desses atos em relação à massa advém de expressa configuração legal (é algo muito parecido com a tipicidade no Direito Penal) e tem no simples fato da falência a sua *ratio essendi*.Não são atos nulos, mas, isto sim, ineficazes em relação à massa, independentemente de qualquer cogitação sobre eventual elemento subjetivo denotador de fraude.

51.3.2.1Atos praticados durante o termo legal

São atos revogáveis praticados durante o termo legal:

- antecipação atípica de pagamento;
- pagamento por meio extracontratual; e
- constituição de garantia real.

A palavra *pagamento* deve ser entendida, aqui, como qualquer dos modos previstos para a solução do débito, ou seja, por meio de numerário, por desconto de títulos, por meio de cessão, transferência, dação em pagamento, pela restituição de mercadorias e, ainda, mediante o endosso de cártulas cambiárias.

Pagar dívidas não é só entregar dinheiro. A satisfação pode traduzir-se por meio de qualquer prestação em espécie ou em pecúnia, contratual ou não, com garantia real ou não. O objeto do pagamento compreende qualquer coisa fungível.

Cuida o dispositivo da antecipação atípica de solução obrigacional. É improdutivo, em relação à massa, o pagamento de débitos não vencidos, pelo devedor, dentro do termo legal.

Duas características marcam a ineficácia dessa modalidade de pagamento:

- a indiferença legal quanto à possível ciência, pelo contratante, do estado patrimonial do empresário devedor; e
- a irrelevância do meio extintivo empregado na solução da obrigação.

O parâmetro que notabiliza essa espécie de pagamento ineficaz reside, pois, na inaptidão do credor para exigi-lo.

Outra questão que, aqui, deve ser alvitrada refere-se ao pagamento feito por terceiro. Cabe distinguir entre o pagamento feito por terceiro interessado e o efetivado por terceiro não interessado.

Não é revogável o pagamento de débito do empresário devedor, por terceiro interessado coobrigado integral ou parcial, que se sub-roga. A

obrigação do devedor continua existindo, só que agora em face de outro credor. A situação da massa não se altera.

No pagamento realizado por terceiro não interessado, há duas vertentes: quando paga em nome e por conta do devedor; e quando o faz por mera liberalidade.

No primeiro caso, o terceiro não interessado, na verdade, não é o titular do pagamento; quem está realmente pagando é o próprio devedor. Caracterizam-se, pois, a diferenciação indevida dos credores e o dano à massa.

Na hipótese do terceiro não interessado que paga por singela liberalidade, não há por que se cogitar de ineficácia nem há o que restituir. Não há revogação desse pagamento, dado que não lesivo. Redunda em diminuição do passivo do devedor, beneficiando (é certo) o credor imediato, mas beneficiando também os demais credores.

Pode também resultar ineficaz a solução de débito vencido e exigível, realizada no termo legal. É o que ocorre quando referido pagamento se dá por outra forma que não a contratada. Quer dizer, pode ser revogado o ato de pagamento, nesta hipótese, se o credor beneficiado logrou, pela forma anômala adotada para a satisfação da obrigação, esquivar-se do concurso universal de créditos, ou seja, de participar com os demais credores, na falência.

Por último, neste segmento, resta examinar a questão da constituição de garantia real, no termo legal de falência.

Dentro do período de revogabilidade, a constituição de direito real de garantia para garantia de dívida preexistente é ineficaz em relação à massa. Cite-se, como exemplificação, o caso do penhor ou da hipoteca para a garantia de débito anterior. É assim porque ao garantir credor que já o era, o empresário devedor está privilegiando-o em detrimento dos demais.

Contudo, deve ser ressalvado que não se amoldam à previsão legal de ineficácia as garantias reais mais velhas que a dívida (não inovam), as garantias reais substitutivas (não alteram a situação da massa), as constituídas por terceiros em favor de débito anterior do empresário devedor, as contemporâneas de dívidas etc.

A retenção é expressamente inserida no dispositivo em tela, como se fosse direito real de garantia. Trata-se, é bom lembrar, de mera equiparação, para fins da revogação prevista. Como estabelece privilégio de crédito, a exemplo da constituição de garantia real, o legislador houve por bem enxertá-la, como já o fazia a LFC. A prioridade que traduz viola a paridade creditícia.

Se os bens hipotecados forem objeto de outras hipotecas posteriores, a massa receberá a parte que caberia ao credor da hipoteca revogada. A massa não se desfalca.

51.3.2.2Atos praticados no biênio pré-falimentar

A LRE também cuida de prever a revogabilidade de atos praticados pelo empresário devedor até 2 (dois) anos antes da sentença que decretou sua falência. São casos de liberalidade que não se compatibilizam com a situação de insolvência.

A transmissão graciosa (pouco importa sua índole) para terceira pessoa, de bens que, naturalmente, garantiriam a coletividade dos credores, é revogável, já que destituída de contraprestação.

Devem ser compreendidas na expressão "atos a título gratuito" as disposições concessivas de direitos patrimoniais, sem reciprocidade ou sem que haja obrigação legal. É o caso das doações simuladas, remissões totais ou parciais de dívidas, renúncias, cessões de crédito, enfim, todos atos de minimização patrimonial.

É importante distinguir os atos gratuitos previstos no dispositivo e as gratificações fornecidas pelas empresas aos seus diretores e empregados; aos diretores, como prêmio por aumento de produção ou dos lucros; aos empregados, como gratificações remuneratórias que se integram no salário.

Também devem ser excepcionados os presentes socialmente adequados (aniversários, formaturas etc.), a filantropia e as doações de utilidade comunitária. Certamente, essas exceções não abrangem os casos de simulação, que podem ocorrer.

A renúncia à herança ou legado no biênio anterior à sentença de quebra é ineficaz, seja porque equivale à liberalidade injustificada, seja porque pode mascarar concerto ilícito com terceiros no sentido de subtrair bens da futura e previsível liquidação.

51.3.2.3Inscrições

São ineficazes em relação à massa os registros e averbações realizados após a decretação de sequestro ou declaração da liquidação, exceto quando houver prenotação anterior.

É bom lembrar que o art. 215 da Lei de Registros Públicos (6.015/73) declara nulos os registros efetuados após sentença de abertura de falência, ou do termo legal nela fixado salvo se a apresentação tiver sido feita anteriormente.

À primeira vista pode parecer que o registro de imóvel posterior a sentença de falência é nulo e não ineficaz em relação à massa. Todavia, a LRE, posterior à Lei de Registros Públicos, proclama a ineficácia em relação a massa, exceto se tiver havido prenotação anterior.

Assim, a antecedente prenotação é elisiva da ineficácia porque trata-se de ato notarial que produz os mesmos efeitos do registro.

51.3.2.4Venda ou transferência do estabelecimento

Não produz efeito para a massa, a alienação do estabelecimento empresarial, encetada sem a anuência expressa de todos os credores ou seu pagamento, ficando o devedor sem patrimônio suficiente para enfrentar o passivo. A regra é mitigada pela inexistência da oposição dos credores notificados judicialmente com antecedência de 30 (trinta) dias.

Embora a lei não mencione expressamente, a venda ou transferência de que cogita é aquela acordada dentro do termo legal. Quando a alienação ocorre fora do termo legal, o remédio processual será outro, porque não significa a diminuição dos bens da massa e, portanto, não pode lesar corpo creditício inexistente.

Tanto faz para a incidência dessa hipótese de revogabilidade a venda do único estabelecimento ou de um deles, existindo pluralidade. A lei não faz essa distinção. Também, assim, a venda de contingente de bens ou direitos suficientes para um desfalque amplo das garantias dos credores.

Observe-se que a cessão de cotas sociais do devedor a sócio solidário equivale a venda do estabelecimento, para os efeitos da revocatória, se não precedida de anuência dos demais credores.

Conquanto a LRE pretenda impedir o trespasse, entendemos que também inclui a venda de bens isolados, mas que sejam essenciais para o conjunto patrimonial da empresa, de tal sorte que sua alienação termine por representar expressivo desfalque do acervo ou o encerramento das atividades. O “loteamento” do acervo do empresário para a venda de seus componentes essenciais caracteriza a figura.

Isto não significa que o devedor, ainda que em estado de pré-insolvência, não possa vender em separado bens integrantes do seu estabelecimento visando fazer frente aos compromissos que lhe podem acarretar a quebra. Se o intuito fraudulento restar demonstrado, ocorrerá a incidência de outra espécie de ação revocatória, a pauliana falencial.

O legislador tem por meta obstar a que o estabelecimento empresarial seja desmantelado às vésperas da falência, tornando-o imprestável pela

descaracterização completa do seu ativo fixo, mercê da alienação de bem essencial.

De lembrar-se que a venda feita no curso do termo legal é absolutamente ineficaz, evidencie ou não o intento de fraudar credores, porque esse lapso temporal opera como uma espécie de antecipação do exício empresarial. O legislador presume que o estado patrimonial deficitário já existia.

A exegese da LRE, aqui, exige expressivo desfalcamento do estabelecimento mercantil, por venda ou transferência de bens que o constitui.

Tendo havido prévia notificação dos credores sobre alienação do estabelecimento, se estes não manifestarem nenhuma objeção no prazo de 30 (trinta) dias, o ato não é ineficaz. A notificação aludida deve ser feita judicialmente ou via cartório de registro de títulos e documentos. É lógico, pois a anuência tácita dos credores afasta a presunção de prejudicialidade aos seus interesses.

É forçoso aduzir que, no curso de processo de recuperação judicial, é plenamente eficaz a dação em pagamento, a novação de dívidas do passivo, a outorga de garantias e a venda de bens. Aqui cuida-se de expediente recuperatório, aprovado pelos credores e homologado ou autorizado, conforme o caso, pelo juiz.

51.4Ação pauliana falencial

O segundo tipo de ação revocatória prevista pela LRE é a ação pauliana falencial, que exige o intuito fraudulento do devedor e o efetivo prejuízo dos credores, em virtude do ajuste fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratou. Visa, portanto, revogar atos fraudulentos perpetrados pelo devedor nos extertores da sua incapacidade de solver, antes da instauração do regime de falência. Aqui a fraude é o núcleo autorizador da revogação, quer dizer, a do devedor e do terceiro que com ele contratar.

Em síntese, o exercício da ação pauliana falencial está condicionado à comprovação, pelo autor, de dois pressupostos:

- objetivo – prejuízo sofrido pelo impugnante do ato (*eventus damni*);
- subjetivo – fraude do devedor e do terceiro que com ele contrata, ciente da situação do primeiro (*consilium fraudis*).

A presunção da fraude se aperfeiçoa por diversas circunstâncias fáticas, vez ou outra exteriorizadas na Jurisprudência. Tais são os casos de parentesco entre o devedor e o terceiro, a permanência dos bens alienados

em poder do devedor, a clandestinidade do negócio, a prática de artifícios para mascarar o negócio, a pactuação de preço irrisório e a própria data da alienação, conforme sua maior ou menor proximidade da sentença decretatória.

O ônus de provar a fraude do devedor ou do terceiro que com ele contratou a alienação ou oneração de bens não se aplica à Fazenda Pública porque o art. 185 do CTN declara que "presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução".

Por outro lado, é claro que o encerramento da falência faz desaparecer a revocatória, assente que a renovação visa a devolução dos bens à massa, não ao liquidado.

51.5Efeito restitutório

A ação revocatória caracteriza-se pela sua finalidade restitutória. É de recomposição patrimonial que se trata, não de invalidação. A consideração de ineficácia está diretamente relacionada com a massa e durante a falência. É óbvio que, com o término desta e subsequente extinção das obrigações do empresário devedor, as relações entre este e o terceiro contratante retomam sua vigência.

O efeito prático da ação revocatória é o direcionamento dos bens para o ativo da massa. Não se cuida de devolver ao falido. É que a sentença revocatória não agride a validade jurídica dos atos sobre os quais incide; simplesmente, declara sua ineficácia em relação à massa e reivindica os valores ou bens correspondentes.

Nem o falido nem seus coobrigados se beneficiam da tutela revocatória. Esta é instrumento processual pró-massa.

Os bens serão restituídos à massa em espécie, com todos os acessórios ou o valor de mercado acrescido das perdas e danos. Ao credor restará a alternativa de concorrer nos rateios como quirografário. A reparação deve ser integral, recompondo-se o estado anterior ao ato.

Depois de realizado o ativo e solucionado o passivo, se houver saldo, a massa restituirá o que tiver sido prestado pelo contraente, porque o ato celebrado com o devedor é ineficaz apenas em relação à massa, sendo, de resto, ato juridicamente válido.

51.6Processo revocatório

Quem pode promover a ação revocatória?

A ação revocatória do art. 129 pode ser proposta pelo administrador judicial ou por qualquer credor. A ineficácia também pode ser declarada de ofício pelo juiz.

O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar a revocatória (art. 132 da LRE), calcada na fraude entre o devedor e terceiro, que pode tipificar o delito falimentar de favorecimento de credores (art. 172).

As ações revocatórias (arts. 129 e 130) devem ser propostas no prazo decadencial de 3 (três) anos, contado da sentença decretatória de falência.

O devedor não tem *legitimatio ad causam* para fazer valer decisão revocatória em seu favor. A revocatória não lhe devolve os bens ou seu valor, mas à massa. Por isso, assiste-a se quiser, como interessado natural.

São réus na ação revocatória todos os que figuraram no ato ou dele se beneficiaram, bem como seus eventuais herdeiros ou legatários, como litisconsortes necessários. A própria LRE impõe o litisconsórcio, já que a decisão deverá ser uniforme para todos (unitariedade).

Paciente da revocatória é, principalmente, aquele que obteve, na fase do termo legal, a realização total ou parcial de seus haveres. É quem deve restituir à massa o que recebeu com prioridade indevida, para situar-se no mesmo patamar dos outros credores, com quem vai concorrer na partilha do ativo do devedor.

Contra os terceiros adquirentes a revocatória será proposta, se cientes da intenção do devedor de prejudicar credores ou se o direito que se pretende revogar derivou de ato arrolado entre as condutas autorizadoras da ação revocatória simples.

O rito é o comum para a ação revocatória, que deverá correr pelo juízo da falência. Isto não significa que o processo se submeta apenas às regras procedimentais estipuladas pela LRE. Os prazos e atos processuais obedecem às disposições do CPC, subsidiariamente aplicável.

O recurso cabível da sentença que dirimir a ação revocatória é o de apelação.

Nada impede que o administrador judicial venha a arguir a ineficácia atuando em defesa da massa, se e quando esta for ré ou executada. Claro que nessa situação não mais poderá fazê-lo, em relação a esse negócio, pela via da ação revocatória. A ineficácia oposta em defesa ou ação de embargos é, na verdade, impugnação.

É revogável ainda, relativamente à massa, o negócio fraudulento do devedor praticado em prejuízo dos credores mesmo que sua celebração

tenha sido precedida de sentença ou medida assecuratória de garantia de dívida ou seu pagamento. Presume-se, nesses casos, que o provimento jurisdicional antecedente derivou de simulação das partes.

Ao juiz assistem duas medidas tendentes ao resguardo dos interesses da massa contra o perigo decorrente da demora da ação revocatória. O órgão judiciário tanto poderá conceder tutela antecipada como medida cautelar de sequestro dos bens saídos do patrimônio do devedor para posse de terceiros. Nesse último caso a cautela judiciária não prescinde de requerimento do interessado ou do representante do Ministério Público.

52

Administração da Falência



52.1Órgãos da falência

A administração executiva da falência envolve, necessariamente, uma estrutura orgânica. Possui órgãos obrigatórios (juiz, administrador judicial e representante do Ministério Público) e órgãos facultativos (Comitê e assembleia-geral de credores).

Em última análise, a tríade obrigatória administra a falência. O administrador judicial executa as medidas legais e judiciais necessárias à realização do ativo e solução do passivo do agente econômico devedor. Essa função é exercida sob a supervisão do juiz e a fiscalização ministerial.

52.2Administrador judicial

O administrador judicial da falência é um auxiliar qualificado do juízo. Inserto no elenco dos particulares colaboradores da justiça, não representa os credores nem substitui o devedor falido.

Trata-se de parte de ofício. Não representa a massa porque a massa não tem personalidade jurídica.

O administrador judicial atua “sob a fiscalização do juiz”.

A LRE deixou de regular com precisão os impedimentos para o exercício da função, bem como os casos de substituição e destituição do administrador judicial. Regula superficialmente a matéria, o que pode ensejar conflitos e dúvidas, certamente sobrecarregando a supervisão do juiz e a fiscalização do Ministério Público.

Não está expresso na LRE, mas fica implícito, no conjunto de suas normas, que o devedor, os credores e terceiros interessados também detêm capacidade de fiscalização sobre os atos praticados pelo administrador judicial.

A LRE admite tanto o administrador pessoa física como a pessoa jurídica especializada. Se pessoa natural, o administrador judicial deve ser, preferentemente, advogado ou economista ou administrador de empresas ou contador. Se pessoa jurídica, deve ser declarado no termo de compromisso o nome do profissional da empresa que será o responsável pela condução do processo falitário. Certamente, para efeito de responsabilização penal, é indispensável a identificação de quem vai administrar a massa falida.

Dado o caráter ancilar da função desempenhada pelo administrador judicial, uma vez que trabalha sob a supervisão do juiz, a delegação funcional não pode ser a regra. Afinal de contas, o administrador judicial não pode delegar aquilo que não tem.

Essa indelegabilidade não impede o administrador judicial, quando não formado em direito, de constituir advogado, sendo certo que deve ficar sob sua inteira responsabilidade o pagamento dos respectivos honorários profissionais. Nesse caso não há delegação, mas mero suprimento de capacidade postulatória.

É necessário distinguir duas situações: o administrador judicial responde pelos honorários do advogado que o representar; a massa suporta os honorários do advogado contratado pelo administrador judicial, com aprovação do juiz, para a defesa dos interesses da falência.

52.3Funções do administrador judicial

O administrador judicial desempenha duas ordens de funções, a saber, judiciárias e administrativas. Entre as primeiras, insere-se a arrecadação de bens e documentos do devedor, bem como sua guarda e exame. Também a indicação de peritos avaliadores e contadores, o fornecimento de informações, a exigência de informações, a classificação dos créditos e, principalmente, a representação da massa em juízo como autora, como ré e como assistente.

Entre as funções administrativas desempenhadas pelo administrador judicial estão a prática dos atos conservatórios de direito e ações, as comunicações e representações ao juiz, a efetivação de garantias eventualmente oferecidas, a apresentação de contas demonstrativas e a manutenção atualizada da correspondência inerente à massa, entre outras.

Cabe aqui observar que, no complexo de atos praticados pelo administrador judicial, são muito restritas as margens de discricionariedade. O grau de vinculação legal é bastante acentuado,

embora não o reduza à condição de mero instrumento dos demais órgãos da falência.

De qualquer forma, o dever da boa administração envolvido em todas as atribuições do gestor judicial recomenda presteza, organização, flexibilidade e zelo. Esses atributos estão presentes por trás de todos os verbos que traduzem sua atuação:

- enviar correspondência aos credores comunicando a data da decretação da falência, a natureza, o valor e a classificação dada ao crédito;
- fornecer, com presteza, todas as informações pedidas pelos credores interessados;
- dar extratos dos livros do devedor, que merecerão fé de ofício, a fim de servirem de fundamento nas habilitações e impugnações de créditos;
- exigir dos credores, do devedor ou seus administradores quaisquer informações;
- elaborar a relação de credores;
- consolidar o quadro geral de credores;
- requerer ao juiz convocação da assembleia-geral de credores nos casos previstos na LRE ou quando entender necessária sua ouvida para a tomada de decisões;
- contratar, mediante autorização judicial, profissionais ou empresas especializadas para, quando necessário, auxiliá-lo no exercício de suas funções;
- manifestar-se nas hipóteses previstas na LRE;
- avisar, pelo órgão oficial, o lugar e hora em que, diariamente, os credores terão à sua disposição os livros e documentos do falido;
- examinar a escrituração do devedor;
- relacionar os processos e assumir a representação judicial da massa falida;
- receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor, entregando a ele o que não for assunto de interesse da massa;
- apresentar, no prazo de 40 dias contados da assinatura do termo de compromisso, prorrogável por igual período, relatório sobre as causas e circunstâncias que conduziram à situação de falência, no qual apontará a responsabilidade civil e penal dos envolvidos;
- arrecadar os bens e documentos do devedor e elaborar o respectivo auto;
- avaliar os bens arrecadados;

•contratar avaliadores, de preferência oficiais, mediante autorização judicial, para a avaliação dos bens caso entenda não ter condições técnicas para a tarefa;
•praticar os atos necessários à realização do ativo e ao pagamento dos credores;
•requerer ao juiz a venda antecipada de bens perecíveis, deterioráveis ou sujeitos a considerável desvalorização ou de conservação arriscada ou dispendiosa;
•praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações, diligenciar a cobrança de dívidas e dar a respectiva quitação;
•remir, em benefício da massa e mediante autorização judicial, bens apenhados, penhorados ou legalmente retidos;
•representar a massa falida em juízo, contratando, se necessário, advogado cujos honorários serão previamente ajustados e aprovados pelo Comi-tê de Credores;
•requerer todas as medidas e diligências que forem necessárias à proteção da massa ou à eficiência da administração;
•apresentar ao juiz para juntada aos autos, até o décimo dia do mês seguinte ao vencido, conta demonstrativa da administração, que especifique com clareza a receita e a despesa;
•entregar ao seu substituto todos os bens e documentos da massa em seu poder, sob pena de responsabilidade; e
•prestar contas ao final do processo, quando for substituído, destituído ou renunciar ao cargo.

