DIREITO EMPRESARIAL SISTEMATIZADO

TARCISIO TEIXEIRA

Doutrina, jurisprudência e prática

5ª edição

De acordo com:

- Novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015
- Novas regras da Arbitragem – Lei n. 13.129/2015
- Regulamentação da Lei Anticorrupção – Decreto n. 8.420/2015
- Nova disciplina para Micro e Pequena Empresa
- Inovações sobre Registro e Encerramento de Empresas

Editora Saraiva

ISBN 978850263522-7

Teixeira, Tarcisio
Direito empresarial sistematizado : doutrina, jurisprudência e prática / Tarcisio Teixeira. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.
Bibliografia.
1. Direito empresarial 2. Direito empresarial - Brasil I. Título.
14-08893 CDU-34:338.93(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito empresarial : Direito 34:338.93(81)

2. Direito empresarial : Brasil : Direito 34:338.93(81)

Diretor editorial Luiz Roberto Curia
Gerente editorial Thaís de Camargo Rodrigues
Assistente editorial Daniel Pavani Naveira
Coordenação geral Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan e Ana Cristina Garcia (coords.) | Adriana Maria Cláudio
Arte e diagramação Jessica Siqueira
Revisão de provas Amélia Kassis Ward e Ana Beatriz Fraga Moreira (coords.) | Cecília Devus
Conversão para E-pub Guilherme Henrique Martins Salvador
Serviços editoriais Elaine Cristina da Silva | Kelli Priscila Pinto | Camila Artioli Loureiro
Capa Estúdio Insólito

Data de fechamento da edição: 1-10-2015

Dúvidas?

Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS

ABREVIATURAS UTILIZADAS

PREFÁCIO

1 - Teoria geral do direito empresarial

1.1. Introdução ao direito empresarial

1.1.1. Origem e evolução histórica do direito empresarial

1.1.1.1. Teoria dos atos de comércio. Mercancia. França

1.1.1.2. Teoria da empresa. Itália

1.1.1.3. O desenvolvimento do direito empresarial no Brasil

1.1.1.3.1. Código Comercial de 1850

1.1.1.4. Direito empresarial ou direito comercial

1.1.2. Autonomia, importância e conceito do direito empresarial

1.1.3. Objeto do direito empresarial

1.1.3.1. Comércio e atividade negocial

1.1.3.1.1. Comércio eletrônico

1.1.4. Fontes

1.1.4.1. Usos e costumes

1.1.5. A livre-iniciativa na Constituição Federal

1.1.6. Sub-ramos do direito empresarial

1.1.7. Relação com outros ramos do direito

1.1.8. O Projeto de Código Comercial

1.2. Empresário

1.2.1. Conceito de empresário

1.2.2. Caracterização do empresário

1.2.3. Conceito de empresa e mercado. Perfis da empresa e teoria poliédrica

1.2.4. Empresa e atividade empresarial

1.2.5. Atividade intelectual

1.2.5.1. Científica, literária e artística

1.2.5.2. Concurso de auxiliares ou colaboradores

1.2.5.3. Elemento de empresa

1.2.6. Inscrição e obrigações

1.2.7. Empresário individual. Os direitos

1.2.8. Sociedade empresária. Princípios da separação patrimonial e da limitação da responsabilidade

1.2.9. EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada

1.2.10. ME – Microempresa e EPP – Empresa de Pequeno Porte

1.2.11. MEI – Microempreendedor Individual (EI – Empreendedor Individual)

1.2.12. Empresa rural

1.2.13. Empresa irregular, informal ou de fato

1.3. Capacidade para ser empresário. emancipação

1.3.1. Impedimentos e incapacidade

1.3.1.1. Falido não reabilitado

1.3.1.2. Funcionário público

1.3.1.3. Militar

1.3.1.4. Devedor do INSS

1.3.1.5. Estrangeiro

1.3.1.6. Incapacidade superveniente

1.3.2. Empresas, empresários, sócios e cônjuges

1.4. Registro

1.4.1. Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial) e DREI – Departamento de Registro Empresarial e Integração

1.4.2. Registro Civil das Pessoas Jurídicas

1.4.3. REDESIM – Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios

1.4.4. Comitê Gestor do Simples Nacional; Fórum Permanente das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte; e CGSIM – Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios

1.5. Estabelecimento

1.5.1. Aviamento

1.5.2. Clientela

1.5.3. Trespasse/alienação

1.5.4. Ponto e fundo de comércio

1.5.5. Ação renovatória

1.5.6. Estabelecimento virtual

1.6. Nome empresarial

1.6.1. Firma

1.6.2. Denominação

1.6.3. Título de estabelecimento – nome fantasia

1.6.4. Insígnia

1.7. Prepostos

1.7.1. Gerente

1.7.2. Contador/contabilista

1.7.2.1. Responsabilidade do contador

1.7.3. Outros auxiliares. Leiloeiro, tradutor público e intérprete comercial

1.8. Escrituração (contabilidade empresarial)

1.8.1. Demonstrações contábeis

1.8.1.1. Balanço patrimonial e balanço de resultado econômico

1.8.2. Livros obrigatórios e facultativos

1.8.3. A prova com base na escrituração

1.8.4. Outros aspectos da contabilidade empresarial

1.8.5. Contabilidade eletrônica

1.8.5.1. SPED – Sistema Público de Escrituração Digital

1.8.5.1.1. ECD – Escrituração Contábil Digital

1.8.5.1.2. EFD – Escrituração Fiscal Digital

1.8.5.1.2.1. EFD-Contribuições – Escrituração Fiscal Digital do PIS/PASEP e da COFINS

1.8.5.1.2.2. EFD-Social – Escrituração Fiscal Digital da Folha de Pagamento e das Obrigações Previdenciárias, Trabalhistas e Fiscais

1.8.5.1.2.3. EFD-IRPJ – Escrituração Fiscal Digital do Imposto sobre a Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da Pessoa Jurídica

1.8.5.1.3. NF-e – Nota Fiscal eletrônica (nacional)

1.8.5.1.3.1. DANFE – Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica

1.8.5.1.4. NFS-e – Nota Fiscal de Serviços eletrônica (nacional)

1.8.5.1.5. CT-e – Conhecimento de Transporte eletrônico (nacional)

1.8.5.1.6. FCONT – Controle Fiscal Contábil de Transição

1.8.5.1.7. CB – Central de Balanços

1.8.5.1.8. E-LALUR – Livro de Apuração do Lucro Real Eletrônico

1.8.5.1.9. Outros apontamentos

1.8.5.2. Notas fiscais eletrônicas estaduais e municipais

1.8.5.2.1. Notas fiscais eletrônicas estaduais

1.8.5.2.2. Notas fiscais eletrônicas municipais

Questões de exames da OAB e concursos públicos

2 - Propriedade industrial

2.1. Introdução à propriedade intelectual e industrial

2.1.1. INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial

2.1.1.1. E-Marcas e e-Patentes

2.1.2. Segredo empresarial (industrial) versus patente

2.2. Patentes

2.2.1. Invenções

2.2.1.1. Prazo de vigência

2.2.2. Modelos de utilidade

2.2.2.1. Prazo de vigência

2.2.3. Transgênicos

2.2.4. Regime jurídico das patentes

2.3. Desenhos industriais

2.3.1. Prazo de vigência

2.3.2. Regime jurídico

2.4. Marcas

2.4.1. Sinais distintivos

2.4.2. Marca de produto ou de serviço (marca de indústria, de comércio e de serviço)

2.4.3. Marca de certificação

2.4.4. Marca coletiva

2.4.5. Marca de alto renome

2.4.6. Marca notoriamente conhecida

2.4.7. Marca tridimensional

2.4.8. Marca virtual. Os conflitos

2.4.9. Marca consagrada ou de referência

2.4.10. Prazo de vigência

2.4.11. Regime jurídico

2.5. Indicações geográficas

2.5.1. Indicação de procedência

2.5.2. Denominação de origem

2.5.3. Regime jurídico

2.6. ConTRATOS DE KNOW-HOW/TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

2.6.1. Licença para exploração de patente

2.6.2. Cessão de patente

2.6.3. Licença para uso de marca

2.6.4. Cessão de marca
2.6.5. Contratos de software
2.6.5.1. Encomenda de software
2.6.5.2. Cessão de software
2.6.5.3. Licença de uso de software
2.7. Concorrência desleal
2.7.1. Direito concorrencial e infração da ordem econômica
2.7.2. Repressão na esfera penal e civil
Questões de exames da OAB e concursos públicos

3 - Títulos de crédito
3.1. Teoria geral dos títulos de crédito
3.1.1. Crédito
3.1.2. Histórico
3.1.3. Conceito
3.1.4. Principais expressões cambiárias
3.1.5. Características
3.1.5.1. Negociabilidade
3.1.5.2. Executividade
3.1.6. Princípios
3.1.6.1. Cartularidade
3.1.6.2. Literalidade
3.1.6.3. Autonomia
3.1.6.3.1. Abstração
3.1.6.3.2. Inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé
3.1.7. Classificação
3.2. Institutos do direito cambiário
3.2.1. Saque
3.2.2. Aceite

3.2.2.1. Aceite limitativo e modificativo
3.2.3. Endosso
3.2.3.1. Endosso versus cessão de crédito
3.2.3.2. Espécies de endosso
3.2.4. Aval
3.2.4.1. Aval versus fiança
3.2.4.2. Espécies de aval
3.2.5. Vencimento
3.2.5.1. Espécies de vencimento
3.2.6. Pagamento
3.2.6.1. Pagamento parcial
3.2.7. Protesto
3.2.7.1. Protesto facultativo e obrigatório
3.2.8. Ações cambiais
3.2.8.1. Execução de títulos extrajudiciais
3.2.8.2. Ação de regresso
3.2.8.3. Ação de anulação/substituição cambial
3.2.8.4. Ação monitória
3.2.8.5. Meios de defesa
3.2.8.5.1. Prescrição
3.2.9. Desconto
3.3. Cheque
3.3.1. Regime jurídico
3.3.2. Requisitos
3.3.3. Sustação e revogação
3.3.4. Cheque pré-datado
3.3.5. Cheque cruzado
3.3.6. Cheque administrativo

3.3.7. Cheque-viagem
3.3.8. Cheque visado
3.3.9. Cheque sem fundo
3.3.10. “Cheque eletrônico”
3.4. Duplicata
3.4.1. Regime jurídico
3.4.2. Requisitos
3.4.3. Duplicata virtual. Boleto bancário
3.4.4. Duplicata de prestação de serviços
3.4.5. Duplicata rural
3.4.6. Duplicata simulada
3.4.7. Modelos de duplicata
3.5. Letra de câmbio
3.5.1. Regime jurídico
3.5.2. Requisitos
3.5.3. Modelos de letra de câmbio
3.6. Nota promissória
3.6.1. Regime jurídico
3.6.2. Requisitos
3.6.3. Modelos de nota promissória
3.7. Outros títulos de crédito
3.7.1. Conhecimento de depósito e warrant
3.7.2. Certificado de depósito agropecuário e warrant agropecuário
3.7.3. Conhecimento de transporte/frete/carga
3.7.4. Cédula e nota de crédito
3.7.4.1. Rural
3.7.4.2. Industrial
3.7.4.3. Comercial

3.7.4.4. À exportação
3.7.4.5. Imobiliário
3.7.4.6. Bancário
3.7.5. Cédula de produto rural
3.7.6. Certificado de depósito bancário
3.7.7. Letra imobiliária
3.7.8. Modelos de títulos de crédito
3.8. Títulos de crédito e o Código Civil de 2002
3.9. Título de crédito eletrônico
Questões de exames da OAB e concursos públicos

4 - Sociedades
4.1. Sociedades
4.1.1. Histórico
4.1.2. Conceito
4.1.3. Principais expressões societárias
4.1.4. Personalidade jurídica. A criação da sociedade
4.1.4.1. Desconsideração da personalidade jurídica
4.1.4.1.1. Desconsideração inversa (ou invertida)
4.1.5. Dissolução, liquidação e extinção (baixa) da sociedade
4.1.5.1. Dissolução parcial e exclusão de sócio
4.1.5.1.1. Morte de sócio
4.1.5.1.2. Direito de retirada
4.1.5.1.3. Falta grave
4.1.5.1.4. Incapacidade superveniente
4.1.5.1.5. Falência de sócio
4.1.5.1.6. Sócio devedor
4.1.5.1.7. Regime jurídico da exclusão e apuração de haveres
4.1.5.2. Dissolução total

4.1.5.3. Dissolução irregular
4.1.5.4. Partilha entre os credores e os sócios. Extinção
4.1.5.5. Função social e preservação da empresa
4.1.6. Penhora de quotas e ações, empresa, estabelecimento, faturamento e lucro
4.1.7. Classificação
4.1.7.1. Sociedades limitadas, ilimitadas e mistas
4.1.7.2. Sociedades de capital e de pessoas
4.1.7.3. Sociedades personificadas e não personificadas
4.1.7.4. Sociedades empresárias e simples (intelectuais)
4.1.7.5. Quadro com a classificação conforme o Código Civil
4.2. Sociedade em comum
4.3. Sociedade em conta de participação
4.4. Sociedade simples
4.4.1. Contrato social
4.4.1.1. Cláusulas e requisitos
4.4.1.2. Pacto separado
4.4.1.3. Inscrição e Registro Civil das Pessoas Jurídicas
4.4.1.4. Alterações contratuais
4.4.1.5. Abertura de filial
4.4.2. Direitos e obrigações dos sócios
4.4.2.1. Direitos e obrigações contratuais
4.4.2.2. Direitos e obrigações legais
4.4.2.2.1. Participação nos lucros e prejuízos
4.4.3. Administração e decisões sociais
4.4.3.1. Administração
4.4.3.1.1. Teoria ultra vires
4.4.3.1.2. Teoria da aparência
4.4.3.2. Decisões sociais. Conflitos de interesses

4.4.4. Relação com terceiros
4.4.5. Resolução da sociedade em relação a um sócio (exclusão de sócio)
4.4.6. Dissolução
4.5. Sociedade em nome coletivo
4.6. Sociedade em comandita simples
4.7. Sociedade limitada
4.7.1. Disposições preliminares
4.7.2. Capital social – subscrito e integralizado; aumento e redução. Quotas
4.7.3. Administração
4.7.4. Conselho fiscal
4.7.5. Deliberações dos sócios
4.7.5.1. Reunião e assembleia
4.7.5.2. Quadro com quóruns de votação
4.7.6. Resolução da sociedade em relação a sócios minoritários (exclusão de sócio)
4.7.7. Dissolução
4.8. Sociedade Anônima
4.8.1. Regime jurídico
4.8.2. Características
4.8.2.1. Livros sociais
4.8.3. Valores mobiliários
4.8.3.1. Bolsa de Valores
4.8.3.2. Mercado de Balcão
4.8.3.3. Comissão de Valores Mobiliários – CVM
4.8.3.4. Ações
4.8.3.5. Debêntures
4.8.3.6. Bônus de subscrição
4.8.3.7. Partes beneficiárias
4.8.3.8. Commercial papers

4.8.4. Ações: regime jurídico e espécies

4.8.4.1. Ordinárias

4.8.4.2. Preferenciais

4.8.4.3. De fruição

4.8.5. Espécies de sociedade anônima

4.8.5.1. Fechada

4.8.5.2. Aberta

4.8.6. Acionista

4.8.6.1. Direitos

4.8.6.2. Minoritário

4.8.6.3. Controlador

4.8.6.3.1. Poder de controle

4.8.6.3.2. Função social da empresa

4.8.6.3.3. Abuso do poder de controle

4.8.6.4. Acordo de acionistas

4.8.7. Órgãos da companhia

4.8.7.1. Assembleia geral

4.8.7.1.1. Assembleia geral ordinária

4.8.7.1.2. Assembleia geral extraordinária

4.8.7.2. Administração

4.8.7.2.1. Conselho de administração

4.8.7.2.2. Diretoria

4.8.7.2.3. Deveres dos administradores

4.8.7.2.4. Responsabilidade dos administradores

4.8.7.2.5. Ação judicial contra os administradores

4.8.7.3. Conselho fiscal

4.8.8. Subsidiária integral

4.8.9. Tag along e alienação de controle

4.8.10. Take over e oferta pública de aquisição do controle de companhia aberta – OPA

4.8.11. Governança corporativa

4.9. Sociedade em comandita por ações

4.10. Sociedade cooperativa

4.10.1. Áreas de atuação

4.10.2. Cooperativas singulares

4.10.3. Cooperativas centrais ou federações de cooperativas

4.10.4. Confederações de cooperativas

4.11. Sociedades Coligadas

4.11.1. Controladora. Holding. Offshore

4.11.2. Controlada

4.11.3. Filiada

4.11.4. Simples participação

4.12. Reorganização societária

4.12.1. Monopólio, oligopólio, monopsônio e oligopsônio. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

4.12.2. Transformação

4.12.3. Incorporação

4.12.4. Fusão

4.12.5. Cisão

4.12.6. Joint venture

4.12.7. SPE – Sociedade de propósito específico

4.13. Sociedade dependente de autorização

4.13.1. Sociedade nacional

4.13.2. Sociedade estrangeira

4.14. Sociedade de grande porte

Questões de exames da OAB e concursos públicos

5 - Recuperação de empresas e falência

5.1. Histórico
5.2. Decreto-lei n. 7.661/45
5.2.1. Concordata suspensiva
5.2.2. Concordata preventiva
5.3. Lei n. 11.101/2005
5.3.1. Crise da empresa
5.3.2. Princípio da preservação da empresa
5.3.3. Pessoas e atividades sujeitas à aplicação da Lei n. 11.101/2005
5.3.3.1. Pessoas e atividades não sujeitas
5.3.3.2. Cooperativas
5.4. Disposições comuns à recuperação judicial e à falência
5.4.1. Competência e prevenção
5.4.2. Suspensão da prescrição, das ações e das execuções
5.4.2.1. Sócios solidários e sócios garantidores (avalistas ou fiadores)
5.4.3. Verificação de créditos
5.4.4. Habilitação de créditos
5.4.4.1. Credores retardatários (atrasados)
5.4.5. Impugnação de crédito
5.4.6. Administrador judicial
5.4.6.1. Deveres
5.4.6.2. Destituição e renúncia
5.4.6.3. Remuneração
5.4.7. Comitê de credores
5.4.7.1. Composição
5.4.7.2. Atribuições
5.4.7.3. Remuneração
5.4.8. Regras gerais para administrador judicial e membros do comitêde credores
5.4.8.1. Impedidos

5.4.8.2. Responsabilidade
5.4.9. Assembleia geral de credores
5.4.9.1. Composição
5.4.9.2. Atribuições
5.4.9.3. Convocação, instalação e votação
5.5. Recuperação de empresas
5.5.1. Recuperação judicial
5.5.1.1. Créditos abrangidos e não abrangidos
5.5.1.2. Requisitos e pressupostos
5.5.1.3. Meios de recuperação
5.5.1.4. Pedido e processamento judicial
5.5.1.5. Plano de recuperação
5.5.1.5.1. Requisitos
5.5.1.5.2. Objeção, rejeição e modificação
5.5.1.5.3. Aprovação do plano, cram down e novação
5.5.1.6. Dívidas fiscais, parcelamentos e certidões
5.5.1.7. Prazos
5.5.1.8. Cumprimento do plano
5.5.1.8.1. Manutenção da gestão e gestor judicial
5.5.1.9. Alienação e oneração de bens ou direitos
5.5.1.10. Convolação da recuperação judicial em falência
5.5.2. Recuperação especial das microempresas e empresas de pequeno porte
5.5.2.1. Condições especiais (plano especial)
5.5.3. Recuperação extrajudicial
5.5.3.1. Créditos abrangidos e não abrangidos
5.5.3.2. Requisitos
5.5.3.3. Homologação
5.6. Falência

5.6.1. Massa falida

5.6.2. Classificação dos créditos (par conditio creditorum)

5.6.3. Créditos extraconcursais

5.6.4. Pedido de restituição

5.6.5. Decretação da falência

5.6.5.1. Hipóteses

5.6.5.2. Quem pode requerer

5.6.5.2.1. Falência requerida pelo próprio devedor (autofalência)

5.6.5.3. Petição inicial e procedimento

5.6.5.4. Afastamento da falência

5.6.5.5. Recursos cabíveis

5.6.5.6. Determinações da decretação de falência

5.6.5.7. Termo legal da falência

5.6.5.8. Inabilitação empresarial

5.6.5.9. Direitos e deveres do falido

5.6.6. Arrecadação, avaliação e custódia dos bens

5.6.7. Efeitos da decretação da falência sobre as obrigações do devedor

5.6.7.1. Resolução de contratos bilaterais e unilaterais

5.6.8. Ineficácia e revogação de atos praticados antes da falência

5.6.8.1. Ação revocatória

5.6.9. Realização do ativo

5.6.9.1. Meios de alienação

5.6.9.2. Modalidades

5.6.9.3. Sucessão tributária, trabalhista e acidentária

5.6.10. Pagamento aos credores

5.6.10.1. Responsabilidade pessoal e desconsideração da personalidade jurídica

5.6.11. Encerramento da falência

5.6.12. Extinção das obrigações do falido

5.7. Aspectos penais e crimes da Lei n. 11.101/2005

Questões de exames da OAB e concursos públicos

6 - Contratos mercantis

6.1. Aspectos gerais dos contratos

6.1.1. Conceito de contrato

6.1.2. Fases da contratação

6.1.3. Inadimplemento contratual e adimplemento substancial

6.1.3.1. Perdas e danos

6.1.3.1.1. Danos emergentes

6.1.3.1.2. Lucros cessantes

6.1.3.1.3. Dano moral

6.1.3.1.4. Teoria da perda de uma chance

6.1.4. Extinção dos contratos

6.1.5. Unificação dos diplomas obrigacionais

6.1.6. Especificidades dos contratos empresariais

6.1.7. Classificação dos contratos

6.1.8. Distinção entre os contratos: civil (c2c), de consumo (b2c) e empresarial (b2b)

6.1.8.1. Hipóteses de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos empresariais. Teorias

6.1.8.1.1. O destinatário final

6.2. Contratos em espécie

6.2.1. Compra e venda mercantil

6.2.2. Prestação de serviço empresarial

6.2.3. Locação mercantil

6.2.4. Shopping center

6.2.5. Leasing/arrendamento mercantil

6.2.5.1. Leasing financeiro

6.2.5.2. Leasing operacional

6.2.5.3. Lease-back

6.2.5.4. Self leasing

6.2.5.5. Valor residual garantido

6.2.6. Alienação fiduciária

6.2.7. Factoring/faturização

6.2.7.1. Maturity factoring

6.2.7.2. Conventional factoring

6.2.8. Contratos bancários e financeiros

6.2.8.1. Contrato de abertura de crédito

6.2.8.2. Contrato de depósito bancário

6.2.8.2.1. Conta poupança

6.2.8.2.2. Conta corrente

6.2.8.3. Cartão de débito. “Cheque eletrônico”

6.2.8.4. Cartão de crédito

6.2.8.5. Aval e fiança bancária

6.2.8.6. Crédito documentário/documentado

6.2.8.7. Gestão de pagamento (pagamento caucionado)

6.2.9. Securitização de crédito

6.2.10. Consórcio

6.2.11. Franquia

6.2.12. Agência e distribuição

6.2.13. Representação comercial

6.2.14. Comissão e mandato mercantis

6.2.15. Corretagem ou mediação

6.2.16. Concessão mercantil

6.2.17. Seguro

6.2.17.1. Seguro patrimonial (de dano)

6.2.17.2. Seguro pessoal (de pessoa)

6.2.18. Transporte/frete
6.2.18.1. Transporte de pessoas
6.2.18.2. Transporte de coisas
6.2.18.3. Transporte cumulativo
6.2.19. Contratos eletrônicos
6.2.20. Contratos internacionais
6.2.20.1. Lex mercatoria
6.2.20.2. INCOTERMS
6.2.20.3. Aplicação da legislação estrangeira e LINDB (antiga LICC)
6.2.20.4. Aplicação do direito material e processual
6.2.21. Parceria público-privada
6.3. Arbitragem
6.3.1. Cláusula compromissória
6.3.2. Compromisso arbitral
6.3.3. Arbitragem na prática
Questões de exames da OAB e concursos públicos
7 - Temas avançados
7.1. lei anticorrupção e responsabilidade empresarial objetiva
Gabarito e comentários das questões
CAPÍTULO I
CAPÍTULO II
CAPÍTULO III
CAPÍTULO IV
CAPÍTULO V
CAPÍTULO VI
REFERÊNCIAS

TARCISIO TEIXEIRA

Mestre e Doutor em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Escola Paulista da Magistratura – EPM. Professor da Universidade Estadual de Londrina – UEL (graduação, pós-graduação *lato sensu* e *stricto sensu*). Leciona em cursos preparatórios para a OAB e concursos. Coordenador de cursos jurídicos na Escola Superior de Advocacia – ESA da OAB/SP e na Escola Paulista de Direito – EPD. Autor de livros e artigos jurídicos. Palestrante, parecerista, advogado e consultor de empresa.

contato@tarcisioteixeira.com.br

AGRADECIMENTOS

Graças a Deus, por me permitir encontrar sentido na vida, em especial pelo casamento e pelos filhos; e, ainda sim, conseguir publicar mais este livro.

À minha esposa e eterna namorada, Veridiana, pela infinita paciência e pelas privações em razão do meu ofício; suporte indispensável.

Aos meus pais, Tarcisio e Eunice, pelas preces.

Aos meus conselheiros, Fábio e Oswaldo, que por inspiração divina me ajudaram a orar, a confiar, a atuar e a dividir meu tempo.

À Cleide Forastieri e aos demais profissionais da Editora Saraiva, por acreditarem no meu trabalho.

Ao Professor Verçosa, por me auxiliar no desenvolvimento acadêmico.

Aos assistentes Alessandra de Oliveira, Aline Kurahashi, Cristian Santos, Francielli da Costa, José Eduardo Balera, Karina Cocatto, Maria Angélica Lozam, Maryele Berbel, Mayara Araújo, pelo apoio acadêmico.

Aos leitores que gentilmente puderem nos informar acerca de eventuais imperfeições nesta obra por meio do canal: contato@tarcisioteixeira.com.br

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AC – Apelação Cível

ADI – Ação Direita de Inconstitucionalidade

Ag – Agravo de Instrumento

AgRg no Ag – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento

AMS – Apelação em Mandado de Segurança

BACEN – Banco Central do Brasil

BM&F – Bolsa de Mercadorias e Futuros

BM&FBOVESPA – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros

BOVESPA – Bolsa de Valores de São Paulo

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CB – Central de Balanços

CC – Código Civil (Lei n. 10.406/2002)

CC – Conflito de Competência (STJ)

CDC – Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90)

CFC – Conselho Federal de Contabilidade

CGSIM – Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios

CMN – Conselho Monetário Nacional

CNPJ – Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica

CPC – Código de Processo Civil de 1973(Lei n. 5.869/73)

(novo) CPC – (novo) Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/2015)

CT-e – Conhecimento de Transporte eletrônico

CTN – Código Tributário Nacional

CUP – Convenção da União de Paris

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

DANFE – Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica

DNRC – Departamento Nacional de Registro do Comércio

DREI – Departamento de Registro Empresarial e Integração

E-LALUR – Livro de Apuração do Lucro Real Eletrônico

ECD – Escrituração Contábil Digital

ED – Embargos de Declaração

EFD – Escrituração Fiscal Digital

EREsp – Embargos de Divergência em Recurso Especial

FCONT – Controle Fiscal Contábil de Transição

FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

GATT – Acordo Geral de Tarifas e Comércio

ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa

INCOTERMS – Termos Internacionais do Comércio

INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

IPTU – Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana

IPVA – Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores

ISS – Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza

LC – Lei do Cheque (Lei n. 7.357/85)

LD – Lei da Duplicata (Lei n. 5.474/68)

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC – Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei n. 4.657/42)

LPI – Lei da Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96)

LRF – Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 11.101/2005)

LSA – Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76)

LU – Lei Uniforme (Decreto n. 57.663/66)

MP – Medida Provisória

NF-e – Nota Fiscal Eletrônica

NFS-e – Nota Fiscal de Serviços Eletrônica

NIRE – Número de Inscrição no Registro de Empresa

nCPC – novo Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/2015)

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OMC – Organização Mundial do Comércio

OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual

ONU – Organização das Nações Unidas

PPP – Parceria público-privada

REsp – Recurso Especial (STJ)

RPI – Revista da Propriedade Industrial

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico

SESC – Serviço Social do Comércio

SESI – Serviço Social da Indústria

SPED – Sistema Público de Escrituração Digital

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

SUSEP – Superintendência de Seguros Privados

TR – Taxa Referencial

TRIPs – Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio

VRG – Valor residual garantido

PREFÁCIO

Em pouco tempo o autor traz a lume outra edição do seu *Direito empresarial sistematizado,* com ajustes, atualizações e novos temas que o enriquecem substancialmente.

O autor desde algum tempo tem-se dedicado com bastante ênfase e proveito à carreira acadêmica, como professor de Direito Comercial na Universidade Estadual de Londrina, unindo a teoria à prática essencial deste ramo do direito. Não há Direito Comercial tão somente teórico, pois ele diz respeito justamente ao atendimento das necessidades jurídicas diuturnas da atividade mercantil.

Tarcisio Teixeira, a cada edição atualiza e inclui o estudo de temas novos, como o da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), do microempreendedor individual (MEI), da desconsideração *inversa* da personalidade jurídica e da governança corporativa, entre outros, todos atuais e de reconhecida importância.

A EIRELI nasceu da necessidade de se dar ao pequeno empresário um instrumento apto a lhe permitir exercer sua atividade com a minimização de riscos patrimoniais para o seu patrimônio particular. Como será visto no estudo feito, o instituto nasceu com diversos problemas a serem resolvidos, esperamos que em futuro não muito remoto. À EIRELI se agrega o exame do microempreendedor individual. Quem pensa que a pujança de nossa economia está fundada substancialmente na grande empresa desconhece uma realidade espantosa: os micro e pequeno empreendedores são responsáveis por uma enorme quantidade de empregos e, na soma da sua atividade, movimentam volumoso segmento de nossa economia. Pena que o legislador e os governantes lhe dispensem tão pouca atenção. Afinal de contas, a hoje gigante Microsoft nasceu dentro de uma pequena garagem.

O desgastante tema da desconsideração da personalidade jurídica, que mereceu do legislador no Código Civil de 2002 e do Judiciário um tratamento que pode se dizer indigno, é aqui tratado pelo autor sob outra vertente, a da sua *inversão*, que se revela bastante interessante.

Finalmente, também foi abordada a questão da governança corporativa a respeito da qual muito se têm

escrito, a favor e contra. Neste último caso, em vista de falhas gritantes que têm se verificado em grandes empresas, dando a alguns motivos para reclamarem de um custo extremamente elevado para as empresas que a adotam e sem contrapartida justificável. Não se mostra a governança corporativa, evidentemente, como uma panaceia que atenderá sempre adequadamente aos interesses dos que estão *de fora* da administração das sociedades e servirá para proteger os seus interesses. Mas pode-se dizer com tranquilidade que *ruim com ela, muito pior sem ela*, não se podendo descuidar do seu aperfeiçoamento.

Enfim renovada, a obra de Tarcisio Teixeira continua como uma importante referência para o aprendizado do indispensável Direito Comercial.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa

Mestre, Doutor e Livre-docente em Direito Comercial pela USP. Professor Associado de Direito Comercial da USP.

Membro do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara do Comércio Brasil-Canadá.

Consultor e advogado.

1

Teoria geral do direito empresarial

1.1. INTRODUÇÃO AO DIREITO EMPRESARIAL

Com o advento do Código Civil de 2002 e a revogação de parte do Código Comercial de 1850, no Brasil tem-se usado a expressão “Direito Empresarial” em vez de “Direito Comercial”, o que ensejou até a mudança de nomenclatura das disciplinas de grande parte dos cursos jurídicos.

Poderíamos dizer que Direito Empresarial é o mesmo que Direito Comercial, mas o Direito Empresarial é mais amplo que este, pois alcança todo exercício profissional de atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou de serviços (exceto intelectual). Já o Direito Comercial alcançava, em sua concepção inicial, apenas os comerciantes que compravam para depois revender e algumas outras atividades, que serão vistas adiante.

De qualquer forma, o Direito Comercial é um ramo histórico do Direito, que surgiu pelas necessidades dos comerciantes não respaldadas pelas normas do Direito Civil.

1.1.1. Origem e evolução histórica do direito empresarial

Nas palavras de Levin Goldschmidt, o desenvolvimento do conceito de propriedade individual foi fundamental para o intercâmbio de bens, especialmente dos bens móveis; isso desde os tempos primitivos. Toda circulação de mercadorias na sua fase inicial é o comércio de troca, um comércio realizado por andarilhos (comércio de rua) em que a negociação se dá por conta própria. Mas aos poucos foi aparecendo a mercadoria intermediária, o dinheiro, e do natural negócio de troca foi-se formando o comércio de compra, certamente pela primeira vez no tráfico internacional.

Obviamente que a troca de bens era pequena nos tempos primitivos entre os membros da mesma comunidade. O seu crescimento e a sua regularidade se deram em razão da intervenção do intermediário

(comerciante estrangeiro), o qual excitava e satisfazia o sentido estético das pessoas, o que implicava novas necessidades, consequentemente levando as pessoas a importarem bens desejados (joias, metais, armas, ferramentas, vinho, licor etc.) e exportarem bens superabundantes. Assim, o comerciante que vinha de outro lugar poderia ser ao mesmo tempo bem-vindo e odiado, pois muitas vezes era tido como um esperto enganador.

Aos poucos o comércio foi se fixando fisicamente, normalmente nas praças das cidades (comércio estável), adicionado ao comércio ambulante (de rua). Mais tarde, em muitas localidades, os estabelecimentos físicos tornaram-se predominantes; entretanto, ainda hoje, em alguns países (como da África e da Ásia) o comerciante nômade desempenha um papel extremamente relevante. Também gradualmente a venda de bens a granel (soltos) foi crescendo, mas somente com o desenvolvimento da venda por atacado é que a atividade do comerciante passou a ser tida como uma profissão[1].

Há notícia de institutos do Direito Comercial no Código de Hammurabi [1.772 a.C.][2], como o contrato de sociedade e o empréstimo a juros.

Durante o Império Romano não havia tratamento jurídico específico para o tráfico mercantil (comércio). Os grandes juristas-historiadores afirmam que a disciplina do Direito Comercial em Roma estava submetida às regras do direito privado comum (Direito Civil).

A ausência de normas específicas para o comércio foi determinante para a progressiva elaboração de um corpo de regras que mais tarde caracterizaria o Direito Comercial como ramo do Direito.

Com o fim do Império Romano, o Direito Canônico não deixou incorporar às suas normas algumas práticas comerciais, como a cobrança de juros (a Igreja considerava que o dinheiro era estéril, logo não podia ter filhos – juros).

Para superar os impedimentos, os comerciantes desenvolveram técnicas negociais complexas e institutos, como a letra de câmbio (que mais adiante será estudada) para a busca de crédito.

Assim, os comerciantes conseguiram vencer a ausência de normas dos ordenamentos jurídicos influenciados pelo Direito Romano. Também superaram as restrições do Direito Canônico, já que a partir daí o comércio passou a ter mais oportunidades, do ponto de vista jurídico, para seu desenvolvimento.

Pode-se dizer que o desenvolvimento do Direito Comercial se deu “quase no escuro”, isto é, sem prévia experiência social e jurídica, arriscando sem medir as consequências.

Mas, quando o direito comum dispunha de institutos satisfatórios aos comerciantes, estes se socorriam

deles, e não criavam novos. Talvez seja essa a razão pela qual nunca houve um grande marco divisor entre Direito Civil e Comercial. Muitos institutos originalmente mercantis acabaram por se generalizar na sua utilização, mas nem por isso pode-se dizer que o Direito Comercial precede o Direito Civil.

O nascimento e a evolução do Direito Comercial ocorreram pela necessidade de estruturação do setor econômico. Diferente do Direito Civil, que é estático, o Direito Comercial sempre esteve em constante evolução (nas suas disposições), livre de tecnicismos e abstrações, aberto ao espírito de criação dos comerciantes por seus usos e costumes.

Além disso, na Idade Média as pessoas começaram a migrar do campo para as cidades, onde artesãos e mercadores passavam a exercer atividades negociais. Assim, desenvolveram-se as feiras e os mercados, que facilitaram o encontro dos comerciantes, o que, por sua vez, contribuiu para o desenvolvimento de um comércio interno e internacional forte na Europa.

Vale mencionar que o desenvolvimento do comércio marítimo também teve papel relevante na construção do Direito Comercial como ramo do Direito.

Em razão dos entraves já mencionados, os comerciantes criaram as Corporações de Ofícios e de Artes, com normas e justiça próprias (Tribunal dos Comerciantes), destinadas a solucionar possíveis conflitos entre eles, com base na equidade, na boa-fé e nos usos e costumes, um grande passo para a afirmação do Direito Comercial[3].

Sucintamente, o Direito Comercial, em sua evolução, pode ser dividido em *3* fases: 1ª – dos usos e costumes (fase subjetiva, que se inicia fundamentalmente na Idade Média e vai até 1807, ano da edição do Código Comercial francês); 2ª – da teoria dos atos de comércio (fase objetiva, que vai de 1807 até 1942, ano marcado pela edição do Código Civil italiano); 3ª – da teoria da empresa (fase subjetiva moderna, a partir de 1942). Passaremos ao estudo dessas teorias; os usos e costumes serão tratados no item sobre as fontes do Direito.

1.1.1.1. Teoria dos atos de comércio. Mercancia. França

Com o movimento das grandes codificações (promovido substancialmente por Napoleão, a partir do Código Civil francês de 1804), a disciplina do Direito Comercial passou a ter nova “roupagem”, com a criação da **teoria dos atos de comércio**, positivada pelo Código Comercial francês de 1807 e mais tarde adotada pelo Código Comercial brasileiro de 1850.

De acordo com o art. 110-1 do Código Comercial francês de 1807, ato de comércio é a compra com intenção de revender.

Nessa fase, o Direito Comercial tinha por objeto, principalmente, estabelecer regras sobre os atos daqueles que compravam para revender, ou seja, a atividade dos comerciantes.

Para que alguém fosse considerado comerciante, os atos de comércio deviam ser realizados habitual e profissionalmente[4]. Isso também era chamado de **mercancia**.

Assim, **atos de comércio** ou **mercancia** pressupunham habitualidade, atuação contínua no exercício da atividade comercial. Conforme o art. 19 do então vigente Decreto (Regulamento) n. 737/1850, considerava-se mercancia: a compra e venda ou troca com o fim de revender por atacado ou a granel na mesma espécie ou manufaturados ou com o objetivo de alugar; as operações bancárias, de corretagem e de câmbio; as empresas de fábrica, de comissão, de depósito, de expedição, de consignação, de transporte de mercadorias e de espetáculos públicos; os seguros, fretamentos e demais contratos do comércio marítimo; armação e expedição de navios. Essa disposição legal brasileira, em grande medida, equivalia ao art. 110-1 do Código Comercial francês de 1804.

Além disso, o revogado art. 4º do Código Comercial brasileiro de 1850 previa que somente era considerado comerciante para fins de proteção legal quem estivesse matriculado em um Tribunal do Comércio e fizesse da mercancia sua profissão habitual. O emprego da terminologia comerciante se explica, em parte, porque a industrialização ainda começava, e a atividade de prestação de serviços também era incipiente. A principal atividade desenvolvida até então era o comércio, sobretudo pela compra para revenda.

1.1.1.2. Teoria da empresa. Itália

Com o passar do tempo, em especial pelo grande desenvolvimento de atividades econômicas complexas – principalmente na industrial e na prestação de serviços –, a teoria dos atos de comércio tornou-se insuficiente como disciplina jurídica para o Direito Comercial, até porque as novas atividades econômicas não eram alcançadas por essa teoria.

Surgiu então, a partir da vigência do Código Civil italiano de 1942, a **teoria da empresa**, como evolução da teoria dos atos de comércio, tendo em vista sua maior amplitude.

A teoria da empresa é mais ampla que a teoria dos atos de comércio porque alcança qualquer

atividade econômica organizada para a produção ou para a circulação de bens ou de serviços (exceto as atividades intelectuais), e não apenas os atos de comércio.

Vale considerar que a palavra "comércio" (base da teoria dos atos de comércio) em sua acepção primária teria o sentido de compras e vendas, intermediação. Muitas vezes, a expressão comércio é empregada de forma ampla para designar todo o gênero de atividades econômicas. Porém, o mais adequado, especialmente após o advento da teoria da empresa, seria utilizar a palavra comércio como espécie de atividade empresarial ou negocial (gênero). Dessa forma, comércio, indústria e prestação de serviço seriam as espécies de um gênero comum. Isso se alinha com o disposto pelo art. 966, *caput*, do Código Civil que adotou a teoria da empresa.

O comerciante passou a ser referido pelo art. 966, *caput*, do Código Civil ao dispor que: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços." A figura do comerciante está retratada na expressão "circulação de bens ou de serviços". Ou seja, comerciante é aquele que promove a circulação de bens ou a circulação de serviços. O Código Civil italiano, art. 2.082 (cuja redação foi a fonte inspiradora do art. 966 do nosso Código Civil), utiliza a expressão "troca de bens ou de serviços".

O Código Civil brasileiro externa a opção legislativa pela adoção da teoria da empresa em substituição à teoria dos atos de comércio. A teoria da empresa se fundamenta no conceito de empresário previsto no *caput* do art. 966; já a teoria dos atos de comércio era baseada na mercancia, sendo positivada inicialmente pelo Código Comercial francês de 1807, art. 110-1. Adiante, nos itens a respeito do conceito e da caracterização do empresário, a teoria da empresa será tratada com mais profundidade.

1.1.1.3. O desenvolvimento do direito empresarial no Brasil

Durante o período Brasil-colônia, as relações jurídicas brasileiras eram reguladas pelas Ordenações Portuguesas (à época imperavam as Filipinas), sob influência do Direito Canônico e Direito Romano.

Com a chegada da Família Real ao Brasil, em 1808 (que saiu de Portugal em razão da invasão das tropas napoleônicas), surgiu a necessidade de organização da Corte e de uma legislação com finalidade econômica.

Por obra de Visconde de Cairu – com a chamada Lei de Abertura dos Portos de 1808 –, os comerciantes, antes impedidos pela política mesquinha da metrópole, abrem-se plenamente para o

comércio.

Em seguida, surgem a Real Junta de Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegações e o Banco do Brasil (criado pelo Alvará de 12 de outubro de 1808), entre outras determinações legais.

Após a Proclamação da Independência, em 7 de setembro de 1822, foi convocada a Assembleia Legislativa de 1823, ficando então determinado que ainda teriam vigência no Brasil as leis portuguesas, com a possibilidade de invocar leis mercantis de **países cristãos com boa jurisprudência**. Isso se deu em face da ausência de um ordenamento jurídico brasileiro naquele momento.

Assim, o Código Comercial francês de 1807, o Código Comercial espanhol de 1829 e o Código Comercial português de 1833 foram verdadeiras fontes legislativas para o Brasil no século XIX.

1.1.1.3.1. Código Comercial de 1850

Mesmo diante do relatado há pouco, o espírito de soberania no Brasil àquela época exigia legislação própria. Assim, em 1834, foi elaborado um projeto de Código do Comércio, que tramitou no Poder Legislativo até 1850, ano em que foi sancionada a Lei n. 556, de 25 de junho de 1850 – conhecida como Código Comercial brasileiro.

Esse Código é até hoje elogiável em razão da técnica e da precisão. Teve como inspiração os Códigos Comerciais da França, da Espanha e de Portugal. No mesmo ano de sua edição foi regulamentado pelo Decreto n. 737, de 1850.

Depois surgiram legislações mercantis sobre regras do processo comercial; matrícula e qualificação do comerciante; extinção dos Tribunais do Comércio; sociedade anônima; sociedade limitada; concordata preventiva; reforma falimentar etc.

O Código Comercial brasileiro de 1850 adotava a teoria dos atos de comércio. Na segunda metade do século XX, a jurisprudência e a doutrina brasileiras começaram a perceber a insuficiência dessa teoria e passaram a admitir a teoria da empresa. Isso pode ser percebido na concepção de várias normas, como a Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor.

Como é sabido, com a vigência do Código Civil de 2002, revogou-se a primeira parte do Código Comercial de 1850 (a maior e principal parte). A partir disso, o Direito Empresarial deixou de ter como fonte principal o Código Comercial, passando a ser regulado pelo Código Civil.

Vale ressaltar que o legislador brasileiro, na concepção do Código Civil de 2002, seguiu em grande medida as disposições do Código Civil italiano de 1942, em especial quanto às disposições sobre o

direito obrigacional e o direito de empresa.

Em razão disso, o Código Civil de 2002 adotou a teoria da empresa em detrimento da teoria dos atos de comércio, conforme seu art. 966. Logo, a partir da vigência do Código Civil de 2002, o Direito Empresarial passou a ter como disciplina qualquer atividade profissional econômica e organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, exceto as atividades intelectuais.

1.1.1.4. Direito empresarial ou direito comercial

Ainda é muito recorrente o uso da expressão **Direito Comercial** no meio jurídico, alternando-se com o uso de **Direito Empresarial**.

Pode-se dizer que Direito Empresarial é o mesmo que Direito Comercial, porém, em uma versão mais ampla e moderna, já que a partir do Código Civil de 2002, com a adoção da teoria da empresa, passou-se a abranger qualquer exercício profissional de atividade econômica organizada (exceto a de natureza intelectual) para a produção ou circulação de bens ou de serviços, diferenciando-se do regime anterior (Código Comercial de 1850), que adotava a teoria dos atos de comércio.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa ilustra essa situação com dois círculos concêntricos, em que o Direito Empresarial seria o círculo maior e o Direito Comercial, o menor[5].

A nosso ver, **Direito Empresarial** seria apenas a expressão "Direito Comercial" atualizada. Boa parte da doutrina continua a usar Direito Comercial, inclusive nos títulos das obras. Independentemente da terminologia, trata-se de um ramo do Direito, como será visto adiante. Os países de língua espanhola preferem usar Direito Mercantil.

1.1.2. Autonomia, importância e conceito do direito empresarial

A vigência do Código Civil de 2002 levou à unificação dos diplomas obrigacionais, já que obrigações civis e empresariais seguem esse mesmo regime jurídico (ou seja, o estabelecido pelo Código Civil).

Esse fato fez com que alguns chegassem a falar em "unificação do direito privado" e/ou "extinção do Direito Empresarial", já que este passaria a pertencer ao Direito Civil. Não se pode concordar com isso, pois um ramo do Direito não se justifica em razão de um Código. O direito administrativo, por exemplo, não tem um Código, mas nem por isso deixa de ser um ramo do Direito.

Na Itália, a unificação das regras obrigacionais, em 1942, não ocasionou a extinção do Direito Comercial, que se manteve como disciplina autônoma, sem grandes controvérsias.

O Direito Empresarial continua tendo autonomia em relação aos demais ramos do Direito, mesmo com a revogação de boa parte do Código Comercial, por possuir princípios próprios, principalmente quanto aos usos e costumes. Além disso, a autonomia do Direito Comercial se dá pela própria disposição da Constituição Federal, em seu art. 22, inc. I.

O Direito Empresarial difere do Direito Civil por ser mais dinâmico em suas relações e normas. O Direito Civil é estável, e o Direito Empresarial é criativo e mutante. Na vida civil contrata-se poucas vezes (comparando-se com a vida mercantil) e se pensa muito antes de realizar algo (p. ex., a compra e venda de imóvel para moradia da família). Na vida mercantil contrata-se reiteradamente, várias vezes (p. ex., contrato de distribuição, franquia, *know-how* etc.)

Considerado um ramo do Direito, o Direito Empresarial guarda uma principiologia própria, sendo dinâmico e cambiante, ocupando-se de negócios de massa, diferente dos demais, notadamente do Direito Civil, que tem a peculiaridade de ser mais conservador e estável nas suas relações e quanto às mudanças, tratando de atos isolados.

Isso está alinhado com a posição de Cesare Vivante, quando ele se retrata. Isso pois, no final do século XIX, Vivante, professor da Universidade de Roma, maior comercialista de todos os tempos, proferindo conferência inaugural do curso jurídico na Universidade de Bolonha, escandalizou o meio jurídico ao atacar a divisão do direito privado, condenando a autonomia do Direito Comercial.

Mais tarde, o renomado jurista mudou de opinião quanto à divisão do direito privado. Ao se retratar, defendeu a manutenção da autonomia do Direito Comercial em relação ao Direito Civil, pois, do contrário, acarretaria prejuízo para o Direito Comercial, visto que o Direito Civil é quase estático na disposição de suas normas, tratando de atos isolados. Já o Direito Comercial precisa de dinamismo nas suas normas em razão do constante desenvolvimento econômico, tratando de negócios de massa[6].

Diante do exposto, parece então continuar válido o difundido conceito de Direito Comercial, qual seja:

> "O direito comercial constitui aquela parte do direito privado que tem, principalmente, por objeto regular a circulação dos bens entre aqueles que os produzem e aqueles que os consomem" (tradução livre)[7].

Para Levin Goldschmidt, o direito comercial pode ser considerado uma parte da ciência do comércio,

isto é, a soma de todos os conhecimentos que são importantes para o exercício de comércio[8].

Pode-se dizer também que o Direito Empresarial influencia o Direito Civil, pois ele arrisca mais, inventando e experimentando institutos novos, que mais tarde serão ou não consolidados no âmbito civil. Por exemplo, os sistemas de pagamentos foram inventados pelo Direito Empresarial, primeiro com a letra de câmbio (para evitar o risco de assaltos no percurso dos mercadores) e, posteriormente, com o cheque e o cartão de crédito, que, devido à grande aceitação, passaram a fazer parte da vida civil.

Rubens Requião lembra a posição de Sylvio Marcondes Machado – autor do anteprojeto de Código das Obrigações de 1965, na parte relativa às sociedades e ao exercício da atividade mercantil –, ao dizer que as razões da retratação de Cesare Vivante continuavam válidas, mas nem por isso excluíam a coordenação unitária de atos jurídicos concernentes ao fenômeno econômico, e que o Direito Comercial podia conviver com o Direito Civil em um código unificado. E que para Caio Mário da Silva Pereira, presidente da redação do mesmo anteprojeto, a unificação do direito das obrigações não significa a abolição da vida comercial, e uma unidade orgânica não conflita com a disciplina da vida mercantil[9].

Além de todos esses argumentos, Fábio Ulhoa Coelho pondera que a justificativa fundamental para a autonomia do Direito Empresarial se dá pela manutenção dessa disciplina nos bancos universitários, inclusive no exterior, como na Itália e na Espanha[10].

1.1.3. Objeto do direito empresarial

O objeto do Direito Empresarial é, essencialmente, regular as relações entre empresários e dispor sobre as regras das sociedades empresariais. Isso sem perder de vista o conceito de Direito Empresarial de Cesare Vivante, disciplinador da circulação dos bens entre aqueles que os produzem e aqueles que os consomem.

Se antes o objeto do Direito Empresarial era tido a partir da teoria dos atos de comércio, com a vigência do Código Civil de 2002 o objeto passa a ser mais amplo, o da teoria da empresa, abrangendo toda e qualquer atividade econômica (cf. art. 966 do Código Civil).

Conforme Rubens Requião, é a lei que determina a matéria empresarial, por exemplo, a legislação dos títulos de crédito, da propriedade industrial, bancária, concorrencial etc.[11].

São muitas as leis empresariais. As principais podem ser encontradas no que as editoras chamam "Código Comercial". O mais adequado seria chamá-los de consolidação das leis

comerciais/empresariais, pois não contêm apenas o Código Comercial e, muito pelo contrário, a maior parte é de legislação extravagante.

Assim, o Direito Empresarial, em sua evolução, chegou à atualidade como uma alavanca ao desenvolvimento dos negócios, em razão dos instrumentos que coloca à disposição para as operações, atendendo, assim, às necessidades dos empresários, com suas normas e diversos tipos de contratos.

Apenas para exemplificar, o contrato de câmbio funciona como forma de dar eficácia às negociações, eliminando qualquer barreira quanto à distância entre os negociantes e movimentando grandes quantidades de mercadorias/serviços ou de dinheiro (nesse caso, sem necessidade de movimentar efetivamente o numerário).

1.1.3.1. Comércio e atividade negocial

O comércio é a atividade com fins lucrativos relevante para o movimento de mercadorias, sendo cada elemento pertencente ao comércio (necessários para a sua realização; os seus objetos; e outros assuntos) chamado de matéria de comércio[12].

De acordo com Alfredo Rocco, "o **comércio** é aquele ramo da produção econômica que faz aumentar o valor dos produtos pela interposição entre produtores e consumidores, a fim de facilitar a troca das mercadorias"[13].

Esse conceito está diretamente relacionado com o de Direito Comercial trazido por Cesare Vivante: "O direito comercial constitui aquela parte do direito privado que tem, principalmente, por objeto regular a circulação dos bens entre aqueles que os produzem e aqueles que os consomem" (tradução livre)[14].

Pelo exposto anteriormente sobre a evolução da teoria dos atos de comércio para a teoria da empresa, o mais adequado é dizer que o **objeto** do Direito Empresarial é qualquer **atividade negocial** (exceto as intelectuais).

Atividade negocial pode ser entendida como qualquer atividade que tenha por finalidade o lucro, isto é, desde a atividade extrativa de matéria-prima, a indústria, o comércio e a prestação de serviços. Logo, atividade negocial é uma expressão mais ampla do que comércio, pois inclui qualquer atividade de prestação de serviços, que também faz parte do escopo do Direito Empresarial.

Curiosamente, o Livro II do Código Civil de 2002, denominado "Do direito de empresa", no projeto inicial de Sylvio Marcondes era chamado "Da atividade negocial".

1.1.3.1.1. Comércio eletrônico

É fato que o comércio – em seus primórdios desenvolvido por meio de feiras, caravanas terrestres ou marítimas etc. – chegou ao final do século XX impulsionado ainda mais por um sistema eletrônico denominado **internet**, formando, então, o que se tem chamado no Brasil "comércio eletrônico" ou *e-commerce*[15].

O *e-commerce* representa o futuro do comércio. Existem milhares de oportunidades de negócios espalhadas pela rede, e é muito provável que uma pesquisa de preços na internet lhe trará não só o menor preço, como o melhor produto. Apesar do gargalo representado pelo "analfabetismo digital" de uma grande parcela da população, o *e-commerce* já desponta junto a uma geração que nasceu com o computador no colo. O crescimento do número de internautas na última década é espantoso.

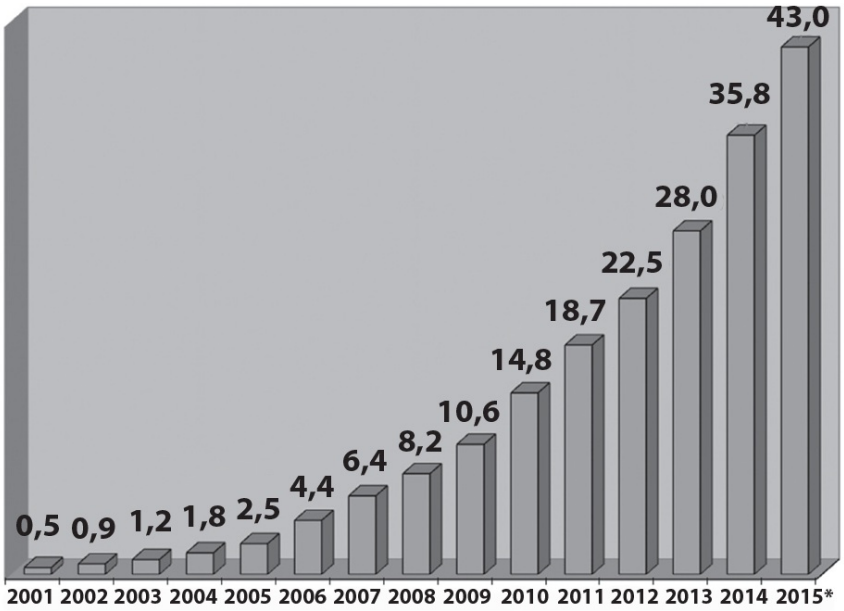
Atualmente, o Brasil possui 45,6% (cerca de 90 milhões de pessoas) de sua população com acesso à internet. Se fizermos um comparativo entre os anos de 2000 e 2012, perceberemos um aumento de aproximadamente 1.500% do número de internautas no Brasil[16].