As incumbências do administrador judicial não se restringem a deveres positivos. Há outros de prestação negativa, isto é, deveres de abstenção. Assim, não poderá transigir sobre créditos e negócios da massa falida sem autorização judicial; e não poderá conceder abatimento sem permissão judicial. Mesmo tratando-se de créditos de difícil recebimento, o administrador judicial não tem poderes discricionários nessa matéria. A lei exige, também, que, nesses casos, seja ouvido sempre o devedor.

52.4Substituição do administrador judicial

O juiz poderá designar substituto para o administrador judicial se este:
•não assinar o termo de nomeação;
•não aceitar o cargo;
•renunciar;
•falecer; ou
•for interditado.

Claro que são circunstâncias imperiosas e aqui exemplificativas. Como não existe qualquer direito subjetivo à nomeação ou manutenção no cargo de administrador judicial, sua substituição poderá ocorrer a qualquer tempo, a critério do juiz.

A LRE concede ao Comitê de Credores o papel fiscalizador das atividades do administrador judicial, mas é atribuição da assembleia-geral de credores deliberar sobre sua destituição ou, como prefere a lei, substituição.

Na verdade, o juiz pode destituir o administrador judicial de ofício, ouvindo-o ou não. Pode fazê-lo, também, a requerimento do Ministério Público, de qualquer credor e, até mesmo, em face de postulação do devedor. Em suma, quebrando-se o elo de confiança presumido pela LRE, qualquer ato irregular é suscetível de por em ação os poderes correcionais do magistrado. O fato insere-se no poder geral de condução da falência, conferido por lei ao magistrado. Não há qualquer recurso contra referido decisório.

O que a LRE contém, nessa matéria, é meramente exemplificativo do que foi dito. Veja-se, por exemplo, que, se o administrador judicial não apresentar, no prazo estabelecido, qualquer dos relatórios de sua função (o que não é tão raro assim), será intimado pessoalmente a fazê-lo no prazo de 5 (cinco) dias sob pena de desobediência. E será destituído. A lei não menciona que nessa circunstância o juiz deva ouvir quem quer que seja.

52.5Remuneração do administrador judicial

O *quantum* da remuneração do administrador judicial levará em conta a qualidade do trabalho realizado, seu grau de complexidade e os valores praticados no mercado. Sua fixação pelo juiz não poderá superar 5% (cinco por cento) do valor a ser pago aos credores.

A decisão que arbitra a remuneração do administrador judicial é agravável, sendo legitimados o devedor, o Ministério Público ou qualquer credor. A LRE não cogita de recurso contra essa decisão judicial, mas como se aplica supletivamente o CPC, a solução não pode ser outra.

O administrador será pago concomitantemente à recepção das receitas, desde que as prestações de contas tenham sido aprovadas.

O administrador judicial perde direito à remuneração, nas seguintes hipóteses:

- renúncia sem razão relevante;
- descumprimento das obrigações legais;
- destituição; e

•desaprovação das prestações de contas.

Embora a LRE afirme que caberá ao devedor ou à massa falida arcar com as despesas relativas à remuneração do administrador judicial e das pessoas que o auxiliarem, o fato é que a conta será paga pela massa falida.

40% (quarenta por cento) do montante devido ao administrador judicial será reservado para pagamento só após a aprovação de suas contas e a apresentação do relatório final da falência.

No tocante aos peritos contadores e avaliadores, indicados ao juiz pelo administrador judicial, sua remuneração, pelo juiz, levará em conta, além da complexidade do trabalho, a importância da massa falida.

52.6Responsabilidade do administrador

O administrador judicial responde pelos danos que causar à massa em decorrência de sua má administração, bem como pela infração da lei. Essa responsabilização reclama aferição de dolo, culpa ou má-fé (art. 32).

Nem mesmo a autorização do juiz relativamente a algum ato, nem aprovação de suas contas, tem força para isentá-lo de responsabilidade civil e penal. É claro, se a responsabilidade decorrer de infração da lei, não será o provimento judiciário suficiente para elidi-la.

É bom trazer à tona que, em caso de prática de ato definido como crime falimentar, o administrador judicial poderá ter sua prisão decretada. É, pois, suscetível de praticar crime falimentar impróprio.

Adite-se que no CTN (art. 134, inciso V) existe norma atribuindo responsabilidade ao antigo síndico, solidariamente com o devedor ou à massa, em virtude de obrigação tributária cuja exigibilidade se torne impossível em decorrência de sua ação ou omissão.

52.7Ministério Público

Sem prejuízo da relevância de suas funções penais, como parte na persecução dos crimes falimentares, cresceu muito o papel de fiscal da lei desempenhado pelo representante do Ministério Público nos processos concursais.

É preciso ser dito que o Ministério Público não só poderá como deverá intervir. Com efeito, na condição de titular da persecução penal deve promover a apuração e responsabilização de agentes delituosos. Como fiscal da lei, não pode deixar de atuar sempre que constatada inobservância formal ou material das normas vigentes. Ainda mais, sempre que ocorra, pelo menos, ameaça de lesionamento ao interesse público, também é sua

obrigação intervir, nos termos do art. 178, inciso I, do CPC/2015 nas causas em que o interesse público é evidenciado pela natureza da lide.

Dessa forma, a LRE simplesmente resume os deveres constitucionais e processuais do Ministério Público, nos segmentos penal e civil. Tendo em vista a amplitude do dispositivo instrumental aluido, e considerando-se sua aplicação supletiva aos processos concursais, é possível afirmar que, tanto nas recuperações como na falência, sendo indiscutível o interesse público presente nesses feitos, o Ministério Público tem a possibilidade de participar ativamente em todas as fases dos concursos.

Haja ou não menção expressa da atuação do Ministério Público nos processos concursais regidos pela LRE, é indiscutível que, nos termos do art. 996 do CPC/2015, tem ele legitimidade para recorrer tanto nos processos em que é parte, como naqueles em que oficia como fiscal da lei.

No intuito de sintetizar as atribuições do Ministério Público, basta dizer que o representante do*Parquet* detém legitimação ativa para propor a ação penal por crime falimentar e, na área civil, a ação pauliana falencial. Pode impugnar a relação de credores no que se refere a ausência de qualquer crédito ou a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado. Também é autorizado a requerer a substituição do administrador judicial ou dos membros do Comitê, se nomeados com inobservância dos preceitos da LRE, entre outras hipóteses participativas.

52.8Comitê de Credores

O exame atento e contextual da LRE leva a concluir que o Comitê de Credores é órgão compulsório no concurso falitário. Os exemplos de dispositivos que induzem a essa compreensão são inúmeros, bastando a menção de alguns:

- na recuperação judicial, o devedor não poderá onerar ou alienar bens e direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê (art. 62 da LRF);
- na falência, a venda antecipada de bens perecíveis arrecadados pelo administrador judicial deve ser antecedida da oitiva do Comitê (arts. 22, III, *j*, c.c. 113 da LRF);
- o administrador judicial poderá contratar referente a bens da massa falida, mediante a autorização do Comitê (art. 22, III, *n*, da LRF);
- é necessária a autorização do Comitê para que o administrador judicial dê cumprimento a contrato unilateral, em benefício da massa (art. 118 da LRF).

Parece-nos que a LRE tem a intenção de possibilitar a criação de um Comitê de Credores sempre que o volume da massa falida seja de vulto ou o contingente de credores e a complexidade das relações contratuais envolvidas o justifiquem. A exegese razoável da LRE nesta matéria é no sentido de que, nas falências pequenas, o administrador judicial, substituto qualificado do antigo síndico, pode dar conta das funções que seriam da alçada do Comitê, se existisse. Não há motivo para entendimento diverso, a partir da própria intenção do legislador dirigida à desburocratização dos processos falitários.

Enfim, além do que já foi dito sobre o Comitê de Credores, no capítulo 46.13, resta concluir que se trata de órgão fiscalizatório, composto por:

- um representante da classe dos empregados, com dois suplentes;
- um representante da classe dos credores garantidos ou com privilégios especiais, com dois suplentes; e
- um representante indicado pela classe dos credores quirografários ou com privilégios gerais, com dois suplentes; e
- um representante dos credores da classe das microempresas e empresas de pequeno porte, com dois suplentes.

52.9Assembleia-geral de credores

A assembleia-geral de credores é um colegiado de existência obrigatória nos processos de recuperação judicial e facultativa nos processos falitários com o fim de deliberar sobre qualquer matéria que possa afetar os interesses dos credores.

A assembleia será convocada, mediante edital, pelo juiz, ou por credores que representem no mínimo 25% (vinte e cinco por cento) do valor dos créditos de uma determinada classe.

É útil salientar que o juiz poderá decretar a falência do empresário, durante o processo de recuperação judicial, por deliberação da assembleia-geral de credores, que se dará pelos votos favoráveis de credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia-geral. Portanto, a deliberação da assembleia é uma das causas da convolação da recuperação judicial em falência.

Também merece saliência o condicionamento da homologação judicial de modalidade alternativa de realização do ativo à aprovação da assembleia-geral de credores. É o caso da constituição de sociedade de credores ou dos empregados do próprio devedor, com eventual participação, dos atuais sócios ou de terceiros.

53

Liquidação e Encerramento



53.1Fase executiva

O objetivo final do instituto da falência é realizar o ativo e solver o passivo do devedor empresário.

Nessa direção, o processo de falência, após a sentença decretatória, envolve duas etapas sucessivas:

- a informativa; e
- a executiva.

Na *fase informativa*, verifica-se o ativo e o passivo da massa falida. Quer dizer, arrecadam-se os bens e documentos do empresário falido e promove-se a verificação e classificação dos créditos, culminando com a publicação do quadro geral de credores. Definem-se, pois, a massa falida objetiva (patrimônio do concurso) e a massa falida subjetiva (pretensões). A segunda concorre na distribuição da primeira.

A *fase executiva* compreende a realização do ativo do devedor e o consequente pagamento possível de seu passivo.

53.2Arrecadação

Com a instauração do regime falencial, o devedor perde a disponibilidade e a administração de seus bens. Os bens que estavam sob sua titularidade são carreados para a massa.

Após a subscrição do termo de compromisso, o administrador judicial deve promover a arrecadação dos documentos e dos bens do devedor onde quer que estejam e, bem assim, promover sua avaliação. A finalidade da arrecadação não se restringe ao desapossamento, mas justifica-se pela necessidade de definir o potencial do ativo para satisfazer o passivo.

A fiscalização da legalidade da arrecadação, evento marcado pela desafetação material do devedor de seus ativos, é providência que não deve ser relegada a segundo plano. No sistema revogado, o representante do Ministério Público devia estar presente no ato. Se possível, o devedor também. Entretanto, na LRE não há menção da necessidade de que o *custos legis* participe dessa fase procedimental. Faculta-se ao devedor acompanhar tanto a arrecadação como a avaliação.

A arrecadação, eventualmente, pode abranger os bens de sócios solidários e ilimitadamente responsáveis, se a falida for sociedade que abrigue essa espécie de sócios.

Venha, ainda, à colação a questão da lacração do estabelecimento do devedor. A LRE contempla a lacração como medida de cautela, sempre que se apresentar qualquer risco para a execução do ato arrecadatório ou para conservação dos bens no interesse da massa.

O estabelecimento não deverá ser lacrado quando ocorrer seu arrendamento, uma vez que a publicidade negativa que resulta da lacração pode prejudicar a continuação dos negócios do arrendatário. A hipótese da lacração, como medida restritiva de direitos, não deve ser interpretada com amplitude. O administrador judicial não pode restringir mais do que a lei.

Algumas regras disciplinam a matéria:

- se a arrecadação não for concluída na data em que começou, lacram-se a sede do estabelecimento e suas eventuais filiais, para preservação dos bens;
- a arrecadação dos bens localizados em outro foro será feita mediante carta precatória;
- tanto o devedor como os sócios e administradores da sociedade empresária devedora têm o dever de indicar ao administrador judicial a localização dos bens sujeitos a arrecadação.

A LRE impõe ao falido entregar, sem demora, todos os bens e documentos ao administrador judicial, bem como indicar-lhe os bens que, eventualmente, estejam em poder de terceiros para serem arrecadados. A universalidade de fato ficará sob a custódia do administrador judicial. Nada obsta, conforme as circunstâncias, que outra pessoa, inclusive a do próprio devedor, possa ser incumbida da guarda dos bens. Contudo, responsável por esses bens é o administrador judicial.

Antes da assunção do administrador judicial, o devedor pode ficar, transitoriamente, depositário daqueles bens, por determinação do Juízo. Entretanto, se o administrador concluir que há necessidade da remoção dos bens para sua melhor guarda e preservação, estes permanecerão em

depósito sob responsabilidade do administrador judicial, mediante compromisso.

No auto de arrecadação constará o inventário, devidamente assinado pelo administrador judicial, pelo falido ou seus representantes e outras pessoas que auxiliarem ou testemunharem o ato. Eventualmente, pode ser necessária a presença de oficial de justiça, naqueles casos em que ocorra resistência de qualquer interessado à realização da arrecadação. Se o falido ou administradores da sociedade devedora se recusarem a assinar o auto de arrecadação, o administrador judicial não poderá obrigá-los, mas poderá fazer constar do auto de arrecadação essa circunstância, bem como se houver o motivo alegado para a recusa.

Nada obsta que o devedor ou representante da sociedade devedora apresente ao juiz, em separado, observações e declarações que julgar de seu interesse, até porque nem sempre haverá concordância com o inventário levantado pelo administrador judicial.

Bastante detalhista na descrição do conteúdo do inventário, o art. 110 § 2º, LRF, determina, também, a arrecadação de dinheiro, papéis, títulos de crédito, documentos e outros bens da massa falida. Repete a redação do antigo art. 70, § 6º da LFC, acrescentando desnecessariamente os títulos de crédito, porque estes além de serem documentos ou, no mínimo, papéis, também representam bens.

Os bens da massa falida em poder de terceira pessoa devem ser relacionados no inventário, não importando se tais coisas com ela estão a título de guarda, depósito, penhor ou retenção; sujeitam-se à arrecadação.

Por outro lado, aqueles bens em poder da massa, que são apontados como sendo propriedade de terceiros ou reclamados por terceiros, precisam constar do inventário, com a menção dessa circunstância, até porque podem, porventura, ser objetos de processo restitutório.

Às vezes, pode ocorrer que o administrador judicial se defronte com bens que estão sobre constrição, ou seja, penhorados antes da falência, em execução fiscal. Referidos bens não estão sujeitos à arrecadação falitária.

Quando possível, os bens do inventário serão individualizados, porque inventário consiste, precisamente, em discriminação de coisas e valores.

Vale anotar que o art. 69 da Lei nº 11.343/06 impõe ao juízo o dever de comunicar às autoridades sanitárias a arrecadação de substâncias tóxicas dependentes de depósito adequado para sua garantia.

Já quanto aos bens imóveis, o administrador judicial tem o prazo de 15 (quinze) dias, a partir da arrecadação, para juntar as certidões do registro imobiliário, extraídas após a sentença de falência.

A LRE não disciplina, em pormenores, a avaliação dos bens arrecadados, limitando-se a mencionar que, se não for possível sua realização no ato da arrecadação, o administrador judicial deverá requerer ao juiz a concessão de prazo para encetar a medida, que não poderá exceder a 30 dias contados da apresentação do auto de arrecadação. Destaque-se que, dificilmente, será possível realizar a avaliação dos bens no ato da arrecadação.

Ainda sobre a avaliação, mesmo que seja feita em bloco, o bem objeto de garantia real será avaliado separadamente. De fato, na realização do ativo, no caso de alienação em bloco, o valor do bem objeto de garantia real será o valor de avaliação singular.

Em síntese, no inventário dos bens, estes devem ser individualizados, o que não significa explicitação exagerada e desnecessária. De qualquer forma, há que se atentar para o conteúdo do inventário, no sentido de lhe proporcionar certeza e eficácia plenas. Não é por outra razão que a LRE manda constar do inventário "outros bens da massa falida". Nesse item, podem ser inseridos os chamados ativos intangíveis, tais como clientela, reputação, *know-how* etc. Em outras palavras, o aviamento da empresa.

53.3Destinação antecipada de bens

Admite-se, excepcionalmente, a alienação em benefício da massa de bens arrecadados, facilmente deterioráveis ou desvalorizáveis, ou cuja guarda implique risco ou angarie despesa insuportável para a massa. Como a lei diz que essa venda deverá ser antecedida de autorização judicial, ouvidos o Comitê e o falido, presume-se que a iniciativa da proposta para venda antecipada seja do administrador judicial. Também, que seja fundamentada.

No interesse da massa, e tendo em vista a perecibilidade de alguns bens, é viável sua avaliação em separado, com mais presteza, para que sejam logo vendidos, poupando-se eventuais prejuízos.

Antes de autorizar a venda, que poderá ou não ocorrer em leilão público, o juiz deverá ouvir o Comitê e o falido em 48 horas. Embora a lei não o diga, pode também, *ad cautelam*, colher o parecer do representante do Ministério Público, sobre a legalidade do ato. O produto da venda será recolhido em conta judicial, juntando-se aos autos o recibo do depósito bancário e, se a venda ocorreu em leilão, a respectiva nota.

A LRE contém outra possibilidade de venda antecipada. O juiz pode autorizar credor ou credores adquirir ou adjudicar de imediato os bens arrecadados, pelo valor da avaliação. É lógico que não se trata de ato

arbitrário, que deve ser fundado nos custos que representam para a massa falida, ou seja, no interesse mesmo desta. Não é bom esquecer que essa aquisição ou adjudicação precisa atender a regra de classificação e preferência entre os credores, ou seja, não pode ser aleatória ou promotora de privilégios injustificáveis. Sobre o negócio deve ser ouvido, previamente, o Comitê de Credores. Se houver Comitê de Credores, é claro. Nas pequenas falências, em que não há Comitê de Credores, que se ouça o administrador judicial a respeito, se dele não partiu a proposta.

Se, normalmente, os bens só podem ser alienados na fase executiva, a exceção legislativa, ora abordada, tem por finalidade preservar o valor da garantia dos credores prevenindo potencial minimização da massa objetiva.

Pode ocorrer que, nessa fase, ainda esteja pendente de decisão agravo de instrumento impetrado contra a decisão decretatória. Se esse recurso obteve efeito suspensivo, não é viável a disponibilização prematura de bens da massa. Todavia, a venda antecipada poderá ocorrer, se calcada no risco de perda ou deterioração de bens. Seja no interesse da massa, seja no interesse do devedor, o perecimento ou a desvalorização de tais bens deve ser prevenido.

Outra circunstância autorizadora de destinação antecipada de bens da massa reside na contratação de locação de bens do devedor com o objetivo de produzir renda. Nessa hipótese, a contratação deverá ser precedida de avaliação do bem e sua locação deverá observar, quanto possível, os valores de mercado, na medida em que se trata de uma licitação imprópria. De qualquer forma, referido contrato será celebrado por tempo indeterminado, não atribuindo direito de preferência ao contratante e não prejudicando a futura alienação do bem. Para esse negócio, o administrador judicial não precisa requerer autorização do juiz. O que a lei exige é que tenha autorização do Comitê de Credores.