O grande destaque dentre os dados recentes foi a China. Com um aumento de 1.766,7% na última década, os internautas chineses agora representam 22,4% do total de pessoas com acesso à rede no mundo inteiro. Apesar desse enorme percentual, os internautas chineses ainda podem se multiplicar, uma vez que apenas 40,1% da população chinesa possui acesso à rede.

O *ranking* dos países com maior número de internautas em números absolutos é o seguinte: 1º China (22,4%); 2º EUA (10,2%); 3º Índia (5,7%); 4º Japão (4,2%); e 5º Brasil (3,7%). Em média, os países desenvolvidos têm entre 78% e 83% de sua população com acesso à internet, a exemplo dos Estados Unidos, Alemanha, Japão e Coreia do Sul.

O que se pode constatar a respeito de tais dados é que o acesso à internet cresceu muito nos últimos anos, o que foi crucial para o alavancamento do comércio eletrônico em todo o mundo, e também significativamente no Brasil. Aqui, as categorias de bens mais comercializados são: moda e acessórios, 19%; cosméticos e perfumaria, 18%; eletrodomésticos, 10%; livros e revistas, 9%; informática, 7%. Veja as tabelas ilustrativas a seguir, referentes ao crescimento do comércio eletrônico varejista no Brasil, por meio da pesquisa e-Bit.[17]

Faturamento do *e-commerce* no Brasil – Bilhões de reais



* Os dados de 2015 são uma estimativa, somente.
Fonte ebit – www.e-commerce.org.br

Pode-se entender que **comércio eletrônico** é o conjunto de compras e vendas de mercadorias e de prestação de serviços por meio eletrônico, isto é, as negociações são celebradas por meio da internet ou outro recurso da tecnologia da informação.

No comércio eletrônico é possível ocorrer a contratação de bens **corpóreos/materiais** – com existência física – (utensílios domésticos, equipamentos de informática, livros etc.) e **incorpóreos/imateriais** (programas de computador, músicas, vídeos etc.).

Quando se trata de bens corpóreos, a negociação é feita por meio eletrônico, e a entrega do bem se dá fisicamente, pelas vias tradicionais, como o serviço postal.

Sendo compra de bens incorpóreos, além da negociação, a entrega do bem é feita diretamente ao comprador por meio eletrônico, como ocorre com o *download* de *software*.

É possível que o comércio eletrônico seja realizado fora da internet. No entanto, os grandes problemas jurídicos a serem enfrentados ocorrem, notadamente, no âmbito do comércio eletrônico realizado na rede mundial de computadores.

No âmbito brasileiro, o comércio eletrônico e os respectivos contratos celebrados estão sujeitos aos mesmos princípios e regras aplicáveis aos demais contratos celebrados no território nacional – Código Civil e Código de Defesa do Consumidor (CDC), bem como o Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013, cuja finalidade é regulamentar o CDC quanto à contratação no comércio eletrônico[18]. Frise-se que o Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, não trata especificamente de *e-*

commerce [19].

Quanto aos casos de relação jurídica firmada entre partes sediadas em países diversos, deve ser observada a LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC – Lei de Introdução ao Código Civil), cujo art. 9º, *caput* e § 2º, disciplina que se aplica a lei do país onde se constituírem as obrigações. Sob este aspecto, será considerado local da constituição da obrigação o lugar em que residir o proponente, ou seja, daquele que estiver ofertando o produto ou o serviço na internet. Nesta seara, apesar de não tratar expressamente sobre comércio eletrônico, poderá ser aplicável a Convenção de Viena, em vigor no Brasil por força do Decreto Legislativo n. 538/2012, que aprovou o texto do Tratado sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional.

1.1.4. Fontes

Fontes do Direito são as maneiras pelas quais se estabelecem as regras jurídicas. Ou seja, fonte é de onde nasce o Direito; é a origem das normas jurídicas.

Pode-se dizer que as fontes nutrem o operador do Direito das regras aplicáveis às relações jurídicas.

No Direito Empresarial as fontes podem ser divididas em **primárias** e **secundárias**.

Fontes primárias (ou diretas) são as leis em geral, sobretudo as de conteúdo empresarial (p. ex., as leis de franquia, de concessão mercantil, falimentar, de títulos de crédito), o Código Comercial (a parte não revogada de direito marítimo), o Código Civil etc. A Constituição Federal também se inclui entre as fontes primárias. Além disso, respeitadas as normas de ordem pública, tendo em vista que o contrato faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), ele também é fonte do direito empresarial, bem como outras obrigações como os títulos de crédito.

Por sua vez, as **fontes secundárias** (ou indiretas) são formadas pelos princípios gerais do direito, analogia, equidade e principalmente os usos e costumes. Secundária no sentido de que sua importância é subsidiária, não principal. Mas é bom esclarecer que os usos e costumes já foram a principal fonte do Direito Empresarial.

O operador do Direito deve inicialmente aplicar as fontes primárias, sendo que quando estas não tiverem respostas plenas ao caso, aí sim, socorrer-se-á das fontes secundárias. Ou seja, as fontes secundárias terão aplicação às relações jurídicas quando houver omissão das primárias.

1.1.4.1. Usos e costumes

Usos e costumes empresariais são “práticas continuadas” de determinados atos pelos agentes econômicos, que são aceitas pelos empresários como regras positivadas e obrigatórias. Eles vigoram quando a lei (empresarial e civil) não possui normas expressas para regular o assunto.

Exemplo disso são a emissão e o pagamento de boletos bancários, que se tornou uma prática corriqueira no comércio, independentemente de previsão legal.

Outro exemplo são as arras assecuratórias (diferentemente das arras confirmatórias e das penitenciais) consistentes naquelas dadas em geral como sinal na aquisição de imóveis, ficando o negócio com uma condição suspensiva pela aprovação posterior. Na maioria das vezes, com a não efetivação do negócio, apenas se devolve o sinal, sendo isso possível por tratar-se de uma forma atípica de arras.

Essa espécie de arras funciona, na verdade, como uma reserva, em que a parte a entrega a fim de assegurar a reserva de determinado imóvel, mas tem o direito de arrepender-se sem, contudo, perder a quantia entregue, pois ela será devolvida.

No Brasil, os usos e costumes, para valerem (“como se fossem leis”), devem estar assentados no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, conforme a Lei n. 8.934/94, art. 8º, inc. VI. Também é aplicável aos usos e costumes o Decreto n. 1.800/96, que regulamenta a Lei n. 8.934/94, especialmente seus arts. 87 e 88.

Tal determinação legal, de certa forma, acaba minimizando o papel dos usos e costumes como fonte do Direito Empresarial, diferentemente do que ocorria no passado, quando foi a mais significante das fontes para as relações entre os comerciantes[20].

1.1.5. A livre-iniciativa na Constituição Federal

Livre-iniciativa significa liberdade de exercício de atividade econômica lícita, implicando a possibilidade de entrar, permanecer e sair do segmento empresarial em que se atua. Trata-se de um princípio pelo qual os agentes econômicos agem de forma livre, sem a intervenção direta do Estado. A isso também se denomina economia de mercado ou neoliberalismo, em que a maior parte da atividade econômica (comércio, indústria e prestação de serviços) é gerada pela iniciativa privada, ficando o poder público com a função de regulamentar e fiscalizar, bem como a de promover áreas essenciais, como, por exemplo, energia, educação, saúde, segurança. De forma diversa, a economia de estado se dá

quando o Estado é o protagonista da economia por desenvolver ele próprio o comércio, a indústria e a prestação de serviço.

A Constituição Federal de 1988, art. 1º, inc. IV, assegurou à livre-iniciativa, haja vista sua relevância, o *status* de fundamento para o Estado Democrático de Direito, ao lado de outros como a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político e os valores sociais do trabalho.

Além disso, o texto constitucional ao tratar da ordem econômica expressa no seu art. 170 que ela está fundada na livre-iniciativa e na valoração do trabalho humano. Para tanto, deverão ser observados, entre outros, os seguintes princípios: livre concorrência; defesa do consumidor; tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte; defesa do meio ambiente; propriedade privada; função social da propriedade.

E, especificamente, o parágrafo único do mesmo art. 170 assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Ou seja, toda pessoa física ou jurídica (não impedida legalmente) pode desenvolver qualquer atividade econômica (que vise lucro), seja ela indústria, comércio ou prestação de serviço, desde que lícita, não precisando para tanto de autorização do Estado.

Vale ter em conta que o registro da atividade na Junta Comercial ou Registro Civil das Pessoas Jurídicas não é tido como autorização estatal, pois se trata de mera formalidade e publicidade da constituição. Tanto é que estes órgãos não podem recusar o registro, salvo se por ato que atente a norma de ordem pública ou aos bons costumes.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins afirmam que a livre-iniciativa é uma manifestação dos direitos fundamentais, pois o homem não pode realizar-se plenamente enquanto não lhe for assegurado o direito de projetar-se por meio de uma realização transpessoal: a realização de um objetivo pela liberdade de iniciativa com conotação econômica, pois todos têm o direito de se lançar no mercado visando à produção ou à circulação de bens ou de serviços, cada qual por sua conta e risco[21].

Quanto aos casos de necessidade de autorização de órgãos públicos, eles devem ser vistos como exceção, tendo em vista certas peculiaridades, e devem necessariamente estar previstos no ordenamento jurídico, como no caso dos bancos e administradoras de consórcio, cujas autorizações são fornecidas pelo Banco Central do Brasil – BACEN (Lei n. 4.595/64 e Lei n. 11.795/2008, respectivamente), e das seguradoras, em que a autorização é dada pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP (Decreto-

lei n. 73/66).

Isso é explicado pelo fato de que algumas atividades econômicas têm particularidades que demonstram a necessidade de existir maior controle e fiscalização do Estado. Por exemplo, bancos e seguradoras fazem captação de quantias elevadas de recursos junto às pessoas; além disso, se um banco "quebrar", poderá ocasionar risco sistêmico (ou efeito cascata) aos demais agentes do mercado.

Devido a essa possibilidade, surge a necessidade da autorização estatal, a fim de verificar se o pretendente a obter a autorização preenche os requisitos mínimos para se estabelecer no mercado. No passado, já existiram quotas de autorização, uma espécie de limitação de autorizações; logo, se alguém quisesse entrar em determinado mercado, deveria comprar a autorização de quem já a possuía.

Mas, atualmente, a regra é o sistema da livre-iniciativa, em que o particular tem plena liberdade de empresariar (desenvolver atividade econômica), sem se submeter à vontade do poder público, não podendo ser cerceado pelo Estado, salvo exceção prevista em lei.

Além disso, o particular, como regra, não sofre a concorrência do Estado como agente desenvolvedor da economia. Isso porque o art. 173, *caput*, da Constituição Federal afirma que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, ressalvados os casos previstos na própria Constituição e as definições legais.

Contudo, a todos é assegurado o direito de participar da economia, por meio do desenvolvimento de atividade industrial, comercial ou de prestação de serviço, desde que atendidos os requisitos de capacidade do agente e o respeito aos impedimentos legais para empreender, conforme estudaremos adiante.

1.1.6. Sub-ramos do direito empresarial

Assim como o Direito Civil, por exemplo, possui sub-ramos – como o direito de família, o direito das sucessões etc. –, o Direito Empresarial também possui sub-ramos:

1) direito societário – trata dos vários tipos de sociedades empresariais (anônima, limitada etc.);
2) direito falimentar – cuida da recuperação judicial e extrajudicial e da falência de empresários individuais e sociedades empresárias;
3) direito industrial (propriedade industrial) – regula as marcas, as patentes, os desenhos industriais etc.;

4) direito cambiário – cuida dos títulos de crédito (cheque, duplicata, nota promissória etc.);

5) direito concorrencial – trata da concorrência leal entre as empresas, inibindo abusos econômicos e condutas desleais;

6) direito bancário – cuida do sistema financeiro, especialmente no âmbito privado;

7) direito do mercado de capitais – regula o mercado de valores mobiliários: ações e derivativos comercializados em bolsas;

8) direito marítimo – trata das regras sobre embarcações, fretamento, naufrágio, direitos e obrigações dos oficiais e da tripulação etc.;

9) direito securitário – estabelece as regras sobre seguros de pessoas e de coisas (seguro de vida, seguro de automóvel etc.).

Não há um consenso sobre se o **Direito do Consumidor** – que trata da relação entre fornecedor e consumidor que adquire produto ou serviço como destinatário final – é um sub-ramo do Direito Empresarial. O fato é que o direito do consumidor é composto por regras dos direitos empresarial, civil, administrativo, penal etc.

Para se ter uma ideia, na Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP) a disciplina direito do consumidor é ministrada por professores de várias áreas, cabendo aos professores de Direito Empresarial principalmente a parte de responsabilidade civil dos fornecedores. Se considerarmos o conceito de Direito Comercial de Vivante (como visto anteriormente), poderemos dizer que o direito do consumidor se aproxima bastante do Direito Empresarial.

Dos sub-ramos citados, alguns serão tratados nesta obra, por serem objeto de estudo nos cursos regulares de Direito. Já outros têm seu estudo mais aprofundado em cursos de pós-graduação.

1.1.7. Relação com outros ramos do direito

A par da discussão sobre a divisão do Direito, em especial em público e privado, a doutrina já é pacífica em afirmar que essa divisão é meramente didática, especificamente para fins de aprendizado. Um ramo do Direito não se consegue manter sem o auxílio dos demais.

Nesse sentido, o Direito Empresarial não conseguiria prosperar de forma isolada, pois suas normas e princípios fazem parte de um todo, denominado ordenamento jurídico. Assim, o Direito Empresarial se relaciona com outros ramos do Direito, como será visto de forma sucinta:

1) Direito Constitucional – é a Constituição Federal que trata da ordem econômica, assegurando a todos

o livre exercício para empreender em qualquer atividade econômica lícita, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (p. ex., bancos e seguradoras);

2) Direito Civil – é o ramo que estabelece os conceitos de pessoa natural e pessoa jurídica, bens, obrigações, contratos em geral, atos unilaterais, propriedade etc. (todos utilizados pelo Direito Empresarial);

3) Direito Tributário – a atividade empresarial é fonte de recursos para o Estado; os negócios e os resultados das empresas são fatores de incidência tributária e de arrecadação, que, por sua vez, são objetos do direito tributário;

4) Direito Penal – muitos crimes podem ser praticados por empresários ou por seus representantes, como os crimes falimentares, a lavagem de dinheiro, os crimes contra a ordem econômica;

5) Direito do Trabalho – este ramo visa proteger a relação de trabalho e de emprego. No entanto, às vezes, o empresário procura mascarar essa relação, por exemplo, com contratos de representação comercial autônoma, de sócios minoritários, de cooperativas etc. Assim atua para verificar eventuais distorções nas relações de trabalho na atividade empresarial;

6) Direito Processual – fornece instrumentos para que o empresário possa alcançar suas pretensões (p. ex., ação renovatória de locação de imóvel do estabelecimento empresarial, recuperação de empresas, execução de títulos de crédito);

7) Direito Econômico – o Estado pode ser um agente econômico direto (quando há um mercado relevante não explorado pela iniciativa privada) e, ao mesmo tempo, é o tutor da atividade empresarial por meio da regulação com normas (para preservar o mercado);

8) Direito do Consumidor – nas relações de consumo (entre consumidor e fornecedor), normalmente em uma das pontas está o empresário; é nesse campo que estão as disposições sobre responsabilidades e obrigações do fornecedor (p. ex., responsabilidade por defeito do produto, prazos de garantia).

1.1.8. O Projeto de Código Comercial

Está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 1.572/2011, o qual pretende instituir um novo Código Comercial. O corpo do projeto está dividido em livros, títulos e capítulos que tratam dos variados institutos do direito empresarial, a começar por princípios, empresário individual, sociedade empresária e intelectual, obrigações e contratos empresariais, títulos de crédito, agronegócio, processo empresarial, comércio marítimo e eletrônico, entre outros.

O projeto visa revogar a parte que ainda resta em vigor do Código Comercial de 1850, dispositivos do

Código Civil que cuida das questões empresariais, especialmente o Livro II da Parte Especial, e outras normas de conteúdo empresarial.

Um novo Código Comercial que estivesse sistematizado de acordo com a realidade atual dos negócios jurídicos seria bem vindo, tanto no plano da prática forense quanto da teoria acadêmica. Isso, sem dúvida, poderia implicar maior segurança jurídica para os agentes econômicos, além de elevar a "autoestima" do direito empresarial, muito em baixa depois da vigência do Código Civil de 2002, cujo ramo do Direito foi alvo de muitos ataques que chegavam a defender o seu fim e/ou a sua incorporação pelo direito civil (unificação dos diplomas obrigacionais)[22].

Entretanto, o Projeto de Lei n. 1.572/2011 tem sido submetido às várias consultas públicas durante sua tramitação, bem como tem sido objeto de estudos e discussões por entidades privadas. Muitos juristas têm se declarado abertamente contra o projeto devido a vários problemas que permeariam o mesmo, de ordem principiológica, conceitual e estrutural.

Contudo, apreciar o conteúdo do referido projeto de Código Comercial escapa da proposta deste livro, por isso vamos destacar e comentar um tema que chama muito a atenção no projeto de lei; trata-se da parte sobre comércio eletrônico.

O art. 108 do projeto define comércio eletrônico como a relação cujas partes se comunicam e contratam por meio de transmissão eletrônica de dados, abrangendo a comercialização de mercadorias, insumos e prestação de serviços. Já o seu art. 111 prevê que se o *site* for destinado tão somente a possibilitar a aproximação entre potenciais interessados na concretização de negócios entre eles, o empresário que o mantém não terá responsabilidade pelos atos praticados pelos vendedores e compradores de produtos ou serviços por ele intermediados. Para tanto, caberá ao empresário titular do *site* o dever de: retirar do *site* as ofertas que lesem direito de propriedade intelectual alheio, no prazo de vinte e quatro horas do recebimento da notificação emitida por quem seja comprovadamente o seu titular; disponibilizar no *site* um procedimento de avaliação dos vendedores pelos compradores, acessível a qualquer pessoa; e manter uma política de privacidade na página inicial do *site*, a qual deve mencionar claramente a instalação de programas no computador de quem o acessa, bem como a forma pela qual eles podem ser desinstalados. Como se pode perceber, há uma clara intenção de afastar a responsabilidade objetiva para os intermediários de negócios pela internet, ainda que os requisitos previstos para tanto não sejam os melhores, especialmente o da exigência de manter um sistema de avaliação dos vendedores, por

se tratar de clara intromissão na liberdade de organizar a empresa, sem dizer que, na prática atual, o que se observa é uma falta de fidelidade desses dados, sendo, portanto, muito discutível.

1.2. EMPRESÁRIO

1.2.1. Conceito de empresário

Empresário é aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, de acordo com o art. 966 do Código Civil de 2002.

O art. 966 do Código Civil brasileiro de 2002 é reflexo do art. 2.082 do Código Civil italiano de 1942, que dispõe: "É empreendedor quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada para o fim da produção ou da troca de bens ou de serviços" (tradução livre).

É correto afirmar que o empresário é um ativador do sistema econômico. Ele é o elo entre os capitalistas (que têm capital disponível), os trabalhadores (que oferecem a mão de obra) e os consumidores (que buscam produtos e serviços).

Ainda pode-se dizer que o empresário funciona como um intermediário, pois de um lado estão os que oferecem capital e/ou força de trabalho e de outro os que demandam satisfazer suas necessidades.

Vale ressaltar que o conceito de empresário, a princípio, compreende a figura do empresário individual (uma só pessoa física) e da sociedade empresária (pessoa jurídica com dois ou mais sócios), que também pode ser denominada de empresário coletivo. Mais recentemente foi criada a figura da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), a qual pode ser tida como a terceira espécie de empresário. Esses temas serão tratados mais à frente.

Sequencialmente, serão estudados a ME (Microempresa), a EPP (Empresa de Pequeno Porte), o MEI (Microempreendedor Individual), o empresário rural e o empresário irregular, mas que não são enquadráveis perfeitamente como espécies de empresário, uma vez que estas figuras podem se encaixar como empresário individual, sociedade empresária ou empresa individual de responsabilidade limitada.

1.2.2. Caracterização do empresário

Para melhor entender o conceito de empresário, bem como analisar os elementos que o caracterizam (atividade econômica, organização, profissionalidade e produção ou circulação de bens ou de

serviços)[23], seguir-se-á um estudo dividido em cinco grupos:

1º) o exercício de uma **atividade**;

2º) a natureza **econômica** da atividade;

3º) a **organização** da atividade;

4º) a **profissionalidade** no exercício de tal atividade;

5º) a finalidade da **produção ou da circulação de bens ou de serviços**.

Atividade – Para sabermos o que é uma atividade, é necessário fazer a distinção entre ato e atividade.

Ato é cada parte de uma peça; significa algo que se exaure, que é completo e alcança o resultado pretendido. Ele atinge a finalidade para a qual foi praticado sem a necessidade de outro ato.

Já a atividade é o conjunto de atos coordenados para alcançar um fim comum. Não é uma mera sequência de atos; é necessária a coordenação, como ocorre, por exemplo, com as linhas de produção de automóveis.

Por sua vez, a atividade pode envolver atos jurídicos e atos materiais. Os atos jurídicos são aqueles que têm efeito na esfera do Direito (p. ex., a venda de mercadorias gera uma obrigação de pagar tributo). Os atos materiais são aqueles que não geram efeitos jurídicos (p. ex., o deslocamento de mercadorias dentro da empresa de um almoxarifado para outro).

Atividade pressupõe uma habilidade do sujeito que a exerce ou a organiza, assumindo o seu risco econômico.

É o empresário (às vezes, com ajuda de auxiliares) quem exerce a empresa, ou seja, quem exerce a atividade, pois, no âmbito dos negócios, atividade é sinônimo de empresa. Ele coordena os atos que formam a atividade (p. ex., em uma confecção).

Econômica – É a atividade que cria riqueza por meio da produção ou circulação de bens e de serviços.

A atividade econômica tem como fim o lucro. Quem explora a atividade objetiva o lucro, ainda que às vezes experimente prejuízos.

Se o lucro for meio – por exemplo, no caso de uma associação ou fundação na qual o lucro é todo destinado a programas assistenciais –, não é atividade econômica. O bazar realizado por uma igreja visa arrecadar fundos que serão empregados em suas obras; logo, não há lucro, pois a igreja não tem a finalidade de obter lucro na sua atividade principal, que é religiosa.

"Econômica" é uma expressão que aqui está relacionada ao fato de a atividade apresentar "risco". A atividade é exercida com total responsabilidade do empresário, pois há o risco de perder o capital ali empregado, o que justifica o proveito que ele tem em retirar o lucro decorrente da atividade.

Organização – O empresário é quem organiza a atividade. Ele combina os fatores de produção de forma organizada.

Os fatores de produção são: 1) natureza (matéria-prima); 2) capital (recursos financeiros, bens móveis e imóveis etc.); 3) trabalho (mão de obra); e 4) tecnologia (técnicas para desenvolver uma atividade).

O empresário, ao combinar os fatores de produção, cria riquezas e atende às necessidades do mercado.

Pode o empresário contar com auxiliares, mas não há necessidade do concurso do trabalho de pessoas além dele, já que é possível ele ter uma firma individual ou uma sociedade em que somente os sócios trabalham (p. ex., uma lavanderia).

A organização da atividade pressupõe um estabelecimento, que será estudado adiante (CC, art. 1.142). Estabelecimento é o complexo de bens para o exercício da atividade e, na maioria das vezes, inclui um ponto físico, mas não necessariamente. Por exemplo, um carrinho de pipoca pode ser considerado o estabelecimento de um empresário.

Cabe esclarecer que "organização" não significa necessariamente "regularização". Isso porque, um empresário irregular (sem inscrição na Junta Comercial) poderá desenvolver de forma organizada sua atividade em um estabelecimento empresarial.

Profissionalidade – Significa que o empresário é um profissional/*expert* naquele ofício; faz do exercício da atividade econômica a sua profissão. A profissionalidade do empresário pressupõe:

1) habitualidade (continuidade; atuação contínua do empresário no negócio);
2) pessoalidade (o empresário é quem está à frente do negócio, diretamente ou por meio de contratados que o representam);
3) especialidade (o empresário é quem detém as informações a respeito do negócio; o conhecimento técnico, por exemplo, de como produzir linguiças aromatizadas).

Toda atividade negocial é de risco, então, poder-se-ia dizer que o empresário é um profissional em correr riscos.

Produção ou circulação de bens ou de serviços – Para compreendermos melhor este ponto, ele será

dividido em quatro possibilidades:

1ª) **Produzir bens** é sinônimo de fabricar mercadorias. É acrescentar valor a elas por meio de processo de transformação, como ocorre em fábricas de sapatos, padarias, metalúrgicas, montadoras de veículos etc.

2ª) **Produzir serviços** é prestar serviços em geral (exceto intelectuais), como acontece com bancos, seguradoras, locadoras, lavanderias, encadernadoras etc. Trata-se de prestação de serviços em geral, exceto os de caráter intelectual.

3ª) **Circular bens** é adquirir bens para revendê-los (em regra, sem transformá-los). É apenas uma intermediação. É a típica atividade do comerciante (p. ex., lojas de sapatos e de roupas, farmácias etc.).

4ª) **Circular serviços** é fazer a intermediação entre o cliente e o fornecedor do serviço a ser prestado, como o corretor de seguros e o agente de viagens.

Assim, a partir da produção e da circulação, seja de bens ou de serviços, estão-se gerando riquezas.

Frise-se que tais modalidades podem ser desenvolvidas individualmente ou concomitantemente pelo empresário. Hipoteticamente, uma empresa pode produzir e circular bens ao mesmo tempo (como uma fábrica que mantém loja varejista na porta do seu estabelecimento industrial); ou pode circular bens e prestar serviço concomitantemente (por exemplo, uma concessionária que vende veículos e realiza assistência técnica).

1.2.3. Conceito de empresa e mercado. Perfis da empresa e teoria poliédrica

O italiano Alberto Asquini foi quem melhor já escreveu sobre o conceito de empresa, em seu texto "Perfis da empresa", ao ponderar que empresa é um negócio econômico que se apresenta de diversas maneiras[24].

De acordo com Alberto Asquini, a empresa pode ser entendida em quatro perfis, por isso a expressão "teoria poliédrica", que serão discorridos sucintamente:

1) objetivo – a empresa significa patrimônio, ou melhor, estabelecimento, enquanto conjunto de bens destinados ao exercício da empresa (nesse sentido: art. 1.142 do Código Civil);

2) subjetivo – a empresa é entendida como sujeito de direitos, no caso o empresário, individual (pessoa natural) ou sociedade empresária (pessoa jurídica), que possui personalidade jurídica, com a capacidade de adquirir direitos e contrariar obrigações (nesse sentido: arts. 966 e 981 do Código

Civil);

3) corporativo – a empresa significa uma instituição, como um conjunto de pessoas (empresário, empregados e colaboradores) em razão de um objetivo comum: um resultado produtivo útil;

4) funcional (ou dinâmico) – a empresa significa atividade empresarial, sendo uma organização produtiva a partir da coordenação pelo empresário dos fatores de produção (capital, trabalho, matéria-prima e tecnologia) para alcançar sua finalidade (que é o lucro).

Diante do exposto, pode-se dizer que, a princípio, a palavra empresa significa atividade, que por sua vez é exercida pelo empresário. Essa atividade é o conjunto de atos coordenados pelo empresário. Mas, modernamente, a expressão empresa, como atividade econômica, contempla a soma de todos os perfis apontados por Alberto Asquini.

Não se pode deixar de mencionar que Ronald H. Coase, em seu texto "*The nature of the firm*", datado inicialmente de 1937, apontou para o fato de que as empresas são constituídas por agentes econômicos, que são maximizadores de utilidades e riquezas, a fim de reduzir os custos de transação (custos para se concretizar os negócios), bem como atender às necessidades dos mercados em que pessoas buscam satisfazer suas necessidades e aumentar seu bem-estar.

Para Ronaldo H. Coase a empresa é um feixe de contratos (nexo de contratos) coordenados pelo empresário ao estabelecer relações com fornecedores, empregados e clientes, visando a oferta de produtos ou serviços nos mercados[25].

Por **mercado**, entenda-se o local onde os agentes econômicos (empresas, consumidores etc.) operam como vendedores ou compradores, efetuando assim trocas de bens e serviços por unidades monetárias ou por outros bens ou serviços. O mercado facilita o encontro desses operadores, diminuindo os custos de transação, ou seja, as despesas para se concretizar os negócios.

1.2.4. Empresa e atividade empresarial

O conceito de atividade empresarial está diretamente relacionado com o conceito de empresário, previsto no *caput* do art. 966 do Código Civil. A atividade desenvolvida pelo empresário é empresarial, pois é exercida profissionalmente na busca de lucro.

Pode-se dizer que a atividade é uma organização profissional para produção ou circulação de bens ou de serviços com a finalidade de lucro.

Assim, a empresa é justamente a atividade econômica organizada, exercida profissionalmente. A empresa envolve a produção ou a circulação de bens ou de serviços (exceto os de natureza intelectual), sem prejuízo do que foi considerado anteriormente sobre os elementos que compõem o conceito de empresário, à luz do art. 966 do Código Civil.

A princípio, a empresa pode ter natureza civil ou empresarial. As atividades intelectuais e rurais e as cooperativas podem ser tidas como exemplos da natureza civil da atividade. A indústria, o comércio e a prestação de serviços têm natureza empresarial.

Rachel Sztajn afirma que empresa é gênero de atividade econômica que comporta algumas espécies, desde a produção de bens até a prestação de serviços ou atividades artesanais. A autora aponta que, neste aspecto, o Brasil não segue os modelos da doutrina e da legislação italianas, mantendo a separação entre atividade econômica de empresa e outras atividades econômicas[26].

Destaca-se que o empresário, titular da atividade empresarial, goza de alguns direitos, como a possibilidade de requerer a recuperação de empresa judicial ou extrajudicial; a autofalência; utilizar seus livros como prova judicial em seu favor, o que, por sua vez, não são direitos assegurados aos profissionais intelectuais.

Mesmo que alguém exerça uma atividade que entenda não ser empresarial ela o será, em razão do exposto[27].

1.2.5. Atividade intelectual

A **atividade intelectual** difere da atividade empresarial, que está prevista no parágrafo único do art. 966 do Código Civil.

Em regra, as atividades de natureza intelectual ficaram fora do campo da empresa e do Direito Empresarial. Isso foi uma mera opção do legislador considerando que, do ponto de vista organizacional (fatores de produção), econômico (busca de lucros) e de existência de estabelecimento(s), não há diferenças com relação à atividade empresarial.

O vocábulo "**intelectual"** significa os dotes que vêm do intelecto (inteligência), da mente, e está relacionado à erudição, ao estudo, ao pensar.

Assim, as **atividades intelectuais** são aquelas que necessitam de um esforço criador que, por sua vez, está na mente do profissional que a realiza, como no caso de médicos, arquitetos etc.

São atividades personalíssimas, por não se admitir, via de regra, a fungibilidade do devedor quanto à sua prestação, ou seja, o devedor não pode ser substituído.

Geralmente as atividades intelectuais são realizadas por **profissionais de atividades regulamentadas** ou por **profissionais liberais** (sem vínculos). Porém, isso não é uma regra absoluta, como ocorre com o corretor de seguros, que pode ser um profissional liberal, mas não exerce atividade intelectual, e sim atividade empresarial. O mesmo vale dizer do representante comercial autônomo.

Profissional liberal é aquele profissional independente que tem curso universitário. Mas existem casos em que se exerce uma atividade intelectual sem necessariamente se ter um curso universitário, como acontece com artistas e escritores.

Já **profissão regulamentada** é aquela com previsão legal, ou seja, com regramento na legislação, como ocorre com os advogados, contadores, economistas, médicos etc. O próprio corretor de seguros que desenvolve atividade empresarial também tem sua atividade regulamentada por lei.

Atividade intelectual não se confunde necessariamente com **prestação de serviços**, pois esta é uma atividade empresarial, de acordo com a teoria da empresa e o conceito de empresário, estabelecido no *caput* do art. 966 do Código Civil. Por exemplo, o pedreiro não exerce uma atividade intelectual, mas, sim, uma atividade empresarial de prestação de serviços.

O que aproxima a atividade intelectual da atividade empresarial é que ela também visa o lucro e tem estabelecimento para o desenvolvimento de sua atividade. Mas, a princípio, o volume de serviços prestados ou de bens produzidos não descaracteriza a atividade intelectual.

A atividade intelectual, de acordo com o art. 966, *caput*, do Código Civil, pode ser uma atividade de natureza: científica, literária ou artística.

1.2.5.1. Científica, literária e artística

A atividade de natureza **científica** está relacionada com quem é pesquisador ou cientista, ou seja, alguém especializado em uma ciência (conhecimentos sistêmicos). As atividades realizadas pelos profissionais de uma das áreas do conhecimento (humanas, exatas e biológicas) podem se enquadrar na atividade intelectual, citando-se, como exemplos, o preparador físico, o fisioterapeuta, o psicólogo, o químico, médico etc. Pode-se dizer que esses são cientistas nas suas respectivas áreas.

Já a atividade de natureza **literária** está relacionada com a expressão da linguagem, ideias, sentidos e

símbolos, especialmente por meio da escrita. Nesse sentido, o escritor, o compositor, o poeta, o jornalista etc. são exemplos de profissionais que exercem atividade de natureza literária. O literário é intelectual, mas pode não ser universitário.

Por sua vez, a atividade de natureza **artística** está relacionada com a arte, que é a produção de algo extraordinário com a utilização de habilidades e certos métodos para a realização. Também está relacionada com a expressão de sentidos e símbolos por meio de linguagem não escrita. Exercem atividade de natureza artística o ator e o cantor (que são intérpretes), o desenhista, o fotógrafo, o artista plástico etc.

1.2.5.2. Concurso de auxiliares ou colaboradores

Para o exercício da atividade intelectual, seja de natureza científica, literária ou artística, o profissional pode contratar auxiliares ou colaboradores para auxiliá-lo no exercício de sua atividade.

A contratação de auxiliares ou colaboradores pelo profissional intelectual não caracteriza sua atividade como empresarial.

Em outras palavras, tomando como exemplo o médico (profissional intelectual) que pode contratar uma secretária ou um mensageiro (que realizam serviços burocráticos e indiretos – atividade meio) como **colaborador**; ou contratar uma enfermeira ou outro médico para ser seu **assistente/auxiliar** (pois realizam serviços relacionados à atividade médica – atividade fim), sem que isso descaracterize sua atividade intelectual.

1.2.5.3. Elemento de empresa

Conforme a parte final do parágrafo único do art. 966 do Código Civil, o profissional intelectual pode ser considerado um empresário se o exercício da sua profissão constituir elemento de empresa.

Quer dizer que a atividade intelectual pode fazer com que seu titular seja considerado empresário se estiver integrada em um objeto mais complexo, próprio da atividade empresarial, ou seja, se a atividade intelectual for parte de uma atividade empresarial[28].

O intelectual não é empresário, mas transforma-se em um quando desenvolve uma atividade empresarial, que vai além da atividade intelectual.

Dessa forma, o profissional não é empresário quando realiza um serviço intelectual diretamente em favor de quem com ele contrata. Mas, quando o profissional intelectual oferece os serviços intelectuais de outras pessoas (que trabalham para ele) será considerado empresário[29]. Aqui o cliente procura o escritório (ou a empresa), e não necessariamente o profissional. No primeiro caso, o cliente procura diretamente o trabalho do profissional intelectual.

Um bom exemplo é a situação de um médico. Quando recém-formado, num primeiro momento trabalhando sozinho, abre uma clínica e, com o passar do tempo, contrata uma secretária, depois uma enfermeira (para auxiliar nos curativos), e mesmo assim será considerado um profissional intelectual, pois é em razão dele que os pacientes vão ao consultório. Nesse caso, o médico ainda não é um desenvolvedor de atividade empresarial[30].

No entanto, se ao longo dos anos esse consultório passar a ser uma clínica, e futuramente se transformar num hospital, os pacientes que ali vão muitas vezes sequer terão conhecimento daquele profissional, pois irão apenas pelo prestígio do hospital (empresa); aí, neste caso, a atividade médica será considerada atividade empresarial.

Então, nesse exemplo, o papel do médico (fundador) passa a ser o de administrador, considerando os vários tipos de serviços que ali existem (laboratórios, serviço de remoção, lanchonetes, lojas etc.), além dos vários departamentos (contabilidade, jurídico, almoxarifado, expedição, administração etc.). Ele passou a ser um organizador dos fatores de produção (capital, trabalho, natureza e tecnologia), ou seja, a profissão intelectual deu lugar à atividade empresarial.

Outro exemplo é o do professor: enquanto lecionar aulas particulares é um profissional intelectual. Mas, se constituir uma escola e passar a ser o diretor, isso poderá caracterizar a atividade como empresarial. Também pode ser uma hipótese o caso do químico, pois quando passa a ser sócio de uma indústria de reagentes sua atividade intelectual passa a ser considerada empresarial. Ainda, poderia se pensar no veterinário que passa a desenvolver o comércio de produtos para animais, no ramo que popularmente se denomina *pet shop*; ou o preparador físico pessoal (*personal trainer*) que monta uma academia de ginástica.

Assim, o profissional intelectual se tornará empresário quando organizar sua atividade como empresa, com o objetivo de empresário: a produção ou circulação de bens ou de serviços para atender indistintamente os agentes econômicos do mercado, sobretudo os consumidores.

Poder-se-ia também dizer que, quando a busca pelo lucro estiver à frente da intelectualidade e da pessoalidade no exercício profissional, como ocorre, por exemplo, em clínicas de cirurgia estética, construtoras ou farmácias convencionais, em que há padronização dos serviços e/ou produtos para o mercado, não importando quem está por trás da atividade. O produto ou serviço deixa de ter o caráter personalizado de uma atividade intelectual.

A multiplicidade de filiais pode mudar a natureza jurídica da atividade, de intelectual para empresarial, como, por exemplo, tem ocorrido com clínicas odontológicas e escolas de ensino particular que são abertas na forma de franquia. Neste caso, a atividade intelectual é mero elemento de empresa.

Contudo, a atividade será considerada empresarial quando a natureza de empresa se sobrepuser à natureza intelectual, ou seja, quando o exercício da profissão constitui elemento da atividade empresarial, o profissional será enquadrado no conceito jurídico de empresário, fazendo *jus* aos direitos de empresário, como a recuperação de empresas[31].

1.2.6. Inscrição e obrigações

Ao empresário é atribuída uma série de obrigações no Código Civil. A primeira obrigação é a sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis (de acordo com o art. 1.150 do Código Civil, o Registro Público de Empresas Mercantis está a cargo das Juntas Comerciais).

Essa inscrição deve ser feita no órgão da respectiva sede (Estado-membro) do empresário, devendo ser realizada antes de o empresário iniciar sua atividade (CC, art. 967).

Quanto à inscrição do empresário, deverá ser feita mediante requerimento (por meio de formulário disponibilizado pela Junta Comercial). Esse requerimento deverá conter seu nome, nacionalidade, domicílio, estado civil, regime de bens (se for casado), firma (nome empresarial) com assinatura, capital (a ser empregado na constituição), objeto e sede da empresa (CC, art. 968, *caput*, I a IV).

A Lei Complementar – LC n. 147/2014 alterou o inc. II do art. 968 do Código Civil, o qual passa a dispor que a firma (assinatura autógrafa) poderá ser substituída pela assinatura autenticada com certificação digital ou meio equivalente que comprove a sua autenticidade, na forma estabelecida pelo CGSIM – Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (respeitado o que prevê o inciso I do § 1º do art. 4º da LC n. 123/2006 – Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte).

No caso de sociedade empresária (que em grande parte aplicam-se, no que couberem, as regras tratadas neste item), o ato constitutivo ocorre por meio do registro de contrato social, que por sua vez deve obedecer aos requisitos dos arts. 997 a 1.000 do Código Civil, prejuízos de outros previstos para cada tipo societário, conforme veremos no capítulo das sociedades.

Cabe ressaltar que a inscrição do empresário será anotada no livro do Registro Público de Empresas Mercantis e, além disso, quaisquer modificações deverão ser averbadas (CC, art. 968, §§ 1º e 2º).

O empresário que desejar ter uma filial em outra jurisdição deverá providenciar a sua inscrição no registro competente (localidade da filial), comprovando a inscrição da matriz (CC, art. 969, parágrafo único).

A abertura de filial também obriga-o a efetuar averbação no registro da matriz, informando o ocorrido (CC, art. 969, parágrafo único).

É preciso ter em conta o fato de que a inscrição do empresário tem como finalidade:

a) tornar pública a sua atividade, bem como sua finalidade empresarial e suas disposições do ato constitutivo;

Conforme os arts. 29 e 30 da Lei n. 8.934/94, qualquer pessoa, sem precisar demonstrar a razão, pode consultar os registros existentes nas Juntas Comerciais desde que pague o preço fixado pelo órgão, podendo assim requerer a expedição de certidões.

b) efetuar o cadastro do empresário, o que gera um número de matrícula conhecido como NIRE – Número de Inscrição no Registro de Empresas – que, entre outras coisas, servirá para a obtenção do CNPJ – Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – junto à Receita Federal;

c) proteger sua identificação e seu nome empresarial, o que é garantido pelo princípio da anterioridade, ou seja, quem primeiro registrar aquele nome goza de proteção;

d) estabelecer o início de sua existência (CC, art. 45) e assegurar a separação patrimonial e a limitação de responsabilidade patrimonial dos sócios por dívidas sociais, pois com a inscrição a sociedade adquire personalidade jurídica (CC, art. 985).

Além da inscrição, o Código Civil prevê outras obrigações ao empresário, que estão no capítulo da escrituração (e assim serão estudadas com mais detalhes adiante):

1) a **escrituração uniforme** de livros mercantis (CC, art. 1.179, *caput*, 1ª parte) significa que a escrituração deve ser feita respeitando os princípios da Contabilidade, como a ordem crescente de datas em dia, mês e ano;

2) o levantamento anual do **balanço patrimonial** e do **resultado econômico** (CC, art. 1.179, *caput*, 2ª parte). O balanço patrimonial reflete todo o histórico da empresa, ativo, passivo e patrimônio líquido. Já o balanço de resultado econômico mostra apenas as receitas e as despesas de determinado período, por exemplo, o último ano de exercício;
3) a adoção de **livros obrigatórios** (CC, art. 1.180, *caput*) – o Diário é obrigatório para todos os empresários; porém, dependendo da circunstância, existem outros livros obrigatórios, como o Livro de Registro de Duplicatas para empresários que emitem duplicatas;
4) a **boa guarda** da escrituração, da correspondência e dos demais documentos concernentes à atividade empresarial (CC, art. 1.194) – a conservação deve ocorrer pelo período mínimo dos prazos de prescrição e decadência, dependendo de cada tipo de obrigação.

1.2.7. Empresário individual. Os direitos

Pode-se ter em conta que a palavra "empresário" é gênero do qual o empresário individual, a sociedade empresária e a empresa individual de responsabilidade limitada são espécies.

O Código Civil de 2002 ora usa a palavra "empresário" para designar o gênero (CC, art. 966), ora para designar a espécie – empresário individual (CC, art. 1.150).

Por sua vez, empresário individual é aquele que, independentemente do motivo, opta por desenvolver sua atividade econômica isolado, sem a participação de sócios.

Sérgio Campinho chama a atenção para o fato de que o empresário individual é a pessoa física titular de uma atividade empresarial, que por sua vez não se confunde com o sócio da sociedade empresária. O sócio não é empresário, mas, sim, integrante do quadro social de uma sociedade empresária[32].

Ao empresário individual é assegurado o direito à inscrição (a lei considera isso um dever), à recuperação de empresas, à autofalência, à utilização dos seus livros como prova em processo judicial; assim como também são direitos assegurados à sociedade empresária.

No entanto, o empresário individual não goza da limitação de responsabilidade e da separação patrimonial, princípios inerentes às sociedades empresárias e às EIRELIs (que a seguir serão tratados).

Em sua atividade solitária não se considera em separado o patrimônio da empresa e o patrimônio pessoal; logo, a responsabilidade do empresário individual pelas obrigações firmadas em razão do seu negócio é ilimitada. Ele responde, inclusive, com seu patrimônio pessoal, ainda que sua empresa tenha patrimônio próprio.

A propósito, não há que se falar da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica (tema que será estudado adiante), justamente porque a responsabilidade do titular da atividade empresarial é ilimitada.

Por isso, poder-se-ia questionar o que levaria um empresário a matricular-se na Junta Comercial. Acontece que, entre outros benefícios, a regularização do empresário individual lhe assegura alguns direitos: recuperação de empresas, uso dos livros contábeis como prova em processo judicial; vantagens tributárias (que somente são possíveis se tiver um CNPJ – Cadastro Nacional de Pessoas Jurídica – mantido pela Receita Federal do Brasil, sem prejuízo de outros requisitos).

É pertinente apontar que o empresário individual pode admitir sócios, neste caso solicitará ao Registro Público das Empresas Mercantis a transformação de sua inscrição como empresário individual para sociedade empresária (CC, art. 968, § 3º). Também poderá solicitar sua transformação para EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Em ambos os casos deverão ser respeitadas as regras firmadas pelo DREI – Departamento de Registro Empresarial e Integração (antigo DNRC – Departamento Nacional de Registro do Comércio), em especial a Instrução Normativa n. 10, de 5 de dezembro de 2013 (Anexo 5), que fixa regras para a transformação de registro de empresário individual em sociedade empresária, contratual, ou em empresa individual de responsabilidade limitada e vice-versa, e dá outras providências.

1.2.8. Sociedade empresária. Princípios da separação patrimonial e da limitação da responsabilidade

A sociedade empresária, como espécie do gênero empresário, é um contrato (acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica de direito patrimonial — nesse sentido é o teor do art. 1.321 Código Civil italiano). Veja no capítulo das sociedades estudo mais aprofundado sobre a natureza contratual da sociedade e seu conceito.

Sócios podem ser pessoas físicas ou jurídicas. Não existe sociedade que envolva apenas uma pessoa. Uma sociedade pressupõe no mínimo duas partes. As partes que firmam um contrato de sociedade passam a ser sócias.

Há dois princípios básicos que norteiam a sociedade empresária: princípio da **separação patrimonial** e princípio da **limitação da responsabilidade**.

No primeiro princípio, **separação patrimonial** (ou autonomia patrimonial), o patrimônio da empresa é diferente do patrimônio pessoal dos sócios, pois estes ao constituírem uma sociedade fazem um aporte de bens ou capital para formar o patrimônio da empresa. Isso faz com que o seu patrimônio de sócio (pessoa física ou jurídica) seja diferente do patrimônio da empresa (sociedade), sendo que, em geral, seu patrimônio pessoal não poderá ser afetado por dívidas da sociedade (abstração do CPC, art. 596, *caput*) [novo CPC, art. 795].

Já no segundo princípio, o da **limitação da responsabilidade**, a responsabilidade dos sócios é limitada ao valor de sua participação na sociedade, ou seja, ao valor de suas quotas (dependendo do tipo societário, pois em alguns casos isso não acontece). Assim, ao se constituir uma sociedade a responsabilidade dos sócios é limitada se ocorrer insucesso da atividade. Esse limite é, em regra, o valor das respectivas quotas de cada sócio do capital social da sociedade (o que é abstraído fundamentalmente do art. 1.052 do Código Civil).

Esses princípios não são aplicáveis ao empresário individual. Neste caso não há a separação de patrimônio (civil e empresarial) nem limitação de responsabilidade (seu patrimônio é único e responde por todas as dívidas de qualquer natureza, civil ou empresarial).

Assim, a constituição de uma sociedade empresária garante, via de regra, a separação patrimonial dos bens da empresa em relação aos bens dos sócios, bem como a limitação de responsabilidade dos sócios pelas dívidas da empresa ao valor de suas respectivas quotas, salvo em caso de desconsideração da personalidade jurídica (assunto que será visto mais adiante).

Essas são razões relevantes que levam algumas pessoas a constituírem sociedades empresárias em detrimento da figura do empresário individual.

1.2.9. EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada

A EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – foi instituída por meio da Lei n. 12.441, de 11 de julho de 2011, cuja vigência teve início em janeiro de 2012. Esta lei promoveu importantes alterações no Código Civil, especificamente em seus arts. 44, 980 e 1.033. Regulamentando a matéria, o DREI – Departamento de Registro Empresarial e Integração editou a Instrução Normativa n. 10/2013, que aprovou o Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, e dá outras providências.

Pode-se afirmar que a EIRELI é um instituto jurídico parecido com uma sociedade limitada, mas tendo apenas uma pessoa. Também se assemelha à figura do empresário individual, no entanto, com responsabilidade limitada deste empresário. Ou seja, a EIRELI é uma mistura do empresário individual e da sociedade empresária.

Assim, a EIRELI é o instituto pelo qual se possibilita a um empreendedor, individualmente, utilizar-se dos princípios da separação patrimonial e da limitação da responsabilidade (já tratados anteriormente) para assim desenvolver uma atividade econômica. Lembrando que estes princípios até então eram exclusivos às sociedades, não sendo aplicáveis ao empresário individual.

Isso sempre foi uma forte razão para levar muitas pessoas a constituírem sociedades empresárias em detrimento da figura do empresário individual. Como se sabe, via de regra, uma sociedade é composta de no mínimo duas pessoas. Então, para formar uma sociedade e assim obter a limitação da responsabilidade, o empreendedor se torna sócio de uma sociedade com participação de 99,5% do capital social, convidando outra para ser sua sócia com uma participação de 0,5%, meramente para fins de se compor a sociedade. Formando assim o que se conhece vulgarmente por “sociedade de fachada” ou “sociedade de faz de conta”.

Por isso, pode-se dizer que a EIRELI seria uma espécie de empresário individual com direito a separação patrimonial e limitação de responsabilidade. Obviamente, que não impede que haja a desconsideração da personalidade jurídica (tema que será tratado mais adiante), caso ocorra abuso na utilização da empresa. Neste caso, podendo o patrimônio pessoal do empreendedor pagar por dívidas da EIRELI.

Guardadas as devidas peculiaridades, a criação da EIRELI foi inspirada em modelos europeus, em especial da Itália e de Portugal. O art. 2.463 do Código Civil italiano prevê a denominada “sociedade unipessoal de responsabilidade limitada”. Já em Portugal, o Decreto-Lei n. 248/86 criou o “estabelecimento individual de responsabilidade limitada”[33].

A lei preferiu denominar essa figura jurídica “empresa individual de responsabilidade limitada”. No entanto, nos parece que o emprego da palavra “empresa”, neste caso, foi equivocado, haja vista que o vocábulo “empresa” significa atividade. Ou melhor, no direito empresarial “empresa” significa atividade econômica, que consiste no conjunto de atos coordenados pelo empresário a fim de alcançar o lucro. Por isso, a terminologia mais adequada seria “empresário individual de responsabilidade limitada”. Isso,

pois empresário quer dizer “aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (conforme o *caput* do art. 966 do Código Civil de 2002). E mais, porque a limitação de responsabilidade se dá em relação ao empresário e não à atividade (empresa).

Vale ter em conta que a lei dá à EIRELI o *status* de ser uma nova espécie de pessoa jurídica de direito privado em razão do inc. VI acrescido ao art. 44 do Código Civil, por força da Lei n. 12.441/2011.

Quanto à criação da EIRELI, parece-nos que o mais adequado é que o seu ato constitutivo seja feito por requerimento, semelhantemente ao que ocorre com a inscrição do empresário individual, uma vez que a figura jurídica do contrato social se dá, como regra geral, quando há duas ou mais pessoas, portanto, uma sociedade. Na Itália é por ato unitaleral.

No que se refere aos requisitos, a EIRELI será constituída observando os seguintes critérios (CC, art. 980-A):

a) formada por uma única pessoa;

b) a pessoa natural não pode constituir mais de uma EIRELI.

A pessoa física (natural) poderá ser titular tão somente de uma EIRELI. Quanto à possibilidade de uma pessoa jurídica ser titular de EIRELI, a previsão do art. 980-A dá margem a dupla interpretação. Pode-se depreender de que seria possível uma pessoa jurídica ser titular de uma ou mais EIRELIs; ou que não seria admissível uma pessoa jurídica ser titular de EIRELI, o que por sinal está previsto na Instrução Normativa do do DREI n. 10/2013 (Anexo 5, item 1.2.11). Tal disposição é muito questionável juridicamente, pois a função do DREI é regulamentar a lei e não a de legislar na omissão dela. Permanecendo esta segunda opção, as Juntas Comerciais deverão segui-la, por ser a posição do DREI, órgão hierarquicamente superior às Juntas. Mas vale ressaltar que a intenção da Lei n. 12.441/2011 foi a de tentar regularizar situações fáticas de atividades empresariais, como a das sociedades de fachada. A redação original do Projeto de Lei n. 4.605/2009, que deu ensejo à criação da EIRELI, previa a criação por uma “única pessoa natural”, mas a palavra “natural” foi suprimida da redação durante o trâmite legislativo. Ainda, vale ter em conta que, mantendo esta tese, as sociedades estrangeiras, que até então precisam ter ao menos um sócio minoritário brasileiro, não poderão constituir EIRELI. Contudo, apesar de não ter sido a vontade do legislador, no silêncio da norma jurídica de caráter privado, entendemos que é possível uma pessoa jurídica ser titular de EIRELI (e até mais de uma), sendo que, se o Código Civil

não restringiu tal possibilidade, não cabe ao DREI realizá-la.

c) a pessoa deverá ser a titular da totalidade do capital social;

d) o capital não pode ser inferior a 100 vezes o maior salário mínimo vigente no País[34];

e) o capital deve ser totalmente integralizado (integralizado de fato e de direito, não meramente documental);

Quem não dispor desta cifra, deverá fazer inscrição como empresário individual ou associar-se para constituir uma sociedade limitada com capital social inferior.

f) o nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão "EIRELI" após a firma ou a denominação (temas que estudaremos adiante).

Cabe destacar que a EIRELI também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração (CC, art. 980-A, § 3º). Por exemplo, um sócio majoritário poderá comprar a parte do minoritário e assim transformar uma sociedade em EIRELI.

Outro aspecto interessante se dá quanto ao art. 1.033. Tal dispositivo previa que, em uma sociedade com dois sócios, em que um deles viesse a falecer, a se retirar ou a ser excluído, o sócio remanescente tinha até 180 dias para encontrar outro sócio, sob pena de dissolução. Agora, pelo acréscimo do parágrafo único ao art. 1.033, pode o sócio remanescente requerer à Junta Comercial sua transformação em EIRELI ou empresário individual. Tudo isso sem prejudicar quaisquer direitos de terceiros (CC, arts. 1.113 a 1.115).

Poderá a EIRELI ser constituída para fins de prestação de serviços de qualquer natureza, podendo por isso ser atribuída a ela 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, vinculados à atividade profissional (CC, art. 980-A, § 5º). Essa situação trata de casos em que a atividade intelectual é elemento de empresa, sendo um reconhecimento do legislador quanto ao fato de inúmeros profissionais constituírem, nos últimos anos, pessoas jurídicas a fim de desenvolverem suas atividades profissionais por meio delas; e assim obterem redução da carga tributária.

Quanto às atividades intelectuais passíveis de formação de sociedades simples, registráveis no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, compreendemos que o legislador não teve a intenção de permitir a constituição de EIRELI para quem pretenda desenvolver individualmente uma atividade intelectual, como, por exemplo, a de arquitetura ou a de psicologia, sendo que, nestes casos, restaria apenas a

atuação como profissional liberal. Ou seja, entendemos que uma EIRELI pode ser registrada somente na Junta Comercial, órgão apto para o registro de atividades empresariais, não nos Registros Civis de Pessoas Jurídicas, ainda que se tenha notícia de isso já ter ocorrido na prática. Alguém poderá alegar que no silêncio da lei é possível uma EIRELI, com objeto intelectual, ser registrada no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Contudo, tal argumento é precário na medida em que o tema deve ser visto à luz dos arts. 966 e 1.150 do Código Civil, sendo que apenas se a atividade intelectual for elemento de empresa é que uma "EIRELI intelectual" poderá existir, porém registrada na Junta Comercial.

Não se pode deixar de mencionar que, apesar de a EIRELI não ser uma sociedade limitada, aplicam-se a ela, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas (CC, art. 980-A, § 6º).

Para efeitos burocráticos e tributários (como no caso do Simples Nacional), a EIRELI poderá ser tida como microempresa – ME desde que sua receita bruta anual seja limitada a R$ 360.000,00; ou como empresa de pequeno porte – EPP – caso sua receita bruta anual esteja entre R$ 360.000,00 e R$ 3.600.000,00 (LC n. 123/2006, art. 3º).

Quanto às questões de recuperação de empresas e falência, entendemos que a EIRELI se submete às regras da Lei n. 11.101/2005, a partir de uma aplicação por analogia, pois ainda que seu art. 1º expresse apenas a figura do empresário individual e da sociedade empresária, a EIRELI terá por objeto o desenvolvimento de atividade empresarial, essencialmente. Também pode ser acrescido a esse argumento o fato de que as atividades econômicas não sujeitas à Lei n. 11.101/2005 estão excluídas expressamente em seu art. 2º, que por sua vez não exclui a EIRELI.

Por último, a EIRELI poderá utilizar seus livros empresariais como prova em processo judicial, desde que a escrituração contábil preencha os requisitos legais. Isso também a partir de uma aplicação por analogia dos arts. 226 do Código Civil e 379 do Código de Processo Civil Civil [novo CPC, art. 418].

1.2.10. ME – Microempresa e EPP – Empresa de Pequeno Porte

A Constituição Federal, art. 170, inc. IX, prevê tratamento favorecido às empresas de pequeno porte constituídas de acordo com as leis nacionais e que tenham sede e administração no Brasil. O art. 970 do Código Civil também expressa a necessidade de garantia de tratamento diferenciado tanto para o pequeno empresário quanto para o empresário rural, no que se refere à inscrição e a seus efeitos.

A necessidade de tratamento especial para pequenos empresários se dá por várias razões: excesso de

carga tributária, burocracia administrativa dos órgãos públicos, complexidade das exigências contábeis, falta de preparo dos empreendedores, insuficiência de capital de giro e linhas de crédito, entre outros. Pesquisas do SEBRAE divulgadas no início de 2014 davam conta de que uma a cada quatro empresas não chegam ao segundo ano de existência; sendo que entre as micro e pequenas empresas, sete a cada 10 não chegam ao quinto ano de funcionamento.

É importante salientar que o Código Civil não distingue microempresa de empresa de pequeno porte, além disso, é tímido no tratamento favorecido ao pequeno empresário. Mas há algumas disposições benéficas, como a prevista no art. 1.179, § 2º, ao prever um tratamento diferenciado ao pequeno empresário (como aquele que opera por meio de microempresa ou empresa de pequeno porte) ao liberá-lo da escrituração contábil e do levantamento de balanços.

A distinção entre micro e pequeno empresário deve ser buscada no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, Lei Complementar n. 123/2006.

De acordo com a Lei Complementar n. 123/2006, **microempresa** (ME) é aquela que possui receita bruta anual de **até R$ 360.000,00** por ano (art. 3º, inc. I).

Já a **empresa de pequeno porte** (EPP) é aquela que possui receita bruta anual superior a **R$ 360.000,00** até o limite de **R$ 3.600.000,00** (art. 3º, inc. II).

Por isso, o que vai caracterizar o empresário como micro ou pequeno é a receita bruta que ele auferir em cada ano-calendário.

O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte estabelece um regime jurídico diferenciado e favorável para o micro e pequeno empresário em várias searas, inclusive quanto à burocracia e à diminuição da carga tributária e das obrigações trabalhistas e previdenciárias.

Para concretizar o tratamento diferenciado à ME's e EPP's, a LC n. 123/2006, art. 12, criou o Simples Nacional – Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

De fato o Simples Nacional trouxe uma simplificação no sistema de como proceder para efeitos de arrecadação. Por este sistema deverá haver o recolhimento mensal via um documento único de arrecadação de uma série de tributos (LC n. 123/2006, art. 13):

a) ICMS – Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação;

b) ISS – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza;

c) IRPJ – Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica;

d) IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados;

e) CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido;

f) COFINS – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social;

g) Contribuição para o PIS/Pasep;

h) CPP – Contribuição Patronal Previdenciária para a Seguridade Social (exceto no caso de algumas atividades de prestação de serviços previstas no § 5º-C do art. 18 da LC n. 123/2006).

A micro e a pequena empresa podem ser: empresário individual, sociedade empresária, empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) ou sociedade simples (Lei Complementar n. 123/2006, art. 3º, *caput*).

Por último, vale a pena destacar que a micro e a pequena empresa podem ter por objeto a exploração de quaisquer atividades econômicas de caráter empresarial. O objeto também pode ser intelectual (sociedade simples ME ou EPP), haja vista tratar-se de um formato destinado a um regime tributário mais benéfico.

1.2.11. MEI – Microempreendedor Individual (EI – Empreendedor Individual)

À luz do § 1º do art. 18-A da Lei Complementar n. 123/2006, considera-se MEI – Microempreendedor Individual – o empresário individual (previsto no art. 966 do Código Civil) que tenha auferido receita bruta no ano-calendário anterior de até **R$ 60.000,00** e que seja optante do regime tributário Simples Nacional. Essa figura jurídica também é conhecida por **EI – Empreendedor Individual**.

No caso de início de atividade, esse limite será de R$ 5.000,00 multiplicados pelo número de meses compreendidos entre o início da atividade e o final do respectivo ano-calendário, considerando as frações de meses como um mês inteiro (LC n. 123/2006, art. 18-A, § 2º).

O MEI foi criado, fundamentalmente, para efeitos de redução da carga tributária e da burocracia aos empreendedores. A legislação citada visa primordialmente regularizar a situação de milhares de empresários irregulares no Brasil, que permanecem nesta condição entre outras razões pelo custo burocrático e tributário, sem prejuízo do tempo necessário para se formalizar perante os órgãos competentes, entre eles a Junta Comercial.

É bom ressaltar que todo o processo de formalização é gratuito, pois há isenção de taxas para inscrição e concessão de alvará para funcionamento. O único custo da formalização é o pagamento mensal de R$ 59,95 referente ao INSS e R$ 5,00 se prestador de serviços (ou R$ 1,00 para comércio e indústria). Esse pagamento deve ser realizado por meio de carnê emitido exclusivamente no *site* do empreendedor.

A propósito, foi criado um *site* exclusivamente para o MEI: www.portaldoempreendedor.gov.br, pois há muita vontade política nessa regularização dos empreendedores. Tem-se notícia de que já são mais de **5 milhões de pessoas inscritas** como microempreendedor individual, sendo que o marco de 1 milhão foi comemorado em solenidade com a participação da Presidência da República no dia 7 de abril de 2011.

Nesse portal do empreendedor são encontradas as atividades que podem ser desenvolvidas por meio da inscrição como microempreendedor individual. A relação é extensa, porém taxativa. Atividades que não estejam lá listadas não podem ser desenvolvidas por essa categoria. Diferentemente, a micro e a pequena empresa podem ter por objeto a exploração de quaisquer atividades econômicas, de caráter empresarial ou intelectual.

Uma vez regularizado, o empreendedor passa a ter cobertura previdenciária para si e para sua família, por meio do auxílio-doença, aposentadoria por idade, salário-maternidade, pensão e auxílio-reclusão, efetuando uma contribuição mensal reduzida de 5% sobre o valor do salário mínimo.

Outro benefício ao MEI é a possibilidade de contratar e registrar até *1* funcionário com um custo menor (3% para a Previdência Social e 8% de FGTS do salário mínimo por mês, consistindo em um valor total de R$ 59,95, sendo que o empregado contribuirá com 8% do seu salário para a Previdência). Esse benefício permite ao empreendedor desenvolver melhor o seu negócio ao poder admitir até um empregado por um custo mais baixo.

Assim, a norma procura dar um tratamento mais simplificado ao microempreendedor individual, por isso o seu processo de registro deverá ter trâmite especial, preferencialmente eletrônico (LC n. 123/2006, art. 4º, § 1º e CC, art. 968, § 4º), visando mais rapidez na abertura, alteração e baixa do MEI.

Vale ter em conta que, quanto à inscrição do microempreendedor individual, poderão ser dispensados o uso da firma, com a respectiva assinatura autógrafa, o capital, requerimentos, demais assinaturas, informações relativas ao estado civil e ao regime de bens, bem como a necessidade de remessa de documentos, conforme o que dispor o CGSIM – Comitê para Gestão da Rede Nacional para

Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios[35] (LC n. 123/2006, art. 4º, § 1º, inc. I, e CC, art. 968, § 5º).

Ainda, no que tange à recuperação de empresas e à falência, entendemos que o MEI se submete às regras da Lei n. 11.101/2005, a partir de uma aplicação por analogia, ainda que o art. 1º desta norma expresse apenas a figura do empresário individual e da sociedade empresária, o MEI terá por objeto, fundamentalmente, o desenvolvimento de atividade empresarial. Acrescente-se a isso o fato de que as atividades econômicas não sujeitas à Lei n. 11.101/2005 estão excluídas expressamente em seu art. 2º, que por sua vez não exclui o MEI.

Não é demais explicitar que ao MEI, por ser empresário individual, não é conferida a separação patrimonial e a limitação de responsabilidade dada à EIRELI e à sociedade empresarial. E, que não é aplicável a desconsideração da personalidade jurídica, justamente porque a responsabilidade do titular é ilimitada.

1.2.12. Empresa rural

Pode ser considerado empresário rural aquele que desenvolve atividade: **agrícola** (cultivo/produção de vegetais em geral); **pastoril/pecuária** (criação e engorda de animais); **extrativa** (obtenção de recursos prontos da natureza, sem a necessidade de manejo humano, como a pesca, a caça ou a extração de látex de seringueiras); ou **agroindustrial** (industrialização/transformação de produtos agrícolas ou pastoris, como a produção de leite pasteurizado ou suco industrializado).

Essa classificação pode ser abstraída de várias passagens do Estatuto da Terra – Lei n. 4.504/64, em especial do art. 4º, inc. I, e art. 24, inc. III[36]. Tal norma dá a atividade extrativa o mesmo tratamento da atividade agrícola ou pecuária, podendo todas ser desenvolvidas em um imóvel rural.

Tradicionalmente, a atividade rural sempre foi tida como de natureza civil, não empresarial (tratada pelo Direito Civil, portanto). Mas o Código Civil facultou ao ruralista equiparar-se ao empresário, desde que a atividade rural constitua sua principal atividade (uma possível explicação para isso foi a expansão do agronegócio nas últimas décadas no Brasil).

Dessa forma, aquele que desenvolve atividade rural, se optar por efetuar sua inscrição, deverá fazê-la no Registro Público de Empresas Mercantis da sua sede, devendo cumprir todas as formalidades estabelecidas pelo art. 968 aos empresários: nome, nacionalidade, domicílio, estado civil, regime de

bens (se casado), firma, com assinatura autógrafa, capital, objeto, e sede.

Uma vez realizada a inscrição, o ruralista ficará equiparado ao empresário sujeito a registro para todos os efeitos legais, tido, portanto, como empresário rural.

Semelhantemente, a sociedade que tenha por objeto o exercício de atividade rural/agropecuária e seja constituída de acordo com um dos tipos de sociedade empresária poderá efetuar seu registro no Registro Público de Empresas Mercantis, tornando-se equiparada para todos os efeitos à sociedade empresária (CC, art. 984).

Com isso, o empresário rural e a sociedade de objeto rural ficam equiparados ao empresário individual e a sociedade empresária, respectivamente, para fins de autofalência, recuperação de empresa, uso da escrituração contábil como prova em processos judiciais, requer a falência de outra empresa etc. (CC, arts. 971 e 984).

Mas, se aquele que desenvolve atividade rural não efetuar sua inscrição no Registro Público das Empresas Mercantis, não será tido como empresário[37].

O art. 970 do Código Civil prevê que a legislação também assegurará tratamento diferenciado ao empresário rural com relação à sua inscrição e aos efeitos decorrentes.

Assim, quando uma atividade rural for desenvolvida profissionalmente de forma organizada visando à produção de bens ou serviços, ela poderá ser considerada uma empresa rural.

Contudo, a empresa rural poderá ser desenvolvida individualmente (como um empresário individual ou uma empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI) ou por meio da constituição de uma sociedade empresária cujo objeto será o desenvolvimento de atividade agrícola, pastoril, extrativa ou agroindustrial. Preenchidos os requisitos legais, poderá haver o enquadramento tributário como microempresa ou empresa de pequeno porte.

1.2.13. Empresa irregular, informal ou de fato

A inscrição do empresário de acordo com o art. 967 do Código Civil é obrigatória. Se o empresário optar por não efetuá-la, será considerado **empresário irregular**. O mesmo vale para a sociedade que não registrou seu contrato social, denominada **sociedade irregular**.

Ainda que na maioria das vezes as expressões “irregular” e “informal” sejam tratadas como sinônimas, é possível fazer uma distinção entre elas. Considera-se empresário informal aquele que não efetuou sua

inscrição, bem como é sociedade informal aquela que não efetuou seu registro no órgão competente. Trata-se de situações em que há um exercício **informal** da atividade econômica, ainda muito corriqueira no Brasil, apesar do esforço do Estado em formalizar as atividades econômicas.

Mas, também existem situações em que empresários e sociedades, apesar de inscritos ou registradas, ainda não adaptaram suas disposições ao Código Civil de 2002 no prazo estipulado (primeiro era um ano, depois o prazo foi ampliado por mais um ano); ou que por quaisquer outras razões se tornaram irregulares. Neste caso cuida-se de um exercício **irregular** da atividade econômica.

Devido a isso, o empresário e a sociedade irregulares ou informais não podem gozar dos direitos que são assegurados por lei ao empresário e à sociedade regularizada, como a recuperação de empresas, autofalência, uso dos livros como prova etc. No caso de sociedade empresária, não haverá a separação patrimonial quanto aos bens da empresa e dos sócios, nem a limitação da responsabilidade dos sócios pelo valor das respectivas quotas[38].

Tratando-se de sociedade, a doutrina considera **sociedade irregular** quando existe um contrato social escrito, mas não foi registrado; e **sociedade de fato** quando nem sequer existe um contrato escrito, e sim apenas um acordo verbal entre os sócios.

Cabe explicitar que o Código Civil trata essas situações como **sociedades não personificadas** (CC, arts. 986 e s., que serão estudadas adiante), sujeitando os sócios a uma responsabilidade solidária e ilimitada pelas obrigações sociais, além de esses não poderem requerer falência, recuperação de empresas, usarem livros como prova etc.

Em matéria de responsabilidade é importante lembrar que “solidária” significa uma responsabilidade mútua entre os sócios e a sociedade, respondendo concomitantemente sócios e sociedade. Difere, portanto, da responsabilidade subsidiária, em que a responsabilidade do sócio é uma espécie de garantia acessória, ou seja, o sócio responderá apenas quando a sociedade não tiver bens suficientes para fazer frente ao total da dívida.

Contudo, quem desenvolve atividade empresarial de modo irregular, informal ou de fato tem todos os deveres inerentes às empresas regulares (por exemplo, as obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas), mas não goza dos direitos inerentes a estas (como a recuperação de empresas, a autofalência, o direito a requerer a falência de outra empresa, o uso da escrituração contábil como prova).

1.3. CAPACIDADE PARA SER EMPRESÁRIO. EMANCIPAÇÃO

Qualquer pessoa pode exercer a atividade empresarial, desde que esteja em pleno gozo da sua capacidade civil, e não esteja impedida por lei (CC, art. 972).

O exercício da atividade empresarial pressupõe capacidade civil do sujeito que irá exercê-la.

A capacidade civil ocorre quando a pessoa atinge a maioridade (18 anos) e a sanidade mental (interpretação dos arts. 1º a 5º do CC).

Uma exceção à maioridade, para efeitos de capacidade empresarial, está prevista no art. 5º, inc. V, do Código Civil (quando trata das hipóteses de emancipação), que apenas acontece quando o menor, com 16 anos completos, tiver um estabelecimento comercial/empresarial, com economia própria. Isso pode ser exemplificado quando o menor recebe um estabelecimento por doação ou herança. Assim, a incapacidade do menor com 16 anos cessará, pois será emancipado em razão do seu estabelecimento empresarial.

Waldemar Martins Ferreira explica que se o menor tem autonomia econômica, o juiz deve reconhecer essa autonomia para que uma situação de fato passe a ser de direito, devendo assim ser levado a registro [39].

1.3.1. Impedimentos e incapacidade

Uma pessoa pode ser plenamente capaz civilmente, mas não poderá exercer a atividade empresarial se estiver impedida por lei. É uma proibição legal, podendo citar, entre esses impedimentos: **falido não reabilitado**, **funcionário público**, **militar, devedor do INSS** (que serão estudados a seguir).

Caso seja exercida uma atividade empresarial, desrespeitando as normas de impedimento (a seguir expostas), essa pessoa não poderá gozar dos direitos de empresários (por exemplo, a recuperação de empresas), mas responderá pelas suas obrigações, como os contratos firmados, os tributos etc. (CC, art. 973).

Isso significa que, para a concessão de direitos, é preciso ser empresário de direito (devidamente inscrito, respeitando as normas de capacidade). Porém, basta, para os deveres, ser empresário de fato (independentemente de registro e/ou desrespeitando as normas de capacidade).

Além disso, a pessoa que desrespeita tais normas ainda poderá ser condenada criminalmente, caso pratique um dos crimes concursais falimentares (crimes que serão estudados a seguir).

1.3.1.1. Falido não reabilitado

Falido não reabilitado: Lei n. 11.101/2005, art. 102, *caput*, cc. art. 181, § 1º – a norma presume que, se o empresário faliu e ainda não se reabilitou (ou seja, não conseguiu pagar todas as suas dívidas; ou elas não prescreveram ou não decorreu o prazo fixado pela sentença penal), é porque não tem condições para começar uma nova atividade.

Por isso, a partir da decisão judicial que decretar a falência, o devedor fica inabilitado/impossibilitado de exercer qualquer atividade empresarial, o que ocorre a partir dessa decisão até a sentença que extinguir suas obrigações. E, se houver condenação por crime concursal/falimentar, poderá perdurar por até **5 anos** após a sentença condenatória.

Vale ponderar que a inabilitação empresarial é uma das sanções ao empresário por ter quebrado. Porém, se pensarmos em uma falência provocada por motivos alheios à vontade do devedor, como uma crise econômica mundial ou um plano econômico do governo, essa sanção pode ser injusta.

Tal regra alcança os sócios de responsabilidade ilimitada e os sócios de responsabilidade limitada, se estes forem administradores da sociedade.

Isso ocorre porque, em tese, qualquer patrimônio que tiver deverá ser destinado a pagar primeiro suas dívidas anteriores, decorrentes da falência, para, somente após o pagamento, poder iniciar outro negócio.

No entanto, é possível haver a figura da reabilitação do empresário falido. O falido reabilitado é aquele que embora tenha falido teve suas obrigações declaradas extintas (por ter conseguido pagar todas elas ou porque a seu favor já decorreu o prazo prescricional dessas dívidas); ou, se for o caso de crime concursal/falimentar, que já tenham se extinguido os efeitos da sentença penal condenatória.

O falido reabilitado pode voltar a desenvolver regularmente atividade empresarial, o que se dará a partir de um pedido formulado ao juiz da falência que oficiará a Junta Comercial; ou pelo decurso do prazo de até *5* anos após a extinção da punibilidade (Lei n. 11.101/2005, art. 102, parágrafo único, cc. art. 181, § 1º).

1.3.1.2. Funcionário público

Funcionário público: Lei n. 8.112/90, art. 117, inc. X – a justificativa para esse impedimento é que os funcionários públicos não devem se preocupar com situações que não as pertinentes ao seu cargo público.

Também, e dependendo do órgão que trabalhe, o funcionário público poderia ficar tentado a favorecer sua empresa em detrimento de outras ou do próprio poder público.

De acordo com o referido dispositivo legal, o funcionário público pode até ser acionista ou cotista de uma sociedade, mas não pode ser administrador (de sociedade com personalidade jurídica ou não), bem como não pode exercer atividade empresarial como empresário individual. Ou seja, não pode estar à frente do negócio.

Vale ainda ponderar que, na esfera administrativa, o funcionário público que burlar esse impedimento poderá sofrer sanções e até mesmo perder seu cargo público, de acordo com a disposição de cada estatuto.

1.3.1.3. Militar

Militar: Código Penal Militar – Decreto-lei n. 1.001/69, art. 204 – a mesma situação do funcionário público vale para a do militar (que também é um funcionário público).

De acordo com o referido dispositivo legal, a prática do comércio pelo militar é considerada crime.

Uma das motivações está no fato de que, durante o horário de trabalho, o militar poderia ficar tentado a guardar exclusivamente o seu estabelecimento comercial.

1.3.1.4. Devedor do INSS

Devedor do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS: Lei n. 8.212/91, art. 95, § 2º, alínea *d* – a lei prevê que empresários individuais e sociedades empresárias devedoras de contribuições à Previdência Social podem sofrer interdição para exercer a atividade empresarial.

Há outras restrições aos devedores do INSS, como o impedimento para participar de licitações públicas; além de eventuais dificuldades para realizar o encerramento da atividade econômica, entre outras.

1.3.1.5. Estrangeiro

Os estrangeiros podem exercer atividade empresarial, salvo nos casos excepcionados pela Constituição Federal de 1988, que estabelece impedimentos.

A Constituição Federal, por exemplo, fixa impedimentos aos estrangeiros quanto à exploração de recursos minerais (CF, art. 176, § 1º) ou ser proprietário de empresa jornalística (CF, art. 222).

1.3.1.6. Incapacidade superveniente

Incapacidade superveniente do empresário (aquela que ocorre posteriormente ao início da atividade, pois até então ele era capaz) não impede a continuidade do exercício da empresa pelo agora incapaz. Para tanto, é necessária uma autorização judicial com a nomeação de um representante, no caso seus pais ou autor da herança (CC, art. 974, *caput*).

Quanto à incapacidade de sócio de uma sociedade empresária, a Junta Comercial deverá registrar contratos ou alterações contratuais de sociedade que envolva sócio incapaz, desde que atendidos, de forma conjunta, os seguintes requisitos: o sócio incapaz não pode exercer a administração da sociedade; o capital social deve ser totalmente integralizado; e o sócio relativamente incapaz deve ser assistido, se absolutamente incapaz, deve ser representado por seus representantes legais.

O representante ou o assistente poderá nomear um gerente para lhe substituir quando não puder exercer a atividade empresarial, desde que com aprovação judicial, o que não exime o representante de suas responsabilidades (CC, art. 975, *caput*).

A autorização do incapaz (ou a emancipação do menor com *16* anos) para a atividade empresarial deve ser registrada no Registro Público de Empresas Mercantis – Junta Comercial (CC, art. 976, *caput*).

1.3.2. Empresas, empresários, sócios e cônjuges

Cônjuges podem ser sócios, ou seja, podem constituir uma sociedade empresária. Pela regra não há impedimentos para contratarem sociedade entre si ou com terceiros. As exceções ficam por conta de quem é casado pelo regime da comunhão universal de bens ou pelo regime da separação obrigatória (CC, art. 977) [40].

Regime da separação obrigatória é aquele imposto por lei, está previsto no art. 1.641 do Código Civil, que ocorre, por exemplo, nos casos de casamento de pessoa maior de **70 anos** ou que dependa de suprimento (autorização) judicial. A intenção do legislador, ao impedir sociedade entre esses cônjuges, foi evitar fraudes [41] do ponto de vista patrimonial, uma vez que a lei obriga a separação patrimonial e os cônjuges poderiam tentar transferir patrimônio um ao outro por via da sociedade empresária, via entrada

e retirada de sócio.

Quanto à outra exceção, pelo casamento sob o regime da comunhão universal de bens, não se encontra explicação razoável para tal disposição legal. Uma possível resposta seria imaginar que, se o casal formasse uma sociedade, essa acabaria sendo, *grosso modo*, uma espécie de "sociedade unipessoal" (o que, via de regra, o ordenamento não permitia até a criação da EIRELI), levando-se em consideração uma "universalidade de bens", pois nesse regime todo o patrimônio é de ambos os cônjuges.

Adauto de Almeida Tomaszewski, ao comentar sobre a proibição para o regime da comunhão universal, afirma que com eventual má gerência o patrimônio familiar seria alcançado, o que acarretaria grande prejuízo a todo o contexto familiar[42].

O empresário pode **alienar os bens** da empresa, inclusive imóveis, sem necessidade da autorização do seu cônjuge (não sócio), independentemente do regime de bens do seu casamento (CC, art. 978).

Todos os atos (inclusive os da vida civil) que envolvam o empresário devem ser registrados no Registro Público das Empresas Mercantis, como doação, pacto antenupcial, separação etc. (CC, arts. 979 e 980), visando que aqueles que contratem com o empresário possam ter acesso às informações e noção de como está o seu patrimônio, para fins de cumprimento das obrigações, principalmente no caso de desconsideração da personalidade jurídica.

1.4. REGISTRO

No geral, a finalidade dos registros é dar publicidade a atos jurídicos. No Brasil, há uma divisão no sistema de registro de atividades econômicas. De um lado, tem-se o Registro Público de Empresas Mercantis; do outro, o Registro Civil das Pessoas Jurídicas[43].

As atividades empresárias (empresário individual ou sociedade empresária) são inscritas no Registro Público de Empresas Mercantis. Já as atividades intelectuais (sociedades simples) são inscritas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (CC, art. 1.150).

Se a atividade intelectual for exercida por um profissional liberal ou autônomo (ou seja, se não há sociedade), basta o seu registro na Prefeitura, pois não há inscrição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, nem no Registro Público de Empresas Mercantis.

Quanto ao prazo, a apresentação dos documentos para a realização do registro deve ser feita em **30 dias** a partir da assinatura do ato constitutivo, sob pena de responsabilidade por perdas e danos (CC, art.

1.151, §§ 1º e 3º).

Cabe ao órgão registral (Registro Público de Empresas Mercantis ou Registro Civil das Pessoas Jurídicas) verificar a regularidade e a legitimidade do requerimento de registro (CC, arts. 1.152 e 1.153).

Antes de cumpridas as formalidades perante o órgão competente, o ato sujeito a registro não pode ser oposto a terceiros, como, por exemplo, alegar responsabilidade limitada do sócio antes da inscrição do contrato social (CC, art. 1.154). Isso porque não houve publicidade do ato, não produzindo, portanto, efeitos perante terceiros.

1.4.1. Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial) e DREI – Departamento de Registro Empresarial e Integração

O serviço do Registro Público de Empresas Mercantis é realizado pelas Juntas Comerciais. As Corporações de Artes e de Ofícios poderiam ser vistas como as precursoras quanto às atividades realizadas pelas Juntas Comerciais. O mesmo poder-se-ia dizer sobre a Real Junta de Comércio brasileira criada em 1808 com a chegada da Família Real ao Brasil.

A organização do Registro Empresarial ocorre sobretudo pela Lei n. 8.934/94, sem prejuízo de outras normas. Todas as Juntas Comerciais integram o Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis – SINREM. O SINREM também é composto do Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC (Lei n. 8.934/94, art. 3º, e Decreto n. 1.800/1996, art. 3º).

A Lei n. 4.048/1961, arts. 3º, II, 20 e 21, criou o DNRC (Departamento Nacional de Registro do Comércio), o qual era vinculado ao Ministério da Indústria e do Comércio. Com a edição da Lei n. 8.934/1994, art. 4º, *caput*, e do Decreto n. 1.800/1996, art. 4º, manteve-se o nome DNRC, subordinado ao Ministério da Indústria, Comércio e Turismo. Em 2013, em razão das redações do art. 2º, II, *a*, 1, e do art. 8º, ambos do Anexo I do Decreto n. 8.001/2013, o órgão teve a sua nomenclatura substituída por DREI – Departamento de Registro Empresarial e Integração. Este decreto aprovou uma nova estrutura para a Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência da República, a qual o DREI está subordinado[44].

As Juntas Comerciais são órgãos locais, com funções executoras e administrativas dos serviços de registro (Lei n. 8.934/94, art. 3º, inc. II). Há uma Junta Comercial para cada Estado (Lei n. 8.934/94, art. 5º).

As finalidades das Juntas Comerciais são: dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos empresariais; efetuar o registro de ato constitutivo do empresário, bem como as suas alterações e seu cancelamento; arquivar documentos; autenticar instrumentos de escrituração empresarial; assentar os usos e as práticas mercantis; efetuar as matrículas de leiloeiros, administradores de armazéns, tradutores públicos e intérpretes comerciais; elaborar tabela de preços dos serviços e os regimentos internos etc. (Lei n. 8.934/94, arts. 1º, 8º, 32 e 39; Decreto n. 1.800/1996, art. 7º).

Por força da LC n. 147/2014, art. 8º, foram incluídos os arts. 39-A e 39-B à Lei n. 8.934/94 para dispor que, a autenticação dos documentos de empresas, de qualquer porte, realizada por meio de sistemas públicos eletrônicos dispensa qualquer outro método autenticatório. Para tanto, a comprovação da autenticação de documentos e da autoria poderá ser realizada por meio eletrônico.

O DREI (antigo DNRC) é um órgão central, hierarquicamente superior, que tem a finalidade de atuar junto às Juntas Comerciais, supervisionando, fiscalizando, estabelecendo normas, solucionando dúvidas etc. (Lei n. 8.934/94, art. 4º; Decreto n. 1.800/96, art. 4º; e Decreto n. 8.001/2013, art. 8º do Anexo I).

1.4.2. Registro Civil das Pessoas Jurídicas

Por sua vez, o Registro Civil das Pessoas Jurídicas tem suas regras estabelecidas pela Lei n. 6.015/73, arts. 114 e s.

Vale ressaltar, porém, que o Registro Civil das Pessoas Jurídicas também recebe o nome popular de “cartório”, apesar da imperfeição desse termo, haja vista que cartório pode ser aplicado a várias outras situações.

No Registro Civil das Pessoas Jurídicas são registradas as sociedades simples (que realizam atividades intelectuais de natureza artística, literária e científica) e outras pessoas jurídicas não enquadradas como atividade empresarial, como as associações e as fundações.

1.4.3. REDESIM – Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios

A Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – REDESIM – foi instituída pela Lei n. 11.598/2007. Tal norma estabelece diretrizes e procedimentos para a simplificação e integração do processo de registro e legalização de empresários e de pessoas jurídicas,

bem como promove algumas alterações no ordenamento jurídico.

A intenção primordial é diminuir a burocracia para a abertura de empresas no território brasileiro, a qual impõe perdas aos empreendedores e à sociedade como um todo. Com a implantação de um sistema integrado, facilita-se a prática de atos relacionados não apenas à abertura, mas ao encerramento de empresas e às alterações inerentes à atividade empresarial, bem como à regularização de atividades desenvolvidas informalmente.

Na verdade, esta lei estabelece normas gerais de simplificação e integração do processo de registro e legalização de empresários e pessoas jurídicas no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Lei n. 11.598/2007, art. 1º).

É preciso ter em conta que a criação da REDESIM tem por finalidade propor ações e normas aos seus integrantes, cuja participação na sua composição será obrigatória para os órgãos federais, e voluntária, por adesão mediante consórcio, para os órgãos, autoridades e entidades não federais com competências e atribuições vinculadas aos assuntos de interesse da REDESIM (Lei n. 11.598/2007, art. 2º, *caput*).

Essa previsão de adesão voluntária pode ser vista como um dos entraves para a efetivação deste sistema. Isso, pois, o grande objetivo desta lei é reduzir o tempo para a abertura de empresas, buscando integrar os vários entes relacionados com o tema (Estados, Municípios, Registro Público das Empresas Mercantis, Registro Civil das Pessoas Jurídicas etc.). No entanto, será preciso vontade política desses entes, bem como a devida destinação orçamentária, sob pena de tornar-se tão somente um bom propósito legal. Passados alguns anos de vigência da lei, somente em alguns Estados a REDESIM está operando, e ainda de forma parcial.

Para o efetivo cumprimento da intenção legislativa, o art. 12 da referida lei prevê a instalação das Centrais de Atendimento Empresarial – FÁCIL, consistindo em unidades de atendimento presencial da REDESIM. Estas centrais deverão ser instaladas preferencialmente nas capitais, funcionando como centros integrados para a orientação, registro e legalização de empresários e pessoas jurídicas, em um mesmo espaço físico, dos serviços prestados pelos órgãos que integrem, localmente, a REDESIM.

Vale destacar que, na elaboração de normas de sua competência, os órgãos e entidades que componham a REDESIM deverão considerar a integração do processo de registro e de legalização de empresários e de pessoas jurídicas, e articular as competências próprias com aquelas dos demais membros, buscando, em conjunto, compatibilizar e integrar procedimentos, de modo a evitar duplicidade

de exigências e garantir a linearidade do processo e da perspectiva do usuário (Lei n. 11.598/2007, art. 3º).

Além disso, os órgãos e entidades que componham a REDESIM, no âmbito de suas atribuições, deverão manter a disposição dos usuários, de forma presencial e pela rede mundial de computadores (internet), informações, orientações e instrumentos que permitam pesquisas prévias às etapas de registro ou inscrição, alteração e extinção (vulgarmente conhecida como "baixa") de empresários e pessoas jurídicas, de modo a prover ao usuário certeza quanto à documentação exigível e à viabilidade do registro ou inscrição (Lei n. 11.598/2007, art. 4º, *caput*).

Quanto aos atos de registro, inscrições, alterações e extinções de empresários ou pessoas jurídicas, o art. 7º, *caput*, da lei proíbe a instituição de qualquer tipo de exigência de natureza documental ou formal, restritiva ou condicionante, que exceda o estrito limite dos requisitos pertinentes à essência de tais atos, observado o disposto nos arts. 5º e 9º da Lei n. 11.598/2007.

Incluído pela LC n. 147/2014, o art. 7º-A, *caput*, da Lei n. 11.598/2007, complementa o tema ao dispor que o registro de atos constitutivos, bem como de suas alterações e baixas de empresários e pessoas jurídicas, em qualquer órgão da União, Estados e Municípios, 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 participem. Isso não prejudica as responsabilidades do empresário, dos titulares, dos sócios ou dos administradores por tais obrigações, apuradas antes ou após o ato de extinção.

Cabe explicar que a solicitação de extinção da atividade (baixa) implica em responsabilidade solidária dos titulares, dos sócios e dos administradores do período de ocorrência dos respectivos fatos geradores de caráter tributário, previdenciário e trabalhista (Lei n. 11.598/2007, art. 7º-A, § 2º, incluído pela LC n. 147/2014).

A extinção da atividade no órgão competente não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados impostos, contribuições e respectivas penalidades em razão da falta de recolhimento ou da prática comprovada em processo administrativo ou judicial de demais irregularidades praticadas por empresários, titulares, sócios ou administradores (Lei n. 11.598/2007, art. 7º-A, § 1º, incluído pela LC n. 147/2014).

Visando a celeridade, 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 (Lei n. 11.598/2007, art. 5º, *caput*).

Ainda, quanto aos Alvarás de Funcionamento, os Municípios que aderirem à REDESIM emitirão Alvará de Funcionamento Provisório, que permitirá o início de operação do estabelecimento imediatamente após o ato de registro, exceto nos casos em que o grau de risco da atividade seja considerado alto (Lei n. 11.598/2007, art. 5º, *caput*).

1.4.4. Comitê Gestor do Simples Nacional; Fórum Permanente das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte; e CGSIM – Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios

Atendendo ao que prevê a Constituição Federal, art. 170, inc. IX, acerca da necessidade de tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, a Lei Complementar n. 123/2006, prevê em seu art. 2º (Redação dada pela LC n. 147/2014) que este tratamento diferenciado será gerido pelos seguintes órgãos: o Comitê Gestor do Simples Nacional; o Fórum Permanente das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte; e o Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – CGSIM.

Compete ao **Comitê Gestor do Simples Nacional** regulamentar a opção, exclusão, tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança, dívida ativa, recolhimento e demais questões referentes ao Simples Nacional (Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte), previsto no art. 12 da LC n. 123/2006.

Já ao **Fórum Permanente das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte** cabe orientar e assessorar a formulação e a coordenação da política nacional de desenvolvimento das microempresas e empresas de pequeno porte, bem como acompanhar e avaliar a sua implantação.

Por sua vez, ao **CGSIM** compete regulamentar a inscrição, cadastro, abertura, alvará, arquivamento, licenças, permissão, autorização, registros e outras questões relativas à abertura, legalização e funcionamento de empresários e de pessoas jurídicas de qualquer porte, atividade econômica ou composição societária.

Em relação às ME's e EPP's optantes pelo Simples Nacional é facultado ao CGSN determinar a forma,

a periodicidade e o prazo do recolhimento do FGTS e da entrega à Receita Federal do Brasil de uma única declaração com dados relacionados a questões tributárias, previdenciárias e trabalhistas.

Frise-se que o CGSIM foi instituído pelo Decreto n. 6.884/2009, art. 1º, com o objetivo de administrar e gerir a implantação e o funcionamento da REDESIM (que, apesar de já previsto pela Lei n. 11.598/2007, não operava efetivamente). Para cumprir com o seu objetivo legal, o CGSIM deverá respeitar as normas da Lei n. 11.598/2007 e da LC n. 123/2006.

Nos termos do art. 2º do Decreto n. 6.884/2009, entre outras atribuições, compete ao CGSIM: regulamentar a inscrição, cadastro, abertura, alvará, arquivamento, licenças, permissão, autorização, registros e demais itens relativos à abertura, legalização e funcionamento de empresários e de pessoas jurídicas de qualquer porte, atividade econômica ou composição societária; elaborar e aprovar o modelo operacional da REDESIM; realizar o acompanhamento e a avaliação periódicos do programa de trabalho aprovado, assim como estabelecer os procedimentos básicos para o acompanhamento e a avaliação periódicos das atividades e das ações a cargo dos subcomitês e dos grupos de trabalho; expedir resoluções necessárias ao exercício de sua competência.

As reuniões do CGSIM ocorrerão ordinariamente a cada trimestre e extraordinariamente sempre que forem convocadas por seu presidente (Ministro de Estado e Chefe da Secretaria da Micro e Pequena Empresa). Além disso, o CGSIM poderá instituir subcomitês e grupos de trabalho para a execução de suas atividades (Decreto n. 6.884/2009, arts. 5º e 6º, *caput*).

1.5. Estabelecimento

Estabelecimento é o conjunto de bens organizado pelo empresário para o exercício da empresa (CC, art. 1142; no mesmo sentido, é o disposto no art. 2.555 do Código Civil italiano).

No Brasil, quem primeiro estudou o estabelecimento foi Oscar Barreto Filho, que o definiu como um "complexo de meios materiais e imateriais, pelos quais o comerciante explora determinada espécie de comércio" [45].

Os bens materiais/corpóreos são aqueles que se caracterizam por ocupar espaço no mundo exterior, por exemplo, as mercadorias, as instalações, as máquinas, entre outros.

Já os bens imateriais/incorpóreos são coisas que não ocupam lugar no mundo exterior, sendo resultado da elaboração abstrata humana, como os títulos dos estabelecimentos, as marcas, as patentes, os desenhos

industriais etc.

A empresa é uma atividade exercida pelo empresário. Para ele poder exercer sua atividade, é necessário um estabelecimento em que estarão conjugados bens na intenção de alcançar o lucro (mas pode-se dizer que, para o exercício de uma atividade intelectual, também se requer um estabelecimento).

Contudo, o estabelecimento é o instrumento para o empresário exercer sua atividade; é a base física da empresa (mas pode ser virtual, como será visto adiante). Normalmente, é o local onde os clientes do empresário se dirigem para realizar negócios.

Quanto à natureza jurídica do estabelecimento, Marcos Paulo de Almeida Salles lembra que o estabelecimento é uma universalidade de fato, que difere da universalidade de direito, pois nesta a destinação unitária decorre de norma jurídica, como no caso da massa falida, em razão da pretensão legal liquidatória[46].

Sendo o estabelecimento uma universalidade de fato, significa que ele é uma pluralidade de bens singulares pertencentes à mesma pessoa, tendo destinação unitária (por exemplo, o desenvolvimento da empresa) por instituição de seu titular (no caso, o empresário), à luz do art. 90 do Código Civil.

Bens singulares são aqueles que, embora reunidos, se consideram por si sós, independentemente dos demais. Vale destacar que os bens que formam a universalidade de fato podem ser objeto de relações jurídicas autônomas.

Teoricamente, o estabelecimento pode ter natureza civil ou empresarial. Tanto é que o Código Civil expressa “Do estabelecimento” e não “Do estabelecimento empresarial”. A princípio, o estabelecimento de atividade intelectual, rural ou cooperativa tem natureza civil; de indústria, comércio ou prestação de serviço em geral, empresarial. Mais adiante trataremos da possibilidade ou não de a atividade rural e a cooperativa serem tidas como atividades empresariais.

Para o estudo do estabelecimento é necessário tratar de alguns elementos inerentes a ele, como: o aviamento, a clientela, o trespasse, entre outros, conforme veremos a seguir.

1.5.1. Aviamento

Para explicar o que vem a ser aviamento, é necessário ponderar que o estabelecimento tem condições de produzir lucro para o empreendedor.

Esse fato é chamado aviamento, ou seja, é a aptidão de produzir lucro conferido ao estabelecimento a

partir do resultado de variados fatores, quais sejam, pessoais, materiais e imateriais. É um atributo do estabelecimento, sendo a clientela um dos fatores do aviamento[47].

Conforme Sérgio Campinho, a organização dos fatores que compõem o estabelecimento determina o grau de eficiência na produção de lucros, que é o objeto desejado pelo empresário[48].

É pertinente mencionar que o aviamento pode ser **objetivo** e **subjetivo**. O primeiro, aviamento objetivo, decorre de aspectos extrínsecos à atividade do empresário, como é o caso da localização do estabelecimento (*local goodwill*); o segundo, subjetivo, deriva de aspectos intrínsecos e conceituais quanto à atuação do empresário, como, por exemplo, a sua competência e boa fama à frente de seu negócio (*personal goodwill*)[49].

O **aviamento objetivo** que ocorre em razão da localização do estabelecimento pode ter como exemplo o caso de uma lanchonete em um colégio ou uma floricultura em frente de um cemitério. Nesse caso, o cliente compra porque não tem outro lugar próximo; ou então porque está com pressa. Assim, o fator extrínseco, localização, é o maior fator da lucratividade.

Por sua vez, o **aviamento subjetivo** ao ocorrer em razão da competência do empresário pode ser exemplificado por um restaurante ou salão de cabeleireiro. Nessa hipótese, o cliente vai ao restaurante ou salão em razão da confiança que tem na pessoa que está à frente do negócio, ou por sua fama ou qualificação, não importando necessariamente a sua localização.

Muitas vezes pode-se estar diante de um estabelecimento com aviamento objetivo e subjetivo ao mesmo tempo, como, por exemplo, se certa empresa de atributos conceituais e intrínsecos esteja muito bem localizada, como em um *shopping center*.

Por mais contraditório que possa parecer do ponto de vista concorrencial, às vezes o aviamento se dá em razão de o estabelecimento estar localizado próximo aos concorrentes. Nesse caso, a clientela é atraída para certa localidade em razão de lá haver várias opções de fornecedores. Exemplificativamente, na cidade de São Paulo existem aproximadamente trinta ruas (ou regiões) tidas como temáticas: rua das noivas (rua São Caetano – bairro do Bom Retiro), rua dos instrumentos musicais (rua Teodoro Sampaio – bairro Pinheiros) etc. O simples fato de um empresário ter uma loja de vestidos de noiva ou de instrumentos musicais nessas ruas já é um aviamento, pois nessas localidades circula um grande número de pessoas interessadas nesses produtos.

1.5.2. Clientela

Clientela difere de aviamento. A clientela é definida por Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa como "o conjunto de pessoas que, de fato, mantém com o estabelecimento relações continuadas de procura de bens e de serviços" [50].

Nem o aviamento nem a clientela pertencem ao estabelecimento (não são propriedades do empresário); no entanto, tanto um como o outro são levados em consideração na ocasião da alienação do estabelecimento [51].

Isso ocorre porque há concorrência no mercado; enquanto a clientela permanecer fiel, o aviamento existirá. Mas isso pode mudar no decorrer do tempo, como com o surgimento de novos concorrentes.

De qualquer forma, o aviamento e a clientela são fatores consideráveis e são apurados por métodos econômico-contábeis de fluxo de caixa descontado, como acontece, exemplificativamente, em negociações de corretoras de seguros e agências de publicidade.

1.5.3. Trespasse/alienação

Trespasse significa transferir para outro. No direito empresarial trata-se da alienação do estabelecimento, ou seja, que este pode ser objeto de direitos, ou que pode ser negociado. No entanto, deve ser feita a averbação na Junta Comercial, produzindo efeito perante terceiros apenas depois da publicação (CC, arts. 1.143 e 1.144).

Amador Paes de Almeida chama a atenção para o fato de que o estabelecimento pode ser objeto de negócio jurídico na forma de cessão ou venda, arrendamento ou usufruto [52].

Deve-se verificar, na alienação do estabelecimento, se ao empresário irão restar bens suficientes para saldar suas dívidas; caso contrário, ele deverá pedir anuência de todos os seus credores. Caso haja uma contrariedade a esse mandamento, a alienação não terá eficácia (CC, art. 1.145). Essa regra se dá em razão da máxima do Direito "o patrimônio é a garantia dos credores", o que é aplicável ao estabelecimento enquanto conjunto de bens do empresário. A propósito é a Súmula 451 do STJ: "É legítima a penhora da sede do estabelecimento comercial".

Além disso, a Lei n. 11.101/2005 (Lei de Falência), art. 94, estabelece que será decretada a falência do empresário que transferir seu estabelecimento sem consentimento dos credores ou simular a transferência.

Obviamente, tal regra não será aplicável se a transferência do estabelecimento se der por força da recuperação judicial de empresas cujo plano foi aprovado pelos credores.

Em razão da venda do estabelecimento, o adquirente responde pelos débitos anteriores deste (desde que contabilizados). E, pelos mesmos débitos anteriores, o alienante continua solidariamente responsável por **1 ano** (CC, art. 1.146).

O alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência com o adquirente por **5 anos**, ou seja, está impedido de abrir idêntico tipo de negócio em uma distância que possa afetar a clientela do adquirente, salvo autorização expressa no contrato de compra e venda (CC, art. 1.147). Trata-se da cláusula implícita de não restabelecimento, como é conhecida, cujo vendedor não pode, por certo período, exercer a mesma atividade econômica exercida anteriormente, sob pena de concorrência desleal e ausência de boa-fé[53].

Outra regra reside no fato de que o adquirente se sub-roga nos contratos firmados pelo alienante e nos direitos decorrentes da compra do estabelecimento, produzindo efeitos a partir da publicação da alienação (CC, arts. 1.148 e 1.149).

1.5.4. Ponto e fundo de comércio

Ponto ou ponto empresarial é a localização física do estabelecimento, que é valorizado pelo deslocamento efetuado dos clientes desde a saída de um local até a chegada nele para realizarem suas compras.

É válido ter em conta que o ponto tem sentido diverso da propriedade do imóvel. Quando um imóvel é locado para um empresário, pode se dizer que a propriedade é tanto civil quanto empresarial.

Civilmente, a propriedade em si é do seu proprietário. Empresarialmente, com relação ao ponto, é do empresário.

Esse valor adquirido pelo ponto, em razão do desenvolvimento da atividade empresarial e pelo decurso do tempo, também é chamado **fundo de comércio** (ou fundo empresarial). É um valor decorrente da atuação (trabalho) do empresário.

Assim, fundo de comércio significa o resultado da atividade do empresário, que com o decorrer do tempo agrega valor econômico ao local onde está estabelecido. Por isso, o ponto confere valor próprio ao local, que claramente pertence ao patrimônio do empresário. Nesse sentido, REsp 189.380.

Dessa forma, quando se vê um anúncio de “passa-se o ponto”, na realidade não se está vendendo a

propriedade do imóvel, mas, sim, a propriedade sobre o ponto.

1.5.5. Ação renovatória

A formação do fundo de comércio justifica a proteção ao empresário locatário de imóvel destinado ao exercício de sua atividade empresarial, pois o empresário tem o direito de renovar compulsoriamente o contrato de locação por meio de **ação renovatória** (Lei das Locações – Lei n. 8.245/91, art. 51).

Sem prejuízo do disposto no item sobre "locação mercantil", o que se recomenda a leitura, a **ação renovatória** é cabível quando: (i) não houver acordo entre locatário e locador para renovar o contrato de locação; ou (ii) houver abuso por parte do locador referente ao preço para a renovação do aluguel.

É possível obter a renovação do contrato de locação por um prazo igual ao estabelecido, desde que: o contrato tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado; o prazo mínimo de locação tenha **5 anos**; o empresário esteja explorando o mesmo ramo de atividade há pelo menos **3 anos** (Lei n. 8.245/91, art. 51, *caput*, I a III).

O período para ajuizar a ação renovatória é no penúltimo semestre de vigência do contrato, ou seja, num contrato de *5* anos (que é composto de dez semestres), a ação deve ser ajuizada durante os meses do **nono semestre** (Lei n. 8.245/91, art. 51, § 5º).

Como exceção, o locatário não terá direito à renovação compulsória do contrato de locação quando o locador pleitear a retomada do imóvel para: uso próprio ou transferência de fundo de comércio (que exista há mais de *1* ano, sendo detentor da maioria do capital social o locador, seu cônjuge, ascendente ou descendente), não podendo o imóvel ser destinado à atividade igual à do locatário, exceto se a locação envolvia o fundo de comércio com instalações e outros pertences; ou realização de obras determinadas pelo poder público que impliquem alteração substancial do imóvel ou modificação que aumente o valor da propriedade ou do negócio (Lei n. 8.245/91, art. 52).

Especificamente sobre o prazo mínimo de *5* anos, ele pode ser decorrente da soma de dois ou mais contratos, mesmo que tenha havido a mudança de inquilino, ou seja, inicialmente era um empresário que passou o ponto para outro empresário, que, por sua vez, continuou explorando o mesmo negócio. Mas o art. 13 da Lei n. 8.245/91 dispõe que a cessão da locação, a sublocação e o empréstimo do imóvel, total ou parcialmente, dependem do consentimento prévio e escrito do locador, o que, em tese, também é aplicável à locação mercantil[54].

Uma vez renovado o contrato por força de sentença judicial que julgou procedente a demanda, existe a possibilidade de o locatário pleitear outras vezes a renovação do contrato de locação via nova ação renovatória, desde que atendidos aos requisitos da lei.

No ambiente empresarial é muito comum o locador previamente adquirir, construir ou reformar substancialmente o imóvel com o fim de atender às especificações do pretenso locatário que usará o imóvel, por prazo determinado, para desenvolver sua atividade. Nestes casos, conforme o art. 54-A da Lei n. 8.245/1991 (acrescido pela Lei n. 12.744/2012), prevalecerão as disposições contratadas entre as partes, obedecendo aos procedimentos previstos na própria lei. Normalmente, o acordo anterior à locação é feito por um contrato preliminar (promessa de locação), cujo sentido é desde já estabelecer direitos e deveres para as partes, obrigando-as e implicando a possibilidade de adjudicação compulsória e/ou perdas e danos[55].

1.5.6. Estabelecimento virtual

Até alguns anos atrás o estabelecimento era somente físico, ou seja, um local em que os clientes do empresário se dirigiam para realizar negócios.

Recentemente surgiu o estabelecimento virtual, que é um local não físico para onde os clientes também se dirigem (não por deslocamento físico, mas, sim, por deslocamento virtual) em busca de negócios.

Estabelecimento virtual é um *site* (sítio eletrônico). *Site* é o conjunto de informações e imagens alocadas em um servidor e disponibilizadas de forma virtual na internet.

O acesso virtual ao *site* é feito por meio de um endereço eletrônico, ou melhor, pelo nome de domínio (por exemplo: www.computadorlegal.com.br). O nome de domínio identifica o estabelecimento virtual.

Dessa forma, é pelo *site* que a atividade do empresário – atuante no comércio eletrônico – passa a ser difundida e desenvolvida, pois é nesse local virtual que os clientes podem realizar compras, por meio de um deslocamento virtual.

Dependendo do ramo de negócio, para o empresário, o avanço da informática e o uso da internet são ferramentas importantíssimas no desenvolvimento de sua atividade mercantil, sendo uma ferramenta que auxilia na busca do lucro, pois os clientes podem adquirir produtos e serviços pela rede mundial de computadores.

Assim, um nome de domínio pode ser considerado um ponto virtual, logo, passível de proteção

jurídica da mesma maneira que o ponto físico.

Percebe-se que os conceitos expostos até aqui (estabelecimento, título do estabelecimento, aviamento e clientela) são aplicáveis ao fato de o *site* poder ser considerado um estabelecimento virtual. Dessa forma, o nome de domínio (que espelha o endereço virtual do estabelecimento, o qual é registrado no www.registro.br) goza de proteção jurídica, sendo regulado pelo Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR – NIC.BR, à luz das Resoluções n. 001/2005 e n. 008/2008 do Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.BR; a primeira estabelece a competência do NIC.BR e a segunda, os critérios para os nomes de domínios.

1.6. NOME EMPRESARIAL

O nome empresarial tem a função de identificar o empresário. É como se fosse o nome civil de uma pessoa física. Ele faz a ligação do nome da empresa ao empresário. O nome empresarial é o que a pessoa (física ou jurídica) utiliza para individualizar a sua atividade. Revela o tipo societário optado pelos sócios e se a responsabilidade deles é limitada ou não; bem como o objeto social da empresa, como, por exemplo, indústria, comércio etc.

A proteção jurídica do nome empresarial ocorre pela inscrição do empresário individual ou pelo arquivamento de contrato social (para sociedade empresária) no registro próprio; ou, ainda, pelas alterações que mudam o nome, efetuadas posteriormente, conforme prevê a Constituição Federal, art. 5º, XXIX; Código Civil, art. 1.166; e Lei n. 8.934/94, art. 33. Também, a tutela do nome empresarial está disposta no Decreto n. 1.800/96, que regulamenta a Lei n. 8.934/94, especialmente em seus arts. 61 e 62; bem como na Instrução Normativa do Departamento de Registro Empresarial e Integração – DREI – n. 15, de 5 de dezembro de 2013; sem prejuízo da proteção conferida pelas regras da concorrência desleal previstas especialmente na Lei n. 9.279/96, arts. 195, inc. V, e 209.

Pela regra geral, a proteção ao nome empresarial é válida no território do Estado-membro em que foi registrado. Em casos excepcionais, previstos na legislação, a proteção ao nome empresarial pode ter caráter nacional (CC, art. 1.166). Também, a proteção pode dar-se internacionalmente por força do art. 8º da Convenção da União de Paris – CUP.

O Decreto n. 1.800/1996 prevê em seu art. 61, §§ 1º e 2º, que a proteção ao nome empresarial limita-se à unidade federativa da Junta Comercial que procedeu ao arquivamento; sendo que a proteção ao nome

empresarial poderá ser estendida a outras unidades da federação mediante requerimento da empresa interessada. Por sua vez, a Instrução Normativa – IN n. 15/2013, do DREI, art. 11, assevera que a proteção ao nome empresarial no território estadual de outra Junta Comercial decorre, automaticamente, da abertura de filial nela registrada ou do arquivamento de pedido específico. Neste último caso, o pedido deve ser instruído com a certidão do Registro Público das Empresas Mercantis da unidade federativa onde se localiza a sede da empresa interessada. Uma vez arquivado o pedido de proteção ao nome empresarial, deverá ser expedida comunicação desse fato à Junta Comercial do Estado onde estiver localizada a matriz da empresa.

Além disso, é considerado crime de concorrência desleal usar indevidamente nome empresarial alheio (Lei n. 9.279/96, art. 195, inc. V).

Vale destacar que o nome empresarial não pode ser igual a outro já inscrito (CC, art. 1.163). Nos casos em que isso acontecer, será necessário realizar alguma alteração para se obter a distinção.

Pelo princípio da novidade, não poderá haver identidade ou semelhança entre nomes empresariais no território de sua proteção, sendo que a distinção entre eles deve ser suficiente para que alguém, com a atenção normalmente empregada, possa diferenciá-los[56].