53.4Falência frustrada

Embora a LRE tenha previsto a falência frustrada no capítulo que trata da convolação da recuperação judicial em falência, a constatação de circunstâncias inviabilizadoras da execução falimentar justifica o encerramento do processo.

Verificada a ausência de bens ou sua insuficiência para fazer frente às despesas do processo de falência, o juiz poderá, ouvido o Ministério Público, determinar o encerramento antecipado do feito. Antes, porém, fará publicar edital para manifestação dos interessados.

Na verdade, se a falência é um concurso de credores sobre os bens do devedor, a ausência ou insuficiência do ativo significa impossibilidade de concurso. Há quem concorra, mas não há sobre o que concorrer. Se não há ativo sobre o qual os credores podem concorrer, não há objeto que justifique a continuação meramente formal do processo falimentar.

Havendo bens arrecadados, embora insuficientes, deverão ser vendidos, pelo administrador judicial, em proveito da massa.

Se for o caso de encerramento da falência por falta de objeto, parece necessário que o administrador judicial apresente seu relatório, dado que podem existir elementos que demandem medidas jurídicas na órbita penal.

É claro que no caso de falência frustrada, inexistindo requerimento procedente dos interessados, encerra-se o processo.

53.5Restituição

Nem tudo que a massa arrecada pertence à massa. Pode haver e, quase sempre há, entre as coisas arrecadadas, algumas que pertencem a terceiros. Assim, diversos bens de outrem, que estavam em poder do devedor, acabam sob a administração judicial da massa.

Após assinar o termo de nomeação, o administrador judicial deverá promover a arrecadação dos bens, livros e documentos do devedor onde quer que estejam. Pois bem, no inventário serão referidos os bens de propriedade de terceiros ou reclamados por estes.

À evidência, não teria sentido admitir que a massa falida se locupletasse às expensas de terceiros. Por essa razão, a LRE prevê a forma pela qual se dará a restituição daqueles bens a seus respectivos donos.

Pela sua natureza reivindicatória, a restituição de bens de terceiros é instituto paralelo à falência. Trata-se, na verdade, de autêntica reivindicação, porque é reivindicável a *res* alheia que está em poder do devedor ou de seu sucedâneo falimentar.

A restituição será sempre judicial, sujeitos os interessados a procedimento em que deverão fundamentar o pedido e individuar a *res* reclamada. Trata-se, pois, de procedimento contencioso, de caráter pessoal, com o objetivo de restituição ou composição pecuniária.

A lei admite o pedido de restituição se a coisa arrecadada estiver em poder do devedor:

- em virtude de um direito real; ou
- em virtude de um contrato.

Assim, a restituição deve ser pedida por quem tenha o direito de reaver a coisa que se encontra em poder do devedor na data da falência e foi arrecadada pelo administrador judicial.

Também pode ser reclamada a restituição de coisas vendidas a crédito e entregues ao devedor nos 15 (quinze) dias anteriores ao requerimento de falência, se ainda não alienadas pela massa. A justificativa da restituição especial encontra-se na presumível má-fé do devedor que, mesmo conhecendo sua situação de insolvência, adquiriu bens sabendo que não poderia pagá-los (na melhor das hipóteses, não poderia pagá-los do modo avençado).

Como a LRE autoriza o pedido de restituição de coisa entregue ao devedor nos 15 (quinze) dias que antecedem o requerimento de quebra, é necessário explicitar o que significa, neste caso, requerimento de quebra. Distribuição? Despacho judicial?

Nenhuma das duas. Por requerimento de falência, aqui, entenda-se a entrega da petição inicial no protocolo, quer dizer, sua protocolização. Entendimento diverso seria prejudicial aos credores que, dessa forma, acabariam arcando com o inconveniente da demora na distribuição ou despacho do pedido.

Nos termos da Súmula 495 do Supremo Tribunal Federal, a "restituição em dinheiro da coisa vendida a crédito, entregue nos quinze dias anteriores ao pedido de falência ou de concordata, cabe, quando, ainda que consumida ou transformada, não faça o devedor prova de haver sido alienada a terceiro".

É possível a restituição em dinheiro, desde que observadas as seguintes regras (art. 86 da Lei 11.101/05):

- se ao tempo do pedido de restituição a coisa não mais existir, o requerente receberá o valor da avaliação do bem;
- se ocorreu a venda da coisa, o peticionário receberá seu preço, no valor atualizado;
- na hipótese de revogação ou ineficácia de contrato do falido, o contratante de boa-fé receberá os valores efetivamente entregues ao devedor;
- se o devedor recebeu importância, em moeda corrente nacional, derivada de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, será restituída referida quantia, se o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, tem obedecido às normas legais;
- só se fará a restituição em dinheiro após o pagamento dos créditos trabalhistas salariais vencidos nos 3 (três) meses anteriores à quebra.

Observe-se aqui a incidência da Súmula 495 do Supremo Tribunal Federal:

> "*A restituição em dinheiro da coisa vendida a crédito, entregue nos quinze dias anteriores ao pedido de falência ou de concordata, cabe, quando ainda que consumida ou transformada, não faça o devedor prova de haver sido alienada a terceiro.*"

A matéria, outrora controvertida, está hoje pacífica, consoante a Súmula 417 do Supremo Tribunal Federal:

> "*Pode ser objeto de restituição, na falência dinheiro em poder do falido, recebido em nome de outrem, ou do qual, por lei ou contrato, não tivesse ele a disponibilidade.*"

Se vários requerentes fizerem jus à satisfação em pecúnia e, entretanto, inexistir saldo suficiente, será feito um rateio, posto que verificada a incapacidade de pagamento integral.

Nos termos do art. 51 parágrafo único, da Lei nº 8.212/91, procede pedido de restituição de contribuições descontadas de empregados e não recolhidas pelo devedor.

Também cabe pedido de restituição de importâncias antecipadas ao exportador por instituição financeira com base em contrato de câmbio, nos termos do art. 75, §§ 3º e 4º da Lei nº 4.728/65, incidente a correção monetária por força do princípio *in integrum restitutio.*

Como se sabe, nesse caso, a empresa exportadora que contratou a venda de produto a importador estrangeiro fecha contrato de câmbio com agente financeiro, recebendo em moeda nacional o valor que lhe deveria ser pago após a entrega do produto. Efetivada a tradição, no exterior, o importador paga o banco, solucionando-se o negócio. Se o exportador não entregar o produto vendido, porque sua falência foi decretada, o agente financeiro pode pedir a restituição da importância que antecipou. Consoante o dispositivo citado, da Lei de Mercado de Capitais, essa restituição não está vinculada ao prazo de 15 (quinze) dias que antecede a quebra. Nesse sentido:

> *"Súmula nº 133 do Superior Tribunal de Justiça. A restituição de importância adiantada, à conta de contrato de câmbio, independe de ter sido a antecipação efetuada nos quinze dias anteriores ao requerimento de concordata."*
>
> *"Súmula nº 36 do Superior Tribunal de Justiça. A correção monetária integra o valor da restituição, em caso de adiantamento de câmbio, requerida em concordata ou falência."*

Outra questão refere-se à possibilidade de o credor postular a restituição de bem, em caso de falência e, ao mesmo tempo, promover a execução contra avalistas do falido. Se há pedido de restituição, o título perde sua

exigibilidade contra os avalistas, conquanto estes ainda se obriguem por eventual saldo devedor, após a venda dos bens restituídos.

Na hipótese da coisa ter sido vendida ao devedor que a pagou através de título de crédito (comumente o cheque), é possível a restituição porque o pagamento efetuado mediante a emissão de título cambiário é *pro solvendo*.

No caso de *leasing*, o locador faz jus à devolução da mercadoria dada em locação quando da falência, desde que arrecadada. Todavia, para a restituição em dinheiro vale apenas o valor da coisa objeto do contrato. Fora desses parâmetros, só terá cabimento a habilitação como credor quirografário.

Adite-se, também, que, quando se tratar do penhor mercantil de bens ofertados pelo empresário que vem a incorrer na falência, o credor não tem como postular a restituição, porque não é proprietário daqueles bens dados em garantia real.

O pedido restitutório deve ser devidamente fundamentado, sendo imprescindível que descreva a coisa objeto da reclamação. Como se postula do órgão judiciário que determine a restituição da coisa arrecadada, expõe-se o fato de que decorre o direito à reivindicação do bem e singulariza-se a coisa.

A petição é autuada em separado, acompanhada dos respectivos documentos, sendo intimados o devedor, o administrador judicial e o Comitê, no prazo de 5 (cinco) dias, para cada um, para se manifestarem. É intuitivo que eventual manifestação contrária funcione como contestação.

Se inconteste o pedido devidamente instruído, ao juiz só resta deferi-lo, seguindo-se a expedição de ordem de entrega da coisa.

Havendo contestação e acolhida a pretensão de produção probatória, o juiz designará audiência de instrução e julgamento. A lei não o diz, mas nada impede que, à míngua de prova oral a ser produzida, o juiz profira julgamento antecipado. Se não houver provas a deduzir, os autos serão conclusos para sentença.

Tratando-se de sentença positiva, reconhecido o direito do autor, com o trânsito em julgado da decisão será expedido mandado para entrega da coisa reclamada. O prazo é de 48 (quarenta e oito) horas.

A restituição é pura e simples; o administrador judicial ou o Comitê, cumprindo o mandado judicial, entrega a coisa ao reivindicante.

O autor do pedido de restituição procedente deverá ressarcir a massa falida ou quem tiver suportado as despesas de conservação da *res* reclamada. Assim não fosse e ocorreria a locupletação indevida do requerente.

Já se a sentença for negativa, determinará a inserção do autor no quadro geral de credores, conforme a classificação cabível. Claro, se ficar patente o direito à coisa.

O valor da restituição em pecúnia será atualizado na forma determinada pela Lei nº 6.899/81, que instituiu a correção monetária sobre qualquer débito oriundo de decisão judicial.

Tratando-se de diversos requerentes e de restituição em dinheiro, se não existir disponibilidade de numerário para a satisfação integral, a solução é o rateio proporcional do disponível.

Da sentença, que deve ser publicada em audiência, cabe apelação sem efeito suspensivo, estando aptos à interposição o reclamante, o devedor, o administrador judicial e qualquer credor (ainda que não contestante), no prazo de 15 (quinze) dias.

O *dies a quo* para o ajuizamento do recurso começa a correr da intimação da sentença, se não publicada em audiência, por força do art. 1.003 do CPC/2015.

Aplica-se o princípio da sucumbência ao vencido no pedido de restituição. As despesas da reclamação, quando esta foi contestada, serão pagas pelo vencido. O princípio da sucumbência previsto no estatuto instrumental civil alcança os processos regidos por leis especiais, como os inerentes ao concurso falencial.

Se não couber pedido de restituição, os credores podem ajuizar ação de embargos de terceiro, que se processará nos termos do CPC.

53.6Realização do ativo

Realizar o ativo, em regra, consiste em converter os bens do devedor em dinheiro, para pagamento de seu passivo. A realização do ativo começa com a juntada do auto de arrecadação ao processo de falência.

A LRE oferece diversas alternativas para realização do ativo, conforme uma ordem de preferência:

- alienação em bloco dos estabelecimentos do falido;
- alienação isolada das filiais ou unidades produtivas do falido;
- alienação em bloco dos bens de cada estabelecimento do falido;
- alienação dos bens individualmente considerados.

É certo que esse elenco não é exaustivo porque o juiz poderá homologar qualquer outra forma de realização do ativo, desde que aprovada pela assembleia de credores. Também estipula a possibilidade de realizar-se o ativo com a formação de sociedade de credores ou sociedade cooperativa de trabalhadores da própria empresa. Ademais, havendo motivos

justificados o juiz poderá autorizar outras formas de realização do ativo, mediante fundado pedido do administrador judicial.

Contudo, qualquer decisão judicial permissiva de outras formas de realização do ativo, que não as fixadas no art. 140 da LRE, deverá ser antecedida de aprovação pela assembleia-geral de credores. O pedido fundamentado deve provir do administrador judicial.

Acresce ponderar que a realização do ativo não está vinculada, necessariamente, a que já esteja aperfeiçoado o quadro geral de credores. Nada obsta seja vendido o ativo, aplicando-se o produto em instituição financeira, até que se perfaça a constituição do quadro de credores. Aqui vale o que se entremostra mais produtivo aos interesses da massa.

A LRE contempla as providências necessárias para a venda da empresa do devedor ou de seus bens em geral, aludindo a realização de hasta pública. No leilão, por lances orais. Também pode ocorrer a venda por meio de propostas fechadas ou pregão. O pregão nada mais é do que modalidade mista de lances e propostas.

No interesse da massa, e tendo em vista que se permite a autorização judicial de outras modalidades de alienação do ativo, todas essas alternativas poderão ser adotadas pelo juiz, ainda que à míngua de dispositivos legais manifestos. Não é pelo fato da imprevisão legislativa que se postergará o interesse da massa (credores, empregados e poder público). O processo de falência é finalístico e os mecanismos legais são instrumentais.

A sequência procedimental é a seguinte:

- edital de convocação para o leilão público em jornal de ampla circulação;
- prazo do edital 15 (quinze) dias de antecedência (bens móveis) e 30 (trinta) dias (empresas ou bens imóveis);
- intimação pessoal do representante do Ministério Público, sob pena de nulidade;
- alienação e leilão público pelo maior lance ainda que inferior ao valor da avaliação;
- impugnação pelos interessados em 48 (quarenta e oito) horas da realização do leilão;
- decisão das impugnações em 5 (cinco) dias; e
- agravo de instrumento pelo impugnante que se sentir prejudicado.

Na venda por pregão há duas etapas: recepção de propostas fechadas e leilão por lances orais pelos ofertantes, cujas propostas observem os requisitos legais. O valor de abertura desse leilão é o da proposta recebida do maior ofertante. Só participam do leilão aqueles que apresentarem

propostas não inferiores a 90% (noventa por cento) da maior proposta ofertada em leilão.

O regramento da venda por pregão observa o seguinte:

- recebimento e abertura das propostas pelo juiz;
- notificação judicial dos ofertantes;
- o valor de abertura é o do maior lance do ofertante presente.

Tendo em vista que o valor do lance vincula o ofertante, caso este não compareça ao leilão e não haja lance igual ou superior, o ofertante fica obrigado a prestar a diferença verificada, sob pena de execução promovida pelo administrador judicial, aparelhada com a certidão do juízo.

Por propostas fechadas a alienação ocorrerá por meio de envelopes lacrados a serem abertos pelo juiz, na data, hora e local consignados no edital. O auto pertinente lavrado pelo escrivão será assinado por todos os presentes e, com as propostas, juntado aos autos da falência.

Como foi dito, há outras formas de realização do ativo, cuja condição de validade é sua aceitação pela assembleia-geral de credores. Se esta não anuir à proposta alternativa, o juiz, após ouvir o administrador judicial e o Comitê de Credores, decidirá sobre a forma a ser adotada:

- formação de sociedade de credores; ou
- constituição de sociedade cooperativa de empregados com ou sem participação dos sócios da sociedade devedora.

Tratando-se de formação de sociedade cooperativa de trabalhadores da própria empresa, estes poderão valer-se dos créditos que titulam, como empregados, para aquisição de bens da empresa.

Qualquer que seja a forma de alienação, todos os credores sub-rogam-se no produto da realização do ativo, segundo a ordem de preferência estabelecida na classificação dos créditos. Consigne-se que o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus. Por outro lado, o arrematante dos bens não é sucessor nas obrigações do devedor, mesmo as de natureza tributária, trabalhista e acidentária. Consequentemente, os empregados do falido que forem contratados pelo arrematante não poderão reclamar deste obrigações decorrentes do contrato anterior, porque serão admitidos mediante novos contratos de trabalho.

É certo que, nos termos do art. 133 do CTN, o adquirente de estabelecimento empresarial responde pelos tributos, relativos ao estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato. Contudo, essa regra tributária não incide nas hipóteses de alienação judicial em processo de falência nem na alienação judicial de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial. Não há sucessão tributária nesse caso, salvo se o adquirente do estabelecimento for: sócio da sociedade falida ou

em recuperação; sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial; parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios; ou identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária.

A razão de ser dessa regra é facilitar a alienação de ativos de empresários ou sociedades empresárias falidos, na medida em que a sucessão desestimula a arrematação. Por isso, justifica-se a norma que excepciona a regra geral do art. 1.146 do CC, que atribui responsabilidade ao adquirente de estabelecimento empresarial, pelos débitos anteriores à transferência.

53.7Solução do passivo

Solucionar o passivo significa pagar os credores, na medida das possibilidades da massa falida. Para que isso possa ocorrer, é necessário que esteja consolidado o quadro geral de credores e que estejam definidos os chamados créditos extraconcursais. Pagas as restituições e satisfeitos os créditos extraconcursais, a solução do passivo observará a classificação geral prevista no art. 83 da LRE, observadas eventuais reservas de valores determinadas por provimentos jurisdicionais.

Se houver aludidas reservas, os respectivos valores aguardarão depositados o julgamento definitivo do crédito. Se este não for total ou parcialmente procedente, aqueles recursos serão rateados, em caráter suplementar, entre os credores remanescentes. O mesmo destino terão os valores não levantados no prazo de 60 (sessenta) dias pelos credores a quem couberam em rateio.

A solução do passivo depende da forma adotada na realização do ativo e da classificação dos créditos, assegurada sempre a primazia do princípio do tratamento equitativo dos credores. Excepcionam a máxima, os créditos trabalhistas de índole salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à sentença de falência, até o limite de 5 (cinco) salários mínimos. Serão imediatamente pagos. Imediatamente, aqui, quer dizer logo que haja disponibilidade de caixa.

A LRE determina a restituição em dobro, com acréscimo de juros legais, do pagamento feito com base em crédito ou garantia oriundos de vício jurídico (erro, dolo, falsidade etc.). Também assim, as quantias recebidas pelos credores com base em crédito ou garantia advindos de documento cuja existência era ignorada. É que quem recebeu por crédito ou

garantia fundado em ato jurídico viciado, na verdade, se enriqueceu ilicitamente. Daí o dever de restituição dobrada. Também, os juros legais pertinentes ao tempo em que fruiu dessas quantias, indevidamente.

Antes de determinar a distribuição do rateio o juiz deverá aprovar as contas do administrador judicial e de seus auxiliares. Quanto a essas contas, serão prestadas pelo administrador judicial sempre que houver recebimentos e são suscetíveis de impugnação pelo devedor ou pelos credores. O prazo de impugnação é de 15 (quinze) dias contados de aviso publicado, pelo escrivão, em órgão oficial.

Uma derradeira indagação, conquanto de caráter meramente teórico, se faz necessária: e se resultar saldo positivo após o integral pagamento dos créditos?

Solucionado o passivo, as eventuais sobras, certamente, serão restituídas ao devedor ou sociedade empresária devedora, sempre mediante recibo nos autos. Trata-se de hipótese de rara incidência.

53.8Encerramento

Realizado o ativo e pago o passivo nos limites da massa falida, o juiz encerrará, por sentença o processo falimentar. Para que possa fazê-lo, deverá julgar as contas do administrador judicial. Estas serão prestadas no prazo de 30 (trinta) dias, instruídas documentalmente em autos apartados com destino de apensamento aos autos principais da falência. O juiz fará publicar aviso de recepção das contas, disponibilizando-as aos eventuais interessados, que poderão impugná-las no prazo de 10 (dez) dias. Em seguida deverá se manifestar o representante do Ministério Público, em 5 (cinco) dias, e o administrador judicial terá oportunidade de oferecer explicações se existir impugnação ou o parecer ministerial for contrário à aprovação das contas.

Se a sentença rejeitar as contas apresentadas pelo administrador judicial, já fixará suas responsabilidades, o que significa que poderá determinar a indisponibilidade ou, até mesmo, o sequestro de bens daquele para garantir a indenização da massa falida. Trata-se de título executivo judicial.

Positivo ou negativo o provimento jurisdicional, dele caberá o recurso de apelação.

Se o juiz julgar boas as contas do administrador judicial, este ainda terá incumbência de oferecer, no prazo de 10 (dez) dias, o relatório final cujo conteúdo é o seguinte:

- indicação do valor do ativo;

•indicação do valor do produto da realização do ativo;
•indicação do valor do passivo;
•indicação do valor dos pagamentos efetuados; e
•especificação justificada das responsabilidades remanescentes do falido.

Com o relatório final, o juiz poderá encerrar a falência fazendo publicar, por edital, a respectiva sentença, suscetível de ser atacada por recurso de apelação.

A falência pode terminar com a satisfação integral das pretensões dos credores concorrentes ou, quando a massa falida é insuficiente, com saldo contra o devedor.

Uma vez encerrada a falência, os credores remanescentes podem executar o falido pelo saldo de seus créditos, corrigido a partir da sentença de encerramento. O título executório será a certidão do juízo da falência, contendo o valor do crédito habilitado, sua origem, os pagamentos feitos pela massa e o saldo na data do encerramento do processo.

O prazo prescricional relativo às obrigações do falido, que esteve suspenso desde a sentença decretatória, recomeça a fluir a partir da data do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência.

Acrescente-se, que o fato do encerramento da falência não impede a instauração de ação penal para persecução de crimes falimentares. A prescrição do direito de ação relativa aos crimes falimentares observa as regras do Código Penal.

Não é demais ter em conta que, o credor que não se habilitou, ainda que seja o requerente da falência, não tem legitimidade para recorrer da sentença de encerramento do processo.

53.9Extinção das obrigações

São casos de extinção das obrigações do devedor:

•o pagamento integral dos créditos;
•o pagamento de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários, facultando-se ao falido o depósito da quantia necessária para completar esse percentual;
•o decurso de 5 (cinco) anos contados do encerramento da falência se o falido não foi condenado por crime falimentar; ou
•o decurso do prazo de 10 (dez) anos contados do encerramento da falência se o falido recebeu condenação criminal falimentar.

A sentença de extinção das obrigações deve ser postulada pelo falido em petição dirigida ao juízo da falência, documentada, para ser autuada em

apartado. Será publicado por edital tanto no órgão oficial como em jornal de grande circulação, permitindo que qualquer credor possa impugná-lo no prazo de 30 (trinta) dias. Depois, a decisão judicial advirá em 5 (cinco) dias.

Pode ocorrer que o requerimento do falido seja efetivado antes mesmo do encerramento da falência, nos casos de pagamento total ou de metade dos créditos quirografários. Nessa hipótese, a declaração de extinção das obrigações pode vir na própria sentença de encerramento.

À sentença extintiva das obrigações impõe-se publicidade compatível com aquela exigida da decretação da falência. Todas as pessoas físicas e jurídicas informadas da falência, agora deverão cientificar-se da extinção das obrigações do falido. De fundamental importância é a comunicação ao registro de empresas (Junta Comercial) para o devido cancelamento da anotação realizada quando da decretação da quebra.

Da sentença de extinção sempre cabe apelação por credor que tenha impugnado, sem sucesso, o pedido do falido. Com o trânsito em julgado da sentença, o feito será apensado ao processo de falência.

Falido cujas obrigações estão extintas por decisão trânsita em julgado não sofre mais as restrições impostas pela sentença decretatória de falência. Pode, isto sim, arcar com os efeitos de uma sentença penal condenatória por crime falimentar.

Nos termos do art. 191 do CTN, a extinção das obrigações do falido demanda prova de quitação de todos os tributos.

54

Direito Penal Falimentar



54.1Introdução

A LRE contém um ordenamento penal e processual penal especificamente falimentar, que tem o condão de modificar radicalmente a vetusta regulação da LFC, mediante a substituição de modalidades penais obsoletas por novas descrições típicas à altura da atual realidade empresarial. Também é uma formatação mais realista, na medida em que prioriza as condutas fraudulentas de empresários e outros profissionais ligados à vida empresarial, inclusive do setor informático, já que, hoje, a informatização predomina na elaboração e organização da escrituração contábil.

Sob essa perspectiva, a LRE enseja aos órgãos persecutórios e jurisdicionais meios mais eficazes para deslindar a criminalidade empresarial, máxime quanto às autênticas "caixas pretas" que se montam com o intuito de contornar as exigências fiscais, trabalhistas e previdenciárias, expondo ao risco da insatisfação credores, trabalhadores, acionistas e o próprio poder público em todos os níveis.

Saliente-se, nesse diapasão, a inserção penal da violação de sigilo empresarial e da divulgação de informações falsas, condutas corriqueiras no meio empresarial, que servem para inviabilizar a atividade econômica e prestigiar a monopolização de setores da vida material em detrimento de agentes econômicos de menor potencial, mas extremamente importantes para o mercado.

A sensível majoração das sanções estipuladas para os crimes falimentares deve, senão erradicar, ao menos reduzir determinadas práticas contábeis e informáticas que, pela sua eficiência, transformavam em retórica o extinto arcabouço penal falimentar.

Altera-se o critério de aferição do lapso prescricional relativo aos crimes falimentares, remetendo-se a matéria à sua sede adequada, isto é, o Código Penal.

Os crimes falimentares não são mais apurados em inquérito supervisionado pelo órgão judiciário, expediente que, na vigência da LFC, confundia na mesma pessoa o investigador interessado e o julgador imparcial. Como os demais delitos, agora observam, na fase investigatória, os ditames do inquérito policial, se e quando necessário, posto que o Ministério Público, se reunir os elementos caracterizadores de infrações penais falimentares, pode prescindir daquele procedimento preliminar investigatório.

A ação penal falimentar não se desenvolve mais perante o juízo da falência porque foi deslocada para sua sede adequada, quer dizer, o juízo criminal.

De qualquer forma, como o tratamento de toda essa matéria integra o âmbito penal e processual penal, aqui se oferece uma síntese meramente informativa das diretrizes sobre o direito penal falimentar, tal como concebido pela LRE. Aos penalistas incumbe a crítica dessa temática.

54.2Crimes falimentares

É reconhecida a enorme dificuldade enfrentada pela doutrina para a conceituação dos crimes falimentares. De fato, reina intensa discordância quanto à objetividade jurídica tutelada na estipulação das modalidades delituosas.

Os crimes praticados nos processos de recuperação ou de falência ofendem, imediatamente, o patrimônio em crise, mas também agridem a administração da justiça, a propriedade, a fé pública e o crédito, entre outras objetividades jurídicas. Daí por que, s.m.j., em face da lei brasileira, o critério mais razoável para a alocação de tais crimes é o que os qualifica como delitos pluriobjetivos. Raramente, um delito falimentar deixa de agredir, simultaneamente, diversos bens juridicamente relevantes.

Crimes de dano e crimes de perigo

O elenco delituoso da LRE contém crimes de dano e crimes de perigo.

O perigo, como se sabe, pode ser presumido ou concreto. Perigo presumido é o que a lei reconhece abstratamente, inserto em determinada ação ou omissão. Perigo concreto, ao contrário, é o que deve ser demonstrado caso a caso em sua efetividade ou, quando presumido *juris tantum*, admite prova em sentido contrário. A LRE define tanto um como

outro. De perigo presumido é, por certo, o crime de mera escrituração e, de perigo concreto, a fraude contra credores.

Graus de realização do delito

Em matéria de graus de realização, quer dizer, de admissibilidade ou não da forma tentada, a maioria dos crimes aqui tratados quase sempre admite o *conatus*. É o caso, *v. g.*, do devedor que, sentindo próxima e inevitável a quebra tenta ocultar ou desviar bens pertencentes à empresa, só não logrando êxito porque o administrador judicial obsta o transporte da mercadoria em trânsito.

Sujeito ativo

Tanto na falência como nas recuperações, equiparam-se ao falido, para fins criminais, os sócios, diretores, gerentes, administradores, conselheiros e, até mesmo o administrador judicial. Podem pois responder por crimes falimentares, na medida de sua culpabilidade.

Subjetividade

É natural que a LRE não promova distinção formal calcada no dolo ou na culpa. O cotidiano evidencia que a negligência indutora de culpa é quase sempre o móvel da quebra do agente econômico. Também demonstra que, em seguida, vêm à luz as ilegalidades impulsionadas pela premeditação. Assim, uma sequência de condutas criminosas acaba se encadeando, como se fosse conduta única obediente a um processo evolutivo de culpabilidade. De modo que é muito difícil individualizar crimes falimentares com base no elemento subjetivo, no âmbito desse complexo processo percorrido pelo agente econômico.

Pluralidade de agentes

No que pertine com a subjetividade, os delitos previstos na LRE comportam, em regra, a coautoria. Dada a equivalência dos antecedentes causais, os participantes do evento delituoso são postos em igualdade de condições. Por isso, demonstrado que o agente, a quem se imputou a autoria, não cometeu o delito, em regra não haverá como condenar o coparticipe. Equiparam-se ao falido ou devedor, para todos os efeitos penais, os sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros das sociedades empresárias. Na medida de sua culpabilidade, é claro.

Classificações

Os crimes praticados na recuperação judicial ou na falência conhecem diversas classificações:

- quanto ao agente;
- quanto ao tempo da ação; e
- quanto à espécie de sanção.

Quanto ao agente, podem ser próprios ou impróprios. Os próprios são os cometidos pelo empresário individual devedor, sócios ou administradores da sociedade empresária devedora. Os impróprios são os praticados por outras pessoas vinculadas à falência, tais como o juiz, o representante do Ministério Público, o escrivão, o administrador judicial etc. Assim, incidem nas mesmas penas do devedor os contadores, auditores e outros profissionais que concorrerem para a prática do estelionato falimentar tratado no art. 168 e seus incisos.

É preciso levar em conta que o crime pode não ser falimentar, isto é, caracterizar-se como tal, independentemente do decreto falencial. Nesse caso, eventual ilícito penal praticado pelo administrador judicial, por qualquer credor ou mesmo pelo representante do Ministério Público, a matéria deve ser cuidada por investigação policial e não judicial.

Crimes falimentares em espécie

Os crimes falimentares elencados nos arts. 168 *usque* 178 da LRE são os seguintes:

- fraude contra credores;
- violação de sigilo empresarial;
- divulgação de informações falsas;
- indução a erro em processo concursal;
- favorecimento de credores;
- desvio, ocultação ou apropriação de bens;
- aquisição, recepção ou uso ilegal de bens;
- habilitação ilegal de crédito;
- exercício ilegal de atividade;
- violação de impedimento; e
- omissão de documentos contábeis obrigatórios.

Tempo do crime falimentar

Já quanto ao tempo de sua prática, há crimes cometidos antes da decretação judicial da falência (crimes pré-falimentares), outros praticados no curso do processo de falência e outros, ainda, cometidos durante a fase de recuperação judicial. Por exemplo, o crime consistente em alardear falsa informação sobre empresa em recuperação judicial, com o fim de levá-la a falência ou de obter vantagem. É crime pré-falimentar.

Crimes próprios e crimes impróprios

Em regra, os crimes falimentares próprios são realizados pelo falido até que se promova a arrecadação do ativo. A partir daí, com a perda da administração e disponibilidade dos bens da empresa, dificilmente ocorrem esses crimes. Em compensação, é justamente nessa fase que eclodem os delitos falimentares impróprios, por exemplo, o de aquisição de bens da massa falida por leiloeiro via interposta pessoa ou, ainda, a especulação de lucro cometida pelo administrador judicial que intenta negociar com alguns credores formas pouco ortodoxas de solução clandestina de algumas obrigações.

A regra é a reclusão

No que respeita à modalidade sancionatória, inexistente hoje, a distinção entre falência dolosa e falência culposa, a LRE trata, simplesmente, de crimes de reclusão e de detenção, todos acrescidos de multa. Assim sendo, com exceção do delito previsto no art. 178 (crime de detenção), todos os demais são punidos com pena de reclusão. Isso não significa que o elemento subjetivo pertinente à imputabilidade seja desprezado pelo juiz, na fixação das penas.

De tal arte que o delito mais grave é o de fraude a credores (pena reclusiva de três a seis anos, e multa, sujeita a aumentos conforme a natureza dos atos fraudatórios) enquanto o de menor potencial incriminatório é o do art. 178 (pena detentiva de um a dois anos, e multa), consistente em deixar de elaborar, escriturar ou autenticar escrituração contábil obrigatória.

Concurso de crimes

Os princípios e regras gerais do Código Penal, sobretudo os pertinentes ao concurso de crimes, têm plena aplicação aos crimes estatuídos na LRE. Os do Código de Processo Penal, também.

54.3Inquérito penal falimentar

Se na LFC a apuração da autoria e da materialidade das condutas delituosas afetadas pela sentença de falência era promovida mediante inquérito judicial, no sistema instaurado pela LRE esse procedimento não existe mais.

O inquérito falimentar é policial e tem importância fundamental no processo de falência, pois define um quadro de todas as vicissitudes que explicam a quebra, desde os desmandos e equívocos da conduta do devedor

ou dos administradores da empresa falida até a própria incidência penal, individualizando, neste caso, os responsáveis e especificando os eventuais crimes ocorridos.

Sobre sua natureza jurídica entende-se, à luz da LRE, tratar-se de procedimento meramente inquisitivo.

54.4Ação penal falimentar

Intimado que seja da sentença decretatória de falência ou concessiva da recuperação judicial, o representante do Ministério Público, se verificar indícios de qualquer crime falimentar, tem duas opções: promover, desde logo, a ação penal; ou, se entender conveniente, requisitar a instauração de inquérito policial, que observará a regência gravada no CPP.

Encerrado o inquérito policial, os autos irão ao representante do Ministério Público que, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá:

- ofertar denúncia contra o devedor e outros corresponsáveis;
- determinar o retorno do inquérito à polícia para diligências necessárias; ou
- requerer o arquivamento do inquérito policial.

Como se vê, a apreciação do inquérito policial pelo Ministério Público, não é tão simples que se limita à alternativa "denunciar ou arquivar". A liberdade de apreciação da peça investigatória, pelo representante ministerial, é a mais ampla possível. Sempre cabe recordar que o Ministério Público é o titular da ação penal, agente da *persecutio criminis* em face do Poder Judiciário. Daí por que, se o réu estiver solto ou beneficiado pela fiança, o representante ministerial pode aguardar a apresentação, pelo administrador judicial, da exposição circunstanciada sobre as causas da falência, a conduta do devedor e outros responsáveis por atos que possam tipificar crime falimentar ou delito a ele conexo.

Qualquer credor habilitado ou o administrador judicial pode oferecer queixa subsidiária. Como a ação penal é pública, outro que não o Ministério Público só poderá ajuizá-la ante a inércia do órgão ministerial. Tanto o credor como o administrador judicial têm o prazo decadencial de seis meses para promoção da ação penal privada subsidiária da pública.

A LRE não trata, especificamente, do pedido de arquivamento, mas na medida em que o CPP se aplica subsidiariamente, se inexistirem sequer indícios de autoria ou materialidade delituosa, o Ministério Público deverá requerer o arquivamento do procedimento investigatório.

Se o representante do Ministério Público requerer o arquivamento do inquérito, a queixa subsidiária será possível. O Ministério Público é o

titular da ação penal, mas não é dono e sua opção pela não instauração da *actio poenalis* não inviabiliza a medida, mediante atuação, por exemplo, do credor, desde que calcado em elementos sugestivos de tipicidade falimentar.

Da decisão que rejeitar a denúncia ou a queixa cabe apelação. Da que receber a inicial, não cabe recurso. Todavia, o denunciado ou o querelado não está inibido de ajuizar ação de *habeas corpus* se, independentemente de dilação probatória, manifestar-se flagrante violação de direito fundamental ou evidente constrangimento ilegal.

A LRE não estipula recurso contra decisão denegatória de inicial penal, mas, no caso, cabe recurso em sentido estrito, uma vez que incide supletivamente o CPP.

Se requerido o arquivamento e o juiz, convencido da materialidade e da autoria em tese, discordar das razões invocadas, remeterá os autos ao Procurador-Geral de Justiça do Estado, nos moldes do procedimento previsto no art. 28 do CPP. O Procurador-Geral poderá determinar o arquivamento ou, então, o oferecimento da denúncia, que será encetada por outro promotor de justiça que não aquele que intentou o arquivamento.

A decisão que manda arquivar os autos de inquérito judicial não é definitiva. A exemplo do que ocorre no processo penal ordinário é *rebus sic stantibus*, comportando desarquivamento diante de novas provas. Também, por isso, permanece intata a possibilidade de ação penal tardia, mas tempestiva. Claro que a extinção da punibilidade pela prescrição ou por outra causa relevante prevista na lei penal é o limite para a dedução de eventual pretensão criminal.

Os crimes falimentares são, sem exceção, delitos de ação penal pública incondicionada.

A denúncia que implementa a ação penal falimentar deve conter os mesmos requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP para as iniciais penais comuns. Assim, precisa expor o fato delituoso com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação do crime falencial e, se necessário, o rol de testemunhas.

Vigente o princípio da obrigatoriedade, a oferta de denúncia é compulsória se existe crime em tese e indícios de autoria.

O delito falitário, como qualquer outro crime, envolve diversas circunstâncias que devem ficar esclarecidas na inicial ministerial, tais como o meio de execução, local, tempo, efeitos etc. Isso sem prejuízo dos requisitos gerais pertinentes ao agente, meios empregados, evento produzido, local do crime, motivos, modo de cometimento e tempo do fato.

Tenha-se em mente que, às vezes, nas sociedades empresárias, o delito falimentar resulta da participação de vários agentes, o que determina a adoção de cuidados especiais na confecção daquela peça, máxime quanto à descrição da conduta de cada pessoa para a consumação.

Como já decidiu o Pretório Excelso (RHC 67.034-2),

> *"Embora nos crimes em que haja envolvimento de muitas pessoas nos mesmos fatos, não venha a jurisprudência do STF exigindo a descrição pormenorizada da participação de cada uma no evento, é de se ter a denúncia como desatendendo aos requisitos do art. 41 do CPP se omite qual foi a participação em crime societário de pessoas que, embora te possam encontrar-se ligadas à diretoria, possuem funções que, pela sua natureza, são completamente desvinculadas das atribuições que possuam."*

A LRE fala, simplesmente, em recebimento de denúncia sem exigir despacho fundamentado. Todavia, na vigência da antiga LFC, o juiz deveria, ainda que sinteticamente, justificar a recepção da inicial penal. Com o advento da LRE e a incidência subsidiária do CPP, essa exigência desapareceu. Como nos demais processos criminais, o que o juiz tem que fundamentar é a eventual rejeição da denúncia, precisamente porque desta decisão cabe recurso, enquanto a primeira é irrecorrível.

Como se trata de ação penal pública, não sujeita, portanto, a prazo decadencial, enquanto não ocorrer a prescrição do direito de ação o Ministério Público poderá intentar ação penal por crime previsto na LRE perante o juízo criminal da jurisdição falitária. Com ou sem inquérito policial.

Em síntese: a denúncia será oferecida ao juiz criminal da jurisdição da falência ou da recuperação judicial. Não mais perante o juiz da falência, como ocorria no sistema da LFC. Recebida a inicial, o processo seguirá o rito dos arts. 531 a 540 do CPP.

54.5Sentença

Neste ponto, cuidamos de duas espécies de sentença. A primeira, a sentença que decreta qualquer das modalidades do concurso de insolvência, de natureza civil: sentença de conhecimento na modalidade constitutiva. A segunda, a sentença que condena por crime falimentar, de natureza penal.

A sentença civil instauradora do concurso (decretatória de falência, concessiva de recuperação judicial ou homologatória de recuperação extrajudicial) é condição objetiva de punibilidade das infrações penais previstas no art. 168 ss. Sem o decisório pretoriano não se pode falar em crime falimentar.

No caso da sentença condenatória por crime contemplado na LRE, seus efeitos consistem:

- na inabilitação para o exercício de atividade empresarial;
- no impedimento para participar em conselho de administração, diretoria ou gerência de sociedade empresária; e
- na impossibilidade de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio.

Referidos efeitos devem ser fundamentadamente declarados na sentença e, se não cessarem por efeito de reabilitação penal, perdurarão até cinco anos após a extinção da punibilidade.