O art. 8º da Instrução Normativa do DREI n. 15/2013 fixa critérios para a análise, pelas Juntas Comerciais (e pelo próprio DREI), de identidade ou semelhança entre nomes empresariais. Nas firmas, a análise será feita pelos nomes inteiros, sendo idênticos se tiverem a mesma grafia (homógrafos) e semelhantes se tiverem a mesma pronúncia (homófonos). Em relação às denominações, consideram-se os nomes por inteiro, quando compostos por expressões comuns, de fantasia, de uso generalizado ou vulgar, sendo idênticos, se homógrafos, e semelhantes, se homófonos. Mas quando as denominações contiverem expressões de fantasia incomuns (extraordinárias), serão elas analisadas isoladamente, ocorrendo identidade, se homógrafas, e semelhança, se homófonas.

Vale frisar que de acordo com o princípio da anterioridade a proteção se dá em favor daquele que primeiro registrou o nome empresarial. Assim, se o empresário tiver nome idêntico ao de outros já inscritos, deverá acrescentar designação que o diferencie.

O nome empresarial também não pode ser alienado (CC, art. 1.164, *caput*). No caso de sociedades, o que acontece na prática é a venda total das quotas da sociedade, assumindo assim os adquirentes a sociedade com o respectivo nome.

É pertinente mencionar que a inscrição do nome empresarial pode ser anulada por meio de ação judicial quando violar a lei ou o contrato (CC, art. 1.167). E também poderá ser cancelada quando cessar o exercício da atividade ou a sociedade for liquidada (CC, art. 1.168).

Cabe ainda ressaltar que a microempresa ou a empresa de pequeno porte (na qualidade de empresário individual de sociedade empresária ou empresa individual de responsabilidade limitada), bem como a sociedade simples, necessita incluir no final do nome empresarial a expressão: "Microempresa" ou "Empresa de Pequeno Porte" ou suas abreviações "ME" ou "EPP", sendo facultativa a inclusão do objeto social (Lei Complementar n. 123/2006, art. 72), sob pena de não fazer *jus* ao regime tributário especial e simplificado (Simples Nacional). Também, a "empresa individual de responsabilidade limitada" precisa incluir ao final do nome empresarial esta expressão por extenso ou a sigla EIRELI (CC, art. 980-A, § 1º).

De acordo com o Código Civil, **nome empresarial** é gênero do qual são espécies **firma** e **denominação** (CC, art. 1.155, *caput*).

1.6.1. Firma

A palavra "firma" está relacionada ao nome ou à assinatura de pessoa. Para efeitos de ser uma espécie de nome empresarial, a firma é mais utilizada por empresário individual (daí o porquê do uso **firma individual**), pois seu nome de pessoa física deverá constar em sua inscrição na Junta Comercial, por exemplo, "João da Silva ME".

Conforme o art. 1.156, na firma do empresário individual deve constar seu nome de pessoa física, completo ou abreviado, podendo ser acrescido de uma designação mais precisa da sua pessoa (como João da Silva "Bigode" EPP) ou do ramo de sua atividade (por exemplo, João da Silva Comércio de Bebidas EPP).

Da mesma forma, a firma deve ser usada por sociedades em que haja sócios de responsabilidade "ilimitada", devendo constar no nome empresarial o nome civil de pelo menos um desses sócios (CC, arts. 1.157 e 1.158, § 1º).

1.6.2. Denominação

Denominação significa a designação que deve ser formada pelo objeto social da sociedade. Assim, a denominação é utilizada pelas sociedades empresárias e deve expressar o objeto da sociedade em seu

nome empresarial (CC, art. 1.158, § 2º). Em outras palavras, o objeto social deve fazer parte da denominação, como “Macedônia Indústria de Calçados Ltda.”

Ressalta-se que a denominação pode ser formada com o nome de um ou mais sócios ou pode ter um elemento ou expressão fantasia, por exemplo, formado pela sigla composta das letras iniciais dos nomes dos sócios.

Sociedade limitada deve ter a palavra “Limitada”, ou sua abreviação “Ltda.”, sob pena de responsabilidade solidária e ilimitada dos administradores (CC, art. 1.158, § 3º).

Já a **sociedade cooperativa** deve ter na sua denominação a palavra “Cooperativa” (CC, art. 1.159).

Por sua vez, a **sociedade anônima** deve ter em sua denominação a expressão “Sociedade Anônima” ou “Companhia”, ou a abreviação “S.A.”, “S/A” ou “Cia.” (CC, art. 1.160).

Com relação às denominações das **sociedades simples**, **associações** e **fundações**, elas possuem a mesma proteção jurídica do nome empresarial (CC, art. 1.155, parágrafo único).

1.6.3. Título de estabelecimento – nome fantasia

Título de estabelecimento é o nome ou a expressão utilizada pelo empresário para identificar o local onde ele está instalado[57].

Dessa forma, é o título do estabelecimento que identifica o ponto em que o empresário está estabelecido[58].

Aqui há uma distinção a ser ponderada: o título de estabelecimento não é necessariamente o nome empresarial. Ele pode ser uma parte do nome empresarial ou uma expressão totalmente inexistente no nome empresarial. Muitas vezes é um **nome fantasia** que se atribui a um estabelecimento, que, por sua vez, não é correspondente ao nome empresarial efetivamente. Por exemplo, uma sociedade pode ter o nome empresarial “Santos Comércio de Roupas Ltda.” e usar o nome fantasia “Maravilha Roupas”.

Um exemplo de título de estabelecimento com nome fantasia é o do Grupo Pão de Açúcar, pois o nome empresarial dessa rede de supermercados é Companhia Brasileira de Distribuição de Alimentos. Ou, Assai (nome fantasia) e Barcelona Com. Varejista e Atacadista S/A (nome empresarial).

Por si só o título de estabelecimento não tem um regime jurídico próprio, diferentemente do que ocorre tanto com o nome empresarial, que é protegido pelo registro na Junta Comercial, quanto com a marca, que tem uma proteção jurídica específica na Lei n. 9.279/96 (como será visto adiante).

Porém, não se admite a usurpação (apossar-se ilegitimamente ou por fraude) do título de estabelecimento. Nesse caso, a proteção para o título de estabelecimento pode ocorrer pelo princípio do ato ilícito (CC, art. 186), bem como pela concorrência desleal (Lei n. 9.279/96, arts. 195, inc. V, e 209), que, inclusive, é tipificada como crime.

É comum expressar no ato constitutivo o nome fantasia que será utilizado no desenvolvimento da atividade empresarial. Isso não tem o condão de assegurar a proteção jurídica conferida ao nome empresarial, mas, sim, possibilitar que este nome fantasia conste no cartão do CNPJ, documento no qual tem as principais informações da empresa. Porém, eventualmente, poderá servir de prova num confronto com outrem que invoque o uso primário do mesmo nome fantasia.

Vale destacar que existem casos de títulos de estabelecimento que acabam se tornando também a marca do empresarial (como ocorre com o próprio Pão de Açúcar). Assim, um título de estabelecimento poderá ser registrado como marca se não estiver entre as proibições da Lei n. 9.279/96, art. 124, gozando das regras que protegem a marca.

1.6.4. Insígnia

Insígnia é um símbolo ou um emblema que tem como função a identificação do estabelecimento. A insígnia é um sinal distintivo; um detalhe para diferenciar um estabelecimento de outro. Esse sinal pode também corresponder a uma expressão gráfica, uma letra ou uma palavra.

A empresa pode ter em conjunto título de estabelecimento e insígnia. Um bom exemplo é o título do estabelecimento “McDonald’s”, sendo a sua insígnia a letra “M”, maiúscula e amarela, estilizada de forma grande e arredondada; ou o título de estabelecimento “Pão de Açúcar” (supermercado), cuja insígnia são os dois morros em verde. Também são insígnias os peixinhos sobrepostos da Hering, os símbolos das montadoras de veículos utilizados nas fachadas das concessionárias, entre outros.

Da mesma forma como ocorre com o título de estabelecimento, também não há um regime jurídico próprio para a insígnia, o que não acontece com o nome empresarial e a marca, pois cada um possui sua proteção legal.

Também não se admite a usurpação da insígnia, sendo que, nessa hipótese, a tutela jurídica da insígnia ocorrerá pela concorrência desleal e pelos princípios gerais do ato ilícito, da mesma forma que pela proteção do título de estabelecimento.

Para finalidade de marca, a insígnia poderá ser registrada como marca, desde que preencha os requisitos da Lei n. 9.279/96, em especial dos art. 122 cc. art. 124, inc. II, devendo ser considerada um sinal distintivo visualmente perceptível, ou seja, um caractere que a torna reconhecível pelas pessoas com o intuito de distinguir um produto ou serviço.

É pertinente apontar que letra, algarismo e data, isoladamente, não podem ser registrados como marca, conforme disposto no art. 124, inc. II, da Lei n. 9.279/96. Mas poderão ser objeto de marca quando estiverem revestidos de suficiente forma distintiva. Nesse caso, a insígnia gozará da proteção legal de marca.

1.7. PREPOSTOS

Preposto é aquele que, em nome de outrem (preponente), dirige ou se ocupa de seus negócios. É uma espécie de representante.

Preponente, no entanto, é aquele que outorga poderes ao preposto para que esse o represente.

É pertinente externar que o preposto pode ser **dependente** e **independente**:

1) **dependente/subordinado** – é empregado do preponente, como gerentes e vendedores;
2) **independente/não subordinado** – não é empregado, pode ser profissionais liberais ou não, cujo vínculo ocorre por contratos específicos, como é o caso dos corretores.

O preposto não pode nomear substitutos para o seu lugar sem autorização escrita do preponente, sob pena de responder pessoalmente pelos atos do seu substituto (CC, art. 1.169).

Também, o preposto não pode negociar por conta própria, salvo se houver autorização, sob pena de responder por perdas e danos (CC, art. 1.170).

É válida a entrega de documentos, bens ou valores ao preposto encarregado pelo preponente para tal tarefa (CC, art. 1.171), como ocorre no caso de recepcionista.

Os registros feitos nos livros e documentos por quaisquer dos prepostos são como se feitos pelo preponente (CC, art. 1.177, *caput*).

Quanto à responsabilidade do preposto, se este agir com culpa, responderá pessoalmente perante o preponente; se agir com dolo, responderá perante terceiros solidariamente com o preponente (CC, art. 1.177, parágrafo único).

Vale salientar que os preponentes são responsáveis pelos atos de quaisquer prepostos quando

praticados dentro do estabelecimento e relativos à atividade da empresa, mesmo que não autorizados por escrito (CC, art. 1.178, *caput*). Como exemplo, podem ser citadas as informações prestadas ou as negociações realizadas por um vendedor dentro de loja varejista.

Se os atos do preposto forem realizados fora do estabelecimento, o preponente estará obrigado nos limites dos poderes conferidos por escrito (CC, art. 1.178, parágrafo único).

E mais: o preposto não pode fazer concorrência com o preponente, o que configura concorrência desleal (Lei n. 9.279/96, arts. 195, inc. V, e 196, inc. I).

Assim, o gerente, o contabilista, além de outros auxiliares (que serão estudados a seguir), são prepostos do empresário.

1.7.1. Gerente

Gerente é o preposto que está permanentemente no exercício da empresa, seja na matriz, seja na filial (CC, art. 1.172). É um funcionário com "funções" de chefia, encarregado da organização do trabalho.

Ressalte-se o fato de que o gerente é autorizado a praticar os atos necessários ao seu exercício, mas a lei pode exigir poderes especiais para alguns atos determinados. Quando houver mais de um gerente, seus poderes são solidários, salvo se estipulado de modo diverso (CC, art. 1.173).

O empresário, para se defender junto a terceiros quanto às limitações dos poderes dados ao preposto, deve arquivar na Junta Comercial o instrumento de outorga de poderes (procuração, contrato social ou alteração). Isso também vale para modificação ou revogação de poderes (CC, art. 1.174).

Além disso, o gerente pode representar o preponente em juízo (CC, art. 1.176), o que é muito comum em audiências judiciais.

1.7.2. Contador/contabilista

A palavra "contabilista" significa especialista em contabilidade, ou seja, o encarregado pela escrituração dos livros empresariais. Pode ser o técnico contábil ou o contador bacharel.

Na verdade, o contabilista é um auxiliar do empresário, mas o exercício dessa atividade pode ocorrer como empregado (geralmente nas grandes empresas) ou não (quando mantém contrato de prestação de serviços).

O contabilista, independentemente do seu vínculo com o empresário ou sociedade, deve sempre respeitar a legislação, em especial as disposições inerentes à sua profissão, como o **Decreto-Lei n. 9.295/46**, que cria o Conselho Federal de Contabilidade (CFC) e define as atribuições do contador, além do Código de Ética Profissional do Contador (CEPC) – Resolução do CFC n. 803/96.

Apesar de o *caput* do art. 1.177 do Código Civil ser aplicável a todos os prepostos, não só ao contador em grande medida, os registros feitos nos livros e documentos do empresário são realizados por contador ou seus respectivos representantes.

Especificamente sobre a responsabilidade do contador, haja vista ser um preposto, e como tal se agir com culpa, responderá pessoalmente perante o preponente; se agir com dolo, responderá perante terceiros solidariamente com o preponente (CC, art. 1.177, parágrafo único), preferimos tratar do assunto em um item apartado a seguir.

Antes, vale expressar que função de gerente é facultativa, porém a de contabilista é obrigatória, sendo que qualquer um dos dois pode ser gerente, mas apenas o profissional com formação contábil pode ser contabilista.

1.7.2.1. Responsabilidade do contador

A questão da responsabilidade civil do contador é um tema muito relevante, em especial a partir da vigência do parágrafo único do art. 1.177 do Código Civil, ao dispor que no exercício de suas funções, se o contador agir com culpa, responderá pessoalmente perante o preponente (empresário ou sociedade); se agir com dolo, responderá perante terceiros solidariamente com o preponente.

Por isso, qualquer ação do contador que configure uma negligência, imprudência ou imperícia trará a ele a responsabilidade perante o empresário. Ou seja, o empresário terá o direito de cobrar do contador quaisquer prejuízos decorrentes da culpa deste. Inclusive aqueles decorrentes de autuações.

Mais grave ainda é o caso de o contador agir com dolo (intenção de causar prejuízo). Neste caso ele responderá juntamente com o empresário perante terceiros. Terceiros podem ser um consumidor, um adquirente de estabelecimento empresarial, até mesmo o Fisco etc.

Em matéria de responsabilidade é importante lembrar que solidária significa uma responsabilidade mútua entre os envolvidos, ou seja, o contador e o empresário (ou sociedade) respondem concomitantemente. Difere da responsabilidade subsidiária, em que a responsabilidade é acessória, uma

espécie de garantia, ou seja, o contador responde apenas quando o empresário não tiver bens suficientes para fazer frente a uma condenação ou não for localizado.

Mas no caso de dolo a responsabilidade do contador é solidária. Isto é, poderá responder juntamente com o empresário pelos prejuízos causados[59].

Outro ponto interessante é o fato de que, ao empresário é dado o direito de usar sua contabilidade como meio de prova (como estudaremos adiante).

Sucintamente, quando a escrituração contábil preencher os requisitos legais, irá servir de prova a favor do seu autor no caso de litígio entre empresários (CC, art. 226, *caput*, 2ª parte, e CPC, art. 379) [novo CPC, art. 418]. Mas a contabilidade empresarial também faz prova contra o seu autor (por exemplo, no caso de processo de falência). No entanto, é permitido ao empresário provar que a escrituração contábil não corresponde à verdade dos fatos (CC, art. 226, *caput*, 1ª parte, e CPC, art. 378) [novo CPC, art. 417].

Logo, se por culpa ou dolo do contador a escrituração da documentação trouxer prejuízos ao empresário este poderá pleitear as perdas contra o contador.

Mais uma questão relevante: o Código Civil prevê que quando há uma venda de estabelecimento empresarial, o adquirente responde pelos débitos anteriores à transferência, desde que devidamente contabilizados (CC, art. 1.146).

O vendedor responde solidariamente com o comprador pelo prazo de *1* ano. Ou seja, se alguém pretender cobrar um débito não contabilizado após um ano da transferência do estabelecimento, em tese, não poderá cobrar nem do comprador (por não estar contabilizado)[60], nem do vendedor por ter decorrido mais de *1* ano.

No entanto, eventualmente, poderá tentar cobrar daquele que deixou de contabilizar, o contador (no prazo de cinco anos, por ser considerado vítima de acidente de consumo).

A propósito, a prestação de serviço do contador ao seu cliente pode ser considerada uma relação de consumo (veja o item aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos empresariais), se o tomador do serviço for considerado destinatário final. Logo, é aplicável o Código de Defesa do Consumidor, que, por sua vez, traz uma série de direitos e garantias aos consumidores, como a possibilidade de inversão do ônus da prova, responsabilidade objetiva como regra geral, foro privilegiado etc.

Também, o contador é responsável pelos atos de seus funcionários e colaboradores, no exercício do trabalho que lhes compete ou em razão dele, conforme prevê o Código Civil, art. 932, inc. III. Trata-se da responsabilidade do empregador pelo seu colaborador. Vale ter em conta que o art. 933 do Código Civil deixa claro que existe a responsabilidade do empregador – mesmo que não exista culpa de sua parte – pelos atos dos seus empregados. Essa responsabilidade do empregador, de acordo com o parágrafo único do art. 942, é solidária.

A responsabilidade civil do empregador pelo ato de seu empregado (*lato sensu*) é justificada por seu poder diretivo em relação a ele (no caso o autor do dano). A responsabilidade só ocorrerá se houver: culpa do empregado, vínculo de trabalho e que o ato tenha sido cometido durante o exercício das funções do empregado ou em razão delas[61].

Estamos diante de hipótese da responsabilidade objetiva[62] e [63], que reflete a teoria do risco, a qual o empregador responderá não apenas pela mera falta de vigilância sobre o empregado, mas, principalmente, pelo risco assumido de que esse fato lesivo possa ocorrer.

No campo tributário e penal a responsabilização do contador é muito mais difícil, haja vista posição da jurisprudência brasileira[64].

1.7.3. Outros auxiliares. Leiloeiro, tradutor público e intérprete comercial

São auxiliares do empresário: o **leiloeiro** (vende a mercadoria buscando o melhor preço), o **tradutor público** (faz a tradução de contratos e documentos empresariais) e o **intérprete comercial** (esclarece e interpreta documentos). Todos devem ser matriculados na Junta Comercial, conforme o art. 32, inc. I, da Lei n. 8.934/94.

Leiloeiro é a pessoa que organiza leilões. O leilão é uma forma ou técnica de se promover a venda pública de objetos à pessoa do público que oferecer o maior preço (lance). A elevação do preço interessa ao vendedor e também ao leiloeiro, uma vez que sua remuneração está relacionada a uma comissão sobre o valor da venda. Apesar de promover a venda de bens, o leiloeiro não é um vendedor, pois realiza a venda de bens de terceiros, sendo estes sim os efetivos vendedores. Também o leiloeiro não pode ser tido como empresário ou comerciante, tratando-se apenas de um preposto do empresário (aplicando-se, no que couber, as regras dos arts. 1.177 e 1.178 do Código Civil). No Código Comercial de 1850 o leiloeiro era tido como agente auxiliar do comércio, conforme o revogado art. 35, n. 2.

O leiloeiro tem sua atividade regulamentada pelo Decreto n. 21.981/32, o qual prevê em seu art. 1º que a profissão de leiloeiro será exercida mediante matrícula concedida pelas Juntas Comerciais. Também ele está sujeito às normas da Instrução Normativa DREI n. 17/2013, a qual dispõe sobre o processo de concessão de matrícula, seu cancelamento e a fiscalização da atividade de Leiloeiro Público Oficial.

Por sua vez, aquele que desenvolve o ofício de **tradutor público e intérprete comercial** é popularmente conhecido por tradutor juramentado, sendo um profissional habilitado em um idioma estrangeiro e em língua portuguesa. O Decreto n. 13.609/43 disciplina essa atividade, tendo firmado o Regulamento para o ofício de tradutor público e intérprete comercial. Conforme o seu art. 9º, essa atividade será exercida no Brasil mediante concurso de provas e nomeação concedida pelas Juntas Comerciais.

Seus atos de tradução e versão (de documentos, contratos sociais, procurações, certidões etc.) têm fé pública e valem em todo o Brasil como documento oficial, sendo aceitos pelos entes públicos e privados; mas sua área de atuação está circunscrita ao território do ente federativo da Junta Comercial em que estiver registrado.

Vale ter em conta que nenhum livro, documento ou papel de qualquer natureza que for expedido em idioma estrangeiro produzirá efeito em órgãos públicos ou entidades mantidas, fiscalizadas ou orientadas pelos poderes públicos sem ser acompanhado da respectiva tradução (realizada conforme o Decreto n. 13.609/43); sendo essa a previsão do art. 18 dessa norma.

Também é aplicável a Instrução Normativa DREI n. 17/2013, a qual dispõe sobre a habilitação, nomeação, matrícula e seu cancelamento de tradutor público e intérprete comercial. Seu art. 1º igualmente prevê que o Ofício de Tradutor Público e Intérprete Comercial será exercido mediante nomeação e matrícula pela Junta Comercial em decorrência de habilitação em concurso público de provas.

A legislação não diferencia claramente a “tradução pública” da “interpretação comercial”, tratando apenas do ofício de tradutor público e intérprete comercial. Mas pode-se dizer que a **tradução pública** está mais relacionada com a atividade que é desempenhada por escrito, como a tradução/transposição de um contrato empresarial de uma língua estrangeira para o vernáculo (língua pátria); já a **interpretação** está ligada a uma atuação com esclarecimentos de forma verbal, por exemplo, acerca do significado de

certa expressão em um documento ou sentido de certo depoimento. No fundo tradutor e intérprete são o mesmo profissional, e no concurso público são cobradas dos candidatos as duas habilidades: tradução e interpretação. Basicamente, um faz tradução/transposição (tradutor); o outro, versão (intérprete)

De acordo com a legislação, compete aos tradutores públicos e intérpretes comerciais: passar certidões, fazer traduções em língua pátria de todos os livros, documentos e mais papéis escritos em qualquer língua estrangeira, que tiverem de ser apresentados em juízo ou qualquer repartição pública federal, estadual ou municipal ou entidade mantida, orientada ou fiscalizada pelos poderes públicos e que para as mesmas traduções lhes forem confiados judicial ou extrajudicialmente por qualquer interessado; intervir, quando nomeados judicialmente ou pela repartição competente, nos exames a que se tenha de proceder para a verificação da exatidão de qualquer tradução; interpretar e verter verbalmente em língua vulgar, quando também para isso forem nomeados judicialmente, as respostas ou depoimentos dados em juízo por estrangeiros que não falarem o idioma do país e no mesmo juízo tenham de ser interrogados como interessados, como testemunhas ou informantes, bem assim no foro extrajudicial, repartições públicas federais, estaduais ou municipais; e examinar, quando solicitado pelas repartições públicas fiscais, administrativas ou judiciais, a falta de exatidão com que for impugnada qualquer tradução feita por corretores de navios, dos manifestos e documentos que as embarcações estrangeiras tiverem de apresentar para despacho nas alfândegas, bem assim qualquer tradução feita em razão de suas funções por ocupantes de cargos públicos de tradutores e intérpretes (Decreto n. 13.609/43, art. 17).

Apesar de o tradutor e intérprete realizar outras tarefas não relacionadas ao direito empresarial, como tradução de documentos civis e administrativos (certidões de nascimento e casamento, passaporte, procurações civis, entre outros), sua matrícula é realizada perante as Juntas Comerciais por uma questão histórica. Isso porque o ofício de tradutor e intérprete teve início fundamentalmente para atender aos interesses dos comerciantes quanto às traduções e interpretação de contratos e documentos comerciais.

Durante a vigência do art. 35 e seguintes do Código Comercial de 1850, leiloeiros, corretores, trapicheiros[65], administradores de armazéns, comissários de transporte etc. eram tidos como **"agentes auxiliares do comércio"**. Mas o Código Civil de 2002 optou por não renovar essa categorização, sendo que pelo teor dos arts. 1.177 e 1.178 (alocados no Capítulo III – Dos prepostos) eles passaram a ser "auxiliares do empresário" na condição de prepostos. Apesar de o vigente art. 1º, inc. III, da Lei n. 8.934/94, prever que compete às Juntas Comerciais proceder à matrícula dos "agentes auxiliares do

comércio", essa expressão ficou desatualizada em vista da nova dinâmica imposta pelo Código Civil pela adoção da teoria da empresa.

Os corretores, especificamente, não são mais auxiliares do comércio (como acontecia na vigência do Código Comercial de 1850); esses profissionais passaram a ser considerados empresários, conforme o art. 966 do Código Civil. Entretanto, mesmo nessa condição, podem ser prepostos de outros empresários.

1.8. ESCRITURAÇÃO (CONTABILIDADE EMPRESARIAL)

Escriturar significa fazer a contabilidade. A contabilidade é o registro de movimentações patrimoniais e financeiras. Dessa forma, escrituração são os registros contábeis do empresário.

A seguir, iremos verificar como ocorre o regime jurídico das demonstrações contábeis do empresário, em especial, o balanço patrimonial e o balanço de resultado econômico.

1.8.1. Demonstrações contábeis

O empresário (individual, EIRELI e sociedade empresária) é obrigado a seguir um sistema de contabilidade, com base na escrituração uniforme de seus livros e documentos. A contabilidade pode ser feita de forma mecanizada (máquina de escrever, computador etc.) ou manualmente (CC, art. 1.179, *caput*, 1ª parte).

Além disso, é obrigação do empresário efetuar o levantamento anual das demonstrações contábeis: **balanço patrimonial** e **balanço de resultado econômico** (CC, art. 1.179, *caput*, 2ª parte).

Vale destacar que o pequeno empresário não precisa cumprir as obrigações citadas anteriormente (CC, art. 1.179, § 2º).

1.8.1.1. Balanço patrimonial e balanço de resultado econômico

O balanço patrimonial demonstra a situação patrimonial do empresário desde o início de sua atividade até o presente momento.

Em contrapartida, o balanço de resultado econômico revela a situação financeira de um determinado período, a partir dos registros das receitas e das despesas, apurando se houve lucro ou prejuízo, por exemplo, do exercício fiscal anterior (ano-calendário).

Na dicção do Código Civil, o balanço patrimonial deve demonstrar a real situação da empresa, de forma fiel e clara (CC, art. 1.188).

E o balanço de resultado econômico, apontando os débitos e os créditos, deve acompanhar o balanço patrimonial (CC, art. 1.189).

1.8.2. Livros obrigatórios e facultativos

Há duas espécies de livros empresariais: **obrigatórios** e **facultativos**.

O livro Diário é um livro obrigatório a todos os empresários (exceto para ME, EPP e MEI). O Diário pode ser substituído por fichas/folhas impressas, por máquinas de escrever ou por computador (CC, art. 1.180). No caso da adoção de fichas, o livro Diário poderá ser substituído pelo livro Balancetes Diários e Balanços (CC, art. 1.185).

Existem outros livros obrigatórios estabelecidos por lei; no entanto, eles serão compulsórios somente em determinadas circunstâncias, e não a todos os empresários. Por exemplo, o Livro de Registro de Duplicatas é obrigatório a todos os empresários que emitem duplicatas (Lei n. 5.474/68, art. 19). Este livro servirá para escriturar as duplicatas emitidas a partir da compra e venda mercantil.

Outro exemplo de livro obrigatório ocorre nas sociedades anônimas. Elas são obrigadas a ter os livros de: Registro de Ações Nominativas, Transferência de Ações Nominativas, Atas das Assembleias Gerais etc. (Lei n. 6.404/76, art. 100). Estes livros servem para o registro dos acionistas, das minutas com o conteúdo das assembleias etc.

As cooperativas também são obrigadas a ter os livros de Matrícula, Atas das Assembleias Gerais, Presença dos Associados nas Assembleias Gerais, Atas do Conselho Fiscal etc. (Lei n. 5.764/71, art. 22).

Com relação aos livros facultativos, o empresário poderá optar por usá-los, sendo que a espécie e a quantidade desses livros ficarão a seu critério (CC, art. 1.179, § 1º), podendo-se citar como exemplos os livros Razão, Conta Corrente etc.

1.8.3. A prova com base na escrituração

Os livros obrigatórios ou as fichas (escrituradas por máquinas de escrever ou por computador) devem

ser autenticados na Junta Comercial, antes de serem utilizados (CC, art. 1.181).

Quando a escrituração contábil preencher os requisitos legais, irá servir de prova a favor do seu autor em casos de litígios judiciais (CC, art. 226, *caput*, 2ª parte, e CPC, art. 379) [novo CPC, art. 418]. Isso quer dizer que não há necessidade de o empresário apresentar todos os documentos (por exemplo, notas fiscais) que deram origem à escrituração contábil. É claro que, ao apresentá-los, estará contribuindo, principalmente, para a formação do convencimento do juiz[66].

Isso ocorre porque a escrituração contábil é uma prova relativa, ou seja, é passível de ser contestada. É uma presunção de prova. Não é uma prova absoluta. Anteriormente, o revogado art. 23 do Código Comercial de 1850 considerava os livros empresariais como prova plena, ou seja, absoluta (que não cabe contestação ou prova em contrário).

De acordo com o Código de Processo Civil, art. 379 [novo CPC, art. 418], esses livros somente têm valor probatório em caso de litígios entre empresários. Todavia, o Código Civil, art. 226, não faz a mesma especificação. Por sua vez, o revogado art. 23 do Código Comercial de 1850 previa a existência desses livros tanto no caso de litígio entre empresários como no caso de litígio de empresário com pessoa não empresária (p. ex., consumidor ou Fisco). Trata-se de um interessante conflito aparente entre normas, pois se o Código Civil de 2002 é lei mais nova (critério da anterioridade), o CPC é norma especial em matéria de prova (critério da especialidade). Com a vigência do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), este diploma legal será mais novo que o Código Civil. Nestas situações, prevalece o critério da especialidade sobre o da anterioridade. Mas isso não é tudo, uma vez que o Código Civil também é lei especial no que se refere à contabilidade empresarial (critério da especialidade). Contudo, compreendemos que a regra do Código Civil deve prevalecer sobre o CPC valendo a prova contábil para todo o litígio que envolver o empresário, sendo um benefício ao empresário sem restrição quanto à qualificação da parte adversa.

Mas a contabilidade empresarial também faz prova contra o seu autor (por exemplo, no caso de processo de falência). No entanto, é permitido ao empresário provar que a escrituração contábil não corresponde à verdade dos fatos (CC, art. 226, *caput*, 1ª parte, e CPC, art. 378) [novo CPC, art. 417].

Por fim, a Instrução Normativa DREI n. 11/2013 dispõe sobre os procedimentos necessários para que haja validade e eficácia dos instrumentos de escrituração dos empresários, sociedades empresárias, leiloeiros e tradutores públicos e intérpretes comerciais.

1.8.4. Outros aspectos da contabilidade empresarial

O contabilista devidamente habilitado é o profissional responsável pela escrituração contábil (CC, art. 1.182).

A escrituração deve ser feita em idioma e moeda nacionais e em forma contábil por ordem cronológica de dia, mês e ano (CC, art. 1183).

Todas as operações referentes ao exercício da atividade empresarial devem ser lançadas no livro Diário, admitindo-se escrituração resumida (CC, art. 1.184, *caput*, § 1º).

Da mesma forma, o balanço patrimonial e o balanço de resultado econômico deverão ser lançados no livro Diário (CC, art. 1.184, § 2º).

Como regra, nenhuma autoridade, inclusive judicial, poderá obrigar o empresário a apresentar seus livros com a intenção de verificar o cumprimento das formalidades. As exceções devem estar previstas em lei (CC, art. 1.190), como nos casos de falência, sucessão por morte de sócio etc. (CC, art. 1.191, e CPC, art. 381) [novo CPC, art. 420], e também quanto às autoridades fiscais e previdenciárias (CC, art. 1.193).

Acontece que, se for cabível um requerimento do juiz para apresentação de livros e o empresário não o atender, essa negativa será considerada como uma confissão ao que a parte contrária estiver alegando (CC, art. 1.192).

Vale ressaltar que o empresário deve manter a boa guarda da escrituração, da correspondência e dos demais papéis concernentes à sua atividade, enquanto não houver prescrição e decadência (CC, art. 1.194).

Todas essas regras sobre escrituração contábil são aplicáveis também às filiais das empresas estrangeiras sediadas no Brasil (CC, art. 1.195).

1.8.5. Contabilidade eletrônica

Com o desenvolvimento da informática, visando facilitar a escrituração contábil, cada vez mais a contabilidade passou a socorrer-se desse suporte eletrônico.

O Código Civil de 2002 (que foi projetado no início da década de 1970) prevê a escrituração contábil não necessariamente de forma manual, podendo se utilizar de instrumentos mecânicos e eletrônicos (CC,

art. 1.179, *caput*, 1ª parte).

É importante levar em consideração o fato de que, a partir da expansão da internet, órgãos governamentais têm investido na criação de um sistema de contabilidade que possa ser feito *on-line*, diretamente nos servidores públicos. Desse investimento, surgiram o SPED e a nota fiscal eletrônica.

1.8.5.1. SPED – Sistema Público de Escrituração Digital

SPED é uma sigla que significa Sistema Público de Escrituração Digital. Ele foi criado pelo Decreto n. 6.022, de 22 de janeiro de 2007.

Pode-se afirmar que o objetivo principal do SPED é substituir livros e documentos contábeis e fiscais por documentos eletrônicos. Ou seja, toda a escrituração será feita diretamente pela internet, no sistema do Fisco.

Além disso, o SPED se utilizará de assinatura e certificado digital (conforme dispõe a MP n. 2.220-2/2001) para garantir a autoria, integridade e validade jurídica; promoverá a atuação integrada dos Fiscos com o compartilhamento e cruzamento de informações.

É importante ressaltar que, a princípio, o SPED não altera a legislação tributária material. O que está mudando são apenas as formalidades. Está-se saindo do papel para o formato digital. Ou seja, prazos prescricionais, alíquotas etc. não mudam.

Dessa forma, a intenção inicial do projeto foi a de implantar o SPED paulatinamente, começando por alguns ramos de atividade, para que com o passar do tempo todos os empresários pudessem estar no sistema. Ele surge no momento em que se busca reduzir a burocracia e o tempo no cumprimento das obrigações tributárias e contábeis.

Vale destacar que o SPED vai reduzir fortemente a necessidade de gasto com papel, usados na emissão de livros e documentos contábeis. “Essa é uma redução efetiva do custo Brasil”, afirmou o ex-secretário da Receita Federal Jorge Rachid[67].

O SPED está sendo implantado pela Receita Federal e pelos Fiscos Estaduais, a fim de unificar as atividades contábeis e fiscais das empresas, conforme prevê o art. 2º do Decreto n. 6.022/2007: “O SPED é instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos integrantes da escrituração comercial e fiscal das empresas, mediante fluxo único e computadorizado de informações”.

Isso atende ao previsto no art. 37, inc. XXII, da Constituição Federal, decorrente da Emenda Constitucional n. 42/2003, em que os Fiscos (União, Estados e Municípios) devem atuar de forma integrada, compartilhando cadastrados e informações fiscais.

Portanto, o funcionamento do SPED permitirá: a atuação integrada dos Fiscos e de outros órgãos participantes entre si; o compartilhamento de informações; o acesso a informações de forma facilitada; a uniformização das obrigações acessórias; a identificação de ilícitos tributários de forma mais eficiente e célere; o cruzamento de informações em geral, como, por exemplo, na comparação de quanto se comprou e de quanto se revendeu em uma empresa. Mas deve ficar claro que as restrições constitucionais relacionadas a sigilo deverão ser mantidas.

A implantação do SPED, desde 2006, ocorreu aos poucos. Iniciou-se por meio de projetos pilotos com grandes empresas, como: AMBEV, FIAT, VARIG, Banco do Brasil, entre outras. Isso tem se ampliado a fim de alcançar cada vez mais atividades econômicas que, em tese, não poderão alegar falta de prazo de adaptação[68].

Em nível mundial, outros países têm desenvolvido mecanismos de controle eletrônico como o SPED. Exemplificativamente, Argentina, Chile, México, Austrália e Espanha[69].

No Brasil, inicialmente, o SPED era um projeto composto de três subprojetos: ECD – Escrituração Contábil Digital; EFD – Escrituração Fiscal Digital; e NF-e – Nota Fiscal eletrônica.

Com o passar do tempo, novos subprojetos vêm se somando ao SPED, sem prejuízo da inclusão de outros. Atualmente são eles:

– ECD – Escrituração Contábil Digital;

– EFD – Escrituração Fiscal Digital;

– EFD-Contribuições – Escrituração Fiscal Digital do PIS/PASEP e da COFINS;

– EFD-Social – Escrituração Fiscal Digital da Folha de Pagamento e das Obrigações Previdenciárias, Trabalhistas e Fiscais;

– EFD-IRPJ – Escrituração Fiscal Digital do Imposto sobre a Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da Pessoa Jurídica;

– NF-e – Nota Fiscal eletrônica;

– NFS-e – Nota Fiscal de Serviços eletrônica;

– CT-e – Conhecimento de Transporte eletrônico;

– FCONT – Controle Fiscal Contábil de Transição;

– CB – Central de Balanços;

– E-LALUR – Livro de Apuração do Lucro Real Eletrônico.

1.8.5.1.1. ECD – Escrituração Contábil Digital

Conhecida por SPED Contábil, a ECD – Escrituração Contábil Digital – visa substituir a escrituração contábil em papel pela escrituração digital. Trata-se da obrigação de transmitir em versão digital os seguintes livros: I – livro Diário e seus auxiliares, se houver; II – livro Razão e seus auxiliares, se houver; III – livro Balancetes Diários, Balanços e fichas de lançamento comprobatórias dos assentamentos neles transcritos.

De acordo com a Instrução Normativa RFB (Receita Federal do Brasil) n. 787/2007, estão obrigadas a adotar a ECD em relação aos fatos contábeis ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2008, as sociedades empresárias sujeitas a acompanhamento econômico-tributário diferenciado, nos termos da Portaria RFB n. 11.211/2007 e sujeitas à tributação do Imposto de Renda com base no Lucro Real (Redação dada pela Instrução Normativa RFB n. 926, de 11 de março de 2009); em relação aos fatos contábeis desde 1º de janeiro de 2009, as demais sociedades empresárias estão sujeitas à tributação do Imposto de Renda com base no Lucro Real (Redação dada pela Instrução Normativa RFB n. 926, de 11 de março de 2009).

Para as demais sociedades empresárias a ECD é facultativa. As sociedades simples e as microempresas e empresas de pequeno porte optantes do Simples Nacional estão dispensadas desta obrigação.

1.8.5.1.2. EFD – Escrituração Fiscal Digital

Denominada SPED Fiscal, a EFD – Escrituração Fiscal Digital é um arquivo digital, que se constitui de um conjunto de escriturações de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, bem como de registros de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte.

Vale destacar que este arquivo deverá ser assinado digitalmente (por assinatura digital, conforme a MP n. 2.220-2/2001) e transmitido via Internet ao ambiente SPED.

1.8.5.1.2.1. EFD-Contribuições – Escrituração Fiscal Digital do PIS/PASEP e da COFINS

Ainda no campo fiscal, encontra-se a Escrituração Fiscal Digital do PIS/PASEP e da COFINS – EFD-

Contribuições. Trata-se de um arquivo digital instituído no SPED, a ser utilizado pelas pessoas jurídicas de direito privado na escrituração da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, nos regimes de apuração não cumulativo e/ou cumulativo, com base no conjunto de documentos e operações representativos das receitas auferidas, bem como dos custos, despesas, encargos e aquisições geradores de créditos da não cumulatividade. Sua disciplina está prevista na Instrução Normativa RFB n. 1.052/2010.

Vale ter em conta que, em razão da Lei n. 12.546/2011, arts. 7º e 8º, a EFD-Contribuições passou a abranger também a escrituração digital da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta, incidente nos setores de serviços e indústrias, no auferimento de receitas referentes aos serviços e produtos nela relacionados.

Deve-se mencionar que os documentos e operações das escriturações, representativos de receitas auferidas e de aquisições, custos, despesas e encargos incorridos, serão relacionados no arquivo da EFD-Contribuições em relação a cada estabelecimento da pessoa jurídica. A escrituração das contribuições sociais e dos créditos, bem como da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta, será efetuada de forma centralizada, pelo estabelecimento matriz da pessoa jurídica.

1.8.5.1.2.2. EFD-Social – Escrituração Fiscal Digital da Folha de Pagamento e das Obrigações Previdenciárias, Trabalhistas e Fiscais

Escrituração Fiscal Digital da Folha de Pagamento e das Obrigações Previdenciárias, Trabalhistas e Fiscais – EFD-Social – consiste na escrituração digital da folha de pagamento e das obrigações trabalhistas, previdenciárias e fiscais relativas a todo e qualquer vínculo trabalhista contratado no Brasil. Trata-se de uma parte no âmbito do SPED e se constitui em mais um avanço na informatização da relação entre o fisco e os contribuintes.

Cabe esclarecer que a EFD-Social é um projeto que atenderá às necessidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil, do Ministério do Trabalho e Emprego, do Instituto Nacional do Seguro Social, da Caixa Econômica Federal e do Conselho Curador do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, bem como da Justiça do Trabalho, em especial no módulo relativo ao tratamento das Ações Reclamatórias Trabalhistas.

As informações que farão parte da EFD-Social são: eventos trabalhistas (informações resultantes da relação jurídica entre o empregado e o empregador, tais como admissões, afastamentos temporários, comunicações de aviso prévio, comunicações de acidente de trabalho etc.); folha de pagamento; ações

judiciais trabalhistas; retenções de contribuição previdenciária; algumas contribuições previdenciárias substituídas como as incidentes sobre a comercialização da produção rural, espetáculos desportivos, cooperativas de trabalho, prestação de serviços com cessão de mão de obra, patrocínios a associações desportivas que mantenham equipes de futebol profissional etc.

A instituição da EFD-Social tem como objetivos, entre outros: racionalizar e uniformizar as obrigações acessórias para os contribuintes, com o estabelecimento de transmissão única para informações atualmente exigidas por meio de distintas obrigações acessórias de diferentes órgãos fiscalizadores; reduzir as fraudes na concessão de benefícios previdenciários e no seguro desemprego por métodos seguros de transmissão e cruzamento de informações. Vale esclarecer que o projeto da EFD-Social está em fase de estudos, tendo sua implementação prevista para o início de 2014.

1.8.5.1.2.3. EFD-IRPJ – Escrituração Fiscal Digital do Imposto sobre a Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da Pessoa Jurídica

Os projetos desenvolvidos no campo do SPED (Sistema Público de Escrituração Digital) têm se expandido a cada dia. A mais recente criação é o EFD-IRPJ – Escrituração Fiscal Digital do Imposto sobre a Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da Pessoa Jurídica. A EFD-IRPJ foi instituída pela Instrução Normativa RFB n. 1.353, de 30 de abril de 2013.

A entrega da EFD-IRPJ tem caráter obrigatório para as pessoas jurídicas sujeitas à apuração do Imposto sobre a Renda pelo Regime do Lucro Real, Lucro Presumido ou Lucro Arbitrado, e também para as pessoas jurídicas imunes e isentas. A obrigatoriedade de utilização da EFD-IRPJ se inicia a partir do ano-calendário 2014 (Instrução Normativa RFB n. 1.353/2013, arts. 2º e 4º, § 6º).

Vale explicar que a EFD-IRPJ deverá ser transmitida anualmente ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) até o último dia útil do mês de junho do ano seguinte ao ano-calendário a que se refira (art. 4º, *caput*).

Na EFD-IRPJ, o sujeito passivo deverá informar todas as operações que influenciaram, direta ou indiretamente, imediata ou futuramente, a composição da base de cálculo e o valor devido dos tributos, especialmente quanto: à recuperação do plano de contas contábil e saldos das contas para pessoas jurídicas obrigadas a entregar a Escrituração Contábil Digital (ECD) relativa ao mesmo período da EFD-IRPJ; à recuperação de saldos finais da EFD-IRPJ do período imediatamente anterior, quando aplicável; à associação das contas do plano de contas contábil recuperado da ECD com plano de contas referencial, definido pela Coordenação-Geral de Fiscalização (Cofis) por meio de Ato Declaratório Executivo; ao

detalhamento dos ajustes do lucro líquido na apuração do Lucro Real, mediante tabela de adições e exclusões definida pela Cofis por meio de Ato Declaratório Executivo; ao detalhamento dos ajustes da base de cálculo da CSLL, mediante tabela de adições e exclusões definida pela Cofis, por meio de Ato Declaratório Executivo; aos registros de controle de todos os valores a excluir, adicionar ou compensar em exercícios subsequentes, inclusive prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL; aos registros, lançamentos e ajustes que forem necessários para a observância de preceitos da lei tributária relativos à determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, quando não devam, por sua natureza exclusivamente fiscal, constar da escrituração comercial, ou sejam diferentes dos lançamentos dessa escrituração (art. 3º).

Para as situações de extinção, cisão parcial, cisão total, fusão ou incorporação, a EFD-IRPJ deverá ser entregue pelas pessoas jurídicas extintas, cindidas, fusionadas, incorporadas e incorporadoras, até o último dia útil do mês subsequente ao do evento (art. 4º, § 1º).

Por último, em relação aos fatos ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2014, as pessoas jurídicas que apresentarem a EFD-IRPJ ficam dispensadas da escrituração do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e da entrega da Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ).

1.8.5.1.3. NF-e – Nota Fiscal eletrônica (nacional)

A NF-e – Nota Fiscal Eletrônica objetiva substituir a nota fiscal impressa em papel referente às operações de circulação de mercadoria, buscando assim uma padronização entre os diversos modelos de notas fiscais adotados pelos Estados da federação brasileira.

O Projeto NF-e está sendo desenvolvido, de forma integrada pelas Secretarias de Fazenda dos Estados e Receita Federal do Brasil, a partir da assinatura do Protocolo ENAT 3/2005, que atribui ao Encontro Nacional de Coordenadores e Administradores Tributários Estaduais (ENCAT) a coordenação e a responsabilidade pelo desenvolvimento e implantação da NF-e.

Quanto à sua emissão e armazenamento, a NF-e é um documento digital. Sua validade jurídica é garantida pela assinatura digital e Autorização de Uso fornecida pelo Fisco estadual do domicílio do contribuinte. Para se obter a assinatura digital deve-se aderir ao e-CNPJ (sistema da ICP-Brasil, MP n. 2.200-2/2001)[70] e se credenciar no Fisco estadual.

Vale explicitar que a emissão da NF-e cria um arquivo eletrônico que é transmitido à Fazenda estadual. Esta faz uma pré-avaliação e devolve um protocolo (Autorização de Uso, sem esta não é

possível o trânsito da mercadoria).

É válido apontar que a informação também chegará à Receita Federal, que manterá os dados de todas as NF-e emitidas no Brasil. Se for o caso de operação interestadual, deverá ser transmitida também à Receita Estadual de destino.

Vale destacar que a integração e a cooperação entre Administrações Fazendárias têm aumentado, justificado inclusive pelas grandes quantias despendidas para o controle fiscal em nível estadual e federal, somado ao aumento do fluxo de informações transmitidas pelos contribuintes.

Contudo, a NF-e possibilitará: eliminar, em grande medida, o uso do papel; reduzir os custos e a burocracia, facilitando o cumprimento das obrigações tributárias e o pagamento de impostos e contribuições; fortalecer o controle e a fiscalização; diminuir a sonegação e aumento da arrecadação; servir de suporte aos projetos de escrituração eletrônica contábil e fiscal; acelerar o acesso às informações; aumentar a produtividade da auditoria quanto à coleta dos arquivos; cruzar eletronicamente de informações, melhorando o intercâmbio e o compartilhamento de informações entre os fiscos.

1.8.5.1.3.1. DANFE – Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica

O trânsito ou a circulação de mercadoria não será mais feito com a nota fiscal, mas sim com uma representação gráfica chamada DANFE – Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica.

DANFE trata-se de um documento impresso em papel (tamanho A4), em via única, impresso com a "chave de acesso" para consulta da NF-e no *site* da Receita Federal, que permite verificar a existência e validade da nota.

Também é preciso ter em conta que o DANFE não é uma nota fiscal nem um substituto, é apenas um instrumento auxiliar para consulta das informações da NF-e. O DANFE não tem todos os dados da NF-e, apenas os principais.

1.8.5.1.4. NFS-e – Nota Fiscal de Serviços eletrônica (nacional)

A NFS-e – Nota Fiscal de Serviços eletrônica – é um documento de existência digital, gerado e armazenado eletronicamente em nível nacional pela Receita Federal, por prefeituras ou por outra entidade conveniada, para documentar as operações de prestação de serviços.

Este projeto da NFS-e está sendo desenvolvido de forma integrada pela Receita Federal do Brasil e Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais (Abrasf), atendendo ao Protocolo de Cooperação ENAT n. 2, de 7 de dezembro de 2007, que atribuiu a coordenação e a responsabilidade

pelo desenvolvimento e implantação do Projeto da NFS-e.

Diante disso, o projeto visa beneficiar as administrações tributárias padronizando e melhorando a qualidade das informações, racionalizando os custos e gerando maior eficácia, bem como o aumento da competitividade das empresas brasileiras pela racionalização das obrigações acessórias (redução do "custo-Brasil"), em especial a dispensa da emissão e guarda de documentos em papel.

1.8.5.1.5. CT-e – Conhecimento de Transporte eletrônico (nacional)

O CT-e – Conhecimento de Transporte eletrônico – é o novo modelo de documento fiscal eletrônico. Trata-se de um documento de existência exclusivamente digital, emitido e armazenado eletronicamente, com o intuito de documentar uma prestação de serviços de transportes, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e a Autorização de Uso fornecida pela administração tributária do domicílio do contribuinte.

Assim, o CT-e está sendo desenvolvido de forma integrada pelas Secretarias de Fazenda dos Estados e Receita Federal do Brasil, a partir da assinatura do Protocolo ENAT n. 3/2006, que atribui ao Encontro Nacional de Coordenadores e Administradores Tributários Estaduais (ENCAT) a coordenação e a responsabilidade pelo desenvolvimento e implantação do Projeto CT-e.

Este projeto está previsto no AJUSTE SINIEF 9/2007, podendo ser utilizado para substituir um dos seguintes documentos fiscais:

– Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas, modelo 8;

– Conhecimento de Transporte Aquaviário de Cargas, modelo 9;

– Conhecimento Aéreo, modelo 10;

– Conhecimento de Transporte Ferroviário de Cargas, modelo 11;

– Nota Fiscal de Serviço de Transporte Ferroviário de Cargas, modelo 27;

– Nota Fiscal de Serviço de Transporte, modelo 7, quando utilizada em transporte de cargas.

É bom expressar que o CT-e também poderá ser utilizado como documento fiscal eletrônico no transporte dutoviário (é uma forma de transporte por meio de tubulação, como o gasoduto e o oleoduto) e, futuramente, nos transportes multimodais (quando envolve mais de um tipo de transporte para a mesma carga, por exemplo, trem e caminhão).

1.8.5.1.6. FCONT – Controle Fiscal Contábil de Transição

FCONT significa Controle Fiscal Contábil de Transição. É uma escrituração das contas patrimoniais e

de resultado, em partidas dobradas, conforme disciplina a Instrução Normativa RFB n. 949/2009. Devem ser informados os lançamentos que: efetuados na escrituração comercial, não devam ser considerados para fins de apuração do resultado com base na legislação vigente em 31-12-2007; não efetuados na escrituração comercial, mas que devam ser incluídos para fins de apuração do resultado com base na legislação vigente em 31-12-2007.

1.8.5.1.7. CB – Central de Balanços

A Central de Balanços brasileira é um projeto integrante do SPED, em fase inicial de desenvolvimento, que deverá reunir demonstrativos contábeis e uma série de informações econômico-financeiras públicas das empresas envolvidas no projeto.

1.8.5.1.8. E-LALUR – Livro de Apuração do Lucro Real Eletrônico

O objetivo do sistema é eliminar a redundância de informações existentes na escrituração contábil, no LALUR (Livro de Apuração do Lucro Real) e na DIPJ (Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica), facilitando o cumprimento da obrigação acessória.

De forma simplificada, o funcionamento do sistema será o seguinte: depois de baixado pela internet e instalado, o Programa Gerador de Escrituração (PGE) disponibilizará as seguintes funcionalidades: digitação das adições, exclusões e compensações; importação de arquivos, cálculos de tributos, verificação de pendências etc.

1.8.5.1.9. Outros apontamentos

Muitos benefícios advirão com a implantação do SPED: diminuição do consumo de papel e custos de impressão (bom para o meio ambiente); combate a sonegação (e a corrupção dos fiscais); aumento da arrecadação; compartilhamento de informações entre Fiscos; diminuição da concorrência desleal; redução com envio e armazenagem do papel; simplificações de obrigações acessórias; a integração entre vendedores e compradores; eliminação de digitação de notas fiscais na recepção de mercadorias; automatização do processo de entrega; entre outros.

Para ilustrar, em 2000, no Brasil o índice de sonegação fiscal era de 32%, tendo diminuído para 25%. Existe a expectativa de queda para os próximos anos para algo em torno de 15% (como o Chile); e em dez anos, 7% como os países desenvolvidos[71].

Contudo, a presença da tecnologia da informação na iniciativa privada e nos órgãos públicos é um movimento que não tem retrocesso. Logo, a informatização dos controles contábeis e fiscais, enfim da

escrituração empresarial, se tornará algo tão normal como a Declaração do Imposto de Renda da Pessoa Física, feita, quase que totalmente, pela internet.

1.8.5.2. Notas fiscais eletrônicas estaduais e municipais

Em vários Estados e Prefeituras do Brasil está sendo implantada a denominada Nota Fiscal Eletrônica, Estadual e Municipal. Apesar de ter a mesma nomenclatura da "Nota Fiscal Eletrônica", que é parte do projeto SPED, desenvolvido pela Receita Federal e pelas Receitas Estaduais, como visto anteriormente, trata-se de programa distinto.

Mas, assim como no SPED, as notas eletrônicas estaduais e municipais também visam diminuir a sonegação, agilizar a atuação dos fiscais etc. Tais objetivos são atingidos quando os estabelecimentos emitem as notas fiscais eletronicamente, fornecendo aos governos municipais e estaduais melhores meios para a apuração e fiscalização.

1.8.5.2.1. Notas fiscais eletrônicas estaduais

As notas eletrônicas **estaduais** estão relacionadas substancialmente com a venda de produtos tributáveis pelo ICMS – Imposto sobre circulação de mercadorias e de serviços.

Como exemplo, o Estado de São Paulo já implantou sua Nota Fiscal Eletrônica Paulista, que não está relacionada à Nota Fiscal Eletrônica (de âmbito nacional) idealizada pela Receita Federal. No Estado de São Paulo a intenção é que as lojas do varejo (começou por restaurantes) emitam a nota eletrônica, incentivando pessoas as solicitarem. Isso foi instituído pela Lei Estadual n.12.685/2007.

Em especial, quanto ao programa da nota paulista, do ICMS recolhido na operação, 30% do tributo servirá para obter (no prazo de **5 anos**): desconto no valor do IPVA – Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores no pagamento do ano seguinte; ou se preferir será feito crédito em conta corrente, poupança ou cartão de crédito; também podem-se transferir os créditos para terceiros.

Para a efetiva obtenção do crédito, o contribuinte ao solicitar a nota fiscal paulista deve fornecer o número do CPF ou CNPJ (este número será fornecido à Receita Estadual *on-line*, ou posteriormente). O crédito ao consumidor fica condicionado ao recolhimento do tributo pelo vendedor.

Pode-se pontuar que o diferencial entre a nota fiscal eletrônica paulista e a nota fiscal convencional (física) são esses benefícios adicionais.

Não é necessário residir no Estado de São Paulo para conseguir o benefício da nota fiscal paulista.

Basta efetuar uma compra dentro dos limites do estado fazendo a inclusão do CPF. Tendo em vista os benefícios oferecidos e o grande número de pessoas exigindo a inclusão do CPF nas notas, atualmente boa parte dos estabelecimentos já oferece a nota ao cliente, sem este precisar fazer qualquer requerimento.

Vale mencionar que, como forma de incentivar ainda mais a utilização da nota fiscal, aqueles que incluíram seu CPF nas notas fiscais paulistas também podem fazer um cadastro no *site* do Governo do Estado São Paulo para concorrer a prêmios. Após o cadastro, a cada R$ 100 em compras com notas fiscais eletrônicas, concorre-se em sorteios, cujos prêmios são mais créditos, que variam entre o valor de R$ 10 e R$ 50.000,00.