A efetivação das restrições impostas na sentença condenatória por crime falimentar, após seu trânsito em julgado, se opera mediante a notificação do Registro Público de Empresas, no sentido de obstar novo registro em nome do inabilitado. Tão só em virtude desta comunicação o devedor ou sócio solidário já está inibido de empreender.

Os prazos de prescrição da ação penal falimentar seguem a norma do Código Penal (arts. 108 a 110). Seu *termo a quo* é a data do fato. Na impossibilidade de defini-la, o termo inicial da prescrição é a data da decretação da quebra ou da recuperação judicial, conforme o caso. Esse prazo interrompe-se nos termos do Código Penal. Por isso, o recebimento da denúncia interrompe o lapso prescricional do crime falimentar.

Enfim, vale acrescentar que a condenação por crime falimentar altera as condições para extinção das obrigações do devedor. Com efeito, se o devedor não for condenado por crime falimentar, a extinção de suas obrigações se opera em cinco anos contados do encerramento da falência. Já se condenado criminalmente, esse prazo passa para dez anos.

Parte X



Direito Concorrencial

55

Direito Concorrencial



55.1Bases do direito concorrencial brasileiro

Ao longo da História ocidental, a partir do liberalismo, não tem sido tarefa cômoda a preservação de uma coexistência ideal entre os princípios constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, função social da empresa, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

De modo geral, a livre iniciativa e a livre concorrência sempre encontram barreiras nos seus próprios domínios, no curso de sua convivência. Trata-se de um patamar de antinomias indisfarçáveis, bastando destacar o impedimento à livre concorrência, motivado, precisamente, pelos abusos da liberdade de exercício do poder econômico.

A dificuldade de reconhecimento dos limites impostos pela necessária composição das liberdades depende, sempre, de estruturas de ponderação, quase sempre, infelizmente, superadas pela busca de posições dominantes em diversos mercados relevantes e desprezo à desejável *compliance.*

Não há remédios miraculosos para extirpar essa contradição inerente ao sistema econômico, conquanto seja possível minimizá-la mediante a busca de um equilíbrio sustentável, sob coordenadas jurídicas aplicadas pelos organismos estatais e, sempre que possível, postulada pelos próprios cidadãos, valendo-se do aparato instrumental em vigor.

O Brasil não ostenta tradição político-jurídica na defesa da concorrência. A Lei nº 4.137/62, regulamentando o art. 148 da CF de 1946, foi a primeira norma a tratar do processo administrativo no âmbito do CADE e, bem assim, de um processo judicial pertinente.

Ultrapassada a era dos planos nacionais de desenvolvimento, que obstaculizaram a incidência daquele diploma controlador, o direito concorrencial brasileiro logrou obter fundamentação de validade constitucional em 1988, no art. 170 do Texto Maior.

O fato é que a Constituição Federal, ao estabelecer, em seu Título VII, Capítulo I, os princípios relativos à ordem econômica, insere o da livre concorrência.

No art. 173, são definidos como abuso do poder econômico os atos ou condutas que tenham por objeto, ou por efeito, a dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Como a liberdade de iniciativa e a livre concorrência são colunas que sustentam a ordem econômica, sua equiparação à cidadania, à dignidade humana e ao pluralismo não é mera exorbitância retórica dos incisos do art. 170.

Seguiram-se o Decreto nº 99.244/90, a Lei nº 8.137/90 e, em 1994, a legislação antitruste representada pela Lei nº 8.884/94.

Só então tornou-se possível aludir a um direito concorrencial brasileiro, embora exteriorizado por normas suscetíveis de aprimoramento, como o recente advento da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, Lei da Defesa da Concorrência (LDC).

Sem adentrar no campo das porfias doutrinárias sobre a existência de um direito concorrencial, como ramo do Direito, basta lembrar que a progressiva fragmentação dos problemas jurídicos com etiologia no mercado demanda, na mesma proporção, o fracionamento dos domínios jurídicos, como expediente inamovível para atendimento peculiar de questões cuja especificidade não permite sua subordinação exclusiva aos tradicionais compartimentos do Direito.

Mesmo sintetizando contribuições de diversos afluentes do Direito, o chamado direito concorrencial merece consideração própria, como demonstrado pela maximização das modalidades de atos de concentração, pela reiteração de infrações à ordem econômica e infrações às relações de consumo, nele embutidas.

55.2Lei de Defesa da Concorrência

A LDC organiza sob novos moldes o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, esclarecendo os respectivos procedimentos administrativos e sua reverberação tanto no plano penal e empresarial, como na órbita dos interesses difusos.

Com esse fito, altera diversas normas, sobretudo, a Lei nº 8.137/90, o Código Penal e a Lei nº 7.347/85; e revoga dispositivos da Lei nº 8.884/94 e da Lei nº 9.781/99.

Incide sobre as práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos, esclarecendo

que considera-se domiciliada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.

Funda-se nos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Ao declarar que a coletividade é a titular dos bens jurídicos que tutela, evidencia que trata de matéria pertinente aos interesses difusos.

55.3Composição do SBDC

O SBDC é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas na LDC.

O CADE é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, exercendo função judicante, no âmbito administrativo, em todo o território nacional, com sede e foro no Distrito Federal.

É constituído pelos seguintes órgãos:

–Tribunal Administrativo de Defesa Econômica;

–Superintendência-Geral; e

–Departamento de Estudos Econômicos.

Compete ao Plenário do Tribunal, além de zelar pela observância da LCD, de seu regulamento e do regimento interno, dentre outras atribuições:

–decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar; aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geralque fiscalize seu cumprimento; apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral; apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, fixando, quando conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração; e decidir sobre o cumprimento de decisões, compromissos e acordos.

A Superintendência-Geral fiscaliza as práticas de mercado, sobretudo, de pessoas físicas ou jurídicas que detêm posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, com o intento de prevenir infrações da ordem econômica. Por isso, desfruta de amplos poderes de inspeção e

requisição de informações e documentos, mantendo o sigilo legal, quando imperativo.

Promove inquéritos administrativos e respectivos procedimentos preparatórios para imposição de sanções por infrações à ordem econômica e para apuração e análise de atos de concentração econômica.

No seu âmbito de atribuições, pode sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordos em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento; adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento; e orientar os órgãos e entidades da Administração Pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento da LDC.

Desenvolve estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica e exerce o papel pedagógico consistente na instrução ao público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão.

Por seu turno, a Procuradoria Federal Especializada presta consultoria e assessoramento jurídico ao Cade, representa-o judicial e extrajudicialmente, bem como promove a execução judicial das decisões e julgados do Cade e das medidas da Superintendência-Geral.

O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, emitir parecer, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator.

55.4Infrações contra a ordem econômica

As infrações contra a ordem econômica materializam a modalidade mais grave de agressão contra a economia de mercado, porque atingem diretamente suas colunas estruturais, repercutindo seus nocivos efeitos por toda a coletividade. Por isso, nessa matéria os dispositivos da LDC ostentam caráter intimidativo e punitivo.

De tal sorte que seu art. 31 cataloga o espectro de possíveis destinatários de suas sanções, vale dizer, pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Deve ser enfatizado que as diversas modalidades de infração da ordem econômica implicam não só a responsabilidade da empresa, mas também, a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.

Cuidando-se de empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica, todas são solidariamente responsáveis.

Neste ponto é bom salientar, também, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica, sempre que se caracterizar abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social da empresa.

Certamente, a desconsideração também será efetivada quando advier falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica causados por má administração.

Sempre vale a pena deixar claro que a repressão das infrações da ordem econômica não afasta a possibilidade de punição de outros ilícitos previstos em lei.

São casos genéricos de responsabilidade objetiva (independem da prova de culpa), suscetíveis de sanções administrativas, mesmo que os objetivos indevidos de seus autores não sejam alcançados, os que tenham por alvo:

–limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
–dominar mercado relevante de bens ou serviços;
–aumentar arbitrariamente os lucros;
–exercer de forma abusiva posição dominante.

O abuso de posição dominante ocorre quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa. Essa anomalia é presumida quando uma empresa ou grupo de empresas controla 20% de mercado relevante, podendo esse percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

O art. 36, § 3º, do diploma em tela especifica as condutas atentatórias à ordem econômica:

–acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma, os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; a divisão de

partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;
–promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
–limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
–criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
–impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
–exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;
–utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; – regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;
–impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativas a negócios destes com terceiros;
–discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;
–recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;
–dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;
–destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;
–açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

–vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;
–reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;
–cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;
–subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e
–exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

55.5Sanções

As sanções administrativas diferem conforme seu autor.

Tratando-se de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.

Aqui, o CADE poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, ou quando o valor definido for incompleto ou equívoco ou inidôneo.

No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como de quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa oscila entre R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais).

Enfim, o administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, recebe multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa ou entidades.

Sem prejuízo dessas penas, conforme a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

–a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;
–a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;
–a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;
–a recomendação aos órgãos públicos competentes para
a)seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;
b)não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;
–a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;
–a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e
–qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, mesmo depois da decisão do Tribunal determinando sua cessação, bem como pelo não cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer impostas, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou termo de compromisso de cessação previstos nesta Lei, o responsável fica sujeito a multa diária fixada em valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até 50 (cinquenta) vezes, se assim recomendar a situação econômica do infrator e a gravidade da infração.

Na aplicação das penas, serão levados em consideração:

•a gravidade da infração;
•a boa-fé do infrator;
•a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
•a consumação ou não da infração;
•o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros;
•os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;
•a situação econômica do infrator; e

•a reincidência.

55.6Direito de ação

Consoante o art. 47 da LDC, os lesados por infrações da ordem econômica poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

No caso de prejuízo a interesses individuais homogêneos, caberá ação civil pública que poderá ser promovida pelo Ministério Público ou pelos demais entes legitimados do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor.

Nessa direção, o art. 1º inciso V, da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) enseja o ajuizamento de ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados por infração à ordem econômica.

55.7Prescrição

Prescrevem em 5 (cinco) anos as ações da Administração Pública federal, direta e indireta, objetivando apurar infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado a prática do ilícito.

Interrompe a prescrição qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração da infração contra a ordem econômica mencionada no *caput* deste artigo, bem como a notificação ou a intimação da investigada.

Por outro lado, suspende-se o curso da prescrição durante a vigência do compromisso de cessação ou do acordo em controle de concentrações.

Adite-se que incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de 3 (três) anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.

55.8Acordo de leniência

O CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, pode celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da Administração Pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, com pessoas físicas e jurídicas autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte tanto a identificação de outros envolvidos na prática infrativa quanto a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

São requisitos para a celebração dessa espécie de delação premiada:

–a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

–a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

–a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e

–a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Incumbe ao Tribunal do CADE, no julgamento do processo administrativo, comprovado o cumprimento do acordo, decretar a extinção da ação punitiva da Administração Pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada.

Nas outras hipóteses, o Tribunal poderá reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, considerando na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

São extensivos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.

A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para

julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o CADE não tenha qualquer conhecimento prévio.

A proposta de acordo de leniência é sigilosa e, quando rejeitada, não importa em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

Por outro lado, o descumprimento do acordo de leniência, impede o beneficiário de celebrar novo acordo, pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.

55.9Crimes contra a ordem econômica

As infrações da ordem econômica, quase sempre, ultrapassam a esfera administrativa e ingressam na seara penal.

Pelo art. 4º da Lei nº 8.137/90 (os arts. 5º e 6º foram revogados pela LDC), constitui crime contra a ordem econômica, apenado com reclusão de dois a cinco anos e multa, o abuso do poder econômico dominando o mercado ou eliminando total ou parcialmente a concorrência, mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas.

O dispositivo em pauta elenca, ainda, entre os delitos contra a ordem econômica a prática consistente em formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; ou ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e no Código Penal, a celebração de acordo de leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Uma vez cumprido o acordo, extingue-se a punibilidade dos respectivos crimes.

55.10Concentrações empresariais

Desde logo, deve ficar claro que, sem embargo dos riscos inerentes à liberdade de mercado e à observância dos princípios constitucionais da ordem econômica e social, os atos de concentração empresarial não são, por si sós, presumidamente nefastos.

Seus objetivos nem sempre intentam a abusividade, sendo exemplares o caso da recuperação econômica de empresas atingidas por crises financeiras, o soerguimento de cadeias produtivas, a otimização das condições de distribuição, o acesso a insumos etc.

Sob essa perspectiva, as concentrações trazem resultados salutares, tanto no âmbito das empresas envolvidas quanto em face de terceiros e, bem assim, de toda coletividade, quando isentas de conotações abusivas.

Contudo, sempre é importante anotar que o incremento dos atos de concentração empresarial não se exaure na órbita interempresarial. Pode alcançar projeção muito mais ampla, se considerados o porte das sociedades empresárias envolvidas e a extensão do mercado relevante.

Simultaneamente, as concentrações empresariais podem implementar consequências indesejáveis, não sendo raro ocorrer que, até mesmo, prevaleçam sobre aqueles fitos construtivos. Nessa conjuntura inevitável, a presença do Estado entremostra-se necessária, tendo em vista que, sem obstar o exercício da livre iniciativa, deve desempenhar funções de controle assecuratório do equilíbrio peculiar à livre concorrência sadia, à repressão ao abuso do poder econômico e à preservação dos direitos dos consumidores. Trata-se de atuação que descende diretamente da programação constitucional e dos princípios que a norteiam.

Sem admitir a existência de um confronto entre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, mas realçando as dificuldades de sua coexistência regular, não há como afastar a importância da legislação protetiva da concorrência e da atuação dos entes públicos responsáveis.

A intervenção da instância político-jurídica implica o reconhecimento da projeção, na superestrutura social, de uma infraestrutura socioeconômica que não pode restar ignorada, porque, no universo capitalista, é preponderante.

55.11Atos de concentração

Além dos clássicos casos de fusão e incorporação, caracteriza-se o ato de concentração quando:

–uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; ou

–duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture.*

De outra parte não se amoldam aos atos de concentração os contratos e consórcios destinados às licitações encetadas pela Administração Pública direta ou indireta e aos contratos delas emergentes.

A LDC inova, quando contempla a submissão prévia ao CADE, pelas partes envolvidas na operação, dos atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

> I –pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e
> II –pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Importante sublinhar que, a partir da vigência da LDC, aludido controle dos atos de concentração é realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda. De modo que tais atos não podem ser aperfeiçoados antes de apreciados pelo CADE, sob pena de nulidade, sem prejuízo da imposição de multa pecuniária, de valor não inferior a R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), e instauração de processo administrativo.

Em consequência, enquanto não houver decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação daquelas sanções.

São proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvados os que observem os limites estritamente necessários para, cumulativa ou alternativamente aumentar a produtividade ou a competitividade; melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados ao CADE pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio, respectivamente, no prazo de 5 (cinco) dias úteis para, se for o caso, ser examinados. Este prazo pode ser ampliado por até 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, mediante

requisição das partes envolvidas na operação; ou por até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão, o prazo da prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo.

A análise prévia de atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em leilões, licitações e operações de aquisição de ações por meio de oferta pública observa regulamentação específica, estabelecida em Resolução do CADE.

Parte XI



Propriedade Industrial

56

Direito de Propriedade Industrial



56.1Introdução

O art. 5º (incisos XXVII e XXIX) da CF é o fundamento de validade da proteção da propriedade intelectual, no Brasil. No inciso XXVII declara pertencer aos autores "o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar". O inciso XXIX tem em mira o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico, ao dizer que "a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresa e a outros signos distintivos".

A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial concretizar-se-á mediante:

- concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;
- concessão de registro de desenho industrial;
- concessão de registro de marca;
- repressão às falsas indicações geográficas; e
- repressão à concorrência desleal.

Os direitos de propriedade industrial são, na verdade, um conjunto de princípios e normas voltados à manutenção da inviolabilidade da produção autoral e, sob a perspectiva econômica, dedicados à preservação de sua utilidade e exploração exclusivas.

O Código da Propriedade Industrial é nada mais que um sistema de natureza administrativa destinado a oferecer proteção pública às relações derivadas da propriedade industrial. Autêntica expressão do poder de polícia do Estado, revela uma estruturação administrativa com finalidade disciplinadora.

A disciplina legal da matéria reside no Código de Propriedade Industrial (CPI),[1] que estende sua aplicação:

•aos pedidos de patente ou de registro provenientes do exterior depositados no país por quem tenha proteção assegurada por tratado ou convenção em vigor no Brasil; e
•aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade de direitos iguais ou equivalentes.

As disposições dos tratados em vigor no Brasil são aplicáveis, em igualdade de condições, às pessoas físicas e jurídicas nacionais ou domiciliadas no país, o que é decorrência lógica da CF, pois esta assegura a igualdade entre brasileiros e estrangeiros domiciliados no Brasil (art. 5º, *caput*) e, bem assim, identifica como direitos fundamentais aqueles decorrentes de tratados internacionais (art. 5º, § 2º).

A expressão *propriedade industrial* designa o complexo de direitos intelectuais que se projetam no segmento empresarial, reconhecidos pelo Estado, mediante a concessão de patentes de invenção e registro de marcas e desenhos.

Os direitos de propriedade industrial, que são considerados bens móveis para todos os efeitos legais, podem ser divididos em três grandes classes:

•patentes industriais;
•registros industriais; e
•registros de marcas.

O Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), autarquia federal, criada em 1970, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, tem por finalidade principal, segundo a Lei nº 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial), executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista sua função social, econômica, jurídica e técnica. É, ainda, sua atribuição pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial.

Criado em substituição ao antigo Departamento Nacional de Propriedade Industrial, o Instituto agregou às tarefas tradicionais de concessão de marcas e patentes a responsabilidade pela averbação dos contratos de transferência de tecnologia e, posteriormente, pelo registro de programas de computador, contratos de franquia empresarial, registro de desenho industrial e de indicações geográficas.

56.2Titularidade da patente

A patente assegura a propriedade de invenção ou modelo de utilidade a seu autor. É seu título atributivo de propriedade, quer dizer, é o

reconhecimento, pelo sistema jurídico, de sua titularidade e efeitos decorrentes.

Poderão requerê-la:

- seu autor;
- os herdeiros do autor;
- o cessionário;
- o titular por imposição legal;
- o titular por contrato de trabalho; ou
- o titular por contrato de prestação de serviços.

Temos assim, respectivamente, a titularidade originária, a titularidade por sucessão, a titularidade derivada de cessão, a titularidade legal e a titularidade contratual (de trabalho ou de prestação de serviços). Com certeza, tratando-se de um direito de propriedade imaterial, pode transmitir-se aos herdeiros e sucessores, pode ser cedido e pode decorrer de pacto trabalhista ou contratação de serviço.

O inventor será nomeado e qualificado, podendo requerer a não divulgação de sua nomeação.

Tendo em conta que, hoje, as invenções e criações são oriundas de equipes de criação mantidas ou contratadas por pessoas jurídicas (em geral, empresas de grande porte), o Código de Propriedade Industrial preocupa-se com a chamada invenção ou criação coletiva. Assim, quando se tratar de invenção ou de modelo de utilidade realizado por duas ou mais pessoas, há que se distinguir duas situações:

- se criação conjunta, a patente poderá ser requerida por todas ou qualquer delas, mediante nomeação e qualificação das demais, para ressalva dos respectivos direitos;
- se criação independente, o direito de obter patente será assegurado àquele que provar o depósito mais antigo, independentemente das datas de invenção ou criação.

Vê-se, pois, que a ordem jurídica não prioriza com base na primazia da criação, mas, exclusivamente, considerando quem depositou primeiro o pedido de patente da criação ou invento, atribuindo eficácia constitutiva ao ato oficial. Tanto é assim que a retirada de depósito anterior sem produção de qualquer efeito dará prioridade ao depósito imediatamente posterior. Em poucas palavras, a prioridade funda-se na anterioridade do depósito.

56.3Patenteabilidade

São patenteáveis a invenção e o modelo de utilidade.

> "As leis, em geral, não definem a invenção, e é natural que não o façam. O conceito de invenção, como vimos, é mais técnico que jurídico. À técnica, pois, deve o jurista pedir o seu conceito. Por isso, limitam-se as leis a enunciar o princípio genérico da privilegialidade ou a estabelecer classificação puramente formal das invenções privilegiáveis, indicando as condições específicas da privilegiabilidade, isto é, os requisitos de que depende a concessão da patente, e as invenções não suscetíveis de privilégio." (*36 : 213*)

Quanto à primeira, é pressuposto de patenteabilidade o atendimento aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Entenda-se cumulativamente e não alternativamente. Isso é, suscetível de ser patenteada é a invenção que reúna: novidade + atividade inventiva + aplicação industrial.

No que concerne ao modelo de utilidade, a lei o define como o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional em seu uso ou em sua fabricação.

Por outro lado, não são considerados invenção nem modelo de utilidade (art. 10 do CPI):

- descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos;
- concepções puramente abstratas;
- esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização;
- as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética;
- programas de computador;
- apresentação de informações;
- regras de jogo;
- técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e
- todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.

A lei não é generosa quanto à patenteabilidade das invenções e modelos de utilidade. Impõe limites, obstando a que se confira patente nos casos adiante enumerados:

- que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas;

•as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e

•todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade e que não sejam mera descoberta.[2]

Como se percebe, tanto para a invenção como para o modelo de utilidade, a lei reclama a coexistência da novidade, da atividade inventiva e do uso industrial.

56.4Novidade

Por *novidade* entende-se o que não está compreendido no estado da técnica. Este é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior.

Excepcionalmente, não é considerado como estado da técnica:

•divulgação de invenção ou modelo de utilidade, quando ocorrida durante os 12 meses que precederem a data de depósito ou a da prioridade do pedido de patente, se promovida pelo inventor; pelo INPI, por meio da publicação oficial do pedido de patente depositado sem o consentimento do inventor, baseado em informações deste obtidas ou em decorrência de atos por ele realizados; ou por terceiros, com base em informações obtidas direta ou indiretamente do inventor ou em decorrência de atos por este realizados;

•pedido de patente depositado em país que mantenha acordo com o Brasil, ou em organização internacional, que produza efeito de depósito nacional; e

•pedido de patente de invenção ou de modelo de utilidade cuja prioridade é assegurada pelo depósito original no Brasil, sem reivindicação de prioridade e não publicado, de pedido anterior, pelo mesmo requerente ou sucessores, com anterioridade de um ano.

Para fins de aferição da novidade, o conteúdo completo de pedido depositado no Brasil, e ainda não publicado, será considerado estado da técnica a partir da data de depósito, ou da prioridade reivindicada, desde que venha a ser publicado, mesmo que subsequentemente. Vale para o

pedido internacional de patente depositado segundo tratado ou convenção em vigor no Brasil, desde que haja processamento nacional.

56.5Inventividade

Os arts. 13 e 14 do CPI cuidam de esclarecer o que seja atividade inventiva. É a que, sob a óptica de um técnico no assunto, não decorre evidente ou comumente do estado da técnica. Por conseguinte, considera-se que a invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica. Também assim, o modelo de utilidade é dotado de ato inventivo sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira comum ou vulgar do estado da técnica.

56.6Industriabilidade

Pelo art. 15 do CPI, tanto a invenção como o modelo de utilidade são considerados suscetíveis de aplicação industrial quando possam ser utilizados ou produzidos em qualquer tipo de indústria. Ou seja, a caracterização do requisito da industriabilidade está vinculada à aptidão para uso ou produção em qualquer tipo de indústria.

56.7Prioridade

Ao pedido de patente depositado em país que mantenha acordo com o Brasil, ou em organização internacional, que produza efeito de depósito nacional, será assegurado direito de prioridade, nos prazos estabelecidos no acordo, não sendo o depósito invalidado nem prejudicado por fatos ocorridos nesses prazos.

O pedido de prioridade, acompanhado em regra da respectiva comprovação, será formulado no ato de depósito, podendo ser suplementado dentro de 60 dias por outras prioridades anteriores à data do depósito no Brasil.

A reivindicação de prioridade será comprovada por documento hábil da origem, contendo número, data, título, relatório descritivo e, se for o caso, reivindicações e desenhos, acompanhado de tradução simples da certidão de depósito ou documento equivalente, contendo dados identificadores do pedido, cujo teor será de inteira responsabilidade do depositante.

Quando não efetuada por ocasião do depósito, a comprovação deverá ocorrer no prazo máximo de 180 dias contados do depósito, sob pena de perda da prioridade.

Tratando-se de pedido internacional depositado em virtude de tratado em vigor no Brasil, sua tradução deverá ser apresentada no prazo de 60 dias contados da data da entrada no processamento nacional, mas poderá ser substituída por uma simples declaração do depositante, se o pedido depositado no Brasil estiver fielmente contido no documento de origem.

Se prioridade obtida por cessão, o documento correspondente deverá ser apresentado dentro de 180 dias contados do depósito, ou, se for o caso, em até 60 dias da data da entrada no processamento nacional, dispensada a legalização consular no país de origem, pena de perda da prioridade.

56.8Depósito do pedido de patente

A partir do art. 19, o Código de Propriedade Industrial trata do depósito do pedido de patente, cujo conteúdo compreende:

- requerimento;
- relatório descritivo;
- reivindicações;
- desenhos, se for o caso;
- resumo; e
- comprovante do pagamento da retribuição relativa ao depósito.

Essencial é que contenha os dados necessários alusivos ao objeto, ao depositante e ao inventor. O pedido que não se apresentar formalmente completo ou convenientemente aparelhado, ainda assim, poderá ser entregue mediante recibo datado, para complementação em 30 dias, sob pena de devolução ou arquivamento dos documentos.

O pedido de patente não precisa ser formulado integralmente em um único ato. Pode ser dividido em dois ou mais, até o final do exame, desde que:

- mencione especificamente o pedido original; e
- não exceda à matéria revelada constante do pedido original.

Data do depósito é a da apresentação do pedido devidamente instruído ou do recibo datado, ou ainda do pedido original, no caso de fracionamento do pedido.

Tocantemente às condições do pedido, conforme se trate de invenção ou modelo de utilidade, são estabelecidas em lei as seguintes:

•se pedido de patente de invenção, deverá referir-se a uma única invenção ou a um grupo de invenções inter-relacionadas, compreendendo um único conceito inventivo;
•se pedido de patente de modelo de utilidade, terá de se referir a um único modelo principal, que poderá incluir uma pluralidade de elementos distintos, adicionais ou variantes construtivas ou configurativas, desde que mantida a unidade técnico-funcional e corporal do objeto.

O relatório deverá:

•descrever clara e suficientemente o objeto,[3] de modo que possibilite sua realização por técnico no assunto, e indicar, quando for o caso, a melhor forma de execução; e
•fundamentar as reivindicações, caracterizando as particularidades do pedido e definindo, clara e precisamente, a matéria objeto de proteção.

A retirada do pedido de patente deverá ser apresentada em até 16 meses, contados da data do depósito ou da prioridade mais antiga. A retirada de um depósito anterior sem produção de qualquer efeito dará prioridade ao depósito imediatamente posterior. Os pedidos de patente retirados ou abandonados serão obrigatoriamente publicados.

56.9Publicação

O pedido de patente será mantido em sigilo durante 18 meses contados da data de depósito ou da prioridade mais antiga, quando houver, após o que será publicado, à exceção daquele cujo objeto interesse à defesa nacional, por motivos cuja obviedade dispensa maiores explicações.

No último caso, o pedido será processado em caráter sigiloso e não estará sujeito à publicação. A definição sobre a conveniência do sigilo incumbirá ao órgão competente do Poder Executivo a quem o INPI encaminhará o pedido, de imediato. Se, no prazo de 60 dias, referido segmento administrativo não se manifestar, o pedido será processado normalmente.

Claro que as restrições impostas por lei a esta espécie singular de pedido de patente não estão adstritas, apenas, à publicação. Alcançam qualquer divulgação, exploração ou cessão. É lógico, também, que o pedido de patente, nesse caso, não pode ser depositado no exterior, à medida que o interesse da defesa nacional é componente necessário da soberania.

Como as proibições aqui examinadas podem terminar por restringir direitos subjetivos pessoais do titular ou do depositante, e fatalmente o farão, assistirá ao prejudicado a indenização correspondente.

Ainda sobre a publicação, insta salientar que o pedido de patente regularmente instruído e formalmente recebido ficará à disposição do público no INPI, pelo prazo de 60 dias, facultando-se, nesse interstício, a qualquer interessado a apresentação de documentos e/ou informações para subsidiarem o exame. Também o depositante poderá alterar o pedido, até o exame, desde que eventuais modificações fiquem limitadas à matéria inicialmente deduzida no pedido.

56.10Exame do pedido

Em relação ao exame do pedido, deverá ser requerido pelo depositante ou por qualquer interessado, em 36 meses, a partir da data do depósito, pena de arquivamento. Esse nem sempre será definitivo, posto que o depositante poderá requerer seu desarquivamento, mediante retribuição específica.

Uma vez requerido o exame, o interessado estará ainda sujeito à apresentação de documentos e à realização de diligências, cuja inobservância poderá acarretar o arquivamento do pedido. Assim, poderão ser solicitados, sob o aspecto formal, documentos necessários à regularização do processo e exame do pedido, traduções etc. Quanto ao mérito, buscas de anterioridade, resultados de exames, explicação de objeções, enfim, tudo o que for necessário à plena comprovação dos requisitos necessários à outorga da patente.

Determina o art. 35 do CPI que, por ocasião do exame técnico, serão elaborados o relatório de busca de anterioridade e parecer relativo a:

- patenteabilidade do pedido;
- adaptação do pedido à natureza reivindicada;
- reformulação do pedido ou divisão; ou
- exigências técnicas.

O parecer poderá concluir:

- pela concessão da patente como reivindicada;
- pelo indeferimento com esteio na não patenteabilidade;
- pela denegação do pedido por não enquadrar-se na natureza reivindicada; ou
- pela necessidade de outras diligências, formulando exigências.

Ressalvada a hipótese do parecer positivo, nas demais situações, o depositante devidamente intimado poderá manifestar-se no prazo de 90 dias, sob pena de arquivamento do pedido.

Respondida a exigência, ainda que não cumprida, ou contestada sua formulação, e havendo ou não manifestação sobre a patenteabilidade ou o enquadramento, dar-se-á prosseguimento ao exame, com a prolação decisória.

56.11Concessão da patente

Deferido o pedido e comprovado o pagamento da retribuição correspondente, a patente será concedida, expedindo-se a respectiva carta-patente, cujo conteúdo necessário inclui o número, o título e a natureza respectivos, o nome do inventor, a qualificação e o domicílio do titular, o prazo de vigência, o relatório descritivo, as reivindicações e os desenhos, bem como os dados relativos à prioridade.

A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 anos e a de modelo de utilidade, pelo prazo de 15 anos contados da data de depósito. O prazo de vigência não será inferior a 10 anos para a patente de invenção e a sete anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.

A extensão da proteção conferida pela patente será determinada pelo teor das reivindicações, interpretado com base no relatório descritivo e nos desenhos, mas, de modo geral, a patente outorga a seu titular o direito de impedir terceiro, sem seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar produto objeto da patente e processo ou produto obtido diretamente pelo processo patenteado. Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem tais atos.

56.12Violação do direito da patente

Portanto, e para que fique bem claro, deve ser dito que a violação de direito da patente pode caracterizar-se sob duplo aspecto. Quanto ao produto objeto do direito de patente, o uso, a venda, a exposição à venda ou a importação; quanto ao processo patenteado, estará tipificada a violação quando o possuidor ou proprietário não comprovar, mediante determinação

judicial específica, que seu produto foi obtido por processo de fabricação diverso daquele protegido pela patente.

Assegura-se ao detentor da patente o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente. Por isso, se o infrator obteve, por qualquer meio, conhecimento do conteúdo do pedido depositado, anteriormente à publicação, contar-se-á o período da exploração indevida para efeito da indenização a partir da data de início da exploração. Tratando-se de material biológico, o direito à indenização será somente conferido quando o material biológico se tiver tornado acessível ao público.

O direito à indenização por exploração indevida, inclusive com relação ao período anterior à concessão da patente, está limitado ao conteúdo de seu objeto.

À pessoa de boa-fé que, antes da data de depósito ou de prioridade de pedido de patente, explorava seu objeto no país, será assegurado o direito de continuar a exploração, sem ônus, na forma e condição anteriores.

Esse direito, di-lo o art. 45, § 1º do CPI, só poderá ser cedido juntamente com o negócio ou empresa, ou parte desta que tenha direta relação com a exploração do objeto da patente, por alienação ou arrendamento.

Se o pedido tiver sido depositado no prazo de um ano, após a divulgação, quem por ela tiver conhecimento do objeto da patente não terá o direito à exploração livre do objeto patenteado.

56.13Nulidade

O art. 46 do CPI declara nula a patente concedida sem a observância de suas regras, e o art. 47 estipula a nulidade parcial, como aquela não incidente sobre todas as reivindicações, desde que as reivindicações subsistentes constituam, por si só, matéria patenteável.

A nulidade da patente será declarada administrativamente quando:

- não tiver sido atendido qualquer dos requisitos legais;
- relatório e reivindicações não atenderem ao disposto nos arts. 24 e 25, respectivamente;
- objeto da patente se estenda além do conteúdo do pedido originalmente depositado; ou
- em seu processamento, tiver sido omitida qualquer das formalidades essenciais, indispensáveis à concessão.

A ação de nulidade poderá ser proposta a qualquer tempo da vigência da patente, pelo INPI ou por qualquer pessoa com legítimo interesse, no foro da Justiça Federal, e o INPI, se não for autor, intervirá no feito. Não há necessidade de exaurimento da via administrativa para o aforamento da anulatória.

56.14Licença

O titular de patente ou o depositante poderá celebrar contrato de licença para exploração, averbado no INPI, para produzir efeitos *erga omnes*.

O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.

Ensejam, igualmente, licença compulsória:

- a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou
- a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado.

Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular. Nesse caso, o ato de concessão da licença estabelecerá seu prazo de vigência e a possibilidade de prorrogação.

56.15Extinção da patente

A patente extingue-se:

- pela expiração do prazo de vigência;
- pela renúncia de seu titular, ressalvado o direito de terceiros;
- pela caducidade;
- pela falta de pagamento da retribuição anual, no prazo.

Extinta a patente, seu objeto cai em domínio público.

56.15.1Caducidade

Caducará a patente, de ofício ou a requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse, se, decorridos dois anos da concessão da primeira licença compulsória, esse prazo não tiver sido suficiente para prevenir ou sanar o abuso ou o desuso, salvo motivos justificáveis.

A patente caducará quando, na data do requerimento da caducidade ou da instauração de ofício do respectivo processo, não tiver sido iniciada a exploração.

O depositante do pedido e o titular da patente estão sujeitos ao pagamento de retribuição anual, a partir do início do terceiro ano da data do depósito. A falta de pagamento da retribuição anual terá como consequências, conforme o caso, o arquivamento do pedido ou a extinção da patente.

Contudo, o pedido de patente e a própria patente poderão ser restaurados, se o depositante ou o titular assim o requerer, dentro de três meses, contados da notificação do arquivamento do pedido ou da extinção da patente, mediante pagamento de retribuição específica.

56.16Desenho industrial

Desenho industrial é a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original em sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial. Portanto, não se considera desenho industrial qualquer obra de caráter puramente artístico.

O desenho industrial é considerado novo quando não compreendido no estado da técnica.

O desenho industrial é considerado original quando dele resulte uma configuração visual distintiva, em relação a outros objetos anteriores. O resultado visual original poderá derivar da combinação de elementos conhecidos.

Não é registrável como desenho industrial:

- o que for contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas, ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou ideia e sentimentos dignos de respeito e veneração;
- a forma necessária comum ou vulgar do objeto ou, ainda, aquela determinada essencialmente por considerações técnicas ou funcionais.

O pedido de registro, nas condições estabelecidas pelo INPI, conterá:

- •requerimento;
- •relatório descritivo, se for o caso;
- •reivindicações, se for o caso;
- •desenhos ou fotografias;
- •campo de aplicação do objeto; e
- •comprovante do pagamento da retribuição relativa ao depósito.

O pedido de registro de desenho industrial terá que se referir a um único objeto, permitida uma pluralidade de variações, desde que se destinem ao mesmo propósito e guardem entre si a mesma característica distintiva preponderante. Cada pedido é limitado ao máximo de 20 variações.

O desenho deverá representar clara e suficientemente o objeto e suas variações, se houver, de modo que possibilite sua reprodução por técnico no assunto.

Do certificado deverão constar o número e o título, nome do autor, o nome, a nacionalidade e o domicílio do titular, o prazo de vigência, os desenhos, os dados relativos à prioridade estrangeira, e, quando houver, relatório descritivo e reivindicações.

O registro vigorará pelo prazo de 10 anos contados da data do depósito, prorrogável por três períodos sucessivos de cinco anos cada. Eventual pedido de prorrogação deverá ser deduzido durante o último ano de vigência do registro, instruído com o comprovante do pagamento da respectiva retribuição. Se o pedido de prorrogação não tiver sido formulado até o termo final da vigência do registro, o titular poderá fazê-lo nos 180 dias subsequentes, mediante o pagamento de retribuição adicional.

O registro extingue-se:

- •pela expiração do prazo de vigência;
- •pela renúncia, ressalvados os direitos de terceiros;
- •pelo não pagamento da retribuição prevista; ou
- •se titular domiciliado no exterior, pela ausência de procurador devidamente qualificado e domiciliado no país, com poderes de representação administrativa e judicial, inclusive para receber citações.

56.17Marcas

Marcas são sinais visualmente perceptíveis (símbolos, figuras, nomes, emblemas etc.) utilizados para fins distintivos. Destinam-se a individualizar os produtos ou os serviços de uma empresa. Sua função é identificadora e informativa.

P. R. Tavares Paes (*119 : 14*) esclarece que "a marca torna o produto conhecido, ocorrendo muita vez que ela pretere o fabricante. O consumidor conhece a marca, a sua bondade, desconhecendo o fabricante na mor parte das vezes". Conclui que "além da função identificadora, as marcas dão proteção contra a concorrência desleal, esteando o aviamento do comerciante".

Outra vez, incide aqui a novidade. A marca deve ser nova. Não deve ser idêntica à marca que já existe. Pode, porém, até ser idêntica ou semelhante a outra já usada para distinguir produtos diversos ou adotada em gênero de comércio ou indústria diferente.

Nessa ordem de considerações, a lição de Cerqueira (*36 : 370*) cabe perfeitamente:

> "É nesse caso que o princípio da especialidade da marca tem sua maior aplicação, abrandando a regra relativa à novidade. A marca deve ser nova, diferente das já existentes; mas, tratando-se de produtos ou de indústrias diversas, não importa que ela seja idêntica ou semelhante à outra em uso. Quando se trata de indústrias ou gêneros de comércio inteiramente diversos, a questão da coexistência de marcas idênticas ou semelhantes facilmente se resolve. Ninguém confundiria, por exemplo, uma peça de fazenda com uma garrafa de vinho; um automóvel com uma balança, não sendo induzido em erro pelo fato de ser usada a mesma marca nesses produtos."

Com efeito,

> "o direito marcário brasileiro vincula-se ao princípio da especificidade, segundo o qual a marca produz efeitos somente em relação a produtos ou serviços da respectiva classe de registro".[4]

56.17.1Espécies

As marcas são de três espécies:

- marcas de produtos ou serviços;
- marcas de certificação; e
- marcas coletivas.

As *marcas de produtos ou serviços* destinam-se a distinguir produtos ou serviços de outros idênticos, semelhantes ou afins, de origem diversa.

As *marcas de certificação* atestam a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada.

As *marcas coletivas* são as que servem para identificar produtos ou serviços provindos de membros de determinada entidade.

Reclama-se da marca que, lícita e efetivamente, diferencie, certifique ou identifique, respectivamente, produtos, mercadorias ou serviços; vale dizer, que seja veraz, não induza a equívocos e, ao mesmo tempo, não contrarie a lei, a ordem pública e os bons costumes.