A nota fiscal eletrônica paulista é emitida por determinados ramos do comércio[72]:

Alimento;

Artigos esportivos e recreativos;

Artigos para uso doméstico;

Postos de combustíveis;

Informática, comunicação, eletroeletrônicos e eletrodomésticos;

Livraria e revistarias;

Lojas de variedades;

Materiais de construção;

Supermercados e afins;

Lojas de moda e acessórios;

Óticas;

Papelarias, bazar e material de escritório;

Petshop;

Saúde e beleza;

Lojas de vendas de automóveis, motos, lubrificantes, peças e afins.

Outros Estados também têm implantado notas fiscais estaduais como: Bahia, Pernambuco, Alagoas e Ceará, por exemplo, com trocas dos créditos por ingresso de cinema.

1.8.5.2.2. Notas fiscais eletrônicas municipais

Já, quanto à nota fiscal eletrônica **municipal**, sua emissão está relacionada à prestação de serviços e sua tributação pelo ISS – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza. O mesmo vale afirmar que ela não está relacionada com a Nota Fiscal Eletrônica do projeto SPED da Receita Federal.

Especificamente na cidade de São Paulo, a Prefeitura implantou a nota eletrônica paulistana visando conceder desconto no IPTU – Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana do imóvel ao consumidor que as solicitar junto aos prestadores de serviços que recolhem ISS.

Cabe esclarecer que é a Lei Municipal n. 14.097/2005 a norma que institui a Nota Fiscal Eletrônica de Serviços na capital paulistana, dispondo sobre a geração e utilização de créditos tributários para tomadores de serviços.

Lá, o valor do ISS referente à operação realizada, que deu origem à emissão da Nota Fiscal Eletrônica, se reverte em um desconto de até 50% no valor do IPTU do tomador do serviço. Vale destacar que o crédito se dará no ano seguinte à operação.

Quanto à emissão dessa nota no município de São Paulo, ela é obrigatória para os prestadores dos serviços constantes da tabela anexa à Portaria SF n. 72/2006 que faturaram R$ 240.000,00 ou mais no ano anterior (devendo ser considerados todos os estabelecimentos da pessoa jurídica situados no município de São Paulo). Prestadores desobrigados também podem optar pela utilização de Nota Fiscal Eletrônica paulistana.

Assim como a nota fiscal paulistana, na cidade do Rio de Janeiro, foi implantada a nota fiscal eletrônica carioca, cujo objetivo é facilitar o recolhimento do ISS, bem como combater a sonegação fiscal. Foi instituída pela Lei Municipal n. 5.098/2009.

De acordo com o sistema implantando pela Prefeitura do Rio, o acesso à nota fiscal é exclusivamente eletrônico, pela internet. O ISS é calculado rapidamente e já consta na nota emitida, além disso, facilita o recolhimento do tributo (que deve ser feito até o dia 10 do mês subsequente). Os consumidores tomadores dos serviços concorrem a prêmios em dinheiro, no valor de até R$ 20.000,00; bem como a descontos no IPTU, conforme o valor do ISS recolhido[73].

QUESTÕES DE EXAMES DA OAB E CONCURSOS PÚBLICOS

1. (OAB Nacional 2009.1) Considerando os vários tipos de sociedades descritos no Código Civil e com base na teoria geral do Direito Empresarial, assinale a opção correta.

A) As cooperativas, independentemente do objeto social, são sempre sociedades simples.

B) A sociedade anônima pode adotar a forma simples, desde que o seu objeto social compreenda atividades tipicamente civis.

C) A sociedade simples não possui personalidade jurídica, sendo desnecessária a inscrição de seu contrato social no Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local de sua sede.

D) Na sociedade em comum, todos os sócios respondem limitadamente pelas obrigações da sociedade; assim, todos os sócios podem valer-se do benefício de ordem a que os sócios da sociedade simples fazem jus.

2. (OAB-SP 137º 2008) No Brasil, o estabelecimento empresarial regulado pelo Código Civil é tratado como

A) pessoa jurídica.

B) patrimônio de afetação ou separado.

C) sociedade não personificada.

D) universalidade.

3. (OAB-SP 137º 2008) Acerca do contrato de trespasse e negócios empresariais afins, assinale a opção correta.

A) O trespasse equipara-se à cisão parcial para todos os efeitos legais.

B) A cessão de todas as participações de uma sociedade, assim como ocorre com o trespasse, altera a titularidade nominal sobre o respectivo estabelecimento.

C) O trespasse equipara-se à incorporação de sociedades para todos os efeitos legais.

D) O trespasse pode ocorrer entre empresários individuais, assim como entre sociedades empresárias, ou entre estas e aqueles.

4. (OAB-SP 136º 2008) De acordo com a legislação em vigor, são atos próprios do registro público de empresas

A) a matrícula de atos constitutivos de sociedades empresárias, o arquivamento de atos constitutivos de sociedades anônimas e a autenticação dos instrumentos de escrituração dos agentes auxiliares do comércio.

B) a matrícula de leiloeiros, o arquivamento de atos constitutivos de sociedades em comandita por ações e a autenticação dos instrumentos de escrituração empresarial.

C) a matrícula de tradutores públicos, o arquivamento de documentos relativos à constituição de firmas individuais e a autenticação de atos constitutivos de sociedade simples.

D) a matrícula de escrituração empresarial, o arquivamento de atos constitutivos de sociedades por ações e a autenticação feita por tradutores públicos.

5. (Magistratura-SP 181º 2008) De acordo com o Código Civil, o empresário é obrigado a

A) escriturar os livros obrigatórios, exceção feita aos pequenos empresários que estão dispensados dessa formalidade, ou devem escriturá-los de modo simplificado.

B) registrar-se perante o órgão de registro das empresas 30 (trinta) dias após o início de suas atividades, sob pena de não deter legitimidade ativa para pedido de falência.

C) obter a outorga conjugal para a alienação dos imóveis que representem mais de cinquenta por cento do patrimônio da empresa, quando o regime do casamento for o da comunhão universal de bens.

D) manter sistema de contabilidade sempre mecanizado, composto por livros obrigatórios e facultativos que devem necessariamente ser autenticados no Registro Público das Empresas Mercantis.

6. (Magistratura-SP 180º 2007) No que se refere ao nome empresarial, assinale a alternativa correta.

A) A sociedade em conta de participação pode ter firma ou denominação.

B) O nome empresarial pode ser objeto de alienação.

C) As sociedades limitadas podem adotar firma ou denominação integrada pela palavra final limitada ou sua abreviatura.

D) A proteção ao nome empresarial decorrerá do seu registro no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).

7. (Magistratura-PR 2007-2008) Assinale a alternativa correta:

A) O estabelecimento pode ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza.

B) O contrato, que tenha por objeto a alienação do estabelecimento, só produzirá efeitos entre as partes depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis.

C) O adquirente do estabelecimento responde individualmente pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados.

D) O alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente nos três anos subsequentes à transferência, mesmo diante de autorização expressa.

8. (Magistratura-PR 2007-2008) Assinale a alternativa correta:

A) A pessoa jurídica em que haja participação de outra pessoa jurídica pode gozar dos benefícios do Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

B) É considerada microempresa a firma mercantil individual que tiver receita bruta anual igual ou inferior a R$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) [valor atualizado: R$ 360.000,00].

C) O arquivamento, nos órgãos de registro, dos atos constitutivos de firmas mercantis individuais, que se enquadrarem como microempresa ou empresa de pequeno porte, dispensa qualquer declaração de inexistência de condenação criminal.

D) A perda da condição de empresa de pequeno porte, em decorrência do excesso de receita bruta,

somente ocorrerá se o fato se verificar durante cinco anos consecutivos.

9. (Ministério Público-PE 2008) A desconsideração da pessoa jurídica

A) será configurada apenas com a insolvência do ente coletivo, sem outras considerações.

B) não ocorre no direito brasileiro, dada a separação patrimonial entre pessoas físicas e jurídicas.

C) restringe-se às relações consumeristas.

D) implicará responsabilização pessoal, direta, do sócio por obrigação original da empresa, em caso de fraude ou abuso, caracterizando desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

E) prescinde de fraude para sua caracterização, bastando a impossibilidade de a pessoa jurídica adimplir as obrigações assumidas.

10. (Ministério Público-CE 2009) Em relação ao empresário, é INCORRETO afirmar que

A) se a pessoa legalmente impedida de exercer atividade empresarial assim agir, responderá pelas obrigações contraídas.

B) de sua definição legal, destacam-se as noções de profissionalismo, atividade econômica organizada e produção ou circulação de bens ou serviços.

C) a profissão intelectual, de natureza científica ou artística pode ser considerada empresarial, se seu exercício constituir elemento de empresa.

D) a atividade empresarial pode ser exercida pelos que estiverem em pleno gozo da capacidade civil, não sendo impedidos legalmente.

E) ainda que representado ou assistido, não pode o incapaz continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor da herança.

2

Propriedade industrial

2.1. INTRODUÇÃO À PROPRIEDADE INTELECTUAL E INDUSTRIAL

A propriedade industrial e o direito autoral são duas vertentes que compõem a chamada propriedade intelectual. Assim, a propriedade intelectual é um gênero do qual o direito autoral (sub-ramo do direito civil) e a propriedade industrial (sub-ramo do direito empresarial) são espécies.

Pode-se dizer que a **propriedade intelectual** é o conjunto de regras de proteção sobre coisa incorpórea ou imaterial (algo que não tem existência física) decorrente da inteligência ou da invenção de seu autor ou inventor. São as regras que tutelam as criações (direito autoral) e as invenções (direito industrial). Frise-se que o bem incorpóreo objeto da proteção jurídica pode ser materializado em suporte físico, como no caso de uma obra literária.

O **direito autoral** cuida especificamente das obras literárias, artísticas, científicas etc. (Lei n. 9.610/98), o que não faz parte do objeto desta obra, salvo quanto ao *software* (Lei n. 9.609/98), que será analisado juntamente com o contrato de *know-how*. No geral, o direito autoral cuida de obras relacionadas à estética, às sensações corporais, às percepções, ao estado de espírito, aos sentimentos, aos símbolos. O *software* é exceção, por se tratar de solução técnica.

Apenas para fins ilustrativos, de acordo com o art. 7º da Lei n. 9.610/1998, são protegidas pelo direito autoral as **obras intelectuais**, tidas como criações do espírito, expressadas por qualquer meio ou suporte, como, por exemplo: os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas e dramático-musicais; as obras coreográficas cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; as composições musicais; as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; as obras de desenho, pintura, gravura,

escultura, litografia e arte cinética; as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; as coletâneas ou compilações, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

Direito autoral em inglês é *copyright*, ou direito de cópia, sendo reconhecido internacionalmente o uso do símbolo © para fazer referência à proteção dos direitos autorais sobre certa criação.

Já a **propriedade industrial** ou "direito industrial" cuida das marcas, patentes, modelos de utilidade, desenho industrial etc. (Lei n. 9.279/96), sendo um sub-ramo do Direito Empresarial, que será abordado neste capítulo. Via de regra, a propriedade industrial trata de soluções técnicas a serem aplicadas em produtos e processos produtivos, sendo que há aqueles que entendem ser o desenho industrial uma obra estética.

Vale ter em conta que a palavra "industrial" está relacionada ao fato de que o setor industrial foi o primeiro que começou a registrar marcas e a patentear invenções, o que com o passar dos anos também acabou sendo utilizado pelo comércio e pela prestação de serviços em geral.

A ideia de se proteger uma invenção está relacionada à necessidade de todo inventor ou criador de ter assegurado um proveito econômico decorrente da exploração comercial de sua criação, uma vez que sempre há interesse social no desenvolvimento tecnológico e econômico. Se essa proteção não existisse, certamente geraria um desestímulo a novas invenções.

Esse fato acaba gerando uma espécie de "monopólio". No entanto, esse proveito econômico não pode ser eterno. Assim, para que a sociedade também possa utilizar e aproveitar dos benefícios provenientes de um invento, a proteção e a exclusividade da exploração econômica pelo seu criador têm um limite de tempo determinado (assunto que será visto adiante).

Historiadores afirmam que a proteção às marcas teve seu início na Idade Média. Fábio Ulhoa Coelho aponta que a história do direito industrial teve início na Inglaterra, bem antes da Revolução Industrial, com a edição do Estatuto dos Monopólios em 1623[74].

Entretanto, apenas em 1883, com a Convenção da União de Paris – CUP, foi criado um tratado internacional com a intenção de uniformizar o regramento dos países quanto à propriedade industrial,

estabelecendo-se um marco sobre isso. Esse tratado já sofreu várias revisões e atualmente é regulamentado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI[75]. No Brasil, os termos da CUP foram ratificados pelos Decretos ns. 75.572/75 e 1.263/94.

A **OMPI** é uma entidade internacional com a finalidade de promover a proteção da propriedade intelectual pelo mundo via cooperação entre os Estados. Sua sede está na cidade de Genebra, na Suíça, sendo uma das agências especializadas da Organização das Nações Unidas – ONU.

Vale considerar que, terminada a Segunda Guerra Mundial, as discussões de caráter internacional acerca da propriedade intelectual passaram a se dar no âmbito da ONU, que por meio da Convenção de Estocolmo criou a OMPI, em 1967.

Quanto ao Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio – **TRIPs**, cuida-se de um tratado internacional, integrante do conjunto de acordos assinados em 1994 que encerrou a Rodada Uruguai e criou a Organização Mundial do Comércio – OMC.

Depois da Rodada Uruguai, o Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT se tornou uma base importante para a OMC, pelo fato de que ratificações do TRIPs são requerimentos indispensáveis para filiação à OMC. Assim, qualquer país que busque obter acesso aos inúmeros mercados internacionais abertos pela OMC deve estabelecer rigoroza legislação, conforme as regras previstas pelo Acordo TRIPs. Por essa razão, o TRIPs é o mais importante instrumento multilateral para a globalização das leis de propriedade intelectual.

No Brasil, a propriedade industrial tem seu fundamento na Constituição Federal de 1988, art. 5º, inc. XXIX. Por sua vez, na esfera infraconstitucional, seu regime jurídico é dado pela denominada **Lei da Propriedade Industrial** – LPI –, que é a Lei n. 9.279/96.

É pertinente destacar que a Lei n. 9.279/96 regula a concessão de: patentes de invenção e de modelo de utilidade, registro de desenho industrial, registro de marca, bem como a repressão à concorrência desleal e às falsas indicações geográficas (LPI, art. 2º).

Para todos os efeitos legais, a Lei da Propriedade Industrial considera todos os direitos de propriedade industrial como bens móveis (LPI, art. 5º).

Dessa forma, é cabível ação judicial para reparação de dano causado aos direitos de propriedade industrial, a qual prescreve em 5 anos (LPI, art. 225).

2.1.1. INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial

O Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI – é o órgão administrativo brasileiro que tem como finalidade, entre outras atribuições relacionadas à propriedade industrial, conceder a titularidade de patentes e de efetuar os registros de marcas.

Na verdade, o INPI é uma autarquia federal vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

As responsabilidades do INPI, fundamentalmente, abrangem: registro de marcas; concessão de patentes; averbação de contratos de transferência de tecnologia e de franquia empresarial; registro de programas de computador, desenhos industriais e indicações geográficas, conforme as disposições contidas na Lei n. 9.279/96 e na Lei n. 9.609/98 – Lei de *Software*.

Além dessas atribuições, também é de responsabilidade do INPI divulgar os atos praticados junto a ele, o que é feito por meio de artigos e textos publicados na *Revista da Propriedade Industrial* – RPI.

Essa revista foi instituída pela Resolução n. 1.17/2005 do INPI, como o único instrumento destinado a publicar os atos, os despachos e as decisões relacionados às atividades da autarquia. O acesso à *Revista da Propriedade Industrial* é livre e gratuito, permanentemente disponibilizado no *site* do INPI: <http://www.inpi.gov.br>.

É bom considerar que o INPI exerce o papel fundamental de dar publicidade aos atos previstos na lei (como, por exemplo, uma licença de marca ou de patente), que, por sua vez, estes atos somente poderão produzir efeitos perante terceiros se registrados neste órgão[76].

Na verdade, o registro de uma criação intelectual (propriedade industrial ou direito autoral) é uma faculdade do inventor/criador, no entanto, trata-se de uma cautela legal que visa a dar segurança aos seus direitos, pois o registro é o meio ordinário e eficaz de se comprovar seus direitos enquanto inventor/criador. Isso porque ao não proceder ao registro no órgão competente acaba se correndo riscos, como o de não conseguir comprovar que se trata de sua invenção/criação, bem como não se obter a tutela adequada.

2.1.1.1. E-Marcas e e-Patentes

É notório que os processos de registro de marca e de patente de invenções junto ao INPI são extremamente demorados, chegando a levar em média *8* anos para patentes e *5* anos para marcas. Em

parte, pela falta de funcionários e técnicos e pelo sucateamento do órgão.

Esse fato gera muita insegurança jurídica e falta de competitividade para os agentes econômicos instalados no Brasil, haja vista que a proteção para quem tem apenas a expectativa de se obter o registro de uma marca ou obtenção de uma patente, por já ter ingressado com o processo, é muito tímida.

A propósito, esse episódio pode inclusive afastar investidores de nosso País, na medida em que outros países têm prazos bem mais curtos, como, por exemplo, nos Estados Unidos, em que se obtém o registro de uma marca em aproximadamente três anos.

Visando minimizar a situação acerca da lentidão, o INPI criou o e-Marcas e o e-Patentes.

O e-Marcas é um sistema de registro de marcas pela internet, em que se pode promover o depósito de pedidos e petições. Ele integra o e-INPI, que é a plataforma na qual o INPI disponibiliza o acesso eletrônico a seus serviços. Vale considerar que o e-Marcas foi lançado na sua nova versão 2.0, possuindo uma nova versão do manual do usuário, em que constam as instruções atualizadas relativas ao acesso, ao preenchimento e ao envio dos formulários eletrônicos para se obter o registro de marca.

Também, o INPI criou o e-Patente, sistema no qual os pedidos de patentes de invenção ou modelo de utilidade poderão ser feitos pela internet que, ao minimizar o tempo de espera, poderá estimular inovações, propiciar maior competitividade e evitar o registro de patentes que poderiam ser registradas no Brasil, mas que acabam sendo registradas em outros países.

2.1.2. Segredo empresarial (industrial) versus patente

Na literatura jurídica, a nomenclatura mais utilizada é “segredo industrial”, por terem se originado na indústria os primeiros segredos relacionados à invenção de produtos e às formas produtivas. Atualmente, qualquer atividade econômica (comércio, prestação de serviços em geral etc.) pode utilizar-se desse método (manter segredos), o que justifica a denominação “segredo empresarial”.

Antes de tratarmos do segredo empresarial, é pertinente esclarecer brevemente o que é patente, a fim de melhor comparar estes institutos.

Uma patente confere ao seu titular a exploração exclusiva de sua invenção durante tempo determinado (como será aprofundado adiante), podendo o inventor adotar medidas jurídicas contra aqueles que se utilizarem indevidamente do objeto patenteado, com base na Lei n. 9.279/96.

No entanto, a concessão de uma patente ocorre após a sua divulgação, tornando-a de conhecimento

público, e, após vencido o prazo legal, a patente cai em domínio público, podendo ser utilizado por qualquer pessoa.

O contrário ocorre com o segredo empresarial, entendido como tudo aquilo, produtos ou processos produtivos, criado pelo empresário que é mantido sob sigilo, ou seja, todo o conjunto de uma criação que não é patenteada.

Segredo empresarial significa que o empresário assim prefere manter em segredo sua invenção e não deseja revelar sua criação a terceiros ou torná-la pública por meio da patente; além disso, não quer que sua invenção se torne de domínio público, perdendo o privilégio de exploração exclusiva após o prazo legal.

É isso que algumas empresas preferem fazer, como a Coca-Cola, que prefere manter sob segredo a fórmula do xarope que compõe o seu refrigerante. Se ela tivesse preferido patentear a sua invenção, já há muitas décadas teria caído em domínio público, e a invenção de sua fórmula de refrigerante já teria sido explorada por outros fabricantes de bebidas.

A maior dificuldade para as empresas que assim preferem fazer é conseguir manter o segredo empresarial, pois não gozam dos direitos e instrumentos legais da Lei n. 9.279/96. Desprotegidas pela Lei, correm o risco de outro empresário também explorar a mesma invenção, e caso este efetue o pedido de depósito da patente, será o seu titular, com direito ao uso exclusivo durante o prazo da lei, pois vale quem pediu primeiro o respectivo depósito.

Ressalta-se que, do ponto de vista legal, o segredo empresarial não está totalmente desamparado, já que o art. 195, incs. XI e XII, da Lei n. 9.279/96 considera crime de concorrência desleal divulgar, explorar ou utilizar, sem autorização, conhecimentos, informações ou dados confidenciais utilizados por indústria, comércio ou prestação de serviço, que não sejam de conhecimento público, aos quais se teve acesso mediante relação empregatícia ou contratual ou que foram obtidos de formas ilícitas[77].

2.2. PATENTES

A patente é um título concedido ao autor de uma invenção, ou modelo de utilidade, assegurando-lhe a propriedade e o privilégio de uso e exploração exclusivos durante determinado período.

Pode-se dizer que a patente é um “monopólio” de exploração concedida, por tempo determinado, ao inventor. Conforme o art. 42 da Lei n. 9.279/96, a patente é título que assegura ao seu titular o direito de

impedir terceiros, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar produto e processo produtivo patenteados.

O uso indevido de um bem patenteado dá ensejo à ação judicial, que possibilitará ao titular da patente requerer a abstenção do uso indevido e perdas e danos junto ao infrator. Essa ação deverá ser ajuizada na comarca do domicílio do réu, conforme as regras processuais ordinárias[78].

Cabe esclarecer que a patente pode ser requerida pelo próprio autor da invenção, seus herdeiros ou sucessores; pelo cessionário ou por quem for considerado titular pela lei ou por contrato de trabalho ou de prestação de serviços (LPI, art. 6º, § 2º).

São patenteáveis as invenções e os modelos de utilidades, temas sobre que passamos a discorrer agora.

2.2.1. Invenções

A invenção está relacionada à criação de algo novo que possa ter aplicação industrial, como um eletrodoméstico que realize tarefas ainda não existentes em nenhum outro. Por isso, a invenção decorre da imaginação criativa do criador, que não se confunde com a descoberta, que significa achar algo que já existe.

Para a invenção ser patenteável, é necessário que se preencham os requisitos da **novidade**, **atividade inventiva** e **aplicação industrial** (LPI, art. 8º).

Novidade significa que a invenção deve ser algo original e extraordinário, que ainda não foi inventado/criado. Alguma coisa desconhecida pelo público; um ato inventivo, portanto. Conforme o art. 11, é considerado novo o que não estiver compreendido no estado da técnica (o que já é acessível ao público; conceito que será explorado adiante).

Já **atividade inventiva** quer dizer que deve ser uma criação decorrente da imaginação ou da inteligência humana, não uma descoberta, que significa a revelação de algo já existente (o que não é tem proteção pelo regime jurídico das patentes). À luz do art. 13, a invenção é dotada de atividade inventiva quando, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica.

Por sua vez, **aplicação industrial** corresponde ao fato de que seja algo que possa ser explorado economicamente e produzido em larga escala (ou seja, em escala industrial). O art. 15 expressa que é suscetível de aplicação industrial o que possa ser utilizado ou produzido em qualquer tipo de indústria.

Destaca-se o fato de que as etapas de um **processo produtivo**, ou seja, as etapas pelas quais um produto é fabricado, podem ser também patenteadas. Dessa forma, existe uma exclusividade de uso pelo seu titular, não podendo esse processo ser utilizado por terceiros no prazo concedido à patente, salvo autorização do titular. A patente de processo está alicerçada pelo art. 42, inc. II, da Lei n. 9.279/96.

Vale chamar a atenção ao fato de que não haverá exclusividade nas fases do processo de produção que não estiverem cobertas pela patente[79].

2.2.1.1. Prazo de vigência

O prazo de vigência da patente de invenção é de **20 anos** (LPI, art. 40), não podendo ser renovado.

Após esse período, a invenção cai em domínio público, ou seja, pode ser explorada por qualquer pessoa.

2.2.2. Modelos de utilidade

Modelo de utilidade é o objeto de uso prático que apresenta ato inventivo do qual resulte melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação. Ele deve apresentar nova forma ou disposição, em relação à invenção, e deve ter aplicação industrial (LPI, art. 9º).

O modelo de utilidade da invenção é um aprimoramento desta. Em outras palavras, significa dizer que se trata do aperfeiçoamento de algo já criado, por exemplo, um eletrodoméstico que já existe, como o liquidificador, sendo a ele somadas novas funções, como a de deixar o suco coado. Assim, o modelo de utilidade é uma inovação, a invenção, uma criação.

Visa o modelo de utilidade da invenção aprimorar o uso de um objeto anteriormente criado, dando-lhe maior eficiência ou oferecendo maior comodidade na sua utilização, por meio da nova configuração, acarretando uma melhoria por meio da modificação introduzida[80].

Fábio Ulhoa Coelho afirma que o modelo de utilidade deve apresentar um avanço tecnológico a ponto de os técnicos especializados considerarem como algo criativo/engenhoso[81].

Os requisitos da **novidade**, **ato inventivo** e **aplicação industrial** também são essenciais ao modelo de utilidade (LPI, arts. 11, 14 e 15). É novo quando não compreendido no estado da técnica. Já o ato inventivo se dá quando, para um técnico no assunto, o ato não decorra de maneira comum ou vulgar do

estado da técnica. E a aplicação industrial está relacionada com o fato de que se possa utilizar ou produzir em qualquer tipo de indústria.

Como ocorrência com a patente, o uso indevido de um bem patenteado como modelo de utilidade será tido como contrafação, o que dá ensejo a ação judicial exigindo a abstenção do uso, bem como de pedido indenizatório contra o infrator[82].

2.2.2.1. Prazo de vigência

Por sua vez, o prazo de vigência da patente de modelo de utilidade é de **15 anos** (LPI, art. 40), não havendo renovação.

Superado esse período, o modelo de utilidade cai em domínio público, podendo ser explorado por qualquer pessoa.

2.2.3. Transgênicos

Os micro-organismos transgênicos podem ser patenteados como invenção ou modelo de utilidade, desde que preencham os requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial (LPI, art. 18, III).

O parágrafo único do art. 18 da Lei n. 9.279/96 expressa que, para fins desta lei, os micro-organismos transgênicos devem ser organismos que expressem uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais. Isso desde que ocorra mediante a intervenção humana direta em sua composição genética, não podendo compreender o todo ou parte de plantas ou de animais encontrados na natureza, como, por exemplo, as variações de milho e soja desenvolvidas pelas empresas e institutos que operam neste segmento.

2.2.4. Regime jurídico das patentes

As descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos; as concepções puramente abstratas; as regras de jogos; as técnicas e métodos operatórios; o todo ou parte de seres vivos (exceto os transgênicos, art. 18, III) etc. (LPI, art. 10), de acordo com a lei, não são considerados invenção nem modelo de utilidade.

Também não podem ser patenteáveis as obras literárias (protegidas pelo direito autoral por meio da Lei n. 9.610/98) e os programas de computador (também considerados direitos autorais, protegidos por meio da Lei n. 9.609/98).

Além disso, as invenções e os modelos de utilidades não poderão ser patenteáveis quando forem contrários à moral, aos bons costumes, à segurança, à ordem e à saúde pública (LPI, art. 18, I).

Cabe salientar que invenção e modelo de utilidade são considerados novos quando não abrangidos pelo **estado da técnica** (LPI, art. 11, *caput*).

O **estado da técnica** é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data do depósito do pedido de patente (LPI, art. 11, § 1º), ou seja, são produtos derivados da mera aplicação de recursos já conhecidos pelas pessoas. Pode ter como exemplo, de algo que está compreendido pelo estado da técnica, a receita do tradicional bolo de fubá.

Uma questão extremamente relevante é o fato de que, para aquele que depositou pedido de patente em país que mantenha acordo com o Brasil, ou em organização internacional, que produza efeito de depósito nacional, será assegurado **direito de prioridade** (LPI, art. 16, *caput*). Isso significa que, para essa pessoa, é assegurado prioritariamente a patente de invenção ou modelo de utilidade no Brasil, uma vez que o pedido já foi realizado no exterior.

Quando o registro for realizado no exterior, o prazo de proteção começa a correr desse momento, independentemente do tempo em que a patente passar a ser explorada no território brasileiro.

Essa regra vale especialmente para as **patentes *pipeline*** (ou patentes de revalidação). Trata-se de registro de produtos que não eram patenteáveis no Brasil enquanto vigorava o revogado Código da Propriedade Industrial – Lei n. 5.772/71 – (em especial do gênero alimentício e farmacêutico)[83]. O assunto está disciplinado na Lei n. 9.279/96, arts. 230 a 232 cc. art. 243.

O tema sempre foi questionado por alguns, haja vista que as patentes *pipeline* não se submeteriam ao requisito da novidade. A constitucionalidade dessa matéria é objeto de apreciação pelo STF, via Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n. 4.234. Essa ADI foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República a fim de atacar os arts. 230 e 231 da Lei n. 9.279/96. De acordo com a petição inicial, o fundamento da inconstitucionalidade das patentes *pipeline* está na sua natureza jurídica, uma vez que se pretende tornar patenteável, em prejuízo ao princípio da novidade, aquilo que já se encontra em domínio público (estado da técnica). Assim, estaria a legislação ordinária promovendo uma espécie de

expropriação de um bem comum do povo sem respaldo da Constituição Federal.

Cabe lembrar que a partir da Lei n. 10.196/2001, que incluiu o art. 229-C à Lei n. 9.279/96, a concessão de patentes para produtos farmacêuticos dependerá da prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – **ANVISA**.

Todo pedido de patente da invenção ou modelo de utilidade deverá conter: requerimento; relatório descritivo (aponta o estado da técnica atual); reivindicações (são os pedidos que se quer obter o direito exclusivo de exploração decorrente da patente); desenhos (quando for o caso); resumo; e comprovante do pagamento da retribuição relativa ao depósito (LPI, art. 19).

Vale salientar que o pedido de patente de invenção terá de se referir a uma única invenção ou a um grupo de invenções inter-relacionadas de maneira a compreenderem um único conceito inventivo (LPI, art. 22).

Há um procedimento ao qual o pedido de patente deve seguir, devendo, cumpridos os prazos e as exigências legais, ser submetido a um exame técnico. A partir da conclusão do exame, o pedido poderá ser deferido ou indeferido, dependendo do atendimento às regras estabelecidas e aos requisitos exigidos (LPI, arts. 30 a 37).

Quando a patente for concedida, será expedida a respectiva carta-patente, com o nome do inventor e sua qualificação; prazo de vigência; relatório descritivo; prioridade estrangeira (se houver) etc. (LPI, arts. 38 e 39).

Dessa forma, a patente confere ao seu titular a garantia de que qualquer outra pessoa estará impedida de produzir, usar, colocar à venda ou importar o objeto da patente (LPI, art. 42, *caput*).

O titular da patente tem direito de pleitear indenização contra quem explorou indevidamente o objeto patenteado, inclusive em relação à exploração realizada entre a data da publicação do pedido e da concessão da patente (LPI, art. 44, *caput*)[84].

A patente pode ser declarada **nula**, total ou parcialmente, quando sua expedição contrariar as disposições legais. A nulidade produzirá efeitos retroativos desde a data do depósito do pedido. Será necessário um processo administrativo e/ou judicial para a apuração da nulidade (LPI, arts. 46 a 57).

O conteúdo da patente é indivisível e, por ser considerada um bem, pode ser objeto de **cessão** (alienação) de direitos, total ou parcialmente.

Havendo cessão de direitos de patente, ela deve ser registrada no INPI, com a qualificação do

cessionário (quem recebe a cessão), além de outras informações. De qualquer forma, a cessão apenas tem efeitos perante terceiros após a sua publicação, o que vale também para o pedido de patente (LPI, arts. 58 a 60).

A patente pode ser ainda objeto de **licença voluntária** ou **compulsória**.

A **licença voluntária** ocorre quando o titular espontaneamente permite a exploração da patente por terceiro (LPI, art. 61).

Já a **licença compulsória** acontece quando o titular exerce de forma abusiva os direitos decorrentes da patente; não explora o objeto da patente etc. (LPI, art. 68).

Além disso, também pode ocorrer a denominada **oferta de licença**, que se dá quando o titular da patente solicita ao INPI a colocação da patente em oferta para fins de exploração (LPI, art. 64).

Existe inclusive a possibilidade de a patente ser extinta, por exemplo, pelo término do seu prazo; pela renúncia do seu titular; pela falta de pagamento da retribuição ao INPI etc. Quando a patente é extinta, seu objeto cai em domínio público (LPI, art. 78).

A patente de invenção ou modelo de utilidade pertence ao empregador, ainda que com participação de empregado na pesquisa, desde que o contrato de trabalho tenha como objeto a pesquisa ou a atividade inventiva. A patente de invenção ou modelo de utilidade apenas pertencerá ao empregado quando ele utilizar recursos próprios e de forma desvinculada do seu contrato de trabalho com a empresa empregadora.

No entanto, poderá pertencer a ambos, quando o empregado contribuir pessoalmente, mas com recursos do empregador (LPI, arts. 88, 90 e 91), pois nesse caso o objeto do contrato de trabalho não é a pesquisa ou atividade inventiva.

Vale lembrar que é considerado crime contra patente de invenção ou modelo de utilidade fabricar produto que seja objeto de patente sem autorização do titular; oferecer à venda produto fabricado com violação de patente etc. (LPI, arts. 183 a 186).

2.3. DESENHOS INDUSTRIAIS

Desenho industrial é a forma plástica ornamental de um objeto ou conjunto ornamental de linhas e cores que pode ser aplicado a um produto, proporcionando na sua configuração externa (como o *design* de veículo ou eletrodoméstico) um novo e original resultado visual e que possa servir de modelo para

fabricação industrial (LPI, art. 95).

Ao autor do desenho industrial é dado o direito de registrá-lo, o que lhe confere a respectiva propriedade.

2.3.1. Prazo de vigência

O prazo de vigência do registro de desenho industrial é de **10 anos** contados da data do depósito. Esse prazo é prorrogável por **três períodos** sucessivos de **5 anos** cada, o que pode chegar a um prazo total de até 25 anos (LPI, art. 108).

2.3.2. Regime jurídico

Ressalta-se que os requisitos da **novidade** e **originalidade** são inerentes ao desenho industrial.

Novidade significa que o desenho industrial não pode estar compreendido no estado da técnica (como já estudado, estado da técnica é o que já é acessível ao público antes da data de depósito do pedido), conforme o art. 96 da Lei n. 9.279/96.

Original é o requisito que o desenho industrial possui quando tem uma configuração visual distinta de outros objetos anteriores, de acordo com o previsto no art. 97 da Lei n. 9.279/96. O requisito da originalidade estará prejudicado se houver grande semelhança com outro desenho industrial já registrado, a ponto de criar confusão entre os dois. No entanto, uma mera semelhança é aceitável[85].

Deve-se salientar que não são considerados desenhos industriais obras de caráter puramente artístico (LPI, art. 98), como um quadro pintado à mão.

Também não é registrável como desenho industrial o que for contrário aos bons costumes e à moral; atente contra a liberdade de crença ou ideia; a forma necessária comum ou vulgar do objeto ou aquela determinada essencialmente por considerações técnicas ou funcionais, como, exemplificativamente, o formato do comprimido/pílula ou do rolo de papel higiênico etc. (LPI, art. 100).

Assim como no caso de patente, ao registro de desenho industrial, também cabe o **direito de prioridade**, isto é, quando uma pessoa já o requereu em país que mantenha acordo com o Brasil, ou em organização internacional, que produza efeito de depósito nacional (LPI, art. 99).

O pedido de registro de desenho industrial deve ser feito junto ao INPI (com requerimento, relatório

descritivo, desenhos ou fotografias etc.), submetendo-se a exame e respectivo processo (LPI, arts. 101 a 104).

Uma vez concedido o registro de desenho industrial, será expedido o respectivo certificado, do qual constará o nome do autor e sua qualificação; prazo de vigência; desenho etc. (LPI, arts. 106 e 107).

Sendo validamente concedido, o registro confere a propriedade do desenho industrial ao seu titular (LPI, art. 109).

O titular do registro de desenho industrial deve pagar uma retribuição a cada **5 anos**, a partir do segundo quinquênio da data do depósito (LPI, art. 120).

Vale lembrar que o registro do desenho industrial é nulo quando for concedido em desacordo com as disposições legais; logo, também está sujeito ao processo administrativo ou judicial de nulidade, o que produz efeito desde a data do depósito do pedido (LPI, arts. 112 a 118).

O registro também poderá ser extinto por expiração do prazo; renúncia do seu titular; falta de pagamento da retribuição etc. (LPI, art. 119).

As regras de patente (de invenção e modelo de utilidade) referentes à cessão, licença voluntária e direito do empregado são aplicáveis ao registro de desenho industrial, no que for cabível (LPI, art. 121).

Da mesma forma, considera-se crime contra os desenhos industriais fabricar produto que incorpore desenho industrial registrado sem autorização do titular; imitar substancialmente o desenho de forma que possa induzir a erro etc. (LPI, arts. 187 e 188).

2.4. MARCAS

No início de sua criação, as marcas eram uma espécie de “assinatura” do produtor quando este deixava suas mercadorias em armazéns, a fim de que não fossem confundidas com outras mercadorias semelhantes. Hoje as marcas servem para as pessoas rapidamente poderem identificar um produto e distingui-lo de outros similares[86].

Assim, marca é o sinal colocado em um produto ou serviço para que este seja identificado e distinguido, impedindo que possa ser confundido pelo público com outros produtos (ou serviços) semelhantes.

Nesse sentido, a marca é um meio de as pessoas identificarem um produto (ou serviço), diferenciando-o de outros. Ela é uma representação gráfica, que pode ser uma palavra, uma expressão, um símbolo ou

um emblema estampado no produto (ou serviço) para sua identificação.

Em regra, o registro e a proteção da marca valem para determinado ramo de atividade, como a marca Garoto na área de chocolate; porém, existem exceções, como será visto mais à frente.

Uma mesma expressão pode ser registrada como marca mais de uma vez por pessoas distintas, desde que seja para utilização em atividades econômicas diversas; ainda mais se a palavra utilizada for de **uso comum** com pouca originalidade e criatividade, como, por exemplo, “continental”, “global”, “mundial”, “atlas” etc.[87]. Ilustrativamente, pode haver mais de um registro da marca “Casarão”, um para a classe de restaurante e outro para a de comércio de artesanatos, ambos registrados por pessoas diferentes, sem qualquer ligação; porém, cada um poderá usar a marca em sua área de atuação.

2.4.1. Sinais distintivos

Conforme a legislação, a marca poderá ser registrada quando o sinal for **distintivo** e **visualmente perceptível**, desde que não esteja entre as proibições legais – que estudaremos mais adiante (LPI, art. 122).

Por **distintivo** deve ser entendido o sinal formado por uma figura, uma palavra ou a combinação de ambos, capaz de diferenciar um produto ou um serviço de outro semelhante. Já **visualmente perceptível** significa que o sinal poderá ser facilmente identificado por meio da visão. Ou seja, pela letra da lei, no Brasil, não seria admissível marca **sonora**, **olfativo-aromática**, **tátil** e **gustativa** (decorrentes de outros sentidos de percepção: audição, olfato, tato e paladar) por não atender ao requisito de visualmente perceptível. Essas marcas poderiam ser tidas como atípicas, sendo admitidas em outros países, como nos Estados Unidos, encontrando defensores em território pátrio.

Esse sinal pode corresponder a uma expressão gráfica, letra ou palavra; porém, ressalta-se que, para ser objeto de registro como marca, deve estar revestida de suficiente forma distintiva, por exemplo, o “M” do McDonald’s, que é um “M” estilizado de forma grande e arredondado, maiúsculo e amarelo.

No entanto, a expressão gráfica, letra ou palavra, isoladamente, não pode ser registrada como marca (LPI, no art. 124, II). Assim, para ser registrável será preciso que haja um estilo próprio e diferenciado para a letra, palavra ou expressão gráfica.

Pode-se afirmar que, a marca pode ter várias formas de apresentação: nominativa, figurativa, mista ou tridimensional. A marca **nominativa** tem um sinal formado apenas por palavra(s), ou pela combinação de

letras e/ou algarismos, sem apresentação fantasiosa. Já a marca **figurativa** apresenta um sinal constituído por desenho, imagem ou formas fantasiosas em geral. Por sua vez, na marca **mista** há uma combinação de elementos nominativos e figurativos. Por último, a marca de forma tridimensional contempla um sinal composto da forma plástica distintiva e necessariamente incomum do produto.

De acordo com a Lei da Propriedade Industrial – Lei n. 9.279/96 – existem algumas espécies expressas de marca, quais sejam de produto ou de serviço, de certificação, marca coletiva, de alto renome e marca notoriamente conhecida. Também examinaremos a marca tridimensional, a marca virtual e a marca consagrada (de referência).

2.4.2. Marca de produto ou de serviço (marca de indústria, de comércio e de serviço)

A marca de **produto** ou de **serviço** é utilizada para distinguir um produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, mas de origem diversa (LPI, art. 123, I).

Por isso, a finalidade da marca é deixar claro que os produtos, mesmo havendo alguma semelhança, são fabricados por produtores diferentes. No caso de serviços, por prestadores distintos.

Essa espécie de marca, de produtos ou serviços, é mais conhecida e registrada, pois visa distinguir um produto (ou serviço) de outros similares que existam no mercado, como ocorre com refrigerantes, biscoitos, produtos de limpeza etc.

Nesses casos, a distinção feita pelo comprador, na ocasião da compra, se dá fundamentalmente pela marca estampada em suas embalagens[88].

A marca é uma espécie de "assinatura" do empresário que vai atuar perante os consumidores de forma a distinguir seu produto ou serviço de outros semelhantes; a marca não pode ser um sinal de garantia de qualidade, mas sim um sinal de que o seu titular é o produtor (**marca de indústria**) ou comerciante (**marca de comércio**) do produto; ou o prestador do serviço (**marca de serviço**)[89].

A marca de produto pode ser utilizada pela indústria (marca industrial) ou pelo comércio (marca comercial). Vale destacar que a marca comercial tem função publicitária, não criando nos agentes do mercado a impressão de ser o comerciante o fabricante do produto.

2.4.3. Marca de certificação

A marca de **certificação** ou de garantia é utilizada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada (LPI, art. 123, inc. II).

São exemplos de marcas de certificação: ISO 9000, ABRINQ, ABIC etc.

2.4.4. Marca coletiva

Por sua vez, a marca **coletiva** é usada para identificar produtos ou serviços provenientes de membros de determinada entidade (LPI, art. 123, inc. III).

Sua função é permitir que uma entidade possua uma marca para identificar os produtos comercializados ou os serviços prestados pelas pessoas a ela vinculados.

Uma associação ou uma cooperativa podem ser consideradas como entidade legitimada a obter o registro de uma marca coletiva, o que evita a necessidade de cada associado ou cooperado ter de manter sua própria marca, com todas as implicações financeiras e burocráticas que isso significa. Com essa possibilidade, todos os associados ou cooperados poderão utilizar a marca coletiva registrada pela entidade a que pertencem. Pode ser o caso, por exemplo, de uma cooperativa de produtores de queijo.

O registro de marca coletiva só pode ser requerido pela pessoa jurídica que represente uma coletividade (LPI, art. 128, § 2º).

2.4.5. Marca de alto renome

A marca de **alto renome** é aquela bastante conhecida pelas pessoas, nacional e internacionalmente, o que a faz merecedora de proteção em todos os ramos de atividades quando registrada no Brasil.

Ressalta-se que alto renome se dá pela fama da marca e pela extensão geográfica que ela alcança (LPI, art. 125). Trata-se de uma marca tradicional, com prestígio e notoriedade indiscutíveis; por isso tem proteção específica com o fim de que terceiros, que explorem outras áreas da atividade econômica, não queiram aproveitar-se da fama da marca de alto renome para promover seus próprios produtos ou serviços. Uma conduta dessa ordem poderia ser tida como de concorrência desleal na medida em que haveria um aproveitamento indevido do esforço e fama alheios.

Por exemplo, Coca-Cola é uma marca de renome que não pode ser registrada por ninguém, mesmo em

ramo diferente do de bebidas. Também estão nesta categoria de marca: Pirelli, Kibon, Ford, Honda, Nike etc.

A norma jurídica confere à marca de alto renome uma proteção diversa e especial, pois a tutela se dá para todas as áreas de atividade, pois, do contrário, se uma segunda pessoa, de outro ramo, pudesse utilizar-se dessa marca renomada isso poderia causar confusão entre os clientes, ou mesmo captação de clientes em razão da difusão desse renome, que muitas vezes assim é tido graças a um grande esforço de publicidade e consequente dispêndio financeiro. Imagine o caso da Coca-Coca, talvez o titular dessa marca nunca explore o ramo de computadores, mas se alguém utilizasse essa marca em computadores sem dúvida poderia induzir consumidores a comprá-los imaginando tratar-se de um produto do grupo Coca-Cola de bebidas[90].

A proteção para a marca de alto renome se dá mediante declaração do INPI, ou seja, é o INPI quem caracteriza uma marca como de alto renome, devendo para tanto haver um procedimento administrativo junto ao órgão. Essa posição foi confirmada pelo STJ por meio da decisão proferida no Resp 1.162.281, cujo entendimento foi de que a notoriedade da marca Absolut tem de ser reconhecida pelo INPI, não por sentença judicial.

A forma da marca objeto de alto renome pode ser nominativa, figurativa ou mista. A regulamentação para o procedimento e seus requisitos a fim de se obter a declaração da marca como de alto renome se dá pela Resolução n. 121/2005 do INPI.

2.4.6. Marca notoriamente conhecida

Marca **notoriamente conhecida** é aquela de conhecimento das pessoas que operam no mesmo ramo de atividade do titular da marca. O reconhecimento de uma marca notoriamente conhecida é amplo, porém de alcance menor em relação à marca de alto renome, pois a sua notoriedade se dá em um ramo de fabricação específico.

Essas marcas têm proteção jurídica independentemente de estarem depositadas ou registradas, em cumprimento ao art. 6º *bis* (I) da Convenção da União de Paris – CUP – para Proteção da Propriedade Industrial (LPI, art. 126).

Quando a marca é notoriamente conhecida ela tem proteção especial, independentemente de ser registrada no Brasil em seu ramo de atividade. Difere, portanto, da marca de alto renome, cuja proteção,

que é ainda mais ampla, se dá em todos os ramos de atividade, desde que previamente registrada no Brasil e declarada pelo INPI. Nesse sentido, REsp 1.114.745.

Por exemplo, a marca Brasilit, do ramo de telhas; ou SIL, do segmento de fios e cabos elétricos; Garoto, na área de chocolates. Veja que, como marca notoriamente conhecida, Continental é uma marca registrada por diversas empresas sem ligação entre elas, e em diferentes segmentos da atividade econômica: pneus, eletrodomésticos, produtos de limpeza etc.

2.4.7. Marca tridimensional

Ainda é possível o registro de marca **tridimensional**, ou seja, aquela forma diferente criada para a embalagem de um produto, que a princípio teria outra disposição mais usual no mercado.

João da Gama Cerqueira afirma que a marca tridimensional consiste na forma do produto ou invólucro[91].

Vale ter em conta que "tridimensional" é um conceito aplicado a imagens, significando: altura, largura e profundidade; por isso a expressão "3D" ou três dimensões.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa lembra um típico exemplo de marca tridimensional: a garrafinha da Coca-Cola[92]. Podemos citar também a embalagem do produto de limpeza Pato Purific.

Contudo, a marca tridimensional trata-se do formato de uma embalagem que tem um caráter inovador e diferenciador das outras embalagens de produtos semelhantes[93]. A Lei n. 9.279/96 não prevê expressamente a marca tridimensional. O fundamento para o registro dela está no fato de ela não ser proibida por lei e, principalmente, pelo fato de ser um sinal distintivo visualmente perceptível, desde que não esteja compreendido entre as proibições legais.

2.4.8. Marca virtual. Os conflitos

Marca virtual não é necessariamente uma espécie de marca à luz da Lei n. 9.279/96. Na verdade, o que se tem denominado como "marca virtual" são nomes de domínio (ou nome do domínio). O domínio é uma designação/expressão que serve para localizar e identificar conjuntos de computadores e serviços na internet, a fim de evitar a localização por meio de seus números identificadores.

O nome de domínio é o endereço eletrônico de um *site* (sítio eletrônico), que constitui um conjunto de

informações e imagens alocadas em um servidor e disponibilizadas de forma virtual na internet. Nele constam as informações de seu proprietário, ou de terceiros, além de outras que sejam necessárias, tendo em vista sua finalidade.

Vale frisar que o acesso virtual ao *site* é feito por meio do endereço eletrônico (o nome de domínio). Ou seja, o que identifica o endereço eletrônico do *site* na internet é o seu nome de domínio. O nome de domínio está diretamente relacionado com o endereço IP (número de identificação; uma sequência de 12 dígitos) de um computador, ou seja, quando se está procurando por um nome de domínio, ou página na internet, na verdade está sendo buscado um endereço de um computador.

O que acontece de fato é que muitas vezes alguém registra um nome de domínio que coincida ou se assemelha muito com a marca registrada por outrem. Nestes casos, podem ser gerados pelo menos dois efeitos. Primeiro, impossibilidade de o titular da marca (registrada no INPI) registrá-la no www.registro.br (subordinado ao Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.BR) a fim de explorar o domínio como um *site*. Segundo, pode ocasionar a concorrência desleal em detrimento do titular da marca favorecendo indevidamente aquele que detém o domínio que coincide com a marca[94]. Assim, podem ocorrer conflitos entre o detentor de um domínio e o titular de marca. Isso porque aquele detentor do domínio poderá utilizar-se de má-fé, visando, por exemplo, induzir terceiros a erro com o desvio de clientela, o que pode configurar crime de concorrência desleal. Nestes casos, normalmente, os titulares das marcas administrativa e judicialmente têm conseguido obter o direito de explorar o nome de domínio que coincida com a sua marca registrada[95].

A legislação estabelecida pelo Comitê Gestor não exige a apresentação de qualquer comprovante de titularidade da marca para o seu registro como nome de domínio. Também, este órgão não faz consulta ao INPI. Basta o nome estar livre no servidor do órgão registrador para que sua titularidade e uso na rede sejam autorizados. Desse modo, passa a existir uma nova forma de pirataria de marcas, uma vez que um terceiro pode vir a registrar um nome de domínio do qual não detém a marca, impossibilitando o legítimo detentor da marca de registrar o domínio e, consequentemente, criar um *site* para sua marca.

A disciplina jurídica das marcas se dá pela Lei n. 9.279/96, sendo que tal regramento jurídico não se aplica à internet quanto às marcas coincidentes. Acontece que, no INPI, os registros são efetuados por classes, havendo, por exemplo, a possibilidade do registro do mesmo nome ou expressão em classes distintas, sem existência de colidência ou nulidade do registro. Por exemplo, pode haver o registro da

marca “Continental” para a classe de pneus; e da marca “Continental” para a classe de eletrodomésticos, sendo que os registros foram efetuados por pessoas distintas, sem qualquer ligação, cada qual na sua área de atuação.

No entanto, em matéria de internet isso não é possível, por não haver classes para um mesmo nome de domínio. Logo, havendo duas pessoas diversas que são titulares de marcas idênticas, mas em ramos distintos, ficará com o registro do nome de domínio aquele que fizer primeiro o requerimento junto ao www.registro.br, desde que atendidas as exigências legais correspondentes.

2.4.9. Marca consagrada ou de referência

A marca consagrada (ou de referência) é aquela que se torna sinônima do produto ou serviço, se confundindo com ele. O que acontece é que um produto, estampando certa marca identificadora, ao se consagrar no mercado acaba se confundindo com ela (a sua marca). Isso porque a marca se destaca tornando-se sinônima daquele tipo de bem (produto ou serviço), especialmente quando o bem tem um forte destaque ou é o primeiro a ser lançado no mercado, antecipando-se à concorrência de produtos semelhantes, resultando assim em uma marca de referência para os consumidores.

Dessa forma, os produtos dos concorrentes passam a ser chamados pelo público em geral pela mesma expressão da marca de referência. Esse fenômeno denomina-se metonímia ou transnominação – uma figura de linguagem que consiste no emprego de uma expressão por outra tendo em vista a relação de semelhança ou a possibilidade de associação entre elas. Ele é relativamente comum, especialmente no mercado de produtos alimentícios e de medicamentos. Isso pode ocorrer naturalmente ou pode ser uma estratégia de *marketing* que favorece o titular da marca.

São várias as marcas que se tornaram sinônimas na modalidade em que operam, como, por exemplo: Maizena (amido de milho), Nescau (achocolatado em pó), Band-aid (curativo), Gillette (lâmina de barbear), Bic (caneta), BomBril (palha de aço), Durex (fita colante), Post-it (papel colante para recados), Xerox (fotocópia), Aspirina (comprimido para dor de cabeça) etc.

Uma marca de referência não é necessariamente outro tipo de marca; entretanto, pela sua consagração, ela será invariavelmente uma marca de alto renome ou notoriamente conhecida.

2.4.10. Prazo de vigência

O **prazo de vigência** do registro da marca é de **10 anos** contados da data da concessão do registro, prorrogável por períodos iguais e sucessivos.

É importante destacar que o pedido de prorrogação deverá ser formulado durante o último ano de vigência do registro da marca (LPI, art. 133). Logo, o titular da marca pode tê-la por quanto tempo quiser, bastando para isso realizar os pedidos de prorrogação dentro dos respectivos prazos.

O registro de marca pode ser extinto por expiração do prazo (sem pedido de prorrogação); renúncia do seu titular etc. (LPI, art. 142).

2.4.11. Regime jurídico

Não podem ser registradas como marcas: brasão; medalha; desenho contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda crenças e cultos religiosos; sigla de órgão público; título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiro; nome civil; apelido; nome de evento; indicação geográfica; objeto que esteja registrado por outrem como desenho industrial; expressão gráfica, letra ou palavra isoladamente etc. (LPI, art. 124). Os itens citados são casos de proibições expressas da lei, que descreve as impossibilidades de ser objeto de registro como marca.

As restrições quanto à impossibilidade de serem registradas como marcas se estendem às obras literárias, artísticas ou científicas, bem como os seus respectivos títulos, que estejam sob a proteção do direito autoral, atualmente pela Lei n. 9.610/98 (LPI, art. 124, inc. XVII).

Como acontece na patente de invenção e no modelo de utilidade ou registro de desenho industrial, cabe o **direito de prioridade** ao registro de marca quando uma pessoa já o requereu em país que mantenha acordo com o Brasil, ou em organização internacional, que produza efeito de depósito nacional (LPI, art. 127).

Em 1989 foi assinado o **Protocolo de Madri** (ou Sistema de Madri), um tratado internacional para registro de marcas. De acordo com suas disposições é possível requerer o registro de uma marca em vários órgãos registrais dos países signatários ao mesmo tempo. Poder-se-ia dizer que se trata de um pedido de registro internacional, mas que tem o efeito de gerar a análise isolada por cada departamento de marca dos países aderentes. Assim, há uma redução nos custos, não sendo mais preciso percorrer os países nos quais se pretenda atuar e/ou exportar bens, efetuando registros individuais da marca. Apesar de ser de extrema importância em tempo de globalização e para a economia dos países e das empresas

que pretendem ser exportadoras, o Brasil ainda não assinou o Protocolo de Madri. Entretanto, mais de noventa países aderiram ao Tratado, como Estados Unidos, China e Alemanha.

Podem requerer registro de marca todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado. As pessoas jurídicas de direito privado especificamente só poderão requerer registro de marca relativo à atividade que exerçam efetiva e licitamente (LPI, art. 128, *caput*, § 1º).

O pedido de registro de marca deve ser feito junto ao INPI (com requerimento, comprovante de pagamento etc.), submetendo-se a um exame e respectivo processo (LPI, arts. 155 a 160).

Se o registro de marca for concedido, será expedido o respectivo certificado, do qual constará: a marca; o número e data do registro; o nome, a nacionalidade e o domicílio do titular; os produtos ou serviços etc. (LPI, arts. 161 e 164).