56.17.2Categorias

Quanto à composição, podemos distinguir as seguintes categorias de marcas (*88 : 74*):

- marcas de fantasia (geralmente possuem a maior proteção): são constituídas por elementos novos que não possuem significado (*Kodak*, por exemplo);
- marcas arbitrárias: são constituídas por palavras existentes que não guardam relação com o produto que distinguem (*Apple*, por exemplo, para computador);
- marcas sugestivas: são constituídas por palavras que sugerem algum atributo ou benefício dos produtos ou serviços que distinguem, não descrevendo esses produtos (por exemplo,*Facci* para cosméticos);
- marcas descritivas (geralmente possuem a menor proteção): são constituídas por expressão que descreve o produto, o serviço ou uma característica desse produto ou serviço, desde que revestidas de suficiente forma distintiva (*Copo de leite*, por exemplo, para laticínios).

Outra distinção pode ser feita entre as marcas nominativas, figurativas, mistas e tridimensionais. Daí que marca *nominativa* é a constituída por uma ou mais palavras no sentido amplo do alfabeto romano, compreendendo também os neologismos e as combinações de letras e/ou algarismos romanos e/ou arábicos. *Figurativa* é a marca constituída por desenho, figura ou qualquer forma estilizada de letra e número, isoladamente. Marca *mista* é a constituída pela combinação de elementos nominativos e figurativos ou de elementos nominativos, cuja grafia se apresente de forma estilizada. Enfim, marca *tridimensional* é a constituída pela forma plástica de produto ou de embalagem, cuja forma tenha capacidade distintiva em si mesma e esteja dissociada de qualquer efeito técnico.

56.17.3Marcas não registráveis

Não é possível registrar como marca, por exemplo:

- brasão, armas, medalha, bandeira, emblema, distintivo e monumento oficiais, públicos, nacionais, estrangeiros ou

internacionais, bem como a respectiva designação, figura ou imitação;

•letra, algarismo e data, isoladamente, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva;

•expressão, figura, desenho ou qualquer outro sinal contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou a imagem de pessoas ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou ideia e sentimento dignos de respeito e veneração;

•designação ou sigla de entidade ou órgão público, quando não requerido o registro pela própria entidade ou órgão público;

•reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com esses sinais distintivos.

Adquire-se a propriedade da marca pelo registro obtido no INPI. O direito exclusivo ao uso da marca resulta, pois, do registro. É que

> "a lei garante no território nacional a propriedade e o uso exclusivo da marca àquele que obteve o registro no INPI, para distinguir seus produtos, mercadorias ou serviços, de outros idênticos ou semelhantes, na classe correspondente à sua atividade".[5]

Ao titular de marca são assegurados os direitos de ceder seu registro ou pedido de registro, licenciar seu uso e zelar por sua integridade material ou reputação.

56.17.4Proteção e restrições

A proteção de que trata a lei abrange o uso da marca em papéis, impressos, propaganda e documentos relativos à atividade do titular.

A apressada leitura das disposições legais pode conduzir a um superdimensionamento dos direitos do titular da marca, o que é falso. Assim, não poderá:

•impedir que fornecedores utilizem sinais distintivos que lhes são próprios, juntamente com a marca do produto, em sua promoção e comercialização;

•impedir que fabricantes de acessórios utilizem a marca para indicar a destinação do produto, desde que obedecidas as práticas leais de concorrência;

•impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem, com seu consentimento; e

•impedir a citação da marca em discurso, obra científica ou literária ou qualquer outra publicação, desde que sem conotação comercial e sem prejuízo para seu caráter distintivo.

56.17.5Registro da marca

O prazo de vigência do registro da marca é de 10 anos, contados da data da concessão do registro. Pode ser prorrogado por períodos iguais e sucessivos, desde que o pedido de prorrogação seja formulado durante o último ano de vigência do registro. Caso contrário, isto é, se o pedido de prorrogação não tiver sido efetuado até o termo final da vigência do registro, o titular ainda poderá fazê-lo nos seis meses subsequentes, mediante o pagamento de retribuição adicional.

O registro da marca não é perpétuo, extinguindo-se (art. 142 do Código de Propriedade Industrial):

•pela expiração do prazo de vigência;
•pela renúncia, que poderá ser total ou parcial em relação aos produtos ou serviços assinalados pela marca;
•pela caducidade; ou
•se pessoa domiciliada no exterior não constituir e manter procurador devidamente qualificado e domiciliado no país, com poderes para representá-la administrativa e judicialmente, inclusive para receber citações.

Caducará o registro, a requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse se, decorridos cinco anos de sua concessão, na data do requerimento:

•uso da marca não tiver sido iniciado no Brasil; ou
•uso da marca tiver sido interrompido por mais de cinco anos consecutivos, ou se, no mesmo prazo, a marca tiver sido usada com modificação que implique alteração de seu caráter distintivo original, tal como constante do certificado de registro.

Todavia, não ocorrerá caducidade se o titular justificar o desuso da marca por causas legítimas.

O uso da marca deverá compreender produtos ou serviços constantes do certificado, sob pena de caducar parcialmente o registro em relação aos não semelhantes ou afins daqueles para os quais a marca foi comprovadamente usada. O uso da marca independe de licença, bastando sua autorização no regulamento de utilização.

Além das causas gerais de extinção mencionadas, o registro da marca, se coletiva e de certificação, extingue-se quando a entidade não mais existir

ou a marca conhecer utilização diversa daquela estipulada no regulamento de utilização.

O registro deferido em desacordo com as normas estabelecidas no Código de Propriedade Industrial é nulo. Sua invalidação pode ser obtida administrativamente, mediante pedido deduzido no prazo de 180 dias de sua concessão. Também poderá sê-lo judicialmente, via ação declaratória de nulidade, sujeita ao prazo prescricional de cinco anos. A declaração de nulidade opera *ex tunc*, retroagindo seus efeitos à data do depósito do pedido de registro que se pretende extinguir.

56.18Concorrência indevida

Nos termos do art. 1º, inciso IV, da CF, um dos fundamentos da ordem jurídica brasileira é a livre iniciativa. Coerentemente, o constituinte inseriu a livre iniciativa, no art. 170, como base da ordem econômica, incluindo entre seus princípios orientadores a livre concorrência. A densificação da livre iniciativa só pode configurar-se em toda sua extensão num mercado em que se observa a livre concorrência, até porque a liberdade de atuação no mercado decorre do equilíbrio entre os que nele interagem.

Se é um impulso congênito do empresário a busca de consumidores para os produtos ou serviços que oferece, com o intuito de maximizar lucros, há que se observar os limites ditados pelos objetivos superiores do mercado como base da ordem econômica, no interesse da coletividade e do próprio segmento empresarial.

Por isso, o art. 173, § 4º, da CF, estabelece que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. E no § 5º, que a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Em síntese, exercendo a livre iniciativa e, portanto, sendo seu interesse preservá-la, todo empresário deve abster-se de adotar condutas que coloquem em risco a livre concorrência, que, imediatamente, afeta de forma direta os interesses dos demais empresários, e, mediatamente, agride à própria ordem econômica. Em outros termos, veda-se ao empresário a prática da concorrência indevida, como estratégia destinada a tutelar os interesses dos partícipes do mercado, do próprio mercado e, enfim, da ordem econômica nacional.

A convenção de Paris de 1883, primeiro diploma internacional empenhado no combate à concorrência desleal, condenou todo ato de competição contrário aos usos honestos. Assim, os que criam confusão, por qualquer meio, com o estabelecimento, os produtos ou a atividade do concorrente. Também assim, as alegações falsas, tendentes a desacreditar o estabelecimento, os produtos ou as atividades da empresa concorrente.

56.18.1Modalidades

Verifica-se, pois, que a ilicitude, em termos de concorrência no mercado, tanto se mostra perigosa no microcosmo interempresarial (concorrência desleal), lesando interesses privados, como revela intensa nocividade no universo da economia nacional, ao contrastar a livre iniciativa e colocar em xeque os ditames constitucionais que a guarnecem.

56.18.2Concorrência desleal

Entende-se como concorrência desleal o conjunto de condutas do empresário que, fraudulenta ou desonestamente, busca afastar a freguesia do concorrente. A concorrência desleal tem característica instrumental, à medida que se caracteriza pelos meios ilícitos adotados pelo empresário para angariar clientela, em detrimento dos demais concorrentes.

Consoante Nelson Hungria, a concorrência desleal envolve seis modalidades delitivas genéricas:

- •denigração do concorrente;
- •desvio de clientela;
- •confusão entre estabelecimento ou produto;
- •propaganda com falsa atribuição de mérito especialmente reconhecido;
- •corrupção para obtenção de vantagem indevida; e
- •violação de segredo, com abuso de confiança.

Não se teça confusão entre concorrência e concorrência maliciosa ou desleal. A primeira, inerente à economia de mercado, é o resultado natural da competição entre empresas, intentando persuadir e atrair a clientela. A segunda deriva do engodo e da fraude. A distinção reside no "como concorrer", ou seja, nos meios utilizados para concorrer. A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não é antijurídica.

Assim, são condutas que caracterizam crime de concorrência desleal que também podem ser praticadas pelo empregador, sócio ou administrador

da empresa, sujeitos à pena de detenção, de três meses a um ano, ou multa, os previstos no art. 195 do CPI:

- •publicar, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;
- •prestar ou divulgar, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;
- •empregar meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;
- •usar expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imitar, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;
- •usar, indevidamente, nome empresarial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vender, expor ou oferecer à venda ou ter em estoque produto com essas referências;
- •substituir por seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem seu consentimento;
- •atribuir-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;
- •vender ou expor ou oferecer à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utilizar para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado se o fato não constitui crime mais grave;
- •dar ou prometer dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;
- •receber dinheiro ou outra utilidade, ou aceitar promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;
- •divulgar, explorar ou utilizar-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;
- •divulgar, explorar ou utilizar-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude;
- •vender, expor ou oferecer à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou mencioná-lo, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;

•divulgar, explorar ou utilizar-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Sob o ângulo civil, independentemente das sanções penais cabíveis, os atos de concorrência desleal podem determinar para seu autor a incidência da indenização por perdas e danos.

Por outro lado, o art. 209 do CPI assegura ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos no Código de Propriedade Industrial, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

Poderá o juiz, nos autos da própria ação, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar liminarmente a sustação da violação ou de ato que a enseje, antes da citação do réu, mediante, caso julgue necessário, caução em dinheiro ou garantia fidejussória.

56.18.3 Software

A relevância econômico-social da informática, quase sempre colocada em risco pela chamada "pirataria" quanto aos programas de computador, justifica a harmonização da legislação brasileira com as convenções internacionais pertinentes aos direitos do autor. Mesmo assim, a proteção do*software* é regida pelo regime jurídico estabelecido na Lei nº 9.610/98.

A validade dos direitos do titular de um programa de computador é de 50 anos. Referido prazo conta-se a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao de sua criação.

Certamente, a natureza incorpórea dos programas de computador leva à dificuldade de geração de provas materiais de eventuais contrafações. Daí porque a única forma concreta para sua proteção contra a utilização indevida e não autorizada é o registro.

Ademais, a proteção do *software* desfruta de espectro internacional. Isso significa que os registros levados a efeito no Brasil devem merecer acatamento nos outros países signatários dos acordos internacionais pertinentes, dos quais é exemplo a Convenção de Berna.

Adite-se ainda que a proteção aludida abrange tanto o programa quanto seu título comercial.

Como se sabe, o registro de direitos autorais não é obrigatório. Contudo, para o exercício do direito de exclusividade sobre *software* há que se comprovar sua autoria. Diferentemente dos demais direitos autorais (música, literatura etc.), os programas de computador são voláteis, o que os torna passíveis de adulterações por meios magnéticos. Esse fato, por si só, justifica o registro perante o INPI; é a única maneira de protegê-los.

No caso de transferência integral ou parcial dos direitos sobre determinado programa, o contrato respectivo deverá ser averbado à margem do registro.

Nos termos da Lei nº 9.610/98, salvo prova em contrário, será considerado autor do programa:

- quem lançar o programa indicando ser de sua autoria;
- na falta de indicação de autoria, aquele que o tiver anunciado ou indicado essa qualidade em sua utilização;
- todos os colaboradores em cujo nome o programa for lançado;
- o empregador ou contratante de serviço, no caso de programa desenvolvido e elaborado na vigência do contrato ou da vinculação ou quando a atividade do empregado seja prevista, ou, ainda, quando decorra da própria natureza dos serviços prestados;
- o empregado, servidor ou prestador de serviço, quando o programa tiver sido gerado sem relação com o contrato de trabalho ou vínculo e sem utilização de recursos, informações tecnológicas, materiais, instalações ou equipamentos do empregador ou contratante;
- a pessoa que, devidamente autorizada, operou modificações tecnológicas no programa original, no que se refere somente a tais modificações e derivações; e
- o cessionário.

---

[1] Lei nº 9.279/96.

[2] Para o Código de Propriedade Industrial, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.

[3] Cf. o art. 24, parágrafo único, do CPI, tratando-se de material biológico essencial à realização prática do objeto do pedido, que não possa ser descrito adequadamente e que não estiver acessível ao público, o relatório deverá ser suplementado por depósito do material em instituição autorizada pelo INPI ou indicada em acordo internacional.

[4] *RT* 743/220.

[5] *RT* 691/85.

Súmulas em Matéria Comercial



1. Súmulas do Supremo Tribunal Federal

Súmula vinculante nº 7

A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.

Súmula nº 665

É constitucional a taxa de fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários instituída pela Lei nº 7.940/1989.

Súmula nº 664

É inconstitucional o inciso V do art. 1º da Lei nº 8.033/1990, que instituiu a incidência do imposto nas operações de crédito, câmbio e seguros – IOF sobre saques efetuados em caderneta de poupança.

Súmula nº 646

Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.

Súmula nº 645

É competente o município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.

Súmula nº 638

A controvérsia sobre a incidência, ou não, de correção monetária em operações de crédito rural é de natureza infraconstitucional, não viabilizando recurso extraordinário.

Súmula nº 600

Cabe ação executiva contra o emitente e seus avalistas, ainda que não apresentado o cheque ao sacado no prazo legal, desde que não prescrita a ação cambiária.

Súmula nº 592

Nos crimes falimentares, aplicam-se as causas interruptivas da prescrição, previstas no Código Penal.

Súmula nº 562

Na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito, cabe a atualização de seu valor, utilizando-se, para esse fim, dentre outros critérios, dos índices de correção monetária.

Súmula nº 554

O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.

Súmula nº 533

Nas operações denominadas crediários, com emissão de vales ou certificados para compras e nas quais, pelo financiamento, se cobram, em separado, juros, selos e outras despesas, incluir-se-á tudo no custo da mercadoria e sobre esse preço global calcular-se-á o imposto de vendas e consignações.

Súmula nº 521

O foro competente para o processo e julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade da emissão dolosa de cheque sem provisão de fundos, é o do local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado.

Súmula nº 498

Compete à justiça dos estados, em ambas as instâncias, o processo e o julgamento dos crimes contra a economia popular.

Súmula nº 495

A restituição em dinheiro da coisa vendida a crédito, entregue nos quinze dias anteriores ao pedido de falência ou de concordata, cabe, quando, ainda que consumida ou transformada, não faça o devedor prova de haver sido alienada a terceiro.

Súmula nº 439

Estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação.

Súmula nº 419

Os municípios têm competência para regular o horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas.

Súmula nº 417

Pode ser objeto de restituição, na falência, dinheiro em poder do falido, recebido em nome de outrem, ou do qual, por lei ou contrato, não tivesse ele a disponibilidade.

Súmula nº 390

A exibição judicial de livros comerciais pode ser requerida como medida preventiva.

Súmula nº 387

A cambial emitida ou aceita com omissões, ou em branco, pode ser completada pelo credor de boa-fé antes da cobrança ou do protesto.

Súmula nº 363

A pessoa jurídica de direito privado pode ser demandada no domicílio da agência, ou estabelecimento, em que se praticou o ato.

Súmula nº 246

Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos.

Súmula nº 189

Avais em branco e superpostos consideram-se simultâneos e não sucessivos.

Súmula nº 153

Simples protesto cambiário não interrompe a prescrição.

Súmula nº 147

A prescrição de crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou do trânsito em julgado da sentença que a encerrar ou que julgar cumprida a concordata.

Súmula nº 121

É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.

Súmula nº 28

O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista.

2. Súmulas do Superior Tribunal de Justiça

Súmula nº 541

A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada.

Súmula nº 537

Em ação de reparação de danos, a seguradora denunciada, se aceitar a denunciação ou contestar o pedido do autor, pode ser condenada, direta e solidariamente junto com o segurado, ao pagamento da indenização devida à vítima, nos limites contratados na apólice.

Súmula nº 532

Constitui prática comercial abusiva o envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor, configurando-se ato ilícito indenizável e sujeito à aplicação de multa administrativa.

Súmula nº 531

Em ação monitória fundada em cheque prescrito ajuizada contra o emitente, é dispensável a menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula.

Súmula nº 530

Nos contratos bancários, na impossibilidade de comprovar a taxa de juros efetivamente contratada – por ausência de pactuação ou pela falta de juntada do instrumento aos autos –, aplica-se a taxa média de mercado, divulgada pelo Bacen, praticada nas operações da mesma espécie, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o devedor.

Súmula nº 529

No seguro de responsabilidade civil facultativo, não cabe o ajuizamento de ação pelo terceiro prejudicado direta e exclusivamente em face da seguradora do apontado causador do dano.

Súmula nº 524

No tocante à base de cálculo, o ISSQN incide apenas sobre a taxa de agenciamento quando o serviço prestado por sociedade empresária de trabalho temporário for de intermediação, devendo, entretanto, englobar também os valores dos salários e encargos sociais dos trabalhadores por ela contratados nas hipóteses de fornecimento de mão de obra.

Súmula nº 509

É lícito ao comerciante de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda.

Súmula nº 504

O prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de nota promissória sem força executiva é quinquenal, a contar do dia seguinte ao vencimento do título.

Súmula nº 503

O prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de cheque sem força executiva é quinquenal, a contar do dia seguinte à data de emissão estampada na cártula.

Súmula nº 498

Não incide imposto de renda sobre a indenização por danos morais.

Súmula nº 485

A Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição.

Súmula nº 480

O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa.

Súmula nº 479

As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.

Súmula nº 477

A decadência do art. 26 do CDC não é aplicável à prestação de contas para obter esclarecimentos sobre cobrança de taxas, tarifas e encargos bancários.

Súmula nº 476

O endossatário de título de crédito por endosso-mandato só responde por danos decorrentes de protesto indevido se extrapolar os poderes de mandatário.

Súmula nº 475

Responde pelos danos decorrentes de protesto indevido o endossatário que recebe por endosso translativo título de crédito contendo vício formal extrínseco ou intrínseco, ficando ressalvado seu direito de regresso contra os endossantes e avalistas.

Súmula nº 472

A cobrança de comissão de permanência – cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato – exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual.

Súmula nº 469

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

Súmula nº 465

Ressalvada a hipótese de efetivo agravamento do risco, a seguradora não se exime do dever de indenizar em razão da transferência do veículo sem a sua prévia comunicação.

Súmula nº 457

Os descontos incondicionais nas operações mercantis não se incluem na base de cálculo do ICMS.

Súmula nº 451

É legítima a penhora da sede do estabelecimento comercial.

Súmula nº 435

Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

Súmula nº 430

O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.

Súmula nº 426

Os juros de mora na indenização do seguro DPVAT fluem a partir da citação.

Súmula nº 424

É legítima a incidência de ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL nº 406/1968 e à LC nº 56/1987.

Súmula nº 419

Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel.

Súmula nº 417

Na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto.

Súmula nº 410

A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Súmula nº 404

É dispensável o aviso de recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros.

Súmula nº 402

O contrato de seguro por danos pessoais compreende os danos morais, salvo cláusula expressa de exclusão.

Súmula nº 400

O encargo de 20% previsto no DL nº 1.025/1969 é exigível na execução fiscal proposta contra a massa falida.

Súmula nº 389

A comprovação do pagamento do "custo do serviço" referente ao fornecimento de certidão de assentamentos constantes dos livros da companhia é requisito de procedibilidade da ação de exibição de documentos ajuizada em face da sociedade anônima.

Súmula nº 388

A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral.

Súmula nº 385

Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

Súmula nº 384

Cabe ação monitória para haver saldo remanescente oriundo de venda extrajudicial de bem alienado fiduciariamente em garantia.