Muitos, ao usarem uma marca, têm o hábito de colocar ao lado da imagem da marca o símbolo ® (ou MR), demonstrando tratar-se de uma marca registrada. Em inglês, emprega-se o sinal ™ – que significa *trade mark* (marca registrada).

Ao titular da marca ou ao depositante, é assegurado: seu uso exclusivo em todo o território nacional (LPI, art. 129); ceder seu registro ou pedido de registro; licenciar seu uso (LPI, art. 130 cc. arts. 134 a 141).

O titular da marca não pode impedir que comerciantes utilizem sinais distintivos, que lhes são característicos em conjunto com a marca do produto, quando da sua promoção e comercialização, bem como não pode impedir a citação da marca em obra científica ou literária. Também não pode o titular da marca impedir a livre circulação de produtos colocados no mercado por si próprio ou por terceiro que foi autorizado (LPI, art. 132). Isso decorre, e é explicado, pelo "princípio do exaurimento da marca", que consiste no fato de que o direito sobre o uso da marca se relativiza ao ocorrer a primeira circulação (venda) do bem (normalmente a um distribuidor/revendedor, mas não necessariamente), impedindo assim o seu titular de pleitear a exclusividade para impedir as circulações subsequentes do produto. Esse regramento jurídico é plenamente aplicável em ambiente virtual, ou seja, no comércio eletrônico[96].

Além disso, o registro da marca é nulo quando for concedido em desacordo com as disposições legais; logo, também estará sujeito a processo administrativo ou judicial de nulidade, que produz efeito desde a data do depósito do pedido. A nulidade do registro pode ser total ou parcial (LPI, arts. 165 a 175)[97].

Vale ressaltar que atentar contra as marcas é considerado crime, de acordo com os arts. 189 a 190 da

Lei n. 9.279/96. A conduta criminosa pode ocorrer por meio de reprodução sem autorização ou alteração da marca. A pena é de detenção, de *3* meses a *1* ano, ou multa.

2.5. INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS

As indicações geográficas gozam de proteção jurídica pela Lei da Propriedade Industrial, podendo, assim como são as marcas, ser registradas (LPI, arts. 176 a 182).

Para isso, a proteção jurídica das indicações geográficas ocorre mediante o respectivo registro no INPI, respeitadas as regras da Lei da Propriedade Industrial e as disposições da Resolução n. 075/2000 do INPI, estabelecidas em cumprimento ao parágrafo único do art. 182 da Lei n. 9.279/96.

De acordo com o previsto no art. 176 da Lei n. 9.279/96, constituem indicação geográfica a **indicação de procedência** ou a **denominação de origem**.

2.5.1. Indicação de procedência

Indicação de procedência significa o nome geográfico do país, cidade, região ou localidade que se tenha tornado conhecido como centro de extração ou produção de determinado produto ou de prestação de determinado serviço (LPI, art. 177).

Um bom exemplo de indicação de procedência quanto à fabricação de móveis é Bento Gonçalves, cidade do interior do Estado do Rio Grande do Sul.

Outro exemplo que pode ser citado é o de Franca, cidade também situada no interior paulista, conhecida como produtora e exportadora de calçados.

2.5.2. Denominação de origem

Já denominação de origem quer dizer o nome geográfico do país, cidade, região ou localidade que designe produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos.

Pode ser usado como exemplo *Champagne* que é uma marca de um vinho branco e espumante produzido na região de Champagne, situada no nordeste da França.

Também é exemplo de denominação de origem Serra Gaúcha, localidade no interior do Estado do Rio

Grande do Sul na qual se produzem vinhos com características específicas.

No Brasil, em boa parte das situações, o que tem diferenciado a denominação de origem da indicação de procedência é fundamentalmente o meio geográfico, como no caso de Atibaia/SP, que tem um clima muito apropriado (fator natural influenciador da denominação de origem) para o cultivo de morangos, tornando os frutos derivados desta cidade bem apreciados pelos consumidores.

2.5.3. Regime jurídico

Estende-se a proteção jurídica à representação gráfica ou figurativa da indicação geográfica, bem como à representação geográfica de país, cidade, região ou localidade cujo nome seja a indicação geográfica (LPI, art. 179). Representação gráfica ou figurativa é a demonstração de algo de forma ordenada e escrita ou por um conjunto finito de pontos e de linhas.

Podem requerer registro de indicações geográficas as associações, os institutos e as pessoas jurídicas representativas da coletividade que estão legitimadas ao uso exclusivo do nome geográfico e estabelecidas no respectivo território (Resolução n. 075/2000, art. 5º).

Na prática, o pedido de registro de indicação geográfica deverá referir-se a um único nome geográfico, devendo conter (Resolução n. 075/2000, art. 6º):

1) requerimento com o nome geográfico, a descrição e as características do produto ou serviço;
2) documento hábil que comprove a legitimidade do requerente;
3) regulamento de uso do nome geográfico;
4) instrumento oficial que delimite a área geográfica;
5) etiquetas, quando se tratar de representação gráfica ou figurativa da denominação geográfica ou de representação geográfica de país, cidade, região ou localidade;
6) comprovante do pagamento da retribuição correspondente etc.

Não é suscetível de registro como indicação geográfica o nome geográfico que se tornou de uso comum, designando produto ou serviço (LPI, art. 180). Pode ser tomado de exemplo a expressão “alumínio”, que é utilizada para designação de um metal e também é o nome de uma cidade do interior de São Paulo.

Além disso, o nome geográfico que não designe indicação de procedência ou denominação de origem poderá servir para ser registrado como marca de produto ou serviço (de acordo com o art. 123, I), desde

que não induza as pessoas a respeito de uma falsa procedência (LPI, art. 181)[98].

É válido destacar também que são considerados crimes contra as indicações geográficas: fabricar, importar, exportar, expor à venda etc. produto que apresente falsa indicação geográfica, com pena de detenção, de **1 mês a 3 meses**, ou multa (LPI, arts. 192 a 194).

2.6. CONTRATOS DE KNOW-HOW/TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

Know-how significa saber fazer, conhecimento, técnica, experiência. Os contratos de *know-how* são contratos que têm por objeto a transferência de tecnologia, que, por sua vez, pode consistir na cessão ou licença de patentes, bem como envolver o uso de marcas, *softwares* etc.

A finalidade da transferência de tecnologia é muito variada, podendo se revestir na forma de:

1) construção de parque industrial;
2) reorganização empresarial;
3) mecanismos de produção e venda de bens e serviços de consumo ou insumos;
4) planejamento e elaboração de estudos para execução e prestação de serviços;
5) engenharia que fornece projeto, dirige, constrói e coloca em funcionamento uma indústria etc.[99].

Com relação às cláusulas de um contrato de *know-how*, estas devem prever de forma clara o prazo de duração; a remuneração e a maneira de pagamento de *royalties*; a forma de manutenção dos registros junto ao INPI; a preservação do segredo industrial (ou da patente); a delimitação do uso etc.

Já com referência ao regime jurídico, são aplicáveis as regras da teoria geral dos contratos, vinculada à legislação específica, dependendo do que estiver envolvido no contrato. Assim, por exemplo, se houver licença de *software*, aplica-se a legislação correspondente no que tange ao programa de computador; se houver licença de patente, a respectiva legislação da propriedade industrial; e assim por diante.

Para produzir efeitos em relação a terceiros, o contrato de transferência de tecnologia deverá ser registrado no INPI (LPI – Lei da Propriedade Industrial – Lei n. 9.279/96, art. 211 cc. arts. 61, 62, 63, 68, 121, 139, 140 e 141).

Os contratos de transferência de tecnologia muitas vezes têm como objeto a licença para exploração de patente e/ou para uso de marca (que serão a seguir estudadas).

2.6.1. Licença para exploração de patente

Como já estudado, **patente** é um título concedido ao autor de uma invenção ou modelo de utilidade, assegurando-lhe a propriedade e o privilégio de uso e exploração exclusiva durante determinado período.

A **invenção** está relacionada à criação de algo novo que possa ter aplicação industrial, como um eletrodoméstico que realize tarefas que nenhum outro as faça. A invenção difere da descoberta, que significa achar algo que já existe (LPI, art. 8º).

Por sua vez, **modelo de utilidade** é o objeto de uso prático que apresenta ato inventivo do qual resulte melhoria funcional na sua utilização ou em sua fabricação. Ele deve apresentar nova forma ou disposição quanto ao ato inventivo, e ter aplicação industrial (LPI, art. 9º).

A distinção entre invenção e modelo de utilidade reside no fato de que o modelo de utilidade é um aprimoramento da invenção, um aperfeiçoamento.

Assim, o titular da patente (ou o depositante, aquele que a está requerendo) poderá celebrar contrato de licença para a sua exploração por terceiro (LPI, art. 61, *caput*).

Para o início do uso da patente não é necessária a averbação da licença no INPI (LPI, art. 62, *caput*, § 2º). Logo, para as partes, os efeitos são imediatos, excetuando-se previsão diversa.

Entretanto, para produzir efeitos perante terceiros, o uso de patente precisa ser averbado no INPI, e somente a partir da publicação a licença de uso produzirá efeitos perante terceiros (LPI, art. 62, *caput*, § 1º).

O licenciado poderá ser investido pelo titular de todos os poderes para agir em defesa da patente (LPI, art. 61, parágrafo único).

Salienta-se que os aperfeiçoamentos introduzidos em patente licenciada pertencem a quem o fizer (titular ou explorador), sendo assegurado o direito de preferência ao outro contratante para seu licenciamento (LPI, art. 63).

Ainda, a **licença** não é a **cessão** da patente. Licença significa autorização/permissão de uso. Cessão quer dizer transferência/alienação.

2.6.2. Cessão de patente

Cessão de patente (ou pedido de patente) é a alienação da patente em favor de outrem. É a sua transferência/venda.

É válido considerar que a patente poderá ser cedida total ou parcialmente (LPI, art. 58, *caput*).

Caberá ao INPI efetuar as anotações relativas à cessão com a qualificação completa do cessionário; qualquer limitação ou ônus que recaia sobre a patente (ou pedido) etc. (LPI, art. 59).

As anotações da cessão pelo INPI somente irão produzir efeitos perante terceiros a partir de sua publicação (LPI, art. 60). No entanto, para as partes, os efeitos são imediatos, salvo previsão diversa.

Assim, a cessão de patente, de certa forma, trata-se de um contrato de compra e venda; logo, além das regras previstas na Lei da Propriedade Industrial – Lei n. 9.279/96 –, aplica-se às regras do contrato de compra e venda e da teoria geral dos contratos, no que couber, de forma subsidiária.

2.6.3. Licença para uso de marca

Como também já estudado em outro item deste livro, **marca** é o sinal colocado em um produto (ou serviço) para que este seja identificado e distinguido, não sendo confundido, pelo público, com outros produtos (ou serviços) semelhantes (LPI, art. 122). A proteção da marca ocorre pelo seu registro no INPI.

Aqui, também, o titular de uma marca (ou seu depositante) poderá celebrar contrato de licença para a sua exploração por terceiro (LPI, art. 139, *caput*).

Para o início do uso da marca pelo licenciado não é necessária a averbação do contrato de licença no INPI (LPI, art. 140, § 2º). Assim, para as partes, os efeitos são imediatos, salvo previsão diversa.

No entanto, para produzir efeitos perante terceiros, será necessário efetuar a averbação junto ao INPI (LPI, art. 140, *caput*). Nesse sentido, REsp-STJ 606.443.

Os efeitos, em relação a terceiros, da licença para uso da marca irão ocorrer somente a partir da publicação (LPI, art. 140, § 1º).

No mais, o titular, ao licenciar sua marca, tem o direito de fiscalizar os produtos e serviços que a estampam em relação às especificações, natureza e qualidade (LPI, art. 139, *caput*).

Já o licenciado, que recebe a licença para utilizar a marca, poderá ser investido pelo titular de todos os poderes para agir em defesa desta (LPI, art. 139, parágrafo único).

Além disso, aqui também valem as mesmas considerações, ou seja, **licença** não é a **cessão** de marca. A licença é uma autorização/permissão de uso. Já a cessão é uma transferência/alienação da marca.

2.6.4. Cessão de marca

Cessão de registro de marca (ou pedido de registro) é a transferência da marca em favor de outra pessoa. Cuida-se de uma alienação/venda.

O cessionário deverá atender aos requisitos legais para requerer a efetivação da cessão de marca, ou seja, se for impedido de requerer um registro de marca, a cessão não se efetivará (LPI, art. 134).

Assim, a cessão de marca deverá compreender todos os registros ou pedidos, em nome do cedente, de marcas iguais ou semelhantes, relativos ao produto ou ao serviço idêntico, semelhante ou afim, sob pena de cancelamento dos registros ou arquivamento dos pedidos não cedidos (LPI, art. 135).

Ao INPI caberá efetuar as seguintes anotações: a cessão com a qualificação completa do cessionário; qualquer limitação ou ônus que recaia sobre o registro da marca (ou pedido de registro) etc. (LPI, art. 136).

Contudo, as anotações da cessão pelo INPI somente irão produzir efeitos perante terceiros a partir de sua publicação (LPI, art. 137). No entanto, para as partes, os efeitos são imediatos, salvo previsão diversa.

2.6.5. Contratos de software

Software significa programa de computador. Trata-se de uma criação intelectual. É a linguagem dos computadores que permite a criação de textos, desenhos, cálculos, impressões etc.

Destaca-se que quando o *software* é cedido a terceiros, gratuita ou onerosamente, ajuda na racionalização de tarefas, em especial no campo corporativo. Além disso, aprimora a alocação dos recursos humanos e financeiros, proporcionando sensível economia em relação aos custos, tempo, espaço físico, entre outras vantagens[100].

Em referência ao regime jurídico aplicável, é a Lei n. 9.609/98 – Lei do *Software* –, aplicando subsidiariamente a Lei n. 9.610/98 – Lei dos Direitos Autorais.

Cabe ponderar que o *software* é tido como uma criação intelectual vinculada aos direitos autorais (não à propriedade industrial), no entanto, seu registro deve ser feito no INPI (órgão por excelência registrador de propriedade industrial). O registro do *software* no INPI tem caráter sigiloso.

É preciso levar em consideração que o cadastro no INPI é requisito essencial para a comercialização do *software*.

Além disso, quando o *software* for de origem estrangeira, será necessário averbar o respectivo

contrato no INPI.

Quanto ao prazo de proteção dos direitos sobre o *software*, ele é de **50 anos** a partir do lançamento em qualquer país.

Os contratos de *software* gozam de liberdade em suas cláusulas, buscando assegurar direitos ao criador do programa e aos seus usuários.

No entanto, esses contratos se submetem tanto às restrições previstas na legislação especial, que o regula quanto ao restante do ordenamento jurídico, sob pena de nulidade, como às sanções no campo civil, penal etc. Nesse sentido, por exemplo, devem-se sempre respeitar os direitos morais e patrimoniais do autor.

Pelo não cumprimento do contrato de *software*, ou pelo seu uso indevido, é gerado o dever indenizatório pelo violador em favor do lesado.

Algumas regras não podem ser transigidas pelas partes contratantes (conforme a legislação): assistência técnica; não suspensão do uso sem indenização ao prejudicado; correção de erros sem custos; cláusulas contra os bons costumes etc.

Nesse campo de contratação, pode haver **exclusividade** para determinado distribuidor (com regras do contrato de distribuição), como em relação à área geográfica de abrangência; à estratégia de ação e venda; às quotas mínimas de venda; à subcontratação de revendedores etc.

Contudo, o contrato de *software*, dependendo do seu objeto, pode ser um contrato de encomenda de *software*, cessão de *software* ou licença de uso[101].

2.6.5.1. Encomenda de software

Contrato de encomenda de *software* é o acordo em que uma parte encomenda a outra determinado *software* – programa de computador –, mediante remuneração.

Uma das partes, a fornecedora, se compromete a criar o programa para atender ao objetivo de quem o encomendou, ou seja, o cliente, mediante a correspondente remuneração.

O cliente fará o uso do *software* para atender a seu objetivo, cabendo ao fornecedor propiciar a aplicação e a prestação de assistência técnica.

2.6.5.2. Cessão de software

O contrato de cessão de *software* é o acordo pelo qual o criador transfere ao seu cliente os direitos sobre seu programa de computador (já existente), mediante remuneração.

A cessão do titular dos direitos (cedente) pode ser total ou parcial em favor do cessionário, que vai poder aproveitar os resultados patrimoniais (não os morais) dessa operação.

Dessa forma, o contrato deve apontar de forma clara quais são os direitos cedidos, o tempo de duração, condições de uso etc. Destaca-se que tudo o que não for expresso na minuta continuará como direito do titular.

2.6.5.3. Licença de uso de software

O contrato de licença de uso de *software* é o acordo em que o titular concede o uso do seu programa de computador à outra parte, permanecendo como titular de todos os demais direitos.

Alguns contratos de licença de *software* são remunerados, outros gratuitos.

É importante afirmar que, nesse caso, a licença pode ser concedida/distribuída a várias pessoas, que irão receber a correspondente remuneração de vários clientes.

2.7. CONCORRÊNCIA DESLEAL

"Concorrência" significa a disputa entre agentes econômicos de um mesmo segmento empresarial.

Por sua vez, o vocábulo "desleal" significa infiel ou falso.

Assim, a expressão "concorrência desleal" significa que determinadas ações de agentes econômicos, na busca de favorecimento próprio ou de terceiro, são consideradas infiéis ou são utilizadas com falsidade, portanto, condutas ilícitas, pois prejudicam seus concorrentes.

Conforme o art. 10 *bis* (II) da Convenção da União de Paris (CUP), cuja ratificação no Brasil se deu pelos Decretos ns. 75.572/75 e 1.263/94, "constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial".

O art. 170 da Constituição Federal, *caput*, inc. IV e parágrafo único, prevê a livre-iniciativa e a livre concorrência. Dessa forma, é assegurado a todos participar do mercado num sistema de concorrência. Porém, se um agente praticar determinada ação tida como ilícita, a concorrência se torna desleal.

Um ato que pode ser tido como exemplo de concorrência desleal é o desvio de clientela por meio de

subterfúgios que possam induzir os consumidores a erro, o que pode ocorrer tanto no comércio convencional como no comércio eletrônico[102].

2.7.1. Direito concorrencial e infração da ordem econômica

O Direito concorrencial pode ser dividido em duas grandes partes. Ou melhor, existem dois tipos de concorrência ilícita: a "concorrência desleal" (Lei n. 9.279/96, arts. 195 e 209) e a "infração da ordem econômica" (Lei n. 12.529/2011 – Lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC). Esta última lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica –, cujas violações estão previstas nos seus arts. 36 e s. (tal norma, vigente a partir de 1-6-2012, substitui grande parte dos dispositivos da Lei n. 8.884/94, cujas infrações estavam previstas nos arts. 20 e s.).

O SBDC é formado pelo **CADE** (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e pela **SEAE** (Secretaria de Acompanhamento Econômico – Ministério da Fazenda), conforme o art. 4º da Lei n. 12.529/2011.

Sucintamente, ao CADE cabe analisar atos de concentração econômica, aprovando-os ou não, investigar condutas prejudiciais à livre concorrência e aplicar punições aos infratores.

Serão submetidos à apreciação do CADE os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: 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 quatrocentos milhões de reais; e 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 trinta milhões de reais (Lei n. 12.529/2011, art. 88, *caput*).

Em sua atuação, compete à SEAE manifestar-se sobre: os aspectos referentes à promoção da concorrência, propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas; minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada quanto aos aspectos referentes à promoção da concorrência; proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência. Também compete à SEAE elaborar: estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada

pelo CADE, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo; estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que esse Ministério tem assento; entre outras atribuições previstas no art. 19 da Lei n. 12.529/2011.

Pode-se dizer que na concorrência desleal as ações do agente infrator provocam lesões que alcançam basicamente o interesse do empresário diretamente afetado pela prática irregular, quando, por exemplo, tem sua clientela desviada de forma fraudulenta.

Já na infração da ordem econômica (que não será estudada nesta obra), as ações do infrator ameaçam as estruturas do mercado; logo, atingem um número maior de interesses, como no aumento arbitrário de lucros ou na combinação com outros concorrentes para aumentar os preços[103].

Condutas tidas como de concorrência desleal têm basicamente como finalidade, direta ou indireta, aumentar a clientela do infrator em detrimento de concorrente do mesmo segmento empresarial. Por exemplo, imagine uma confeitaria cujo título de estabelecimento (nome fantasia) seja “Bolos do Frade”, sendo que após um bom tempo de funcionamento ocorre a abertura de um estabelecimento concorrente, dentro do seu raio de atuação, usando o título de estabelecimento “Bolos do Frei”. Trata-se de uma situação que pode causar confusão entre os consumidores, logo, um possível desvio de clientela sujeito a ser considerado ato de concorrência desleal.

Quanto à repressão à concorrência desleal, ela ocorre basicamente em dois níveis: penal e civil.

2.7.2. Repressão na esfera penal e civil

Na Lei n. 9.279/96, art. 195, a repressão à concorrência desleal ocorre por meio da tipificação das condutas em ações consideradas crimes.

Como crimes de concorrência desleal podem ser citados: obter vantagem em detrimento do concorrente, por meio da publicação de afirmação falsa; desviar clientela empregando meio fraudulento; usar indevidamente nome empresarial, título de estabelecimento ou insígnia alheios; corromper empregado do concorrente para que falte ao seu dever com o seu empregador; receber dinheiro ou outra forma de gratificação para, faltando ao seu dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do seu empregador; divulgar, sem autorização, conhecimentos ou dados confidenciais utilizados na indústria,

comércio ou prestação de serviço etc.

Deve-se levar em consideração o fato de que a sanção para esses crimes é de detenção, de **três meses a um ano**, ou multa.

Existe ainda a repressão à concorrência desleal no âmbito civil. O art. 209 da Lei n. 9.279/96 prevê o direito do prejudicado em pleitear indenização por perdas e danos em razão dos prejuízos causados por atos de violação de concorrência desleal ou de propriedade industrial, não previstos no texto da referida lei, que possam prejudicar a reputação ou negócios alheios; criar confusão entre estabelecimentos empresariais ou entre produtos e serviços postos no comércio.

Somado a isso, ainda na esfera civil, a proteção pode ser realizada pelos princípios gerais do ato ilícito e da responsabilidade civil (CC, arts. 186 e 187 cc. art. 927). Assim, o autor prejudicado pode pleitear uma indenização por danos materiais e morais juntos àquele que for considerado culpado[104].

QUESTÕES DE EXAMES DA OAB E CONCURSOS PÚBLICOS

1. (OAB Nacional 2008.2) De acordo com as leis brasileiras, considera-se criação passível de ser objeto de direito de patente

A) a pintura em que se retrata a imagem de um grupo de pessoas.

B) o livro científico em que se descrevem aplicações de medicamentos.

C) o método cirúrgico de transplante de coração em animais.

D) um processo de fabricação de tinta.

2. (OAB Nacional 2008.1) Segundo o art. 122 da Lei n. 9.279/96 são suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais. Com base no regime jurídico das marcas, previsto nessa lei, assinale a opção correta.

A) À marca de alto renome será concedida proteção em seu ramo de atividade, independentemente de estar registrada no Brasil.

B) À marca coletiva, se devidamente registrada no Brasil, será concedida proteção para ser utilizada por todos os que atuarem no correspondente ramo de atividade.

C) À marca de produto ou serviço será concedida proteção para distinguir produto ou serviço de outro, idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa.

D) À marca notoriamente conhecida, desde que registrada no Brasil, será concedida proteção em todos os ramos de atividade.

3. (OAB-SP 137º 2008) É patenteável como invenção ou modelo de utilidade

A) aquilo que for contrário à moral e aos bons costumes, desde que preencha os requisitos da

patenteabilidade – novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

B) aquilo que for contrário à segurança, à ordem e à saúde pública, desde que preencha os requisitos da patenteabilidade – novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

C) micro-organismo transgênico que atenda aos requisitos da patenteabilidade – novidade, atividade inventiva e aplicação industrial – e que não seja mera descoberta.

D) sinal distintivo visualmente perceptível e não compreendido nas proibições legais.

4. (OAB-SP 136º 2008) Assinale a opção correta no que diz respeito à invenção e modelo de utilidade realizado por empregado ou prestador de serviço.

A) A invenção pertence exclusivamente ao empregador quando decorrer de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva.

B) O empregador, titular da patente, é obrigado a conceder ao empregado autor de invento participação nos ganhos econômicos resultantes da exploração da patente.

C) A invenção pertence, em regra, exclusivamente ao empregador quando decorrer de contrato de estágio cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ainda que aquela seja resultado de contribuição pessoal do estagiário.

D) Considera-se desenvolvida pelo empregado, em regra, a invenção cuja patente tenha sido por ele requerida até o prazo de um ano após a extinção do vínculo empregatício.

5. (OAB-SP 135º 2008) São registráveis como marca

A) letra, algarismo e data, ainda que isoladamente, quando revestidos de suficiente forma distintiva.

B) termos técnicos que, usados na indústria, na ciência e na arte, tenham relação com o produto ou serviço a distinguir.

C) bandeira pública ou oficial, nacional, estrangeira ou internacional, bem como a respectiva designação, figura ou imitação.

D) sinais ou expressões empregados apenas como meio de propaganda.

6. (Magistratura-SP 180º 2007) A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial efetua-se mediante

A) concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade e concessão de registro de desenho industrial nos termos da Lei de Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96), sendo a proteção relativa à marca submetida às regras do direito autoral (Lei n. 9.610/98).

B) as regras do Direito Autoral previstas no Código Civil.

C) registro público empresarial com o devido depósito da marca e patente efetuado nos termos da Lei n. 8.934/94, que dispõe sobre o registro público de empresas mercantis e atividades afins.

D) concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; concessão de registro de desenho

industrial e de marca; repressão às falsas indicações geográficas; repressão à concorrência desleal, nos termos de Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96).

7. (Magistratura-SP 180º 2007) Marca de produto ou serviço é

A) a usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa.

B) a usada pela indústria farmacêutica.

C) a usada para identificação de produtos ou serviços provindos de membros de determinada entidade farmacêutica.

D) a utilizada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com certas normas técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material usado e metodologia.

8. (Magistratura-PR 2007-2008) Assinale a alternativa correta:

A) A patente de invenção vigorará pelo prazo de 15 (quinze) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 10 (dez) anos contados da data de depósito.

B) 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 em 5 (cinco) anos encerrar a exploração, sem arcar com indenizações ao titular da patente.

C) A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos produto objeto de patente incluindo preparação de medicamento de acordo com prescrição médica para casos individuais, executada por profissional habilitado.

D) Ao titular da patente é assegurado 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.

9. (Magistratura-MG 2008) Sobre as marcas, é *CORRETO* afirmar que:

A) A marca de alto renome goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil.

B) O contrato de licença para uso da marca produz efeitos em relação a terceiros se averbado no Cartório de Títulos e Documentos.

C) Pessoas jurídicas de direito público podem requerer o registro de marca.

D) O titular da marca poderá impedir que comerciantes ou distribuidores utilizem sinais distintivos que lhes são próprios, juntamente com a marca do produto, na sua promoção e comercialização.

10. (Magistratura-RS 2009) A respeito da Lei n. 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial), assinale a assertiva correta.

A) O pedido de patente de invenção terá de se referir a uma única invenção ou a um grupo de invenções

inter-relacionadas de maneira a compreenderem um único conceito inventivo.

B) São patenteáveis invenções mesmo que contrárias à moral, aos bons costumes e à segurança.

C) O pedido de patente retirado ou abandonado não necessita ser publicado.

D) A patente de invenção vigorará pelo prazo de dez anos, e a de modelo de utilidade, pelo prazo de cinco anos contados da data do depósito.

E) Prescreve em três anos a ação para reparação de dano causado ao direito de propriedade industrial.

3

Títulos de crédito

3.1. TEORIA GERAL DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

De modo geral, uma teoria significa o sistema coordenado de uma ciência; os princípios de uma ciência. A teoria geral dos títulos de crédito cuida dos princípios e das regras gerais e fundamentais dos institutos jurídicos cambiais.

Os títulos de crédito formam um sub-ramo do Direito Empresarial conhecido como “Direito Cambiário”. O Direito Cambiário tem normas próprias que o regem, como a Lei Uniforme sobre letra de câmbio e nota promissória, a lei do cheque, a lei da duplicata, cabendo a aplicação do Código Civil apenas subsidiariamente (CC, art. 903).

3.1.1. Crédito

A palavra “crédito” vem do latim *credere* e significa confiar, confiança.

Dessa forma, o crédito oferece a possibilidade de consumo imediato pelo seu tomador em relação à compra de produto ou de serviço e à espera do vendedor para receber a contraprestação pelo que vendeu.

Com isso, o crédito possibilita a circulação de riquezas sem a necessidade do pagamento imediato.

Assim, cuida-se da troca de uma prestação atual por uma prestação futura com base na confiança de uma parte com a outra [105].

3.1.2. Histórico

Pode-se dizer que o dinheiro é uma forma de troca aceita por todos. É o método para adquirir

mercadorias e serviços.

Porém, anteriormente, as negociações eram feitas por trocas *in natura* (de coisa por coisa); mais tarde, passou-se a usar o sal como moeda; depois a moeda-metálica; e, finalmente, o papel-moeda fundado na confiança do Estado emissor[106].

Passou-se da chamada economia natural para a economia monetária, caracterizada pela moeda como instrumento de troca.

Posteriormente, a economia monetária cedeu lugar, de forma parcial, à economia creditória, ampliando o conceito de troca, ou seja, o dinheiro em espécie foi, em parte, substituído pelos títulos de crédito.

Os títulos de créditos surgiram na Idade Média como instrumento para facilitar a circulação do crédito comercial. O primeiro título de crédito inventado foi a letra de câmbio[107], o que ocorreu no século XI.

A princípio, o título de crédito foi criado como uma forma de contrato de câmbio trajetício (significa para o trajeto), uma forma de segurança encontrada para evitar que os mercadores fossem roubados ou pirateados. Naquela época, comprador e vendedor compareciam a um banco, que recebia a quantia do comprador e em consequência emitia uma letra de câmbio em favor do vendedor. Este título deveria ser pago ao vendedor por um correspondente do banco situado na cidade sede do vendedor.

Depois, com o passar do tempo, o título de crédito assume a condição de representar valores, contendo implicitamente a obrigação de realizar esse valor no prazo convencionado.

Tendo em vista a diversidade entre os países quanto às suas leis referentes aos títulos de crédito, um marco fundamental na história do Direito Cambiário se deu em 1930 com a Convenção de Genebra. Trata-se de um tratado internacional cuja finalidade foi a de “uniformizar” as regras sobre letra de câmbio e nota promissória, de modo que os países signatários devessem editar normas internas de acordo com o seu teor.

O Brasil, como país signatário, fez isso por meio do Decreto n. 57.663/66 – apelidado de “Lei Uniforme”, haja vista a finalidade da Convenção de Genebra, ou seja, a de uniformizar a legislação entre os países.

Vale destacar que no Brasil o Código Comercial de 1850 já tratava da letra de câmbio, cujas disposições legais foram revogadas pelo Decreto n. 2.044/08, que por sua vez foi revogado em parte, tacitamente, pelo Decreto n. 57.663/66.

3.1.3. Conceito

O conceito clássico de título de crédito foi formulado pelo jurista italiano Cesare Vivante como o "**documento** necessário para o exercício do direito **literal** e **autônomo** nele mencionado" (grifos nossos).

Esse conceito é importantíssimo para o Direito Cambiário, pois a partir dele se abstraem os seus três princípios elementares: cartularidade (documento), literalidade (literal) e autonomia (autônomo), que serão estudados mais adiante.

Nosso Código Civil de 2002, com influências do Direito Italiano, no seu art. 887, trouxe um conceito de título de crédito, que é semelhante ao de Cesare Vivante: "O título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei".

3.1.4. Principais expressões cambiárias

Estudar o Direito Cambial é visto por muitos como uma tarefa árdua, tendo em vista a antiguidade de parte da sua legislação e os termos utilizados por ela.

Assim, a fim de melhor situar o estudante a respeito da matéria, elaborou-se um "minidicionário" com algumas expressões muito utilizadas pelo Direito Cambiário. É importante destacar que algumas dessas expressões serão melhor explicadas no desencadeamento deste capítulo.

Sacar – Significa emitir o título (pode significar abater/descontar de conta bancária).

Saque – É a expedição do título, emissão ou criação.

Aceite – É a concordância em pagar.

Sacador – É o emitente, quem cria o título; ele saca, por exemplo, a letra de câmbio, dando a ordem para o sacado pagar determinado valor em determinada data.

Sacado – É o aceitante, o devedor, pois aceitando (aceite) o título estará concordando; portanto, deverá pagá-lo no vencimento.

Tomador – É o credor, o beneficiário, que poderá ser um terceiro (cheque ou letra de câmbio), ou ser a mesma pessoa que o sacador (duplicata).

3.1.5. Características

Os títulos de crédito são documentos que representam obrigações em dinheiro. Porém, podem representar obrigações cambiárias (como é o caso do aval) e obrigações não cambiárias, ou seja, qualquer outro tipo de obrigação (p. ex., um contrato de empréstimo) [108].

Pode-se dizer que o credor de uma obrigação representada por um título de crédito tem mais vantagens do que aquele credor de uma obrigação representada em outro título, por exemplo, um contrato, um reconhecimento de culpa, ou inclusive uma sentença judicial. Isso se dá em razão das características da **negociabilidade** e **executividade** [109], nem sempre presentes em outras obrigações.

3.1.5.1. Negociabilidade

A característica da negociabilidade (ou circulação) permite que o título de crédito circule de forma simplificada, dando mais certeza e segurança a quem o recebe, o que propicia maior agilidade e facilidade na transmissão do crédito.

Desse modo, o título de crédito é mais eficiente e seguro, com relação à sua transmissão, se comparado com créditos decorrentes de outros títulos, pois, entre outras coisas, no título de crédito, o devedor não pode opor exceções pessoais a quem recebeu por transferência o título (tema que será aprofundado no estudo do princípio da autonomia e suas extensões).

A negociabilidade possibilita que o título de crédito seja utilizado em operação de desconto, que significa o recebimento antecipado dos valores de títulos de créditos não vencidos. Essa antecipação dos valores é feita pelo banco ao qual o comerciante transferiu os créditos.

O título de crédito também pode ser utilizado como uma forma de garantia, como em um empréstimo bancário, ou para efetuar o pagamento de fornecedores e credores.

Já a circulação dos títulos de crédito se dá de forma simples e ágil, pela mera tradição nos casos de títulos ao portador, ou pela assinatura do credor – endosso – nos títulos nominativos (como será visto adiante).

Isso, que de certa forma se torna difícil com os outros tipos de títulos, tendo em vista sua incerteza e insegurança na circulação e transmissão, sendo que esses são circuláveis apenas pela cessão de crédito (tema que será tratado adiante), o que permite a oposição de exceções pessoais pelo devedor junto ao credor.

Diga-se de passagem, os títulos de crédito são objeto de penhora, conforme prevê o novo Código de Processo Civil, art. 856, ao asseverar que a penhora de crédito representado por cheque, duplicata, nota promissória ou outros títulos far-se-á pela apreensão do documento, independentemente dele estar ou não em poder do executado (devedor).

3.1.5.2. Executividade

Outra característica dos títulos de crédito é a executividade, pois há uma presunção de verdade quanto ao seu teor, bem como se trata de um documento formal disposto em lei.

É a executividade que dá maior eficiência e celeridade/rapidez na cobrança da obrigação porque os títulos de crédito são considerados títulos executivos extrajudiciais. O Código de Processo Civil, no art. 585, inc. I [novo CPC, art. 784, I], enumera os títulos com essa característica.

Sendo o título de crédito executivo, ele pode ser cobrado diretamente por meio de **execução judicial** – ação cambial/cobrança sumária –, sem a necessidade de ação de conhecimento e todo o seu rito processual de discussão, prova e contraditório, como em outros casos de cobrança de créditos decorrentes de um contrato.

Assim, um título de crédito pode ser negociado e executado, o que lhe assegura vantagens em relação às outras obrigações.

3.1.6. Princípios

O Direito Cambiário tem três princípios: cartularidade, literalidade e autonomia. O princípio da autonomia é constituído por dois subprincípios: abstração e inoponibilidade das exceções pessoais ao terceiro de boa-fé.

3.1.6.1. Cartularidade

Cartularidade: cártula significa papel; logo, um título de crédito necessariamente deve ser firmado em papel.

A princípio, em razão da expressão “cartulidade”, o título de crédito não poderia ser materializado em outro suporte que não o papel, como, por exemplo, em tecido, madeira, couro, vidro etc. Se assim fosse,

o mais apropriado, então, seria chamar esse princípio de princípio da materialidade ou da documentalidade, e não da cartularidade.

Mas isso vem sendo cada vez mais discutido, principalmente, a partir da vigência do art. 889, § 3º, do Código Civil, ao prever a possibilidade da emissão de título por computador. Dessa forma, emitido eletronicamente, não sendo materializado em papel, seria uma exceção ao princípio da cartularidade.

Pelo princípio da cartularidade, o exercício dos direitos representados por um título de crédito pressupõe a sua posse, pois somente quem exibe a cártula (o papel, que representa o título) pode exigir a satisfação do direito que está documentado no título. Assim, em geral, quem não tem a posse do título não pode ser presumido credor.

Com isso, para instruir a petição inicial de uma execução judicial, é necessária a exibição do original, não podendo ser cópia autenticada. Dessa forma, tem-se a garantia de que quem postula a satisfação do direito é realmente o seu titular, o que dá segurança às operações creditórias.

A necessidade da cártula original evita o enriquecimento sem causa de oportunistas, como quando alguém já foi credor daquele título, mas agora não é mais por tê-lo transferido a outra pessoa.

Se fosse possível ajuizar a execução com uma cópia do título, o original poderia continuar circulando, prejudicando terceiros de boa-fé. Uma exceção a isso (e ao princípio da cartularidade) ocorre quando o devedor não devolve a duplicata (que lhe foi enviada para aceitação). Nesse caso, a execução pode ser instruída com o comprovante de entrega da mercadoria, pois o título original foi retido pelo devedor.

3.1.6.2. Literalidade

Literalidade: literal quer dizer que vale apenas o que está escrito, ou seja, o que efetivamente está estampado no título. Assim, somente produzem efeitos jurídicos-cambiários os atos lançados no próprio título de crédito, pois apenas o conteúdo do título é que possui valor.

Os atos firmados em documentos separados entre as partes, ainda que válidos entre elas, não irão produzir efeitos perante os terceiros.

É o caso do recibo separado, que não produz consequência jurídica perante o terceiro de boa-fé que recebeu o título, pois este não sabia que o título tinha sido quitado devido ao fato de não constar a quitação no corpo do título de crédito. Logo, a quitação deve constar no próprio título.

No caso de pagamento parcial, quem paga apenas uma parte de um título deve exigir a quitação parcial

no corpo do título, para evitar a transmissão pelo valor total a terceiro de boa-fé.

Outro exemplo é o aval (garantia dada em títulos de crédito, que será estudada mais adiante), que apenas é válido se constar no corpo do título, pois, do contrário, será considerado inexistente (art. 31 do Decreto n. 57.663, de 24 de janeiro de 1966 – conhecido como Lei Uniforme – LU).

3.1.6.3. Autonomia

Autonomia: autônomo significa independente. Assim, quando um único título documentar mais de uma obrigação, elas serão consideradas independentes, sendo que uma possível invalidade de qualquer uma delas não irá acarretar prejuízos às demais obrigações.

O princípio da autonomia facilita a circulação dos títulos de crédito, pois traz segurança jurídica a estes.

As obrigações são autônomas umas das outras. Por exemplo, se, por algum motivo, o aval for considerado nulo, isso não irá prejudicar o aceite feito por quem irá efetuar o pagamento.

Resumindo, os vícios que comprometem a validade de uma relação jurídica não se estendem às demais obrigações abrangidas no mesmo título.

Um bom exemplo é a seguinte hipótese: se **A** vende uma casa para **B**, e **B** assina uma nota promissória em favor de **A**, **A** torna-se devedor de **C** e efetua o pagamento do seu débito com a mesma nota promissória; então, o título representa três relações jurídicas: de **A** e **B** (compra e venda); de **A** e **C** (quitação da dívida); e de **B** e **C** (**B** agora deve para **C**).

Havendo vício em qualquer relação, como problemas com a casa, não haverá interferência nas demais relações representadas pelo título, pois, para sanar esse problema, existem outros remédios jurídicos, como ação judicial por vício redibitório.

Por essa razão, o princípio da autonomia é fundamental para a garantia da circulação do título de crédito.

Vale destacar que o princípio da autonomia é constituído por dois subprincípios: **abstração** e **inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé.**

3.1.6.3.1. Abstração

A abstração ocorre quando o título de crédito circula (é transmitido de uma pessoa à outra), pois nesse caso ele se desvincula do negócio jurídico que lhe deu origem (dito negócio subjacente). Por isso, como

regra, deverá ser pago mesmo que haja problemas entre as partes originárias do negócio.

Deve-se ter em conta que a abstração é fundamental para a garantia da circulação do título de crédito, uma vez que quando o título é posto em circulação, se diz que ocorre a abstração.

Cabe destacar que não havendo a circulação do título, ele fica vinculado entre as partes do negócio jurídico originário. Logo, havendo algum problema entre as partes, poderá haver oposição ao pagamento desse documento creditório por estar ele ligado à relação obrigacional entre as partes.

No exemplo de **A** que vende uma casa para **B** e **B** assina a nota promissória, se a compra e venda da casa for desfeita, o título não precisa ser honrado. No entanto, se a nota promissória circulou (mesmo tendo sido a compra e venda desfeitas), o título terá que ser pago ao seu portador/credor.

3.1.6.3.2. Inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé

Inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé: exceção significa defesa. Nesse contexto, o executado, em virtude de um título de crédito, não pode alegar em sua defesa (embargos) matéria estranha à sua relação direta com o exequente (credor), salvo prova de má-fé.

Ainda nesse exemplo, depois de a nota promissória assinada por **B** ter circulado, sendo este cobrado por **C**, **B** não poderá alegar em sua defesa que a casa tinha problemas (relação pessoal de **A** e **B**). Apenas poderá alegar problemas da sua relação com **C**, ou seja, deficiências do título (por exemplo, falsidade, nulidade por falta de requisito, prescrição). Assim, **C** não pode ser prejudicado por ser portador de boa-fé.

No entanto, se antes da circulação do título **C** tinha conhecimento da notificação de **B** para **A** sobre os problemas com a casa, **C** será considerado de má-fé, podendo essa matéria ser alegada na defesa de **B**, sendo que, nesse caso, **C** terá que provar a inexistência dos vícios.

3.1.7. Classificação

Classificações servem para demonstrar os elementos comuns entre determinadas situações, espécies etc.

Assim, os títulos de crédito podem ser classificados de acordo com quatro critérios, que ocorrem em relação ao modelo, à estrutura, à emissão e à circulação[110].

Cada um desses critérios tem subdivisões, conforme será explicado a seguir, sendo que os títulos de crédito utilizados como exemplos serão, em outro momento, apresentados com mais detalhes em cada

tópico, respectivamente. Vejamos, assim, o seguinte quadro:

CRITÉRIOS	POSSIBILIDADES / ESPÉCIES
Modelo	Livre ou Vinculado
Estrutura	Promessa de pagamento ou Ordem de pagamento
Emissão	Causal ou Não causal
Circulação	Ao portador ou Nominativo (à ordem ou não à ordem)

Quanto ao **modelo** (livre ou vinculado): o modelo **livre** significa que o título não possui um padrão estabelecido por norma quanto ao seu formato, mas deve observar os requisitos mínimos que a legislação exige, como valor e assinatura do emissor no caso de nota promissória ou letra de câmbio.

No modelo **vinculado**, a norma jurídica define os padrões a serem observados quanto ao seu formato, sob pena de não produzir efeitos cambiários. Por exemplo, a confecção do cheque deve seguir o padrão estabelecido na legislação, quanto ao tamanho, local para assinatura, valor numérico etc. Ao se observar os modelos de cheques dos bancos brasileiros, vê-se que são todos iguais em relação ao tamanho e localização dos campos a serem preenchidos; o que muda é apenas a cor e a marca d'água.

Com relação à **estrutura**, ela pode ocorrer por ordem de pagamento ou por promessa de pagamento. A estrutura **ordem de pagamento** significa que a emissão (saque) do título cria três figuras: quem dá a ordem de pagamento (sacador); o destinatário da ordem (sacado, quem deverá pagar o título) e o tomador da ordem (beneficiário, credor). São exemplos dessa estrutura a letra de câmbio e o cheque.

Já na estrutura **promessa de pagamento**, o saque do título cria somente duas figuras: quem promete pagar (sacador) e o beneficiário da promessa (credor), como a nota promissória.

Em caso de nota promissória, o sacado (quem deverá pagar o título) é o próprio sacador, pois quem efetuará o pagamento é aquele que prometeu (o sacador). No caso da duplicata, quem promete não é o emissor do título, pois este é emitido pelo credor da operação, ou seja, o emissor do título é ao mesmo tempo sacador e beneficiário, sendo que o sacado é o devedor.

Com relação à **emissão,** ela pode ser causal e não causal. A emissão **causal** significa que as hipóteses para a criação de determinado título devem estar previstas na legislação, ou seja, o título de crédito somente pode ser emitido se ocorrer o fato que a lei prevê. Exemplo: a duplicata mercantil apenas pode ser emitida nos casos em que ocorrer a compra e venda entre empresários.

Quando se trata de emissão **não causal**, o título de crédito pode ser criado independentemente da

causa, ou seja, em qualquer hipótese, não precisando de previsão legal. Esse título pode representar uma obrigação de qualquer natureza. Por exemplo, o cheque e a nota promissória podem ser emitidos em qualquer situação (como para o pagamento de pensão alimentícia) ou operação econômica (ilustrativamente, pela venda de quotas sociais de uma empresa).

Por sua vez, quanto à **circulação**, ela pode ser ao portador ou nominativo. O título *ao* **portador** significa que ele não tem a identificação do seu credor, ou seja, o credor é quem tem a posse do título. Esses títulos são transmissíveis pela simples tradição (entrega), pois o credor é considerado o possuidor do título. Como exemplo, podemos citar um cheque em que não se preencha o campo do destinatário.

O título **nominativo** é aquele que identifica o seu credor, ou seja, consta o nome do credor no título. Logo, a simples tradição não basta para a transferência, sendo necessário adicionar outro ato jurídico (o endosso ou a cessão de crédito).

Além disso, o título **nominativo** pode ter **cláusula à ordem** ou **cláusula não à ordem**. O nominativo com cláusula à ordem circula mediante tradição e endosso. Isso porque "à ordem" significa "endossável" ou "pague a quem o credor anterior (endossante) ordenar". Já o nominativo com cláusula não à ordem circula mediante tradição e cessão de crédito[111].

Se o título não tiver nenhuma dessas cláusulas, ele será considerado à ordem, conforme estabelece o art. 11 do Decreto n. 57.663/66.

Cabe esclarecer que **endosso** e **cessão de crédito** serão estudados mais adiante nesta obra, mas já adiantamos que ambos os institutos transmitem a titularidade de crédito, todavia, se diferenciam com relação aos efeitos.

Endosso é a forma de transmissão própria dos títulos de crédito. Em geral, aquele que transmite o título responde pela insolvência do devedor (caso este não pague) e pela existência do crédito (p. ex., ser o título verdadeiro, não falsificado).

Cessão de crédito serve para transferir qualquer tipo de crédito (de maneira mais usual, é decorrente de contrato, mas excepcionalmente pode ser usada para título de crédito, no caso os nominativos com cláusula não à ordem). Em geral, na cessão de crédito, o cedente (quem transfere o crédito) responde apenas pela existência do crédito (p. ex., ser o título verdadeiro), mas não responde pela insolvência do devedor (caso este não pague).

3.2. INSTITUTOS DO DIREITO CAMBIÁRIO

Na doutrina, o estudo dos vários tipos de títulos de crédito se inicia com a letra de câmbio, pois, além de ser o título de crédito mais antigo de que se tem notícia, nela é possível a presença de todos os institutos jurídicos do Direito Cambiário, como saque, aceite, endosso, aval, vencimento, pagamento etc., que, por sinal, estão previstos na norma que disciplina esse título de crédito.

No entanto, muitas vezes, o estudante, ao se deparar com a análise de um instituto jurídico que sequer ouviu falar, pode se sentir bloqueado, ou melhor, pode passar por um susto.

Nesse sentido, de forma pioneira e considerando a proposta deste livro, que é facilitar o estudo, em primeiro lugar, vamos estudar os institutos do Direito Cambiário (na sua ordem mais coerente, não necessariamente a da legislação). Em seguida, passaremos para os títulos de crédito mais conhecidos e utilizados pelo público em geral (iniciando pelo cheque, depois a duplicata, e assim por diante), procurando a melhor didática possível para estimular e facilitar ao estudante o entendimento da matéria.

Pode-se afirmar que os institutos cambiários que serão estudados a seguir, em grande medida, estão previstos no Decreto n. 57.663/66 – Lei Uniforme – LU, em especial na parte que cuida da letra de câmbio. Porém, sempre que for o caso, serão apontadas outras normas que integram o estudo.

3.2.1. Saque

No Direito Cambiário, saque é o ato de criação do título de crédito, ou seja, é a emissão do título.

Se for o caso de saque de um título considerado ordem de pagamento, ele cria três figuras: sacador, sacado e tomador (p. ex., o cheque e a letra de câmbio).

No entanto, se for o caso de promessa de pagamento, haverá apenas duas figuras (LU, art. 3º). No caso de nota promissória, terá a figura do sacador, que é ao mesmo tempo sacado, e a figura do tomador, ou seja, tem-se o sacador-sacado e o tomador. Tratando-se de duplicata, o sacador é simultaneamente tomador e a outra figura é o sacado, ou seja, tem-se o sacador-tomador e o sacado, podendo-se dizer que isso acontece também na hipótese de cheque para si próprio.

O saque gera o efeito de vincular o sacador ao pagamento do título de crédito.

Após o ato do saque, e a partir do vencimento, o beneficiário (tomador/credor) está autorizado a procurar o sacado para poder receber a quantia mencionada no título (atendidas determinadas condições,

como o advento do vencimento e o prévio aceite do sacado).

Diante do exposto, é o sacado quem se encontra na posição de destinatário da ordem de pagamento. É ele, a princípio, quem deverá pagar o título. No entanto, o sacador é codevedor, e assim, se o sacado não pagar o título, o sacador (emissor) terá de pagá-lo (LU, art. 9º).

3.2.2. Aceite

Aceite é o ato realizado pelo sacado que consiste na concordância em efetuar o pagamento do título de crédito. Concordar significa aceitar a ordem de pagamento.

A formalização do aceite ocorre por meio da simples assinatura na frente (anverso) do título de crédito, mas também pode ser feito no verso. O aceite é identificado no título de crédito pela expressão "aceito" ou outra equivalente (LU, art. 25).

O simples fato de um título de crédito ser emitido e endereçado ao sacado não significa que ele está obrigado a aceitá-lo para, posteriormente, pagá-lo. O aceite é necessário para que o sacado fique obrigado ao pagamento.

Como regra geral, vale o fato de que nenhuma razão obriga o sacado a aceitar o pagamento do título de crédito. Se, por acaso, o sacado for devedor do sacador ou tomador em outra obrigação (p. ex., em um contrato de compra e venda), existem outros remédios jurídicos para se efetuar a cobrança.

Desse modo, o aceite é um ato de livre e espontânea vontade[112] (como será visto adiante, uma exceção ocorre no caso da duplicata, em que o aceite é obrigatório, salvo nas hipóteses previstas na legislação).

Por isso, a recusa do aceite é um comportamento lícito por parte do sacado[113]. Ele deve ser dado até o vencimento do título (LU, art. 21).

Quem leva o título para ser aceito pelo sacado é o tomador. A função do aceite é proteger os direitos do tomador.

Como efeito da recusa do aceite é a antecipação do vencimento do título (LU, art. 43).

De acordo com a lei do cheque, o aceite não é possível nesse tipo de título de crédito em razão da dinamicidade da atividade bancária e do comércio e também devido ao grande volume de cheques emitidos e compensados diariamente. Se, para cada um desses cheques, o banco tivesse que dar o aceite, isso, em grande medida, inviabilizaria a sua maciça utilização (poder-se-ia entender que, no caso do cheque, o aceite é implícito ao próprio instituto, pois ele é dado pelo banco em razão da abertura da

conta e do fornecimento do talão de cheques).

Na letra de câmbio, o devedor principal é o aceitante (sacado), e, de início, é ele que deve ser procurado para honrar o pagamento do título. Apenas na recusa do pagamento pelo aceitante é que o tomador poderá procurar o sacador (emissor) para cobrar o pagamento.

É possível a inclusão de uma **cláusula de não aceitação**, cujo título só poderá ser apresentado ao sacado para pagamento diretamente, sem prévio aceite (LU, art. 22).

Ressalta-se que, na letra de câmbio, o sacador poderá ou não fixar um prazo para que o tomador apresente o título ao sacado, para que este possa efetuar o aceite (LU, art. 22). O sacado pode pedir que o título seja apresentado novamente no dia seguinte (LU, art. 22), sendo essa prática conhecida como **prazo de respiro**, muitas vezes necessário para que o aceitante possa avaliar e/ou realizar consultas sobre a aceitação ou não do título.

De acordo com o texto legal, se o sacado reter indevidamente o título, por ocasião da apresentação para seu aceite (ou o devedor em caso de entrega do título para quitação), ficará sujeito à prisão administrativa, que deve ser requerida ao juiz (CPC, art. 885) [dispositivo sem correspondente no novo CPC; porém o seu art. 259, inc. II, prevê a publicação de edital em caso de ação de recuperação ou substituição de título ao portador].

A prisão será revogada tão logo seja devolvido o título, ou efetuado o seu pagamento, ou, ainda, se o julgamento não for feito no prazo de *90* dias (CPC, art. 886) [dispositivo sem correspondente no novo CPC] 114.

3.2.2.1. Aceite limitativo e modificativo

O aceite pode ser **parcial**. Por sua vez, o aceite parcial pode ser um aceite **limitativo** (quando o aceitante concorda em pagar apenas uma parte do título) ou um aceite **modificativo** (quando o aceitante altera qualquer dado existente no título, como a data de vencimento ou o local de pagamento).

Ambos os aceites (limitativo e modificativo) acarretam o vencimento antecipado do título e obriga o aceitante aos exatos termos por ele delimitados no aceite parcial (LU, art. 26).

3.2.3. Endosso

Endosso é o ato de transferir o crédito representado por título **à ordem**. De acordo com o art. 14 da LU, o endosso transfere todos os direitos do título.

Endossante, por sua vez, é a denominação dada a quem efetua a transferência, e endossatário é quem recebe essa transferência.

O endosso é um ato próprio do Direito Cambiário. Apenas o credor pode endossar. E, como regra geral, o endosso é feito antes do vencimento, pois quando o título vence normalmente se cobra o valor correspondente (exceção é o endosso posterior ao vencimento, que será visto a seguir).

São efeitos do endosso: (i) a transferência do crédito, deixando o endossante de ser credor; (ii) a vinculação do endossante ao título, agora na condição de coobrigado/codevedor (isso porque com o endosso o credor passa a ser o endossatário, à luz do art. 15 da LU).

Em regra, não há limites para o número de endossos, ou seja, um título de crédito não tem limitação quanto ao número de transferências. Uma exceção é o caso do cheque.

No caso de cheque, ele admite apenas um endosso, conforme o art. 17, I, da Lei n. 9.311/96 – conhecida como Lei da CPMF – Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira.

Existem divergências sobre a atual vigência desse dispositivo legal, por exemplo, que o tributo em si não existe mais. Mas a limitação poderia ser explicada pela intenção do governo federal (à época da instituição do referido tributo) em aumentar a arrecadação por meio desse tributo, pois, do contrário, o cheque poderia demorar mais para ser levado à compensação, haja vista a possibilidade de haver inúmeros endossos.

Conforme o art. 13 da LU, o endosso deve ser escrito no título ou em uma folha anexa ao título (mas não separada). Quando não identificar o endossatário, deverá ser feito no verso, para isso, basta a simples assinatura. Se for feito na frente do título, além da assinatura do endossante, deverá ter a identificação de que se trata de um endosso.

Como novo credor, o endossatário poderá efetuar o protesto (tema que será estudado adiante) do título de crédito. Mas sobre esse ponto, vale ter em conta a Súmula 475 do STJ: “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”.

O endosso só é possível para créditos decorrente de título “à ordem” (essa é uma cláusula tácita nos

títulos de crédito, mas pode constar expressamente), conforme o art. 11 da LU. A cláusula “à ordem” significa que o título pode ser negociado e transferido livremente.

Se o título de crédito tiver a cláusula “não à ordem”, ele apenas poderá ser transferido mediante **cessão de crédito** (LU, art. 11).

3.2.3.1. Endosso versus cessão de crédito

Como já foi estudado, o endosso e a cessão de crédito são formas de transmissão de crédito. Entretanto, há algumas distinções entre os dois institutos, devendo ficar registrado que o **endosso** é a forma de transmissão própria dos títulos de crédito.

A princípio, aquele que transmite o título (o endossante) responde pela insolvência do devedor (caso este não pague) e pela existência do crédito/idoneidade do título (p. ex., ser o título verdadeiro).

Já a **cessão de crédito** é utilizada para transferir qualquer tipo de crédito (em geral, originado de contrato, mas excepcionalmente pode ser usada para título de crédito, como acontece quando possui cláusula “não à ordem”).

Em geral, na cessão de crédito, quem transfere o crédito (o cedente) responde apenas pela existência do crédito (p. ex., ser o título verdadeiro), mas não responde pela insolvência do devedor (na hipótese deste não pagar), conforme a previsão dos arts. 295 e 296 do Código Civil.

A principal diferença entre o endosso e a cessão de crédito ocorre em relação à ciência do devedor. No endosso, não é necessário que o devedor seja comunicado sobre a transmissão. Já na cessão de crédito, é necessário comprovar que o devedor está ciente do ato de transmissão, conforme o art. 290 do Código Civil.

O devedor, no caso de endosso, ao ser executado pelo endossatário (credor), não poderá defender-se alegando matéria decorrente da relação com o endossante, em razão do princípio da autonomia e da inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé (LU, art. 17). Por exemplo, tentar defender-se alegando que não vai pagar o título porque o endossante não cumpriu o estabelecido em um contrato que originou a emissão do título.

No entanto, quando se tratar de cessão de crédito, o devedor, ao ser executado pelo cessionário, poderá defender-se alegando matéria da sua relação com o cedente, conforme prevê o art. 294 do Código Civil. Por exemplo, se houve um problema na relação firmada entre o devedor e o cedente que poderia

ter como consequência o não pagamento do título, isso poderá ser também alegado contra o cessionário.

O endosso é mais simples e ágil para as relações cambiárias e empresariais, pois facilita e amplia as alternativas de transferência e recebimento do crédito, sendo também mais seguro ao credor-endossatário.

3.2.3.2. Espécies de endosso

Aqui cabe ressaltar que, em matéria de transmissão dos títulos de créditos, existem algumas espécies de endosso que estudaremos a seguir. Muitas vezes utiliza-se a expressão “endosso translativo” em vez de tão somente “endosso”, sendo que ambos têm o mesmo significado; explicitando que “translativo” tem o sentido de transferir. Por exemplo, endosso translativo em preto ou endosso em preto.

Endosso **em preto** – é aquele que identifica o endossatário (quem recebe o crédito).

Endosso **em branco** (ou ao portador) – não identifica o endossatário. Com isso, torna-se um título ao portador, ou seja, o credor é aquele que tiver a sua posse (LU, art. 12); o endossatário poderá transferir o título por mera tradição, não ficando coobrigado[115].

Endosso-**caução** (ou pignoratício**)** – acontece quando o título é dado como garantia, como em caso de penhor (por ser o título considerado um bem móvel, pode ser penhorado). Nessa hipótese, não se transfere a titularidade definitiva do crédito ao endossatário, salvo se não cumprir a obrigação garantida (LU, art. 19).

Endosso-**mandato** (ou procuração ou impróprio) – é aquele que não transfere a titularidade do crédito, apenas dá legitimidade ao seu possuidor (que é um mandatário; procurador) para que efetue o recebimento do crédito. Tem efeitos de uma procuração (LU, art. 18). Por isso, este tipo de endosso não pode ser tido como translativo. Acerca do endosso-mandato é a Súmula 476 do STJ: “O endossatário de título de crédito por endosso-mandato só responde por danos decorrentes de protesto indevido se extrapolar os poderes de mandatário”.

Endosso **sem garantia** – cuida-se daquele que proíbe outros endossos após ele, o que desobriga o endossante quanto ao pagamento a outras pessoas caso haja transferências subsequentes (LU, art. 15).

Endosso **posterior ao vencimento** (póstumo) – é aquele realizado depois da data de vencimento do título, tendo os mesmos efeitos do endosso realizado anteriormente ao vencimento (o que é mais comum). Mas, se o endosso se der posteriormente ao “protesto por falta de pagamento”, ele produzirá apenas

efeitos de uma cessão de crédito (LU, art. 20).

Não é possível realizar endosso **parcial**. O endosso parcial é nulo, conforme prevê o art. 12 da LU.

3.2.4. Aval

O aval é uma obrigação firmada por terceiro (avalista) que garante o pagamento do título, caso o devedor (avalizado) não o cumpra.

O avalista é responsável tanto quanto o seu avalizado. Se o avalista tiver que honrar a obrigação diante da falta de pagamento do devedor-avalizado, ele tem o direito de voltar-se, em regresso, contra o avalizado para reaver o respectivo valor.

Na prática, o aval ocorre pela assinatura do avalista mais a identificação “bom para aval” ou outra expressão equivalente (p. ex., “por aval”). A assinatura pode constar na frente ou no verso no título, bem como em folha anexa, mas não separada (LU, art. 31).

Pode ser avalizado o sacador, o sacado ou endossante(s). O avalista deve indicar quem está avalizando, pois, do contrário, será entendido que está garantindo o sacador (LU, art. 31).

3.2.4.1. Aval versus fiança

Semelhante à fiança, o aval é uma forma de garantia. Tanto a fiança quanto o aval são garantias fidejussórias, ou seja, garantias com vínculo subjetivo, de natureza pessoal, realizadas tendo como base a confiança. Não são garantias reais, como a hipoteca e o penhor, em que há um direito real sobre a propriedade, uma vez que, nestes casos, o bem é dado em garantia.

No entanto, existem algumas distinções entre o aval e a fiança, em relação às formas de garantia fidejussórias, nos termos a seguir explicitados.

O **aval** é uma garantia cambial (do Direito Cambiário) e autônoma com relação à obrigação do avalizado, isto é, a invalidade da obrigação principal não invalida a obrigação do avalista (LU, art. 32) [116].

Já **fiança** é uma garantia não cambial (garantia comum do Direito Civil) e acessória com relação à obrigação do afiançado, isto é, se houver a invalidade da obrigação principal – p. ex., locação –, a obrigação do fiador, que é acessória, ficará invalidada (CC, art. 837).

Além disso, o fiador tem direito ao “benefício de ordem”, o que significa que, primeiro, deve-se tentar cobrar o afiançado, e depois, somente em caso de insucesso, é que se irá cobrar o fiador (CC, art. 827). Por sua vez, o avalista não tem esse benefício legal (LU, art. 32).

Um detalhe curioso é que, nos contratos de locação imobiliária, tem sido utilizada uma cláusula em que o fiador renuncia (“abre mão”) do benefício de ordem, sendo que a jurisprudência vem confirmando como válido o exercício dessa faculdade, que, inclusive, está prevista no art. 828, inc. I, do Código Civil de 2002, e já era prevista no art. 1.492, inc. I, do Código Civil de 1916.

3.2.4.2. Espécies de aval

O aval se divide em algumas espécies, quais sejam total, parcial, em branco e em preto.

Aval **total** ou **completo** é aquele que garante de modo integral o valor do título de crédito.

Em contrapartida, aval **parcial** é aquele que se restringe a garantir apenas uma parte do valor do título.

Vale destacar que o Código Civil, art. 897, parágrafo único, veda o aval parcial. Porém, isso afronta o art. 30 da Lei Uniforme, que prevê que o aval pode ser dado no todo ou em parte do valor do título. Em razão de a lei especial prevalecer sobre a lei geral, o aval parcial é possível.

Por sua vez, o aval **em branco** é aquele que não identifica o avalizado, e, nesse caso, conforme dispõe o art. 31 da LU, o sacador será considerado o avalizado.

Por fim, aval **em preto** é aquele que identifica quem está sendo avalizado, podendo ser o sacador, o sacado ou um dos endossantes.

3.2.5. Vencimento

Vencimento é o advento pelo qual o crédito se torna exigível.

Antes do vencimento de um título de crédito, o devedor não está obrigado a efetuar o pagamento do respectivo valor. E, se quiser fazê-lo, necessitará do consentimento do credor, pois este não está obrigado a receber antes do vencimento (LU, art. 40).

Com isso, pela regra, o título só pode ser cobrado no seu vencimento. Porém, existem algumas exceções, nas quais o título poderá ter seu vencimento antecipado: aceite parcial, recusa do sacado em firmar o aceite, falência do sacado ou falência do sacador.

3.2.5.1. Espécies de vencimento

Existem várias espécies de vencimento. De acordo com o art. 33 da LU, os vencimentos podem ser:

Vencimento **à vista** – o vencimento acontece no dia da apresentação do título ao devedor para que este faça o pagamento (LU, art. 34).

Vencimento **a prazo** (dia fixado/certo) – o dia de apresentação ao devedor para pagamento é fixado previamente pelo emissor (LU, art. 37), recebendo o nome popular de cheque pré-datado.

Vencimento **a certo termo de data** – é um prazo fixado pelo sacador que começa a correr a partir da data de emissão do título (por exemplo, *30* dias após o dia de emissão) (LU, art. 36).

Vencimento **a certo termo de vista** – é um prazo fixado pelo sacador a contar da data do aceite do sacado (por exemplo, *30* dias após a data de aceitação do título) (LU, art. 35).

Quando não houver indicação do vencimento, o título será considerado **à vista**.

3.2.6. Pagamento

Pagamento é a forma mais comum de adimplemento e extinção das obrigações. Trata-se do cumprimento ordinário. Mas existem outras que são tidas como de cumprimento extraordinário da obrigação, como a novação, a confusão, a dação etc.

O pagamento é a quitação do débito. Um título de crédito pago é um título quitado.

Destaca-se que o pagamento do título de crédito deve ser feito mediante a sua apresentação e entrega ao devedor (LU, art. 38). A quitação mediante recibo separado é temerária e sempre pode dar ensejo a nova cobrança por terceiro de boa-fé, a quem o título foi repassado como "não quitado"[117].

É possível haver pagamento parcial, não podendo o credor do título recusar-se em recebê-lo (LU, art. 39).

Assim, o efeito do pagamento é a extinção total ou parcial das obrigações representadas pelo título, dependendo se o pagamento do valor foi total ou em parte.

É um direito de quem efetua o pagamento ao credor do título obter a devida quitação (LU, art. 39). A propósito, prevê o art. 319 do Código Civil que o devedor que paga tem direito à quitação regular, podendo reter o pagamento, enquanto não lhe seja dada.

Se o pagamento for efetuado pelo aceitante (ou seu avalista), extingue-se totalmente a obrigação com

relação aos demais coobrigados, pois o aceitante é o primeiro e principal devedor. Assim, se ele pagou a dívida está encerrada a obrigação. Porém, se quem pagou foi o seu avalista, este poderá cobrar do avalizado (o aceitante) o valor, mas não dos demais coobrigados (por exemplo, o sacador). Em ambos os casos, não há direito de regresso contra os demais coobrigados.

No entanto, se o pagamento foi efetuado pelo sacador ou endossante (ou o avalista de um deles), a sua obrigação de pagar como coobrigado estará extinta, mas a obrigação dos demais coobrigados permanece. Nesse caso, há o direito de regresso contra os coobrigados e o devedor principal.

E mais: o pagamento deve ser feito no **local** e na **data** estipulados. Se a data de vencimento cair em feriado ou fim de semana, o pagamento deve ser feito no **primeiro dia útil** subsequente.

Se, por ocasião da data do vencimento, ocorrer **caso fortuito** (p. ex., uma enchente) ou **força maior** (p. ex., uma greve), o pagamento deverá ser realizado no primeiro dia imediatamente à cessação do evento.

A indicação do local de pagamento é faculdade do sacador ou do aceitante.

Nas obrigações decorrentes de títulos de crédito, é o credor quem deve ter a iniciativa de procurar o devedor em seu domicílio para buscar a satisfação do pagamento. A isso se denomina dívida/obrigação *querable* (quesível). Ao contrário, na dívida/obrigação *portable* (portável), a iniciativa é do devedor em satisfazer o pagamento.

Com relação à letra de câmbio **à vista**, a Lei Uniforme estabelece que ela deverá ser apresentada para pagamento no prazo de *1* ano (LU, art. 34).

Quando a letra de câmbio for **a prazo**, **a certo termo de data** ou **a certo termo de vista**, o pagamento deverá ser feito no dia do vencimento ou nos *2* dias úteis seguintes (LU, art. 38).

A apresentação do título para pagamento na data do vencimento é importante porque evita que os demais coobrigados, imaginando estarem livres da obrigação, sejam “pegos” de surpresa com a sua cobrança.

Como já dito, o credor não está obrigado a receber o pagamento antes do vencimento (LU, art. 40). No entanto, a falta de pagamento total ou parcial dá ensejo ao *protesto*.

3.2.6.1. Pagamento parcial

O pagamento parcial é sempre possível, e como já visto, não pode o credor do título recusar-se em recebê-lo em parte. Além disso, a quitação parcial deve ser anotada no próprio título (LU, art. 39).

Se o pagamento parcial não for anotado no próprio título, corre-se o risco de esse título circular e de um terceiro de boa-fé recebê-lo, considerando o seu valor total.

Nesse caso, esse terceiro credor terá direito de cobrar a quantia integral prevista no título, conforme o princípio da literalidade, já estudado anteriormente.

Vale ter em conta que o Código Civil prevê no seu art. 314 que o pagamento parcial somente é possível se houver ajuste entre as partes.

3.2.7. Protesto

O regime jurídico do protesto é a Lei n. 9.492/97. De acordo com o art. 1º da Lei:

> "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".

Cabe lembrar que o art. 43 da Lei n. 9.492/97 revoga todas as disposições contrárias em outras leis sobre protesto. A Lei Uniforme também prevê o instituto do protesto, a partir do art. 44. Assim, no que contrariar a Lei n. 9.492/97, a Lei Uniforme está revogada.

É importante salientar que neste item o estudo versa sobre **protesto extrajudicial**. Não se deve esquecer, entretanto, de que também existe o protesto judicial, que é regido pelo Código de Processo Civil, arts. 882 e s. [novo CPC, art. 517 cc. arts. 726 a 729], mas que escapa do objeto deste livro.

Nesse contexto, podem ser protestados os títulos de crédito (cheque, duplicata etc.), bem como outros documentos decorrentes de dívidas, como um contrato de aluguel.

Nesta obra, focaremos nosso estudo no campo dos títulos de crédito.

O protesto é realizado pelo Tabelião de Protesto de Títulos (Lei n. 9.492/97, art. 3º). A responsabilidade de levar o título a protesto é do portador do título, do credor ou de seu procurador. A propósito, há duas súmulas do STJ, as quais volta-se a transcrever. Súmula 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 476: "O endossatário de título de crédito por endosso-mandato só responde por danos decorrentes de protesto indevido se extrapolar os poderes de mandatário".

A relevância do protesto reside no fato de que ele é a prova de que o título foi apresentado ao devedor,

que, no entanto, não o pagou. Assim, a função primordial do protesto é demonstrar a impontualidade do devedor.

São três as hipóteses para realização do protesto, por falta de pagamento, de aceite ou de devolução do título. Mas o protesto ocorrerá necessariamente por falta de pagamento nas hipóteses de duplicata ou triplicata encaminhada a protesto, aceita ou não, depois de vencida (Lei n. 9.492/97, art. 21). Triplicata é a segunda via da duplicata, por ter esta sido extraviada ou não aceita.

Quanto ao prazo para se realizar o protesto, o art. 9º da Lei n. 9.492/97 – Lei do Protesto – expressa que não cabe ao tabelião de protesto examinar questões prescricionais dos títulos; logo, o título poderá ser protestado a qualquer tempo, ficando a cargo da pessoa protestada alegar prescrição ou caducidade.

No entanto, para o cheque, os arts. 33 e 48 da Lei n. 7.357/85 preveem que o protesto deve ser feito no prazo de apresentação para pagamento, ou seja, cheque da mesma praça/município, o prazo é de **30 dias** após a data de sua emissão; se for cheque de outra praça (locais de emissão e pagamento distintos), o prazo é de **60 dias**. Quanto à duplicata, a Lei n. 5.474/68, art. 13, § 3º, prevê **30 dias** para protestar a partir do vencimento, sob pena de perder o direito de regresso contra os endossantes e respectivos avalistas. Por sua vez, de acordo com o art. 44 da Lei Uniforme, o prazo para protesto por falta de pagamento da letra de câmbio e da nota promissória seria de **2 dias** úteis após a data de vencimento.

Ocorrendo protesto indevido, caberá ao prejudicado ajuizar uma medida cautelar de sustação de protesto. Eventualmente, se houver prejuízos, é pertinente uma ação indenizatória contra o causador do dano, patrimonial ou moral.

Cabe esclarecer que o protesto deverá ser realizado na comarca do local de pagamento ou no domicílio do devedor (Lei n. 9.492/97, art. 6º).

3.2.7.1. Protesto facultativo e obrigatório

Para um crédito derivado de um título se tornar exigível contra o devedor principal (p. ex., o sacado da letra de câmbio), basta o seu vencimento, recebendo o nome de protesto **facultativo**, ou seja, o protesto não é obrigatório para a cobrança do crédito contra o devedor principal e/ou seu avalista[118].

Porém, para haver o direito de cobrança contra os demais coobrigados (p. ex., sacador e endossante), é necessário comprovar a recusa do pagamento pelo devedor principal, que é comprovado por meio do protesto. A isso denominamos protesto **obrigatório/necessário**. Nesse caso, o protesto é condição de

exigibilidade do crédito contra os coobrigados.

Assim, o coobrigado não está vinculado ao pagamento de título não protestado, mas se o título estiver protestado não poderá se esquivar.

Apesar de o protesto não ser requisito para a execução judicial de títulos de crédito contra o devedor principal, é essencial contra os coobrigados. Por isso, o protesto é primordial para o exercício do direito de regresso de um coobrigado que pagou o título contra outro coobrigado ou devedor principal.

Mesmo o protesto obrigatório pode ser dispensado, como requisito do direito de ação, quando o sacador, endossante ou avalista colocar a cláusula “sem despesas” ou “sem protesto”. Essa regra está prevista expressamente na Lei do Cheque – Lei n. 5.474/68, art. 50.

Exemplificando: o coobrigado, tendo pago o título, tem o direito de regresso contra o devedor principal e os outros coobrigados (regressando de forma cronológica, **D** é credor de **C**, que é credor de **B**, que é credor de **A**). Essa situação será examinada com mais detalhes a seguir, no item ação de regresso.

O protesto é realizado por falta de pagamento contra o devedor principal. No caso da letra de câmbio, é o aceitante.

Já o protesto por falta de aceite é feito contra o sacador, pois o sacado é livre para não aceitar.

3.2.8. Ações cambiais

Nas questões do Direito Cambiário, dependendo do caso, é possível ocorrer a necessidade de se socorrer do Poder Judiciário, por meio de ações judiciais, a fim de se buscar a tutela pretendida em relação a um título de crédito.

3.2.8.1. Execução de títulos extrajudiciais

A principal ação cambial é a **execução judicial de títulos extrajudiciais,** segundo a qual o credor efetua a cobrança do seu crédito contra o devedor (ou codevedores), por não ter efetuado o pagamento do título de crédito.

Execução judicial significa que é uma cobrança sumária, sem a necessidade de processo de conhecimento (em que se poderia discutir quem tem culpa ou não, se é devedor ou não). Na execução de

título de crédito, existe a cobrança de uma dívida líquida e certa.

É válido ter em conta que para promover a execução judicial, será preciso anexar o título de crédito original com o fim de atender ao princípio da cartularidade, salvo exceção prevista em lei, como no caso da duplicata, que será estudada adiante.

Como já estudado, o protesto não é requisito para o exercício do direito de ação cambiária, apenas no caso de protesto obrigatório e de ação de regresso.

Os títulos que dão ensejo à ação cambial são: cheque, nota promissória, duplicata, letra de câmbio etc., sendo considerados títulos executivos extrajudiciais (CPC, art. 585, inc. I) [novo CPC, art. 784, I].

Na ação cambial, apenas despesas, correção monetária e juros poderão ser inclusos na cobrança do valor principal. Eventual condenação para pagamento de multa ou indenização por perdas e danos deverá ser apreciada em ação de conhecimento própria.

Aqui, é pertinente lembrar a figura do ressaque (já em desuso), que ocorre quando o portador, não tendo recebido seu crédito do sacado ou este não tendo efetuado o aceite, saca outro título à vista em vez de utilizar de uma ação judicial (LU, art. 52).

Para finalizar, deve-se lembrar que o prazo para ajuizamento da execução judicial poderá variar de acordo com cada título de crédito: cheque, *6* meses; duplicata, nota promissória e letra de câmbio, *3* anos; conforme será visto no item sobre prescrição.

3.2.8.2. Ação de regresso

A ação de regresso é cabível quando um coobrigado efetua o pagamento tendo o direito de reaver o valor de outro coobrigado ou do devedor principal [119].

Na prática, o direito de regresso funciona da seguinte forma: **A** emitiu um título contra **B**, que é o sacado, tendo como beneficiário **C**. Esse título circulou por endosso várias vezes, respectivamente, para **D**, **E**, **F** e **G**. **G** tem o direito, enquanto endossatário/credor, de cobrar do devedor principal que é **B**. Havendo inadimplemento deste, poderá **G** cobrar dos demais corresponsáveis de forma que, se receber, por hipótese, de **F,** este estará desobrigado da relação, ficando ainda coobrigados pelo pagamento os participantes anteriores, ou seja, **E**, **D**, **C** e **A**. Dessa forma, **F** poderá voltar-se em regresso contra **E**, continuando corresponsáveis **D**, **C** e **A**, e assim sucessivamente.

Se for **cheque**, o prazo para o exercício do direito de regresso é de *6* meses (Lei n. 7.357/85, art. 59,

parágrafo único).

Se for **duplicata**, o prazo é de *1* ano para o ajuizamento da ação de regresso (Lei n. 5.474/68, art. 18, III).

Por sua vez, o prazo para regresso na **nota promissória** e na **letra de câmbio** é de *6* meses (LU, art. 70).

3.2.8.3. Ação de anulação/substituição cambial

A ação de anulação cambial é proposta pelo credor do título, sendo cabível em caso de extravio; destruição parcial ou total; furto; roubo ou apropriação indébita do título.

Cabe esclarecer que, na verdade, essa ação de anulação cambial no fundo visa à substituição do título de crédito por uma sentença judicial.

É bom ressaltar que essa ação traz segurança ao devedor, pois ele até pode emitir outro título em substituição ao anterior, mas em caso de extravio poderia ser surpreendido com uma dupla cobrança.

Vale ter em conta que a ação cambial pode ser cumulada com pedido indenizatório por danos morais quando houver prejuízo de ordem extrapatrimonial [120].

3.2.8.4. Ação monitória

É cabível ação monitória quando seu autor quiser cobrar o pagamento de uma quantia em dinheiro com base em uma prova escrita, mas que, no entanto, não tem a eficácia de um título executivo (CPC, art. 1.102-A) [novo CPC, art. 700].

Essa ação pode ser usada quando o título de crédito não puder ser mais executado (p. ex., no caso de perda do prazo), mas, mesmo assim, servirá de prova para a cobrança da obrigação **extracambiária** firmada, como ocorre no caso de compra e venda.

O prazo para ajuizamento da ação monitória é **5 anos**, conforme prevê o art. 206, § 5º, inc. I, do Código Civil. Nesse sentido, é a posição do STJ por meio do Recurso Especial n. 1.038.104, a respeito do cheque [121].

No entanto, vale deixar claro que há divergências sobre qual o marco para começar a fluir este prazo. Alguns entendem que é do vencimento do título; outros, do término do prazo para a sua execução judicial.

3.2.8.5. Meios de defesa

Em sua defesa (resposta), na execução judicial, ao devedor ou ao coobrigado não cabe alegar **matéria de fato**, como um desentendimento pessoal com o credor que o teria motivado a não pagar.

Todavia, seria cabível a alegação de **matéria de direito**, como fraude ou falsificação do título de crédito.

Uma matéria importante como defesa do executado, em execução judicial de título de crédito, é a prescrição (perda do direito de cobrança do crédito).

3.2.8.5.1. Prescrição

Neste item serão tratados os prazos prescricionais quanto à execução judicial, não os prazos para outros tipos de ações, como a de cobrança ou monitória.

Destaca-se que o prazo prescricional para a execução judicial de título de crédito varia de acordo com cada título. Por exemplo, no **cheque** o prazo é de *6* meses (além do acréscimo de prazo para se levar à compensação, que será visto no item referente ao cheque), conforme o art. 59, *caput*, da Lei n. 7.357/85.

Com relação aos devedores principais da **duplicata** (Lei n. 5.474/68, art. 18, I), da **nota promissória** e da **letra de câmbio** (LU, art. 70), o prazo prescricional é de *3* anos.

O Código Civil, no art. 206, § 3º, inc. VIII, prevê a prescrição em *3* anos para a pretensão de haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, salvo disposições previstas em lei especial. Porém, essa regra apenas será aplicável na falta de norma específica sobre o prazo prescricional de determinado título de crédito.

Uma vez prescritos os prazos, não existirá mais o dever de pagar as obrigações **cambiárias**, como a obrigação do avalista.

No entanto, se for obrigação **extracambiária**, que originou a emissão do título de crédito, cabe ação de conhecimento (p. ex., ação monitória que prescreve em *5* anos, de acordo com o art. 206, § 5º, inc. I, do Código Civil), na qual o título será meio de prova[122].

3.2.9. Desconto

Desconto é a operação de recebimento antecipado dos valores de títulos de créditos não vencidos, muito utilizada pelos comerciantes que vendem a crédito.

A antecipação dos valores é feita por um banco, para o qual o comerciante transferiu os créditos. A transmissão dos créditos é efetivada por endosso ou cessão de crédito.

Os valores antecipados dos títulos de crédito ficam sujeitos a um deságio, a fim de remunerar a instituição financeira por ter antecipado o valor; pelos seus custos de cobrança; e pelo risco de inadimplência assumido.

Assim, o risco será total quando não tiver direito de regresso contra quem lhe transmitiu o título, ou devolvê-lo, e será parcial quando isso for possível. O risco vai influir na taxa de juros cobrada na operação.

3.3. CHEQUE

Cheque é uma ordem de pagamento **à vista**, emitida (sacada) contra um banco, considerando a provisão de fundos suficientes.

Assim, sendo o cheque uma ordem de pagamento, cria três figuras: **emitente** (sacador), **sacado** (o banco que recebe a ordem e efetua o pagamento) e **portador** (beneficiário, tomador, credor).

Na verdade, o cheque, enquanto ordem de pagamento, é uma evolução da letra de câmbio. Mas estes títulos guardam distinções, em especial pelo fato de o cheque não admitir aceite e ter a figura indispensável do banco como sacado.

3.3.1. Regime jurídico

O regime jurídico do cheque é a Lei n. 7.357/85, Lei do Cheque – LC –, aplicando subsidiariamente a Lei Uniforme para os casos de omissão. A propósito, ao cheque são aplicáveis os princípios da cartularidade, literalidade e autonomia, e aos seus subprincípios da abstração e da inoponibilidade das exceções pessoais ao terceiro de boa-fé[123].

Quanto aos “fundos suficientes”, eles devem ser (i) previamente depositados pelo emissor (sacador) em conta bancária; ou (ii) decorrente de abertura de crédito do banco ao cliente emissor do cheque (LC, art. 4º, § 2º).

Ainda, o cheque é um dos títulos de crédito mais utilizados, mas cabe ressaltar que se trata de um título de crédito *à vista* (LC, art. 32), mesmo que o comércio tenha por hábito utilizá-lo com vencimento a

prazo.

Qualquer cláusula inserida no cheque é considerada não escrita para efeitos cambiais, como pré-datá-lo (LC, art. 32).

No entanto, se ao combinar com o credor do cheque que este deveria ser levado à compensação em uma data posterior, e não sendo essa combinação cumprida, o emissor do cheque tem direito a pleitear indenização contra o descumpridor dessa cláusula, que tem valor para efeitos civis. Nesse sentido é a Súmula 370 do STJ – Superior Tribunal de Justiça: "Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado".

Cabe apontar que o cheque pode ser **ao portador** ou **nominativo**. Os nominativos podem ser **à ordem** – transferível por endosso – ou **não à ordem** – transferível por cessão de crédito (LC, art. 8º).

O cheque pode ser apresentado para pagamento ou ser levado para câmara de compensação bancária. Cheque com valor de até R$ 299,99 (conhecido como de "valor inferior") terá prazo máximo de *2* dias para compensação; acima desse valor, R$ 300,00 ou mais ("valor superior"), o prazo é de *1* dia. Isso em razão da instalação de sistema em que os dados são transmitidos digitalmente, não mais com o efetivo transporte físico dos títulos para a compensação.

No cheque é possível o pagamento parcial, ou seja, o seu credor não pode se recusar a receber parte de seu valor. Nesse caso, o banco pode exigir que o pagamento parcial conste no corpo do cheque, com a respectiva quitação do credor quanto à quantia já paga (LC, art. 38, parágrafo único).

É importante esclarecer que os institutos do Direito Cambiário são aplicáveis ao cheque como é o caso do protesto, aval, endosso etc. No entanto, se o instituto afrontar a natureza do cheque, não é cabível, como o aceite não é compatível ao cheque, conforme a vedação do art. 6º da LC.

Se o aceite fosse cabível no cheque, prejudicaria a sua dinâmica, pois todas as pessoas ao receber um cheque teriam que ir até a agência bancária da respectiva conta corrente do emissor para solicitar a aceitação. Apesar de o cheque ser uma evolução da letra de câmbio, nessa hipótese se tornaria igual a ela, sem distinção. Como já dito, pode-se entender que o aceite no cheque, de certa forma, pode ser visto como algo implícito, ou seja, o banco, ao disponibilizar o talão de cheques ao cliente, já estaria dando o aceite.

Com relação ao endosso, a regra geral é a de que não há limites para o número de endossos nos títulos de crédito. Uma exceção ocorre no cheque. De acordo com o inc. I, do art. 17, da Lei n. 9.311/96 – Lei

da CPMF (a princípio, ainda em vigor), é cabível um único endosso para cada cheque. Wille Duarte Costa entende que tal limitação fere a Lei Uniforme sobre títulos de crédito, bem como a Constituição Federal [124].

Apesar de ser um título pagável à vista, no caso de cheque da mesma praça/município (mesmo local de emissão e pagamento), deve ser apresentado para pagamento **30 dias** após a data de sua emissão. Se for cheque de outra praça (locais de emissão e pagamento distintos), o prazo é de **60 dias** (LC, art. 33).

Diante do exposto, o legislador ao fixar esses prazos tinha como objetivo fazer com que o sacador não tivesse que se preocupar eternamente em manter saldo para o pagamento, e assim ficar constantemente verificando a compensação do cheque.

A aceitação do cheque como forma de pagamento é facultativa, não obrigatória. Isso ficou bem claro a partir da revogação da Lei n. 8.002/90, pelo art. 92 da Lei n. 8.884/94 [125]. Alguns comerciantes fundamentam sua opção por não aceitar cheque na Constituição Federal, art. 5º, inc. II, o qual prevê que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei – trata-se do princípio da reserva legal. No entanto, com o intuito de evitar transtornos entre comerciantes e clientes, em alguns Estados e Municípios existem orientações dos órgãos de Defesa do Consumidor e Associações Comerciais para que se tenha um aviso na porta dos estabelecimentos sobre a não aceitação de cheque como forma de pagamento, ou que essa informação conste no cardápio de restaurantes.

Para a ação cambiária (execução judicial), não há necessidade de protesto (o protesto é facultativo), sendo de *6* meses o prazo prescricional para o seu ajuizamento.

Esse prazo começa a contar do término da data para apresentação ao pagamento (30 dias para mesma praça; 60 dias para praça diversa). Por isso é que se diz que o prazo para a execução de cheque da mesma praça é de *7* meses, e de *8* meses para cheques de praça diferente.

Após esse prazo, o exercício do direito de crédito do credor somente poderá ocorrer por ação monitória, servindo o cheque como prova.

Na execução judicial do cheque, além do valor principal a ser cobrado, podem ser incluídos correção monetária, juros e despesas (honorários, citações etc.).

O cheque tem efeito *pro solvendo*, ou seja, o negócio que originou sua emissão fica condicionado à sua compensação. Se a compensação do cheque não ocorrer, o negócio é desfeito, como o pagamento de aluguel.

Mas as partes também podem convencionar ser o cheque *pro soluto,* em que pela não compensação o negócio originário não se desfaz (o que é bem usual ocorrer no comércio), cabendo ao credor um direito cambial contra o devedor do cheque (protesto, execução judicial).

3.3.2. Requisitos

Como requisitos do cheque estão a expressão "cheque", quantia, nome do banco, data e lugar de emissão, assinatura do emitente ou o seu mandatário especial (LC, art. 1º).

É importante ter em conta que o cheque é um título vinculado, devendo, portanto, seguir os padrões previstos na legislação quanto à sua formatação.

Além disso, pode-se perceber que o vencimento não está entre os requisitos do cheque, pois trata-se de um título à vista, como já narrado anteriormente.

3.3.3. Sustação e revogação

De acordo com a Lei do Cheque – Lei n. 7.357/85 –, é possível a **revogação** ou a **sustação** do cheque.

A **revogação** do cheque é uma contraordem, para não pagamento ou compensação do título, que deve ter razões motivadas (LC, art. 35).

Por sua vez, a **sustação** do cheque é uma oposição que deve ser fundada em relevante razão de direito (LC, art. 36), como no caso de furto ou roubo. No entanto, os atos destinados a suspender a compensação do cheque são denominados indistintamente "sustação".

São vários os critérios (motivos) para a devolução de cheque previstos na Resolução do Banco Central do Brasil – BACEN n. 1.682/90, sendo os principais: motivo n. 28 para roubo ou furto; motivo n. 11 para a primeira devolução do cheque por insuficiência de fundos; motivo n. 12 quando da segunda devolução por ausência de fundos; motivo n. 13 para devolução de cheque em razão de a conta estar encerrada; motivo n. 22 por divergência de assinatura; motivo n. 25 para cancelamento de talonário (p. ex., em caso de subtração de talonários em assalto a carro forte ou agência); motivo n. 21 para demais casos (como **desacordo comercial**, que é o desentendimento entre as partes após a entrega do pagamento por meio de cheque).

Conforme a Circular do Banco Central do Brasil – BACEN n. 2.655, de 17-1-96, que criou o motivo

de devolução n. 28, a utilização da **revogação** ou da **sustação** pelo emissor do cheque fica condicionada à apresentação do respectivo boletim de ocorrência policial. Quando for sustação realizada por portador legitimado do cheque (credor), também haverá a necessidade do boletim de ocorrência policial.

Na prática bancária, via de regra, os bancos não exigem dos seus clientes o boletim de ocorrência para **desacordo comercial**.

Quanto à possibilidade de se protestar e executar judicialmente cheques bloqueados, isso vai depender do motivo. Por exemplo, no caso dos motivos n. 25 (furto e roubo) e n. 28 (cancelamento de talão) isso não é possível. Nestes casos também não poderá haver restrições nos órgãos de proteção ao crédito, como **SERASA** e **SCPC**. Já o cheque bloqueado por desacordo comercial (motivo n. 21) pode ser protestado e executado judicialmente; porém, não gera restrições nos órgãos de proteção ao crédito, como SCPC e SERASA. Vale esclarecer que qualquer restrição indevida do nome de uma pessoa física ou jurídica é um abuso de direito, implicando o direito de o prejudicado pleitear indenização junto a quem efetuou a restrição no órgão de proteção ao crédito.

Atualmente, a Resolução do BACEN n. 3.972/2011 estabeleceu mais uma série de regras para o uso do cheque, entre elas: a necessidade da apresentação de boletim de ocorrência para caso de extravio de folhas de cheque em branco; obrigatoriedade de impressão da data de confecção nas folhas de cheque etc.[126].

Também é muito pertinente expressar que o Superior Tribunal de Justiça sumulou a questão que envolve a responsabilidade do banco por devolução indevida de cheque, o que gera dano moral ao correntista. Súmula 388 do STJ: “A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral”.

Existem algumas espécies de cheque, quais sejam, cruzado, administrativo etc., como serão apresentados a seguir.

3.3.4. Cheque pré-datado

Cheque pré-datado (pós-datado) é aquele em que se fixa um vencimento a prazo (uma data futura para ser levado à compensação ou à quitação); no entanto, por ser uma ordem de pagamento à vista, poderá ser apresentado ao banco para compensação/quitação antes da data.

É claro, porém, que isso pode estar violando um acordo entre as partes, cabendo ação indenizatória na esfera civil, conforme já apontado na Súmula 370 do STJ: “Caracteriza dano moral a apresentação

antecipada do cheque pré-datado".

Mas se houver fundos na conta bancária do emitente, o cheque será compensado, pois ao banco não cabe o exame de cláusulas com datas de vencimento a prazo.

Pelo fato de o cheque ser uma ordem de pagamento à vista, o cheque pré-datado não é considerado uma efetiva espécie de cheque, sendo apenas uma prática usual das pessoas e do comércio.

3.3.5. Cheque cruzado

O cheque cruzado é aquele que deve ser creditado a uma conta bancária, não podendo ser pago diretamente ao credor/portador, isto é, não pode ser descontado em agência bancária por dinheiro pelo credor. Para que isso tenha efeito, são colocados dois traços paralelos na frente (anverso) do título (LC, arts. 44 e 45).

Existe ainda o denominado cheque "cruzado em preto", que não pode ser endossado (p. ex., os cheques de pagamento de indenização emitidos por seguradoras)[127].

3.3.6. Cheque administrativo

Por sua vez, cheque administrativo é aquele sacado/emitido por um banco contra um dos seus próprios estabelecimentos ou filiais em favor de terceiro (neste caso, poder-se-ia dizer que sacado e sacador são a mesma pessoa).

Nesta operação de emissão de cheque administrativo, o banco retira da conta bancária do cliente a importância e transfere para uma conta interna sua, ou seja, do próprio banco.

3.3.7. Cheque-viagem

Existe também o cheque-viagem (o *traveller's check*), que é aquele emitido por agentes autorizados para operar com moedas estrangeiras (bancos ou agências de turismo) em favor de terceiro para utilizar o crédito em viagem.

3.3.8. Cheque visado

Cheque visado é aquele em que o banco declara suficiência de fundos na conta bancária do emissor, a

pedido do credor ou do próprio emitente. O banco debita da conta bancária do emitente, reservando a quantia para a compensação do referido cheque pelo prazo de apresentação (LC, art. 7º). Seria algo parecido com o aceite.

Os bancos, em geral, têm deixado de utilizar o cheque visado, preferindo o cheque administrativo[128].

3.3.9. Cheque sem fundo

O denominado cheque sem fundo é aquele não pago ou não compensado por insuficiência de fundos. Se o cheque for devolvido por falta de provisão duas vezes, seu emissor será inscrito no Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos – CCF –, ficando o banco impedido de fornecer novos talões, porém não está obrigado a encerrar a conta bancária.

Em caso de conta bancária conjunta, anteriormente eram incluídos no CCF os nomes e CPFs de todos os titulares. Hoje é incluído apenas o nome e CPF do emitente do cheque.

Se o emitente, ao sacar o cheque, tinha ciência da insuficiência de fundos, estará sujeito à condenação por crime de estelionato, de acordo com o art. 171, § 2º, inc. VI, do Código Penal. Essa tipificação, na prática, nem sempre é de fácil enquadramento, porém, é possível sim haver conduta delitiva[129].

3.3.10. “Cheque eletrônico”

Cheque eletrônico não significa compensação de cheque por via eletrônica, como, por exemplo, alguns serviços oferecidos por certos bancos em que o cliente fotografa o título com o *smartphone* e envia a imagem à instituição para creditar o valor em sua conta bancária, ficando como depositário do cheque original.

Acontece que em boa medida o uso do cheque tem sido substituído pelos cartões de débito e crédito como formas de pagamento[130] (temas que são tratados no capítulo dos contratos mercantis). Assim, marcamos propositadamente a expressão “cheque eletrônico”, haja vista que o cartão de débito (e de crédito) pode ser tido como uma evolução do cheque ou como seu sucedâneo.

Essa substituição pode ser explicada por várias razões, entre elas: a facilidade de porte do *smart card* (cartão inteligente); a expansão das compras pela internet, em que muitos fornecedores disponibilizam apenas as formas eletrônicas de pagamento; impossibilidade de sustação por desacordo comercial;

diminuição do risco de inadimplência como acontece com o cheque sem fundo; segurança quanto ao porte de dinheiro em espécie, entre outras.

3.4. DUPLICATA

Duplicata, ou duplicata mercantil, é o título de crédito criado a partir de uma **compra e venda mercantil**, sendo emitida pelo vendedor contra o comprador, que efetuará o pagamento.

Compra e venda mercantil, para fins de emissão de duplicata, é aquela celebrada entre empresários ou entre empresário e consumidor (não sendo cabível, portanto, a emissão de duplicata em razão de uma compra e venda civil). Assim, é irrelevante a distinção entre compra e venda empresarial e de consumo, a qual é tratada em outro item.

Diferentemente do cheque, da nota promissória, da letra de câmbio e de outros, a duplicata é um título de crédito de criação brasileira, mas, hoje, na Itália e na Argentina já existem títulos parecidos.

A palavra "duplicata" tem origem no revogado art. 219 do Código Comercial, ao disciplinar a entrega da fatura "por duplicado" (uma via ficava para o comprador e outra para o vendedor).

Na duplicata, o principal devedor é o sacado, que é o comprador (porém ele não é o emitente). Por sua vez, pode-se dizer que o vendedor é ao mesmo tempo sacador (emissor) e beneficiário (credor). Muitas vezes, o credor indicado na duplicata é um banco ou uma faturizadora, que antecipa o valor ao vendedor, ficando como titular do crédito.

Cabe ressaltar que a duplicata pode ser vista como uma designação genérica, existindo ainda duplicata mercantil, duplicata de prestação de serviços e duplicata rural.

3.4.1. Regime jurídico

O regime jurídico da duplicata é a Lei n. 5.474/68, Lei da Duplicata – LD –, aplicando-se a Lei Uniforme no que couber em matéria de emissão, circulação e pagamento (LD, art. 25), além dos princípios do Direito Cambiário (cartularidade, literalidade e autonomia) e regras sobre aval, vencimento etc.

De acordo com o *caput* do art. 1º da LD, é **obrigatória** a extração da **fatura** que dá origem à duplicata nas vendas com prazo para pagamento superior a *30* dias, e **facultativa** nas vendas inferiores a *30* dias.

Esse prazo começa a contar da data de entrega ou despacho da mercadoria.

Para esse efeito, **fatura** (conta ou nota de venda) é a relação de mercadorias vendidas, discriminadas pela natureza, quantidade e valor (LD, art. 1º, § 1º). A fatura é necessária para a emissão da duplicata.

Em tempos idos, o empresário precisava emitir dois documentos pela venda de mercadoria: a fatura para poder emitir duplicata e a nota fiscal para fins tributários. Mas, a partir de 1970, visando questões fiscais, firmou-se um convênio do Ministério da Fazenda com as Secretarias Estaduais da Fazenda em que se criou a "nota fiscal-fatura" (NF-fatura).

A nota fiscal-fatura tem duplo efeito: nota fiscal para fins tributários e fatura para fins cambiários (emissão da duplicata). Assim, a emissão da nota fiscal-fatura passou a ser obrigatória independentemente do prazo de pagamento.

No ato da emissão da nota fiscal-fatura, o vendedor poderá (não é obrigado) sacar (emitir) a duplicata (LD, art. 2º, *caput*).

Entretanto, se não emitir a duplicata, não poderá emitir outro título, como a letra de câmbio, devido à vedação estabelecida ao vendedor de não poder sacar outro título que não seja a duplicata (LD, art. 2º, *caput*).

Por sua vez, a compra e venda mercantil pode ser paga por cheque ou nota promissória; porém, o sacador (emissor) do título é o comprador, não o vendedor (como na duplicata).

A lei não permite que uma duplicata represente mais de uma nota fiscal--fatura (LD, art. 2º, § 2º). Mas, se for o caso de venda parcelada, pode-se emitir uma única duplicata com a discriminação de todos os vencimentos, ou pode-se emitir uma série de duplicatas, cada uma para um vencimento, mas com a mesma numeração sequencial, que será distinguida pelo acréscimo de uma letra do alfabeto ou um dígito numérico (LD, art. 2º, § 3º).

O aceite na duplicata é obrigatório: ela deve ser enviada pelo vendedor ao comprador para que este faça o aceite. No entanto, na prática, os vendedores acabam por enviar juntamente com a nota fiscal-fatura um boleto para quitação via bancária, não cumprindo, assim, a duplicata seu trâmite normal e burocrático previsto na lei.

Mas, de acordo com a lei, na duplicata, a regra é a de que o comprador realize o aceite; no entanto, ele pode se recusar caso haja alguma irregularidade com as mercadorias ou não as tenha recebido (LD, art. 8º).

Esse aceite pode ser **ordinário**: se dá pela assinatura do aceitante (comprador) no título; **por comunicação**: quando o comprador retém o título, mas efetua uma comunicação avisando; **por presunção**: quando não há causa para recusa do aceite, e, nesse caso, o comprador assina o canhoto da nota fiscal-fatura referente ao recebimento das mercadorias[131].

Contudo, como veremos no item sobre a duplicata virtual, a dinâmica empresarial, influenciada pelo desenvolvimento da informática, implicou grandes alterações na prática e no uso da duplicata em relação ao que prevê a sua lei.

Já o **protesto** da duplicata pode ocorrer pela falta de pagamento, falta de devolução do título ou pela falta de aceite (LD, art. 13, *caput*). O credor que não efetuar o protesto no prazo de **30 dias** do vencimento perde o direito de regresso contra os coobrigados – endossantes e avalistas (LD, art. 13, § 4º). É importante destacar que a Lei de Protesto menciona que não cabe ao Tabelião o exame de datas do título, existindo, dessa forma, um conflito aparente de normas.

Como regra, para o protesto, é necessário o título de crédito original. Mas, no caso de duplicata, se o comprador não devolveu o título, poderá se fazer o **protesto por indicação** (LD, art. 13, § 1º, cc. art. 14).

Protesto por indicação significa que o cartório efetuará o protesto com base nas indicações/informações fornecidas pelo credor, por exemplo, pelo canhoto de recebimento das mercadorias assinado, além de outros elementos constantes da nota fiscal-fatura, situação em que é dispensada a apresentação do título (exceção ao princípio da cartularidade).

Em casos de perda ou extravio da duplicata, o vendedor é obrigado a emitir uma triplicata, ou seja, uma cópia, uma segunda via da duplicata, que terá idênticos efeitos e requisitos (LD, art. 23). A emissão da triplicata se dará com base na escrituração do **Livro de Registro de Duplicatas**. Frise-se, triplicata é a segunda via da duplicata, por ter esta sido extraviada ou não aceita.

O Livro de Registro de Duplicatas é um livro obrigatório para o empresário que emite duplicatas, pois nele devem ser escrituradas as duplicatas (LD, art. 19).

Quanto à execução judicial da duplicata ou triplicata aceita, protestada ou não, a petição deve ser instruída com o título (LD, art. 15, I). Porém, para a execução judicial de "duplicata sem aceite" ou "duplicata não devolvida", será necessária a prova do protesto juntamente com o comprovante de entrega da mercadoria ou prestação de serviço a fim de instruir a petição (LD, art. 15, II).

O **prazo prescricional** da duplicata é de 3 anos contra o sacado e seu avalista e de *1* ano contra os

demais coobrigados (LD, art. 18).

Cabe ainda salientar que a duplicata é um título de crédito causal, pois apenas pode ser emitida nas hipóteses previstas na lei. É um título vinculado em razão da padronização estabelecida pela Resolução n. 102/68 do Banco Central do Brasil, em cumprimento ao disposto no art. 27 da LD.

3.4.2. Requisitos

Os requisitos da duplicata são os seguintes (LD, art. 2º, § 1º):

1) expressão “duplicata”;
2) valor;
3) vencimento;
4) número da nota fiscal-fatura;
5) nome e domicílio do comprador e do vendedor;
6) assinatura do emitente;
7) cláusula à ordem etc.

Destaca-se ainda que a cláusula “não à ordem” só pode ser inserida por ocasião de endosso.

3.4.3. Duplicata virtual. Boleto bancário

Há tempos, a duplicata desprendeu-se das regras ordinárias previstas em sua norma em razão da realidade negocial, assumindo uma dinâmica influenciada pelo desenvolvimento da informática. Esse fato, em grande medida, acabou levando a duplicata a ser desmaterializada, transformando-se em simples registros eletromagnéticos, os quais são transmitidos pelo empresário à instituição financeira[132], quando da realização de operação de desconto bancário.

Fernando Netto Boiteux afirma que os empresários deixaram de emitir duplicatas em papel e passaram a emitir uma relação das duplicatas lançadas por meio eletrônico. Essa relação é conhecida como borderô, do qual constam os números das duplicatas, correspondendo tais números aos das respectivas notas fiscais-faturas. O borderô é remetido ao banco por via eletrônica (atualmente via internet, no passado por outros veículos como o disquete). Assim, o banco emite e encaminha aos sacados (devedores), para que efetuem o pagamento na rede bancária, um documento de cobrança (**boleto**

bancário) com os dados dos sacadores. Se determinado boleto deixar de ser pago, o banco comunica-se com o Tabelionato de Protesto também por via eletrônica e envia a indicação dos dados do título, em vez do próprio título impresso em papel ou o seu respectivo boleto bancário, para efetuar o protesto. O comprovante da entrega da mercadoria ou prestação de serviços é substituído por uma declaração do sacador de que tal documento encontra-se em sua posse, a fim de exonerar o banco de responsabilidade[133].

A transferência dos créditos para o banco denomina-se desconto bancário, que consiste na operação de recebimento antecipado dos valores de títulos de créditos não vencidos, o que é muito utilizado pelos empresários que vendem a crédito. A antecipação dos valores é feita por um banco, para o qual o comerciante transferiu os créditos. A princípio, a transmissão dos créditos deveria ser efetivada por endosso (ou excepcionalmente por cessão de crédito), mas a informática acabou por alterar essa formalidade.

Na operação de desconto, os valores antecipados dos títulos de crédito ficam sujeitos a um deságio, a fim de remunerar a instituição financeira por ter antecipado o valor; pelos seus custos de cobrança; e pelo risco de inadimplência assumido. Teoricamente, o risco poderá ser total quando não tiver direito de regresso contra quem lhe transmitiu o título, ou devolvê-lo; ou parcial, quando isso for possível. O risco vai influir na taxa de juros cobrada na operação.

Ao tempo do vencimento, o banco promove a cobrança do crédito mediante a expedição de **boleto bancário**, que não se trata de um título de crédito, mas sim um aviso de cobrança ao devedor que tem a facilidade de permitir sua quitação por meio da rede bancária física, caixas eletrônicos ou pela internet.

Nesse caso, a duplicata em si apenas vai surgir quando houver inadimplemento do devedor. Na grande maioria das vezes há o adimplemento da obrigação, assim a duplicata tem a potencialidade de ser emitida, por isso a designação de **duplicata virtual**[134]. Isso porque é um título cuja emissão é feita pelo credor.

Vale destacar que a emissão e o pagamento de boletos bancários tornaram-se uma prática corriqueira no comércio, ou seja, usos e costumes. Usos e costumes são práticas continuadas de determinados atos pelos agentes econômicos que são aceitas pelos empresários como regras obrigatórias. Eles vigoram quando a lei não possui normas expressas para regular o assunto.

No âmbito do STJ, em voto proferido como relatora do Recurso Especial n. 1.024.691/PR, após citar

o artigo já referido de Paulo Salvador Frontini, a Ministra Nancy Andrighi expressou:

> Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. **DUPLICATA VIRTUAL**. PROTESTO POR INDICAÇÃO. **BOLETO BANCÁRIO** ACOMPANHADO DO COMPROVANTE DE RECEBIMENTO DAS MERCADORIAS. DESNECESSIDADE DE EXIBIÇÃO JUDICIAL DO TÍTULO DE CRÉDITO ORIGINAL. 1. As duplicatas virtuais – 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. Lei 9.492/97. 2. Os **boletos de cobrança bancária** vinculados ao título virtual, devidamente acompanhados dos instrumentos de protesto por indicação e dos comprovantes de entrega da mercadoria ou da prestação dos serviços, suprem a ausência física do título cambiário eletrônico e constituem, em princípio, títulos executivos extrajudiciais. 3. Recurso especial a que se nega provimento.
>
> Trecho do voto da Relatora: (...) “Os usos e costumes desempenham uma relevante função na demarcação do Direito Comercial. Atualmente, os hábitos mercantis não exigem a concretização das duplicatas, ou seja, a apresentação da cártula impressa em papel e seu encaminhamento ao sacado. É fundamental, portanto, considerar essa peculiaridade para a análise deste recurso especial, a fim de que seja alcançada solução capaz de adaptar a jurisprudência à realidade produzida pela introdução da informática na praxe mercantil – sem, contudo, desprezar os princípios gerais de Direito ou violar alguma prerrogativa das partes. É importante ter em vista, ainda, que a má interpretação da legislação aplicável às transações comerciais pode ser um sério obstáculo à agilidade negocial, de maneira a tornar a posição do Brasil no competitivo mercado internacional cada vez mais desvantajosa.” STJ. RESP 1.024.691/PR. 3ª Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi. DJe 12-4-2011.

Contudo, entendemos que a duplicata virtual é uma realidade amparada pelo ordenamento jurídico, pois, como analisado, o aceite não precisa ser necessariamente realizado no próprio título; o protesto pode ser feito eletronicamente por meio de indicação; e a legislação admite a execução de duplicata não aceita, desde que protestada, acompanhada do comprovante de entrega do produto (ou prestação de serviço) e sem que tenha havido recusa de aceite pelo sacado.

3.4.4. Duplicata de prestação de serviços

É possível a duplicata de prestação de serviços, uma vez que os prestadores de serviços (empresários ou profissionais liberais) podem emitir fatura e duplicata de prestação de serviços (LD, art. 20). É o caso, por exemplo, de uma lavanderia que presta serviços a um hotel.

A duplicata de prestação de serviços, no que couber, segue o mesmo jurídico da duplicata mercantil, como, por exemplo, quanto a aceite, protesto, execução etc.

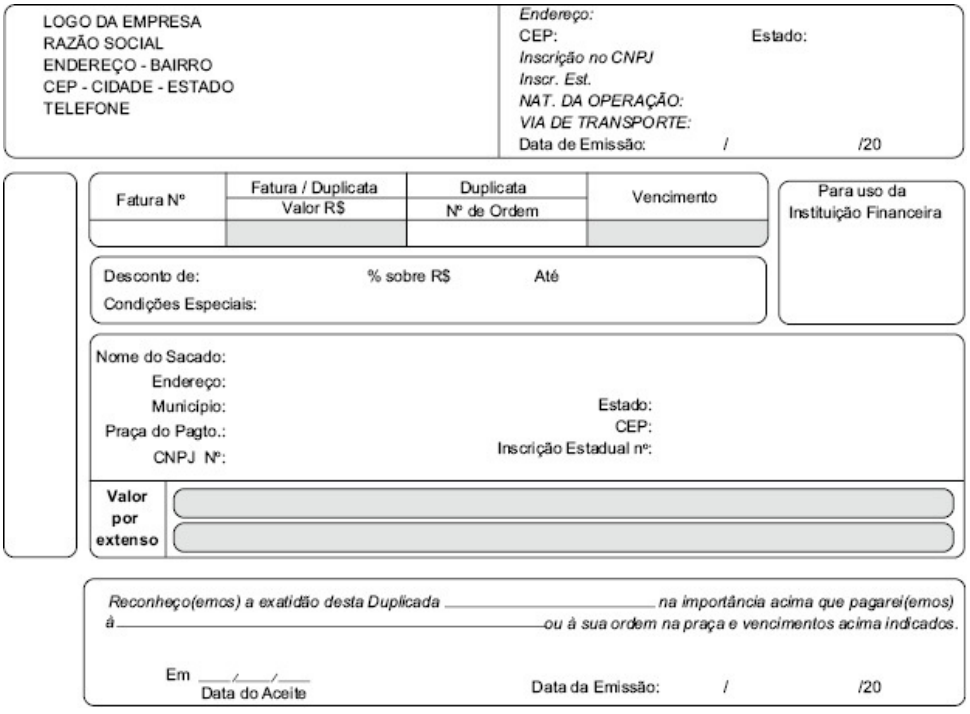
3.4.5. Duplicata rural

A duplicata rural pode ser emitida em situações de vendas a prazo de bens de natureza agrícola, extrativa ou pastoril. É cabível somente nas vendas realizadas diretamente por produtores ou por suas cooperativas (Decreto-lei n. 167/67, art. 46).