Súmula nº 382

A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade.

Súmula nº 381

Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.

Súmula nº 380

A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor.

Súmula nº 379

Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês.

Súmula nº 375

O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

Súmula nº 372

Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória.

Súmula nº 370

Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado.

Súmula nº 369

No contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora.

Súmula nº 364

O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

Súmula nº 362

A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

Súmula nº 361

A notificação do protesto, para requerimento de falência da empresa devedora, exige a identificação da pessoa que a recebeu.

Súmula nº 359

Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição.

Súmula nº 335

Nos contratos de locação, é válida a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção.

Súmula nº 332

A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia.

Súmula nº 328

Na execução contra instituição financeira, é penhorável o numerário disponível, excluídas as reservas bancárias mantidas no Banco Central.

Súmula nº 326

Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

Súmula nº 323

A inscrição de inadimplente pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito por, no máximo, cinco anos.

Súmula nº 322

Para a repetição de indébito, nos contratos de abertura de crédito em conta-corrente, não se exige a prova do erro.

Súmula nº 319

O encargo de depositário de bens penhorados pode ser expressamente recusado.

Súmula nº 307

A restituição de adiantamento de contrato de câmbio, na falência, deve ser atendida antes de qualquer crédito.

Súmula nº 305

É descabida a prisão civil do depositário quando, decretada a falência da empresa, sobrevém a arrecadação do bem pelo síndico.

Súmula nº 304

É ilegal a decretação da prisão civil daquele que não assume expressamente o encargo de depositário judicial.

Súmula nº 300

O instrumento de confissão de dívida, ainda que originário de contrato de abertura de crédito, constitui título executivo extrajudicial.

Súmula nº 299

É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito.

Súmula nº 298

O alongamento de dívida originada de crédito rural não constitui faculdade da instituição financeira, mas direito do devedor nos termos da lei.

Súmula nº 297

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

Súmula nº 296

Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado.

Súmula nº 295

A Taxa Referencial (TR) é indexador válido para contratos posteriores à Lei nº 8.177/91, desde que pactuada.

Súmula nº 294

Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato.

Súmula nº 293

A cobrança antecipada do Valor Residual Garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil.

Súmula nº 288

A Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários.

Súmula nº 287

A Taxa Básica Financeira (TBF) não pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários.

Súmula nº 286

A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores.

Súmula nº 285

Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista.

Súmula nº 284

A purga da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado.

Súmula nº 283

As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura.

Súmula nº 282

Cabe a citação por edital em ação monitória.

Súmula nº 280

O art. 35 do Decreto-lei nº 7.661, de 1945, que estabelece a prisão administrativa, foi revogado pelos incisos LXI e LXVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Súmula nº 268

O fiador que não integrou a relação processual na ação de despejo não responde pela execução do julgado.

Súmula nº 264

É irrecorrível o ato judicial que apenas manda processar a concordata preventiva.

Súmula nº 259

A ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta-corrente bancária.

Súmula nº 258

A nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou.

Súmula nº 257

A falta de pagamento do prêmio do seguro obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT) não é motivo para a recusa do pagamento da indenização.

Súmula nº 250

É legítima a cobrança de multa fiscal de empresa em regime de concordata.

Súmula nº 248

Comprovada a prestação dos serviços, a duplicata não aceita, mas protestada, é título hábil para instruir pedido de falência.

Súmula nº 247

O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória.

Súmula nº 246

O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada.

Súmula nº 245

A notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito.

Súmula nº 244

Compete ao foro do local da recusa processar e julgar o crime de estelionato mediante cheque sem provisão de fundos.

Súmula nº 237

Nas operações com cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento não são considerados no cálculo do ICMS.

Súmula nº 233

O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da contacorrente, não é título executivo.

Súmula nº 229

O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão.

Súmula nº 227

A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

Súmula nº 219

Os créditos decorrentes de serviços prestados à massa falida, inclusive a remuneração do síndico, gozam dos privilégios próprios dos trabalhistas.

Súmula nº 214

O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu.

Súmula nº 184

A microempresa de representação comercial é isenta do imposto de renda.

Súmula nº 179

O estabelecimento de crédito que recebe dinheiro, em depósito judicial, responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos.

Súmula nº 143

Prescreve em cinco anos a ação de perdas e danos pelo uso de marca comercial.

Súmula nº 138

O ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis.

Súmula nº 133

A restituição da importância adiantada, à conta de contrato de câmbio, independe de ter sido a antecipação efetuada nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata.

Súmula nº 130

A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.

Súmula nº 101

A ação de indenização do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano.

Súmula nº 93

A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros.

Súmula nº 92

A terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no certificado de registro do veículo automotor.

Súmula nº 88

São admissíveis embargos infringentes em processo falimentar.

Súmula nº 79

Os bancos comerciais não estão sujeitos a registro nos conselhos regionais de economia.

Súmula nº 72

A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.

Súmula nº 60

E nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste.

Súmula nº 48

Compete ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque.

Súmula nº 37

São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

Súmula nº 36

A correção monetária integra o valor da restituição, em caso de adiantamento de câmbio, requerida em concordata ou falência.

Súmula nº 35

Incide correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição, em virtude da retirada ou exclusão do participante de plano de consórcio.

Súmula nº 30

A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis.

Súmula nº 29

No pagamento em juízo para elidir falência, são devidos correção monetária, juros e honorários de advogado.

Súmula nº 28

O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor.

Súmula nº 27

Pode a execução fundar-se em mais de um título extrajudicial relativos ao mesmo negócio.

Súmula nº 26

O avalista do título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário.

Súmula nº 25

Nas ações da Lei de Falências, o prazo para a interposição de recurso conta-se da intimação da parte.

Súmula nº 19

A fixação do horário bancário, para atendimento ao público, é da competência da União.

Súmula nº 8

Aplica-se a correção monetária aos créditos habilitados em concordata preventiva, salvo durante o período compreendido entre as datas de vigência da Lei nº 7.274, de 10-12-84, e do Decreto-lei nº 2.283, de 27-2-86.

Bibliografia

1.ABRÃO, Nelson. *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

2._____ . *Curso de direito falimentar*. 5. ed. São Paulo: Leud, 1997.

3.ALONSO, Felix Ruiz. Dividendo obrigatório e participação de diretoria. *RDM*, v. 23, 1976.

4.ÁLVARES, Walter T. *Direito comercial.* 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1971.

5._____ . *Direito falimentar*. 5. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966.

6.ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale*. Milão: Giuffrè, 1962.

7._____ . *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1969.

8._____ . *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

9._____ . *Sociedades por ações.* São Paulo: Saraiva, 1972. v. 1.

10._____ . *Teoria geral dos títulos de crédito*. São Paulo: Saraiva, 1969.

11.BARBOSA, Josias Correa. Da intransmissibilidade do estado de sócio. *RDM*, v. 4, 1971.

12.BARBOSA, Lúcio de Oliveira. *Duplicata virtual*: aspectos controvertidos. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

13.BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1969.

14._____ . Medidas judiciais da companhia contra os administradores. *RDM*, v. 40, 1980.

15.BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1943. v. 5.

16.BIMBATO, José Mário. O preço de emissão das ações em aumento de capital. *RDM*, v. 93, 1994.

17.BORBA, José Edwaldo Tavares. Debêntures. *RDM*, v. 26, 1977.

18.BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre.* 4. ed. Belo Horizonte: Forense, 1969.

19._____ . *Do aval.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

20._____ . *Títulos de crédito.* Rio de Janeiro: Forense, 1983.

21.BULGARELLI, Waldirio. Tutela do consumidor na jurisprudência. *RDM*, v. 49, 1983.

22._____ . *Sociedades comerciais, empresa e estabelecimento.* 5. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

23._____ . *Títulos de crédito.* 12. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

24._____ . *Manual das sociedades anônimas.* São Paulo: Atlas, 1988.

25._____ . *Tratado de direito empresarial.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

26.BUZAID, Alfredo. *Da ação renovatória.* São Paulo: Saraiva, 1958.

27.CAMARA LEAL, A. J. *Manual elementar de direito civil.* São Paulo: Saraiva, 1930. v. 1.

28.CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional.* 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

29.CARMO, Eduardo de Souza. Endosso sem garantia e "*factoring*". *RDM*, v. 71, 1988.

30.CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

31.CARVALHO NETO. *Tratado das defesas falimentares.* São Paulo: José Bushatsky, 1967. t. 1 e 3.

32._____ . *Tratado das defesas falimentares.* São Paulo: Ática, 1956. t. 2.

33.CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas.* São Paulo: Saraiva, 1977. v. 4.

34.CASTAÑO, Vicente Baldo de. *Conceptos fundamentales del derecho mercantil.* Barcelona: Marcombo, 1974.

35.CASTRO, Amilcar de. *Comentários ao código de processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. 7.

36.CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de propriedade industrial.* Rio de Janeiro: Forense, 1946.

37.COELHO, Fábio Ulhoa. *Código comercial e legislação complementar anotados.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

38._____ . *Manual de direito comercial.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

39.COELHO, José Washington. *A nova lei das sociedades anônimas interpretada.* São Paulo: Resenha Universitária, 1977.

40.COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *RDM*, v. 15, 1971.

41._____ . Natureza jurídica das bolsas de valores. *RDM*, v. 60, 1985.

42._____ . Restrições à circulação de ações em companhia fechada: "nova et vetera". *RDM*, v. 36, 1979.

43._____. Os grupos societários na nova lei de sociedades por ações. *RDM*, v. 23, 1976.

44._____ . *O poder de controle na sociedade anônima.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

45._____ . *Ensaios e pareceres de direito empresarial.* Rio de Janeiro: Forense, 1978.

46.COSTA, Adroaldo Mesquita. *Da falência.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

47.COSTA, Carlos Celso Orcesi da. Controle externo nas companhias. *RDM*, v. 44, 1981.

48.COSTA, Philomeno José da. A proteção ao nome comercial. *RDM*, v. 81, 1991.

49._____ . *Anotações às companhias.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. v. 1.

50.CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio. *A sociedade por quotas de responsabilidade limitada.* Rio de Janeiro: Forense, 1956.

51.DE SEMMO, Giorgio. *Trattato di diritto cambiario.* Pádua: Cedam, 1963.

52.DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. v. 2.

53.DINIZ, Almachio. *Da falência.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1930.

54.DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado.* São Paulo: Saraiva, 1998.

55._____ . *Curso de direito civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3.

56.EIZIRIK, Nelson. Limites à atuação do conselho fiscal. *RDM*, v. 84, 1991.

57.FADEL, Sergio Sahione. *Comentários ao CPC.* Rio de Janeiro: José Konfino, 1975. v. 4.

58.FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Sociedades limitadas.* São Paulo: Atlas, 2003.

59._____ . *Lei de falência e recuperação de empresas.* 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

60._____ . *Duplicatas.* São Paulo: Atlas, 2009.

61._____ . *Cartão de crédito, cheque e direito do consumidor.* São Paulo: Atlas, 2011.

62.FERREIRA, Waldemar Martins. *Sociedade por quotas.* São Paulo: Saraiva, 1925.

63._____ . *Tratado de sociedades mercantis.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. 4.

64._____ . *Instituições de direito comercial.* 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

65._____ . *Tratado de direito mercantil brasileiro.* São Paulo: São Paulo Editora, 1934. v. 1.

66._____ . *Tratado de direito comercial.* São Paulo: Saraiva, 1965.

67.FERRI, Giuseppe. *La società.* Turim: Utet, 1950.

68.FILOMENO, José Geraldo Brito. *Aspectos relevantes do código de defesa do consumidor.* São Paulo: APMP, 1991.

69.FONTANARROSA, Rodolfo. *El nuevo régimen jurídico del cheque.* Buenos Aires: Zavalia, 1972.

70.FRONTINI, Paulo Salvador. Visto do advogado para arquivamento na Junta Comercial. *RDM*, v. 40, 1980.

71._____ . A sociedade limitada e seu apelo às normas da sociedade anônima. *RDM*, v. 79, 1990.

72.FÜHRER, Maximilianus C. A. *Roteiro das falências e concordatas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

73.GOMES, Fábio Bellote. *Manual de direito empresarial.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

74.GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sobre a interpretação do objeto social. *RDM*, v. 54, 1984.

75._____ . Cheque visado. *RDM*, v. 62, 1986.

76.HAGSTROM, Carlos Alberto de São Tiago. O "*factoring*" no Brasil. *RDM*, v. 47, 1982.

77.JESUS, Damásio E. de. *Direito penal.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 4.

78.LACERDA, J. C. Sampaio de. *Manual de direito falimentar.* 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

79._____ . *Manual das sociedades por ações.* São Paulo: Freitas Bastos, 1967.

80._____ . *Comentários à lei das sociedades anônimas.* São Paulo: Saraiva, 1978. v. 3.

81.LACERDA, Paulo. *Da falência no direito brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1931.

82._____ . *A cambial no direito brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 1913.

83.LAMY FILHO, Alfredo. A reforma da lei das sociedades anônimas. *RDM*, v. 7, 1972.

84.LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O "leasing" é uma operação financeira? *RDM*, v. 35, 1979.

85.LEONARDOS, Luiz. A proteção ao nome comercial no direito brasileiro. *RT*, v. 450, 1973.

86.LIMA, Osmar Brina Corrêa. Resgate de ações de sociedade anônima. *RDM*, v. 68, 1987.

87.LOBO, Jorge. Fraudes à realidade e integridade do capital social das sociedades anônimas.*RDM*, v. 70, 1988.

88.LOBO, Thomaz Thedim. *Introdução à nova lei de propriedade industrial.* São Paulo: Atlas, 1997.

89.LOPES, Mauro Brandão. *Natureza e regime legal do cheque bancário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

90.LUCCA, Newton de. *Aspectos da teoria geral dos títulos de crédito.* São Paulo: Pioneira, 1979.

91._____ . O aval. *RDM*, v. 53, 1984.

92.MACHADO, Rubens Approbato. Sociedades por ações – incorporação, fusão e cisão – direito de retirada. *RDM*, v. 82, 1991.

93.MACHADO, Sylvio Marcondes. *Questões de direito mercantil.* São Paulo: Saraiva, 1977.

94._____ . *Da responsabilidade do comerciante individual.* São Paulo: Saraiva, 1970.

95.MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. *Títulos de crédito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

96.MAGARINOS TORRES. *Nota promissória.* São Paulo: Saraiva, 1921. v. 2.

97.MAMEDE GLADSTON. *Manual de direito empresarial.* 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

98.MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* São Paulo: Saraiva, 1962. v. 3.

99.MARTINS, Fran. As sociedades de capital autorizado na nova lei das sociedades anônimas.*RDM*, v. 26, 1977.

100._____ . *Contratos e obrigações comerciais.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

101._____ . *Curso de direito comercial.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

102._____ . *Títulos de crédito.* 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1.

103.MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

104.MELLO FRANCO, Vera Helena de. *Lições de direito comercial.* São Paulo: Maltese, 1995.

105.MENDES, Octávio. *Falências e concordatas.* São Paulo: Saraiva, 1930.

106.MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale.* Milão: Giuffrè, 1952.

107.MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal.* 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998. v. 2.

108.MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1971.

109.MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

110.MORAES, Mauro Delphim de. A sucessão nas obrigações aziendais no direito brasileiro. *RDM*, v. 32, 1978.

111.MOTTA, Nelson Cândido. Classe e espécie de ações. *RDM*, v. 62, 1986.

112.MUÑOZ, Luiz. *Títulos*-valores. 2. ed. Buenos Aires: Ed. Argentina, 1973.

113.NAVARRINI, Umberto. *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale.* Turim: Fratelli Bocca, 1931.

114.NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial.* Campinas: Bookseller, 1999.

115.NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

116._____ ; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

117.NEVES, Celso. *Comentários ao CPC.* Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 7.

118.PACHECO, José da Silva. *Tratado das execuções.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. v. 5. 119.PAES, P. R. Tavares. *Propriedade industrial.* São Paulo: Saraiva, 1987. v. 1.

120._____ . *Leasing.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

121.PENA, Fábio O. *Da duplicata.* Rio de Janeiro: Forense, 1954.

122.PEREIRA, Aristeu, TIMM, Bernardo. *Falências e concordatas.* Rio de Janeiro: José Konfino, 1954. v. 1.

123.PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

124.PIRES, Gudesteu. O capital das sociedades anônimas. *RF*, v. 85, 1941. 125.PINTO JUNIOR, Mário Engler. Debêntures. *RDM*, v. 48, 1982.

126._____ . A opção entre a forma ltda. ou s.a. *RDM*, v. 79, 1990.

127.PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 16, 28, 29, 30, 49, 50.

128._____. *Tratado de direito cambiário.* 2. ed. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1954. v. 1.

129._____ . *Nota promissória.* Rio de Janeiro: Max Limonad, 1938.

130.RABUT, Albert. *Le droit des bourses de valeurs et des agents de change.* Paris: Librairies Techniques, 1983.

131.RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos.* São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2.

132.REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1 e 2.

133._____ . *Curso de direito comercial.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 1 e 2.

134.RESTIFFE NETO, Paulo. *Lei do cheque.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

135.RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit commercial.* Paris: Librairie Générale, 1951.

136.RIVAROLA, Mario A. *Letra de cambio, cheque y demás papeles de cambio.* Buenos Aires: La Facultad, 1944.

137.ROCCO, Alfredo. *Il fallimento.* Milão: Fratelli Bocca, 1917.

138.RODIÈRE, René. *Droit commercial.* Paris: Dalloz, 1975.

139.RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1985.

140.ROLLEMBERG, Armando. *Menor comerciante no direito brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 1956.

141.ROQUE, Sebastião José. *Dos contratos civis-mercantis em espécie.* São Paulo: Ícone, 1997.

142.ROSA, Luiz Emygdio F. de. *Direito cambiário.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984. v. 1.

143.SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito civil*: contratos. São Paulo: Atlas, 1998.

144.SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade por acidentes de consumo. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre: Revista dos Tribunais, v. 36, 1995.

145.SANTOS, Teóphilo de Azeredo. Natureza jurídica das ações das sociedades. *RF*, v. 169, 1956.

146._____ . *Manual de direito comercial.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

147.SATTA, Salvatore. *Instituciones del derecho de quiebra.* Buenos Aires: Europa America, 1951.

148.SERICK, Rolf. Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles. Tradução de José Puig Brutau. *RT*, v. 528, 1997.

149.SIDOU, J. M. Othon. *Do cheque.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

150.SILVEIRA, Newton. *Curso de propriedade industrial.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

151.TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Sociedade por quotas.* São Paulo: Max Limonad, 1956.

152._____ ; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro.*São Paulo: José Bushatsky, 1979.

153.THALLER, Edmond. *Traité élémentaire de droit commercial.* 3. ed. Paris: Rousseau, 1904.

154.THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução.* 3. ed. Belo Horizonte: Forense, 1975.

155.TOLEDO, P. F. Campos Salles de. Ainda a abstração. *RDM*, v. 80, 1991.

156.TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal.* São Paulo: Saraiva, 1979. v. 4.

157.VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências.* Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 1, 2 e 3.

158._____ . *Sociedade por ações.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 1.

159.VASCONCELLOS E BENJAMIN, Antonio Herman de. *Código brasileiro de defesa do consumidor.*4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

160.VEIGA, Dídimo da. *As sociedades anonymas.* Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1888.

161.VIDARI, Ercole. *Corso di diritto commerciale.* 5. ed. Milão: Giuffrè, 1938. v. 1.

162.VILAR, Willard de Castro. Penhora das cotas de sociedade de responsabilidade limitada. *RDM*, v. 25, 1977.

163.VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale.* 5. ed. Milão: Francesco Vallardi, 1922. v. 1.

164.WALD, Arnold. *Estudos e pareceres de direito comercial.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

165._____ . Término de concessão e direito de recesso. *RDM*, v. 40, 1980.

166._____ . O regime jurídico das ações escriturais. *RDM*, v. 67, 1987.

167._____ ; EIZIRIK, Nelson. O regime jurídico das bolsas de valores e sua autonomia frente ao Estado. *RDM*, v. 61, 1986.

168.WHITAKER, José Maria. *Letra de câmbio.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.