3.4.6. Duplicata simulada

A duplicata simulada é um tipo penal, pois configura-se crime emitir duplicata que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado (Código Penal, art. 172).

3.4.7. Modelos de duplicata



LOGO DA EMPRESA
RAZÃO SOCIAL
ENDEREÇO - BAIRRO
CEP - CIDADE - ESTADO
TELEFONE

Endereço:
CEP: Estado:
Inscrição no CNPJ
Inscr. Est.
NAT. DA OPERAÇÃO:
VIA DE TRANSPORTE:
Data de Emissão: / /20

Fatura Nº	Fatura / Duplicata Valor R$	Duplicata Nº de Ordem	Vencimento

Para uso da Instituição Financeira

Desconto de: % sobre R$ Até
Condições Especiais:

Nome do Sacado:
Endereço:
Município: Estado:
Praça do Pagto.: CEP:
CNPJ Nº: Inscrição Estadual nº:

Valor por extenso

Reconheço(emos) a exatidão desta Duplicada _____ na importância acima que pagarei(emos) à _____ ou à sua ordem na praça e vencimentos acima indicados.

Em ___/___/___
Data do Aceite

Data da Emissão: / /20

DUPLICATA RURAL

Nº .....

Vencimento: .....

Valor: .....

Sr. ....., estabelecido em ..... deve a ....., estabelecido em ..... a importância de ..... valor da compra dos seguintes bens:

.....

.....

Local e data:

_____

Assinatura do vendedor

Reconheço(emos) a exatidão desta duplicata rural, na importância acima, que pagarei(emos) a ..... ou à sua ordem, na praça de .....

Local e data:

_____

Assinatura do comprador

3.5. LETRA DE CÂMBIO

Letra de câmbio é uma ordem de pagamento que o **sacador** dirige ao **sacado** para que este pague a importância firmada a um terceiro denominado **tomador**.

A fim de melhor compreender o instituto, vale expressar que a palavra “letra” vem do francês *lettre*, que pode ser traduzido como letra ou carta; câmbio quer dizer troca. Na sua acepção original, um título a ser trocado por dinheiro.

A letra de câmbio foi criada pelos mercadores na Idade Média com o objetivo de evitar que esses carregassem os recursos financeiros durante suas viagens, correndo riscos com assaltos.

Os mercadores vendiam suas mercadorias em outras cidades e, em vez de dinheiro, recebiam os títulos para serem trocados posteriormente, em suas cidades de origem, pela correspondente quantia pecuniária.

Como já explicitado, pela evolução da letra de câmbio surgiu o cheque, no entanto, trata-se de títulos que, apesar de semelhantes, especialmente por serem ambos ordem de pagamento, guardam certas peculiaridades, em particular pelo fato de o cheque não admitir aceite e ter a figura indispensável do banco como sacado.

3.5.1. Regime jurídico

A principal legislação aplicável à letra de câmbio é o Decreto n. 57.663/66, mas o Decreto n. 2.044/1908 ainda tem alguns dispositivos em vigor, que não foram revogados, aplicando-se à letra de câmbio.

No Brasil, a letra de câmbio já estava prevista no Código Comercial de 1850. Depois essas disposições foram revogadas pelo Decreto n. 2.044/1908 (que também em parte foi revogado). Posteriormente, o Brasil assinou a Convenção de Genebra de 1930 e, em 1966, transformou seus termos em legislação interna por meio do Decreto n. 57.663/66 – Lei Uniforme –, que trata sobre a letra de câmbio e a nota promissória.

Todos os institutos do Direito Cambiário, tratados anteriormente como saque, aceite, aval, endosso, vencimento, pagamento, protesto, ação cambial, prescrição etc. são possíveis na letra de câmbio, inclusive porque foram estruturados a partir da letra de câmbio e foram disciplinados legalmente na Lei da Letra de Câmbio – Decreto n. 57.663/66.

3.5.2. Requisitos

Os requisitos da letra de câmbio estão previstos no Decreto n. 2.044/1908 e no Decreto n. 57.663/66 cumulativamente.

No Decreto n. 2.044/1908 constam os seguintes requisitos:

I – a denominação “letra de câmbio”;

II – a quantia em dinheiro e a espécie da moeda;

III – o nome da pessoa que deve pagá-la (sacado);

IV – o nome da pessoa a quem deve ser paga (beneficiário);

V – assinatura de próprio punho do sacador (ou mandatário especial).

Por sua vez, no Decreto n. 57.663/66, estão:

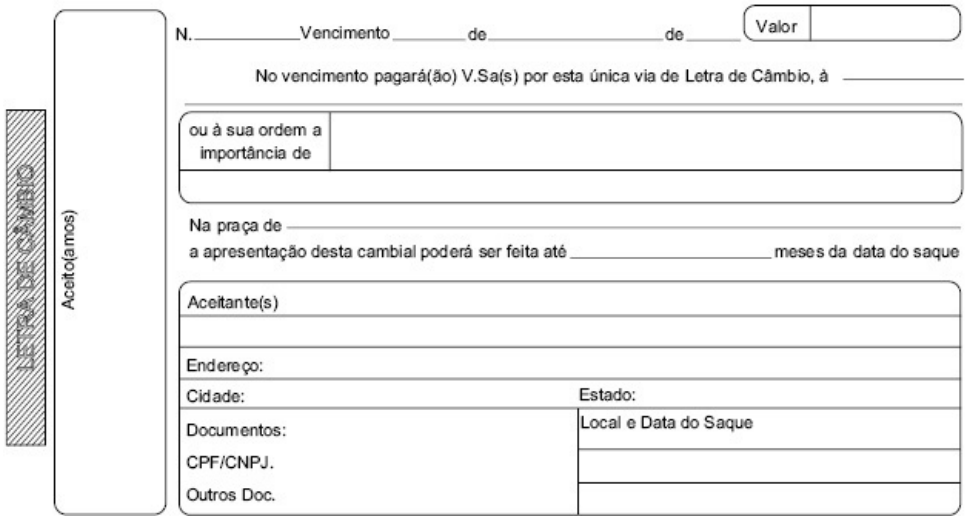
VI – a data do saque;

VII – o lugar onde é sacada.

A “época do pagamento” (vencimento) e ao “lugar do pagamento” (local) não são requisitos essenciais, conforme o art. 1º, alíneas 4 e 7, da Lei Uniforme.

Os requisitos anteriores são tidos como **especiais**, pois também existem os requisitos **gerais**, ou seja, aqueles que são comuns a todas as obrigações, principalmente o agente capaz e objeto lícito; que devem ser observados também no título de crédito.

3.5.3. Modelos de letra de câmbio



LETRA DE CÂMBIO

Nº 04

Valor: R$ 2.660,70

Vencimento: 20 de outubro de 2014

No competente vencimento pagará a quantia de ***dois mil seiscentos e sessenta reais e setenta centavos,*** por esta única via de Letra de Câmbio, ao beneficiário MÁRIO MARTA, RG 00.014.003-6, CPF 000.000.000-29, ou à sua ordem, na praça da cidade de São Paulo/SP, em moeda corrente deste país.

Emissão em São Paulo, 20 de outubro de 2014.

_____ (aceite)_____

Emitente: Aceitante:

RG: RG:

CPF: CPF:

End.: End.:

_____

Avalista

RG:

CPF:

End.:

3.6. NOTA PROMISSÓRIA

A nota promissória é título de crédito consistente em uma promessa de pagamento, de determinado valor, emitida pelo devedor ao credor.

Nota significa título (ou documento) e **promissória** está relacionada à promessa. Assim, trata-se de

uma promessa escrita, ou melhor, uma promessa formalizada em um título, cujo emissor assume um compromisso em favor do credor, isto é, confessa que é devedor e promete pagar.

Nesse título de crédito, o devedor é a mesma pessoa que se comprometeu a pagar, diferentemente do que ocorre em uma ordem de pagamento, como letra de câmbio, em que o emissor dá ordem para que o sacado efetue o pagamento ao beneficiário, surgindo desse fato a figura do aceite do sacado como uma concordância à sua obrigação de pagar (como será visto adiante, não cabe aceite na nota promissória).

O devedor de nota promissória também é denominado emitente ou subscritor. Credor, por sua vez, é chamado beneficiário.

3.6.1. Regime jurídico

Com relação à legislação aplicável à nota promissória, é a mesma norma da letra de câmbio, ou seja, a Lei Uniforme – Decreto n. 57.663/66 –, a partir do seu art. 75, fundamentalmente. Entretanto, como já citado, o Decreto n. 2.044/1908 ainda possui alguns dispositivos em vigor, aplicando-se também à nota promissória, no que couber.

No que se refere ao aval, endosso, vencimento, pagamento, protesto, execução e prescrição, valem em geral as mesmas regras da letra de câmbio (LU, art. 77).

Mas existem exceções, pois contrariam as características da nota promissória. Por exemplo, o aceite é incompatível com a natureza de um título considerado promessa de pagamento, e assim, não é cabível à nota promissória.

O principal devedor da nota promissória é o sacador, diferentemente da letra de câmbio, em que o principal devedor é o sacado. Isso ocorre porque na nota promissória só há duas figuras (devedor e credor), e, de certa forma, o sacador é ao mesmo tempo sacado, pois é o emissor do título, e o responsável pelo pagamento.

As informações da nota promissória podem ser preenchidas pelo credor, sendo indispensável, no momento da emissão, apenas a assinatura do devedor (sobre os seus dados que o qualificam como tal).

A Súmula 387 do STF menciona esse assunto: “A cambial emitida ou aceita com omissões, ou em branco, pode ser completada pelo credor de boa-fé antes da cobrança ou do protesto”.

Da mesma forma que a Súmula, dispõe o art. 891, *caput*, do Código Civil: “O título de crédito, incompleto ao tempo da emissão, dever ser preenchido de conformidade com os ajustes realizados”.

Nesses casos, o mais adequado é que a nota promissória esteja vinculada a um contrato escrito, a fim de se comprovar quais elementos foram estabelecidos pelas partes para o preenchimento.

No entanto, isso pode ser muito perigoso, uma vez que o credor pode preencher em desconformidade com o que foi ajustado entre as partes. Ocorrendo esse fato, e o título terminar circulando para um portador de boa-fé, caberá ao devedor honrar o seu pagamento, tendo direito de regresso contra quem agiu de má-fé (CC, art. 891, parágrafo único).

Em outras palavras, se o credor originário ou outros endossantes preencher o título de forma diversa do combinado, o devedor deverá honrar esses termos, cabendo apenas ação regressiva contra o infrator.

Nesses termos, o ideal é que o título seja preenchido com todos os seus dados já na ocasião de sua emissão, oferecendo maior segurança, principalmente, ao devedor.

3.6.2. Requisitos

Quanto aos requisitos da nota promissória, existem aqueles que são **obrigatórios** e outros **facultativos**. Ambos estão previstos, respectivamente, nos arts. 75 e 76 da Lei Uniforme:

Requisitos obrigatórios:

I – expressão “nota promissória”;

II – nome do beneficiário (não pode ser ao portador; mas pode ser transformado ao portador por um endosso em branco[135]);

III – assinatura do emitente ou mandatário especial;

IV – quantia;

V – data e lugar do saque/emissão (importante para fins de prescrição e local de pagamento se não houver os requisitos facultativos).

Requisitos facultativos:

I – lugar do pagamento (se estiver em branco, o local de pagamento pode ser considerado tanto o domicílio do devedor como o lugar em que a nota foi emitida);

II – vencimento: pode ser à vista, a prazo ou a certo termo de vista (se estiver em branco é à vista).

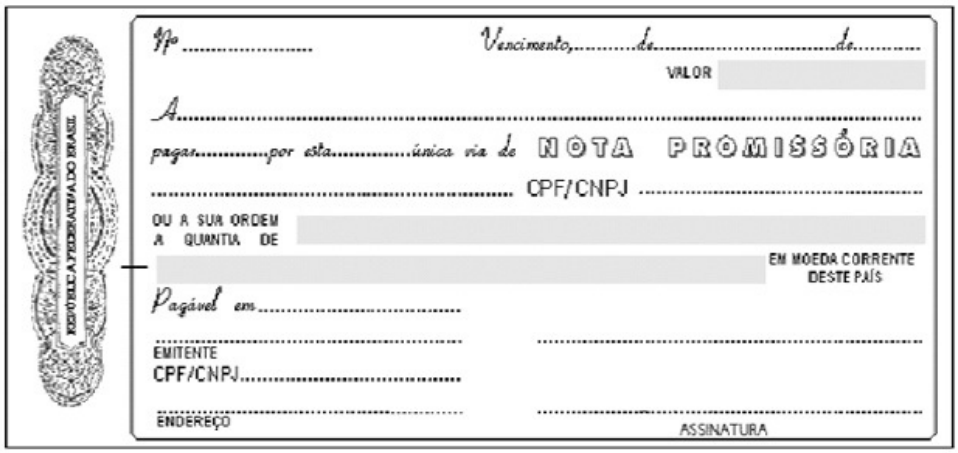
Ressalta-se que no vencimento a certo termo de vista o prazo começa a contar do visto do subscritor (LU, art. 78). Nessa hipótese, o título deve ser apresentado ao emitente para ser vistado no prazo de um ano (LU, art. 23).

Faltando os requisitos obrigatórios, o título não produzirá os efeitos de nota promissória (LU, art. 76) e, assim, não será um título executivo extrajudicial [136].

Para evitar problemas na circulação do mesmo título para diversas pessoas, a emissão da nota promissária deve ser em uma única via [137].

3.6.3. Modelos de nota promissória

Frente:



Verso:

_____

Assinatura

NOME: _____

END.: _____

CIDADE: _____ EST.: _____

CPF/CGC: _____ R.G.: _____

_____

Assinatura

NOME: _____

END.: _____

CIDADE: _____ EST.: _____

CPF/CGC: _____ R.G.: _____

NOTA PROMISSÓRIA

Nº 01/34

Valor: R$ 7.660,70

Vencimento: 05 de outubro de 2014

Ao quinto dia do mês de abril do ano de dois mil e quatorze pagarei(mos), por esta única via de nota promissória, a CAETANO DE CAMPOS, RG 00.000.000-0, CPF 000.000.000-00, ou à sua ordem, na praça da cidade de São Paulo/SP, a quantia de sete mil seiscentos e sessenta reais e setenta centavos, em moeda corrente deste país.

Emissão em São Paulo, 05 de fevereiro de 2014.

_____ _____

MATTOS FONTES – emitente – “sem despesa” MARÍLIO MENDES – emitente – “sem despesa”

RG: RG:

CPF: CPF:

End.: Rua Prof. Freitas, 88 – ap. 44 End.: Rua Dr. Pereira, n. 50 ap. 05 bl. C

São Paulo/SP – CEP: 02212-050 São Paulo/SP – CEP: 05510-540

_____

XXXXX LTDA. – avalista/“Por aval” – “sem despesa”

CNPJ: 00.000.000/0001-29 – representada pelos sócios Mattos Fontes e Marílio Mendes

End.: Praça da Madeira, 21 – cj. 605 – São Paulo/SP – CEP: 00001-001

3.7. OUTROS TÍTULOS DE CRÉDITO

Além dos títulos de crédito já estudados (cheque, duplicata, letra de câmbio e nota promissória) existem outros que são utilizados nas mais variadas operações e estão previstos em várias normas. Neste livro serão estudados os principais títulos de crédito, que para nosso objetivo possuem maior relevância.

Ao abordarem esse tema, alguns doutrinadores os denominam "títulos de crédito impróprios", por entenderem que não podem ser considerados títulos de crédito, uma vez que a estes não são aplicáveis, em medida substancial, os institutos e o regime jurídico do direito cambiário[138].

3.7.1. Conhecimento de depósito e warrant

Os "títulos representativos" são aqueles que representam mercadorias custodiadas, ou seja, mercadorias guardadas por alguém. Dessa forma, não representam valores pecuniários (em dinheiro), como os títulos de crédito já estudados.

Em geral, os títulos representativos podem ser negociados, inclusive por meio de endosso, podendo ser citados o conhecimento de depósito, o *warrant* e o conhecimento de frete.

Conhecimento de depósito é um título emitido pelo armazém-geral e representa a propriedade da mercadoria ali depositada. Esse título representa mercadorias paradas/estacionadas, não em trânsito como o conhecimento de transporte.

Trata-se de um título ao portador conferindo-lhe a faculdade de dispor da mercadoria e está previsto no Decreto n. 1.102/1903, arts. 15 e s.

Warrant é um título que representa uma garantia de penhor sobre as mesmas mercadorias depositadas no armazém-geral (em razão do conhecimento de depósito), sendo emitido em conjunto com o conhecimento de depósito. O *warrant* serve, por exemplo, para ser dado como garantia em um financiamento, ficando a mercadoria depositada no armazém, porém penhorada em favor daquele que concedeu o financiamento. O *warrant* tem tipificação legal também no Decreto n. 1.102/1903, arts. 15 e

s.

Os dois títulos, conhecimento de depósito e *warrant*, circulam conjuntamente, sendo transferidos por endosso. Eles até podem circular separados, mas a regra é que devem ser apresentados juntos para a liberação da mercadoria (salvo exceções previstas no Decreto n. 1.102/1903)[139].

O conhecimento de depósito precisa mencionar a existência do *warrant*, sendo que, na prática, quando estes títulos circulavam separadamente, o endossatário (credor) do conhecimento de depósito, via de regra, precisaria depositar no armazém a quantia equivalente a mercadoria para fins de manter a garantia (normalmente dada em favor de uma instituição financeira pelo endosso do *warrant*). Como nem sempre isso acontecia, o que prejudicava a satisfação do credor da garantia, os bancos passaram a exigir em seu favor o endosso de ambos os títulos.

3.7.2. Certificado de depósito agropecuário e warrant agropecuário

Certificado de depósito agropecuário – CDA – é o título de crédito representativo de promessa de entrega de produtos agropecuários, seus derivados, subprodutos e resíduos de valor econômico, depositados em armazéns destinados à atividade de guarda e conservação de produtos agropecuários (Lei n. 11.076/2004, art. 1º, § 1º cc. Lei n. 9.973/2000, art. 2º).

Já o *warrant* agropecuário – WA – é o título de crédito representativo de promessa de pagamento em dinheiro que confere direito de penhor sobre o CDA correspondente, assim como sobre o produto nele descrito (Lei n. 11.076/2004, art. 1º, § 2º).

O CDA e o WA são títulos unidos, emitidos simultaneamente pelo depositário, a pedido do depositante, podendo ser transmitidos, unidos ou separadamente, mediante endosso (Lei n. 11.076/2004, art. 1º, § 3º).

Compreendemos que, pela vigência da Lei n. 9.973/2000 (que institui regras específicas para armazenagem de produtos agropecuários) e da Lei n. 11.076/2004 (que dispõe sobre o certificado de depósito agropecuário e *warrant* agropecuário), o conhecimento de depósito e o *warrant*, previstos no Decreto n. 1.102/1903 (cujo escopo é instituir regras para empresas de armazéns gerais), ficaram com seu campo de utilização bem restrito, haja vista que se a mercadoria depositada tiver relação com produtos agrícolas ou pecuários os títulos a serem emitidos serão o certificado de depósito agropecuário e o *warrant* agropecuário. Assim, por não haver revogação expressa do Decreto n. 1.102/1903,

excepcionalmente, o conhecimento de depósito e o *warrant* poderiam ser emitidos por armazéns gerais que operam com bens não relacionados à agropecuária, como, por exemplo, certo tipo de maquinário.

3.7.3. Conhecimento de transporte/frete/carga

Conhecimento de transporte (também chamado de *conhecimento de frete* ou *de carga*) é um título que representa mercadorias a serem transportadas. É emitido pela transportadora ao receber a mercadoria a ser transportada, com a obrigação de entregar a carga no respectivo destino. Esse título pode ser negociado mediante endosso.

O conhecimento de carga representa mercadorias que devem ser transportadas, ou seja, que estão em trânsito; diferenciando-se do conhecimento de depósito, que representa mercadorias paradas/estacionadas.

A legislação vigente para esse conhecimento ocorre conforme as seguintes modalidades de transporte:

1) **terrestre rodoviário** é a Lei n. 11.442/2007;
2) **terrestre ferroviário** é o Decreto n. 1.832/96;
3) **marítimo** é o Código Comercial, arts. 575 a 589 (pertencentes à Segunda Parte, que não foi revogada pelo Código Civil de 2002);
4) **aéreo** é a Lei n. 7.565/86, arts. 235 e s.;
5) **modal de cargas** (quando envolver mais de uma das modalidades anteriores) é a Lei n. 9.611/98.

Aqui cabe destacar que o Decreto n. 19.473/30 era o regime jurídico básico do conhecimento de transporte, mas, conforme consta da seção legislação oficial do *site* <http://www.presidencia.gov.br>, essa norma foi revogada pelo Decreto s/n de 25/04/91. Vale lembrar que o art. 744, *caput*, do Código Civil faz menção à emissão do conhecimento de frete. Sugerimos ao leitor que se remeta ao item deste livro que trata do "contrato de transporte" (capítulo dos contratos mercantis).

3.7.4. Cédula e nota de crédito

Existem ainda os "títulos de financiamento", que representam créditos em favor de instituição financeira, devido à concessão de empréstimos.

Os títulos denominados **cédula de crédito** ou uma **nota de crédito** são promessas de pagamento.

No entanto, existe uma distinção entre cédula e nota de crédito. A **cédula** de crédito é assegurada por

uma garantia real, por exemplo, penhor ou hipoteca. Por sua vez, a **nota** de crédito não tem garantia real.

A cédula ou a nota de crédito pode ser rural, industrial, comercial ou à exportação. Além disso, a cédula de crédito, especificamente, pode ser imobiliária ou bancária.

3.7.4.1. Rural

Cédula ou nota de crédito rural[140] é o título emitido pelo tomador de recursos destinado ao financiamento de atividade agrícola ou pecuária (ou agronegócio).

O regime jurídico desses títulos rurais é o Decreto-lei n. 167/67.

A emissão desses títulos está vinculada à concessão de crédito pelo banco ao agricultor (ou agropecuário) com a finalidade de nutrir esse produtor de recursos, que devem ser empregados na exploração de sua atividade rural.

Com isso, o tomador de crédito fica obrigado a aplicar o financiamento nos fins ajustados, devendo comprovar essa aplicação no prazo e na forma combinados (Decreto-lei n. 167/67, art. 2º, *caput*), sob pena de inadimplemento.

Existem diversos títulos de crédito rural, podendo-se citar entre eles (Decreto-lei n. 167/67, art. 9º):

1) **cédula rural pignoratícia** – representa a constituição de uma dívida com a garantia real de um bem móvel;
2) **cédula rural hipotecária** – representa a constituição de uma dívida com a garantia real de um bem imóvel;
3) **cédula rural pignoratícia e hipotecária** – representa a constituição de uma dívida com garantias de bens móveis e imóveis;
4) **nota de crédito rural** – trata-se de uma promessa de pagamento, sem garantias reais.

Esses títulos rurais têm alguns requisitos exigidos pela legislação (Decreto-lei n. 167/67, arts. 14, 20, 25 e 27):

I – denominação "**Cédula de Crédito Pignoratícia**" (ou Hipotecária; ou Pignoratícia e Hipotecária) ou "**Nota de Crédito Rural**";

II – data e condições do pagamento;

III – nome do credor e cláusula à ordem;

IV – valor do crédito concedido;

V – taxa de juros;

VI – comissão de fiscalização, se houver (paga pelo tomador ao financiador pela sua fiscalização em relação ao emprego dos recursos nos fins ajustados), e o tempo de seu pagamento;

VII – local do pagamento;

VIII – data e lugar da emissão;

IX – assinatura do emitente ou representante com poderes especiais;

X – descrição dos bens dados em garantia (exceto na nota de crédito rural).

É importante ressaltar que a cédula e a nota rural podem ser inscritas no Registro de Imóveis. Antes da inscrição, o título obriga somente as partes; após a inscrição, vale contra terceiros (Decreto-lei n. 167/67, art. 30).

3.7.4.2. Industrial

O título de crédito industrial é aquele emitido pelo tomador de recursos junto à instituição financeira, com o intuito de financiar a atividade industrial (fabricação, produção).

A finalidade é nutrir empresários que atuam na área industrial de crédito para que possam financiar o desenvolvimento de sua produção.

O regime jurídico dos títulos industriais está firmado pelo Decreto--lei n. 413/69.

Cabe esclarecer que as operações de empréstimos concedidos por instituições financeiras aos industriários poderão ser representadas por **cédula** ou **nota** de crédito industrial (Decreto-lei n. 413/69, art. 1º).

Assim, cédula de crédito industrial é uma promessa de pagamento com garantia real (Decreto-lei n. 413/69, art. 9º). Já a nota de crédito industrial representa uma promessa de pagamento sem garantia real (Decreto-lei n. 413/69, art. 15).

Nesse sentido, o tomador de crédito fica obrigado a aplicar o financiamento nos fins ajustados, devendo comprovar essa aplicação no prazo e na forma combinados (Decreto-lei n. 413/69, art. 2º).

Por sua vez, o agente financiador abrirá, com o valor do crédito, uma conta bancária vinculada à operação, que o tomador irá movimentar utilizando-se de cheques, saques, recibos, ordens, cartas ou quaisquer outros documentos conforme previsto (Decreto-lei n. 413/69, art. 4º).

Existem alguns requisitos que são comuns à **cédula** e à **nota** de crédito industrial (Decreto-lei n. 413/69, art. 14):

I – denominação "**Cédula** (ou Nota) **de Crédito Industrial**";

II – data do pagamento (discriminar quando parcelado);

III – nome do credor e cláusula à ordem (circula por endosso);

IV – valor do crédito concedido (numeral e por extenso);

V – taxa de juros;

VI – praça do pagamento;

VII – data e lugar da emissão;

VIII – assinatura do emitente ou representante com poderes especiais;

IX – comissão de fiscalização, se houver, e o tempo de seu pagamento.

Além desses, existem os requisitos especiais da **cédula** de crédito industrial:

I – descrição dos bens dados em garantia;

II – obrigatoriedade de seguro para os bens dados em garantia.

A cédula de crédito industrial (a nota não) também pode ser inscrita no Registro de Imóveis; no entanto, antes da inscrição, a cédula obriga somente as partes, e, apenas após a inscrição, irá valer contra terceiros (Decreto-lei n. 413/69, arts. 29 e 30).

3.7.4.3. Comercial

O título de crédito comercial é aquele emitido por tomador de empréstimo com a destinação de financiamento de atividade comercial ou de prestação de serviço.

A legislação aplicável a essa operação é a Lei n. 6.840/80, sendo que, por força do que expressa o seu art. 5º, aplica-se subsidiariamente ao Decreto-lei n. 413/69.

Assim, operações de empréstimo concedidas por instituições financeiras aos empresários (que explorem o comércio e a prestação de serviços) poderão ser representadas por **cédula** ou **nota** de crédito comercial (Lei n. 6.840/80, art. 1º).

A cédula de crédito comercial tem garantia real; a nota não a tem.

Da mesma forma, o tomador do crédito fica obrigado a aplicar o financiamento nos fins ajustados, devendo comprovar essa aplicação no prazo e na forma combinados.

Considerando a aplicação subsidiária do Decreto-lei n. 413/69, e por serem os títulos comerciais semelhantes aos títulos industriais, cabem as mesmas regras já expostas com relação à inscrição no

Registro de Imóveis; aos requisitos (observando as distinções de nomenclatura e especificidades da Lei n. 6.840/80) etc.

3.7.4.4. À exportação

Existem ainda os títulos à exportação, que são aqueles emitidos em razão da concessão de crédito por instituições financeiras nas operações de:

1) financiamento à exportação ou à produção de bens para exportação; ou
2) atividades de apoio e complementação integrantes e fundamentais da exportação (p. ex., empresários que fabricam contêineres ou embalagens).

A previsão legal dos títulos à exportação está na Lei n. 6.313/75.

Esses títulos poderão ser representados por **cédula de crédito à exportação** ou por **nota de crédito à exportação**, ambos com características idênticas à cédula de crédito industrial e à nota de crédito industrial, respectivamente.

Assim, são aplicáveis à cédula e à nota de crédito à exportação os dispositivos do Decreto-lei n. 413/69, referentes à Cédula de Crédito Industrial e à Nota de Crédito Industrial, conforme prevê expressamente o art. 3º da Lei n. 6.313/75.

Todavia, aqui cabe a pergunta: por que emitir um título à exportação em vez de título industrial ou comercial? Porque pode haver distinções na taxa de juros praticada pelas instituições financeiras, em razão de política de incentivo que diminui a taxa para exportação.

Além disso, o art. 2º da Lei n. 6.313/75 prevê que os financiamentos efetuados por meio de Cédula de Crédito à Exportação e da Nota de Crédito à Exportação ficarão isentos do Imposto sobre Operações Financeiras – IOF.

3.7.4.5. Imobiliário

Cédula de crédito imobiliário trata-se de um título de crédito emitido pelo tomador de empréstimo para a aquisição de imóvel.

Sua disciplina jurídica está assentada na Lei n. 10.931/2004, arts. 18 e s.

Não há previsão de **nota** de crédito imobiliário. Porém, a cédula de crédito imobiliário pode ser

emitida com ou sem garantia, real ou fidejussória (Lei n. 10.931/2004, art. 18, § 3º).

3.7.4.6. Bancário

Já a **cédula de crédito bancário** é um título de crédito emitido pelo tomador de empréstimo em favor de instituição financeira, representando uma promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito de qualquer espécie.

No que diz respeito ao regime jurídico deste título, ele é previsto na Lei n. 10.931/2004, arts. 26 e s.

Este título somente pode ser emitido em favor de instituição financeira ou de entidade semelhante a esta. Caso a instituição esteja domiciliada no exterior, poderá ser emitida em moeda estrangeira.

É cabível a transferência da cédula de crédito bancário por endosso, mas desde que seja endosso em preto, no qual se identifica o endossatário/credor. Ressalta-se que não é necessário o protesto deste título para garantir o direito de cobrança contra os endossantes e seus respectivos avalistas.

Não há previsão de **nota** de crédito bancário, porém a cédula de crédito bancário pode ser emitida com ou sem garantia, real ou fidejussória (Lei n. 10.931/2004, art. 27, *caput*).

3.7.5. Cédula de produto rural

A cédula de produto rural (CPR) é um título de crédito emitido por produtores rurais com o fim de obter recursos a serem empregados em sua atividade rural (pastoril, agrícola, extrativa ou de agroindústria). No fundo, a CPR representa uma promessa de entrega de produtos rurais em favor do credor caso não ocorra a quitação dela, ou seja, não acontece o resgate do título pelo pagamento do empréstimo realizado.

A CPR foi instituída pela Lei n. 8.929/1994, a qual pode ser emitida com ou sem garantia. A garantia será cedularmente constituída, isto é, expressa no corpo do próprio título, podendo consistir em hipoteca, penhor ou alienação fiduciária (art. 5º). Os bens, objetos de garantia, podem ser rurais ou urbanos.

Podem emitir a CPR: produtores rurais, pessoas físicas ou jurídicas, bem como cooperativas e associações de produtores rurais (art. 2º). Os requisitos para a emissão da CPR são: denominação "Cédula de Produto Rural"; data da entrega; nome do credor e cláusula à ordem; promessa pura e simples de entregar o produto, sua indicação e as especificações de qualidade e quantidade; local e condições da

entrega; descrição dos bens cedularmente vinculados em garantia; data e lugar da emissão; assinatura do emitente.

Por ser um título de crédito, aplicam-se à CPR, no que couber, as normas e institutos do direito cambial, como endosso, aval, protesto etc. Quanto às normas, aplica-se em caráter supletivo o Decreto-lei n. 57.663/1966, sem prejuízo de outras normas cambiárias. Especificamente, sobre o endosso, conforme prevê o art. 10, II, da Lei n. 8.929/1994, os endossantes não respondem pela entrega do produto, mas apenas pela existência da obrigação. Quanto ao protesto, o inciso III do mesmo artigo prevê que é dispensado o protesto cambial para assegurar o direito de regresso contra avalistas.

Vale ter em conta que a CPR é título líquido e certo, exigível pela quantidade e qualidade de produto nela previsto. No que se refere especificamente à cobrança da CPR, cabe a ação de execução para entrega de coisa incerta (arts. 4º e 15).

Se for promovida pelo credor a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, isso não afasta a execução do título para satisfação do crédito remanescente (art. 16).

Contudo, para a CPR ter efeitos perante terceiros ela deverá ser inscrita no Registro de Imóveis do domicílio do emitente (art. 12).

3.7.6. Certificado de depósito bancário

Existem também os "títulos de investimento", que se destinam à captação de recursos pelo seu emitente, como o certificado de depósito bancário e a letra imobiliária.

Sobre o **certificado de depósito bancário**, **mais conhecido como "CDB"**, destaca-se que é emitido por um banco para captação de investimentos com prazos superiores a **18 meses**.

A previsão na legislação do certificado de depósito bancário está na Lei n. 4.728/65, art. 30.

3.7.7. Letra imobiliária

Letra imobiliária é o título emitido pelo agente do Sistema Financeiro da Habitação para obter recursos visando promover a concessão de financiamento para a aquisição da casa própria.

Trata-se de uma promessa de pagamento do agente financeiro em favor do credor, por ter este entregue recursos ao emissor.

Com relação ao regime jurídico da letra imobiliária, as regras estão dispostas na Lei n. 4.380/64, arts. 44 e s.

3.7.8. Modelos de títulos de crédito

CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA (ou hipotecária)

Nº .....

Vencimento: .....

Valor: .....

A ..... de ..... de ..... pagar ..... por esta CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA ..... a ..... ou à ordem, a quantia de ..... em moeda corrente, valor do crédito diferido para financiamento de ..... e que será utilizado do seguinte modo: .....

.....

Os juros são devidos à taxa de ..... ao ano, sendo de ..... a comissão de fiscalização.

O pagamento será efetuado na praça de .....

Os bens vinculados são os seguintes: .....

Local e data:

_____

Assinatura e qualificação

NOTA DE CRÉDITO RURAL

Nº .....

Vencimento: .....

Valor: .....

A ..... de ..... de ..... pagar ..... por esta NOTA DE CRÉDITO RURAL ..... a ..... ou à ordem, a quantia de ..... em moeda corrente, valor do crédito diferido para financiamento de ..... e que será utilizado do seguinte modo: .....

Os juros são devidos à taxa de ..... ao ano, sendo de ..... a comissão de fiscalização.

O pagamento será efetuado na praça de .....

Local e data:

_____

Assinatura e qualificação

CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL

Nº .....

Vencimento: .....

Valor: .....

A ..... de ..... de ..... pagar ..... por esta CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL ..... a ..... ou à ordem, a quantia de ..... em moeda corrente, valor do crédito deferido para aplicação na forma do orçamento anexo e que será utilizado do seguinte modo: .....

Os juros são devidos à taxa de ..... ao ano exigíveis em trinta (30) de junho e trinta e um (31) de dezembro, no vencimento e na liquidação da cédula, sendo de ..... a comissão de fiscalização.

O pagamento será efetuado na praça de .....

Os bens vinculados são os seguintes: .....

.....

Local e data:

_____

Assinatura e qualificação

CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL

Nº .....

Vencimento: .....

Valor: .....

A ..... de ..... de ..... pagar ..... por esta CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL ..... a ..... ou à ordem, a quantia de ..... em moeda corrente, valor do crédito deferido para aplicação na forma do orçamento anexo e que será utilizado do seguinte modo: .....

Os juros são devidos à taxa de ..... ao ano, exigíveis em trinta (30) de junho e trinta e um (31) de dezembro, no vencimento e na liquidação da cédula, sendo de ..... a comissão de fiscalização.

O pagamento será efetuado na praça de .....

Os bens vinculados são os seguintes: .....

Local e data:

_____

Assinatura e qualificação

CÉDULA DE CRÉDITO À EXPORTAÇÃO

Nº .....

Vencimento: .....

Valor: .....

A ..... de ..... de ..... pagar ..... por esta CÉDULA DE CRÉDITO À EXPORTAÇÃO ..... a ..... ou à ordem, a quantia de ..... em moeda corrente, valor do crédito deferido para aplicação na forma do orçamento anexo e que será utilizado do seguinte modo: .....

Os juros são devidos à taxa de ..... ao ano exigíveis em trinta (30) de junho e trinta e um (31) de dezembro, no vencimento e na liquidação da cédula, sendo de ..... a comissão de fiscalização.

O pagamento será efetuado na praça de .....

Os bens vinculados são os seguintes: .....

.....

Local e data:

_____

Assinatura e qualificação

3.8. TÍTULOS DE CRÉDITO E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002, nos arts. 887 a 926, traz um regramento sobre títulos de crédito, que são de aplicação supletiva em caso de lacunas na legislação especial dos títulos de crédito.

Vale destacar que o Código Civil não regula nenhum título de crédito em espécie, limitando-se a traçar regras gerais, mas não chega a ser uma lei geral sobre títulos de crédito, como ressalta o seu art. 903:

> "Salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código".

Logo, o Código Civil não revogou nenhuma disposição das leis cambiárias: Lei do Cheque, Lei da Duplicata, Lei Uniforme etc.

Existem opiniões de que, a partir do Código Civil, é possível a criação de títulos atípicos. No entanto, isso é descartado por outras opiniões que defendem a segurança nas relações jurídicas cambiais, especialmente ao afirmarem que nosso sistema legal é fechado, não permitindo a criação de outros títulos que não os previstos em lei.

Um detalhe interessante é que o art. 887 do Código Civil traz um conceito de título de crédito que reflete o conceito de título de crédito formulado por Cesare Vivante (já estudado anteriormente).

Em suas disposições, o Código Civil, no seu art. 897, parágrafo único, veda o aval parcial. Acontece que isso colide frontalmente com o art. 30 da Lei Uniforme, que prevê que o aval pode ser dado no todo ou em parte do valor do título. Vale ressaltar que o Código Civil tem natureza supletiva em matéria de títulos de crédito, aplicando-se apenas subsidiariamente quando a legislação especial for omissa.

Além disso, o Código Civil, no inc. III, do art. 1.647, passou a exigir a necessidade da outorga do outro cônjuge para se prestar aval em títulos de crédito.

Essa exigência pode ser explicada pelas recorrentes ações judiciais em que um dos cônjuges pretende defender parte do seu patrimônio no que se refere ao aval prestado pelo outro cônjuge.

A propósito, também pode-se dizer que essa determinação quase equiparou o aval à fiança, não considerando as peculiaridades dos negócios empresariais, que se diferenciam dos civis.

Entretanto, tal regra prejudica toda a dinamicidade dos títulos de crédito, em especial em relação à celeridade na emissão, circulação e exigência de garantia, burocratizando-o.

E, aqui como já mencionado, é de se questionar sobre a aplicação dessa regra, uma vez que é estabelecida por uma lei geral (Código Civil) em detrimento da legislação especial dos títulos de crédito, que não exige a outorga do cônjuge para que o aval seja prestado.

3.9. TÍTULO DE CRÉDITO ELETRÔNICO

O art. 889, § 3º, do Código Civil prevê a possibilidade da emissão de título por computador. Essa emissão tem recebido a denominação título de crédito eletrônico ou virtual, ou seja, é o título emitido por meio eletrônico, não materializado em papel (o título é real, mas não é impresso em papel), sendo uma exceção ao princípio da cartularidade.

No entanto, essa emissão eletrônica de um título de crédito só é possível para a duplicata, que é emitida pelo próprio credor.

Por não ser absoluto, não existe abrigo para quem defende a impossibilidade de emissão de títulos eletrônicos, por considerar que essa ação poderia ferir o princípio da cartularidade. Tanto é assim que a Lei de Duplicatas, no seu art. 13, § 1º, prevê a possibilidade do protesto por indicação, sem a duplicata original quando não devolvida pelo credor. Por esse mandamento legal, é possível realizar um ato cambiário, o protesto, sem absolutismo quanto ao princípio da cartularidade.

Desse modo, a previsão do Código Civil seria outra hipótese de exceção ao princípio da cartularidade, inclusive levando-se em consideração que as situações, os princípios e as normas evoluem. E os títulos de crédito estão acompanhando a evolução da sociedade, da ciência e do comércio.

A maioria das negociações e contratações têm sido estabelecidas eletronicamente (p. ex., por *e-mails*). Dessa maneira, nada mais óbvio do que a possibilidade de emissão de títulos eletrônicos.

Com relação ao requisito da assinatura do emitente, à possibilidade de circulação e à segurança dos títulos eletrônicos, este poderá ser garantido pelos sistemas de assinatura eletrônica e certificação digital, que está tendo bom andamento no Brasil, a partir da Medida Provisória n. 2.200-2/2001[141].

A Medida Provisória n. 2.200-2/2001 criou a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-BRASIL –, a fim de garantir autenticidade, integralidade e validade jurídica de documentos eletrônicos. Ela é composta por uma autoridade estatal, gestora da política e das normas técnicas de certificação (Comitê Gestor), bem como por uma rede de autoridades certificadoras (subordinadas àquela), que, entre outras atribuições, mantém os registros dos usuários e atestam a ligação entre as chaves privadas utilizadas nas assinaturas dos documentos e as pessoas que nessas revelam-se como os emitentes das mensagens, garantindo a inalterabilidade dos seus conteúdos.

Utilizando-se de **assinatura digital** e **certificação eletrônica**, em tese, é possível realizar o aceite, o endosso, o aval e outros atos cambiários.

Quanto à executividade do título, ele apenas deixou o suporte em papel para utilizar o suporte eletrônico, sendo apenas uma questão de prova. Deve ser observado aqui que até o processo judicial poderá ser digital, conforme estabelece a Lei n. 11.419/2006, que disciplina a informatização do processo judicial.

A desmaterialização dos títulos de crédito não é algo novo. Como bem ponderou Newton De Lucca, pioneiro no trato da questão no Brasil, esse fato teve início na França, em 1967, quando se passou a utilizar uma letra de câmbio que não era materializada. Nesse caso, o comerciante passou a remeter seus

créditos ao banco por meio de fitas magnéticas, acompanhadas de um borderô de cobrança, não existindo nem circulação do título[142] nem sua tradicional materialização do ponto de vista da cartularidade.

Sobre a discussão da possibilidade ou não da criação de títulos de crédito atípicos pela via eletrônica, talvez o mais apropriado não fosse chamá-lo "título de crédito eletrônico", mas, sim, "título de crédito emitido eletronicamente", pois o que será obtido é um título já previsto no ordenamento jurídico (p. ex., a duplicata), mas agora emitido em suporte eletrônico, e não mais em papel.

Destaca-se que a própria redação do § 3º, do art. 889, do Código Civil, quando menciona **computador** ou **meio técnico equivalente,** está tratando da forma de emissão dos títulos, e não da criação de novos títulos de crédito.

Ainda com referência à materialização do título, o princípio da cartularidade, na expressão "documento necessário" do conceito de título de crédito, tem a finalidade primordial de provar a existência do crédito, uma vez que até algumas décadas atrás o papel era o suporte que se tinha como mais apropriado para a firmação do crédito, o seu exercício em termos de transmissão e cobrança, e a respectiva perícia em caso de dúvida.

Com a evolução da tecnologia, tudo isso (confirmação da existência do crédito e sua transmissão, cobrança etc.) poderá ser feito utilizando-se o suporte eletrônico. O Direito não pode se esquivar ao avanço tecnológico da sociedade e do comércio.

Os problemas advindos de oportunistas e falsificadores no ambiente eletrônico não são menores que os de fora desse ambiente. Os sistemas de assinatura digital e de certificação digital (com codificação por meio de sistema criptográfico assimétrico e uso de chave pública e privada), a propósito, são muito mais seguros do que a sistemática de assinatura e reconhecimento de firma por semelhança dos cartórios brasileiros.

QUESTÕES DE EXAMES DA OAB E CONCURSOS PÚBLICOS

1. (OAB Nacional 2009.1) Uma letra de câmbio foi sacada por Z contra X para um beneficiário Y e foi aceita. Posteriormente, foi endossada sucessivamente para A, B, C e D. Nessa situação hipotética,

I – Z é o sacado, X é o endossante, Y é o tomador.

II – aposto o aceite na letra, X torna-se o obrigado principal.

III – se, na data do vencimento, o aceitante se recusar a pagar a letra, o portador não precisará encaminhar o título ao protesto para garantir o seu direito de ação cambial ou de execução contra os coobrigados indiretos.

IV – se A promover o pagamento ao portador D, os endossantes B e C estarão desonerados da obrigação.

Estão certos apenas os itens

A) I e III.

B) I e IV.

C) II e III.

D) II e IV.

2. (OAB Nacional 2008.2) Os títulos de crédito são tradicionalmente concebidos como documentos que apresentam requisitos formais de existência e validade, de acordo com o regulado para cada espécie. Quanto aos seus requisitos essenciais, a nota promissória

A) poderá ser firmada por assinatura a rogo, se o sacador não puder ou não souber assiná-la.

B) conterá mandato puro e simples de pagar quantia determinada.

C) poderá não indicar o nome do sacado, permitindo-se, nesse caso, saque ao portador.

D) precisa ser denominada, com sua espécie identificada no texto do título.

3. (Magistratura-SP 182º 2009) Quanto ao cheque, é correto afirmar que

A) deve ser apresentado para pagamento, a contar do dia da emissão, no prazo de 60 (sessenta) dias, quando emitido no lugar onde houver de ser pago; e de 90 (noventa) dias, quando emitido em outro lugar do Brasil ou no exterior.

B) pode ter seu pagamento garantido, no todo ou em parte, por aval prestado por terceiro, exceto o sacado, ou mesmo pelo signatário do título.

C) nele não se poderá estipular que o seu pagamento seja feito a pessoa nomeada, com ou sem cláusula expressa “à ordem”.

D) é válido o endosso do sacado.

4. (Magistratura-SP 181º 2008) É correto afirmar que

A) os títulos de crédito nominativos “à ordem” circulam mediante tradição acompanhada de endosso.

B) os títulos de crédito nominativos “não à ordem” dispensam a tradição, mas não a cessão civil.

C) sacado de letra de câmbio tem o dever de aceitá-la, sendo responsável pela obrigação cambial.

D) o aval é ato cambial que garante a integralidade de pagamento do título em favor do devedor principal.

5. (Magistratura-MG 2008) Quanto à Cédula de Crédito Bancário, é ***INCORRETO*** afirmar:

A) a Cédula de Crédito Bancário em favor de instituição domiciliada no exterior poderá ser emitida em moeda estrangeira.

B) a Cédula de Crédito Bancário será transferível mediante endosso em preto, ao qual se aplicarão, no

que couberem, as normas do direito cambiário, caso em que o endossatário, mesmo não sendo instituição financeira ou entidade a ela equiparada, poderá exercer todos os direitos por ela conferidos, inclusive cobrar os juros e demais encargos na forma pactuada no título.

C) é necessário o protesto da Cédula de Crédito Bancário para garantir o direito de cobrança contra os endossantes e seus respectivos avalistas.

D) a Cédula de Crédito Bancário é emitida em tantas vias quantas forem as partes que nela intervierem, mas somente a via do credor será negociável.

6. (Magistratura-MG 2008) Quanto às duplicatas, é ***CORRETO*** afirmar que:

A) Comprovada a prestação dos serviços, a duplicata não aceita, mas protestada, é título hábil para instruir pedido de falência.

B) A duplicata mercantil sem aceite e sem o comprovante de entrega da mercadoria, por si só, enseja ação monitória em desfavor do sacado.

C) O endosso datado realizado pelo sacador três dias após o vencimento da duplicata se afigurará como endosso póstumo.

D) Caso não corresponda a uma compra e venda mercantil efetiva, a duplicata será nula, ainda que tenha circulado por endosso.

7. (Magistratura-RS 2009) Sobre protesto, considere as assertivas abaixo.

I – A legislação vigente exime o tabelião de protesto da responsabilidade de investigar a ocorrência de prescrição ou caducidade do título ou documento de dívida, responsabilizando-o apenas pela observância dos seus caracteres formais que obstam o registro do protesto.

II – Segundo o *caput* do art. 21 da Lei n. 9.492/97, *o protesto será tirado por falta de pagamento, de aceite ou de devolução*. No caso de duplicata ou triplicata encaminhada a protesto, aceita ou não, depois de vencida, o protesto será necessariamente por falta de pagamento.

III – Para o cancelamento do registro do protesto, na hipótese de protesto em que tenha figurado apresentante por endosso-mandato, será necessária, além da declaração de anuência passada pelo credor-endossante, a do apresentante--mandatário.

Quais são corretas?

A) Apenas I.

B) Apenas II.

C) Apenas III.

D) Apenas I e II.

E) I, II e III.

8. (Ministério Público-PE 2008) A duplicata mercantil, enquanto título causal,

A) está sujeita a regime jurídico diverso do cambial.

B) sujeita-se ao regime jurídico cambial e, portanto, aos princípios da cartularidade, da literalidade e da autonomia das obrigações.

C) pode ser sacada em qualquer hipótese, segundo a vontade das partes interessadas.

D) não se vincula especificamente a nenhum negócio jurídico.

E) não pode ser tida como um título de crédito abstrato, se examinada sua origem.

9. (Ministério Público-CE 2009) Quanto aos títulos de crédito, é correto afirmar:

A) a emissão de duplicata mercantil que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, corresponde a ilícito civil, sem consequências criminais.

B) emitida a letra de câmbio pelo sacador, nasce de imediato a obrigação cambial de pagamento do título ao sacado.

C) embora não admitam aceite, as notas promissórias podem ser emitidas com vencimento a certo termo da vista, devendo o credor, nessa hipótese, apresentar o título ao visto do emitente no prazo de um ano do saque.

D) o credor do cheque pode responsabilizar o banco sacado pela inexistência ou insuficiência de fundos disponíveis, dada a responsabilidade objetiva do estabelecimento bancário.

E) a divergência nos prazos ou nos preços ajustados com o vendedor não é motivo de recusa de aceite de uma duplicata mercantil pelo comprador.

10. (Ministério Público-PE 2008) Em relação aos títulos de crédito, é certo que

A) a prática comercial de emissão de cheque com data futura de apresentação, conhecido como cheque “pré-datado”, desnatura sua qualidade cambiariforme, por representar mera garantia de dívida.

B) não existe a figura do aceite na letra de câmbio, embora seja da substância da duplicata, por ser causal.

C) o valor exato e certo, contido em uma nota promissória, não pode sofrer acréscimos de juros ou de correção monetária, pois isso implicaria ausência de liquidez do título.

D) a cédula de crédito bancário permite a aposição de juros, vedada porém sua capitalização, isto é, a cobrança de juros compostos.

E) o emitente da duplicata deve enquadrar-se como comerciante ou prestador de serviços, incluindo-se aquele que fabrica produtos e o profissional liberal, ao qual também se permite a emissão.

4

Sociedades

4.1. SOCIEDADES

De início cabe ponderar que, nesta obra, ao nos referirmos à palavra “sociedade”, trataremos das sociedades voltadas à exploração de atividades econômicas, e não à sociedade no sentido de coletividade/comunidade de indivíduos organizada.

Este capítulo também poderia ser denominado “Direito Societário”, considerando a atual propagação da expressão ao se referir ao sub-ramo do Direito Empresarial que trata de sociedades.

É cabível esclarecer que, nas relações societárias, ou seja, entre sócios e entre estes e a sociedade, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que não se trata de relação de consumo; sendo, portanto, aplicável as regras do direito das sociedades: Código Civil ou leis especiais. Por nossa sugestão, durante a Jornada de Direito Comercial, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em outubro de 2012, foi aprovado o Enunciado n. 19: “Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor às relações entre sócios/acionistas ou entre eles e a sociedade”.

4.1.1. Histórico

Conforme relata Rubens Requião, na Antiguidade as sociedades já existiam, embora fossem reguladas pelo Direito Civil; porém, ainda não existia um ramo específico do Direito para os comerciantes[143].

No entanto, o grande desenvolvimento das sociedades mercantis apoiou-se no fato de que pudessem ser feitos investimentos na exploração de determinados negócios, mas com limitação de responsabilidade dos investidores.

A primeira sociedade regular, ou seja, criada com personalidade jurídica, foi a **sociedade anônima**.

Isso se deu na Inglaterra durante o século XVIII, sendo ela destinada a empreendimentos de vulto, como a exploração de petróleo e a criação de ferrovias.

Basicamente, a captação de recursos para a formação da sociedade anônima ocorria pela venda de títulos – as ações –, pois esses podiam circular. A limitação da responsabilidade dos investidores era o correspondente ao valor de suas ações.

Mais tarde, no século XIX, em território alemão, surgiu a **sociedade limitada**, destinada a empreendimentos menores, como padaria, mercearia, sapataria etc. A sociedade limitada nasceu devido às solicitações de comerciantes individuais que não tinham a limitação de responsabilidade e a separação patrimonial, pelo desenvolvimento de suas atividades.

Em tese, na sociedade limitada não havia a circulação dos títulos societários, bem como tantas formalidades como há na sociedade anônima.

4.1.2. Conceito

Sociedade é ente que tem natureza contratual, ou seja, sociedade é um contrato. Dessa maneira, para conhecer mais profundamente o conceito de sociedade, é necessário relembrar o que é pessoa jurídica e qual o conceito de contrato.

A pessoa pode ser **física** (natural) ou **jurídica**. **Pessoa jurídica** é a entidade legalizada; um ente criado pela técnica jurídica como uma unidade orgânica e estável de pessoas para fins de natureza pública ou privada. É completamente distinta dos indivíduos que a compõem, tendo personalidade jurídica, como a pessoa física, visando obter direitos e contrair obrigações.

Ressalta-se que as pessoas jurídicas podem ser de **direito público** (interno e externo, p. ex., União, Estados, Municípios, autarquias, ONU etc.) e de **direito privado** (associações, fundações, partidos políticos, entidades religiosas, empresas individuais de responsabilidade limitada, **sociedades**), à luz dos arts. 40, 41 e 44 do Código Civil. Este livro irá focar apenas as sociedades.

O “nascimento” (criação) da sociedade legalizada acontece com o registro do seu contrato social no órgão competente, o que lhe confere personalidade jurídica (item que será tratado adiante).

Porém a sua extinção pode ocorrer quando o seu prazo de duração termina: se por prazo determinado; se fundir-se com outra sociedade; se for cindida/dividida totalmente para a criação de outras sociedades; se for incorporada por outra etc. (aspectos que iremos estudar mais à frente).

Como já foi citado, a sociedade é um contrato, ou seja, toda sociedade tem natureza contratual.

Contrato significa o acordo (ato) de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica de direito patrimonial (nesse sentido é o texto do art. 1.321 do Código Civil italiano de 1942).

Ainda, cabe destacar que a palavra "patrimonial" do conceito está relacionada ao fato de que os contratos necessariamente devem ter um conteúdo econômico, pois, do contrário, não são considerados contratos, o que tem aplicação direta ao contrato de sociedade.

O Código Civil brasileiro de 2002 não abarca o conceito de contrato, mas prevê o conceito de contrato de sociedade, no seu art. 981:

> "Art. 981. 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".

Em relação a esse conceito, salienta-se que, quando trata da partilha dos resultados, está se referindo aos resultados decorrentes da exploração da atividade econômica. Esses resultados podem ser **lucros** ou **prejuízos**.

Contudo, o conceito de contrato de sociedade, previsto no art. 981 do Código Civil, vale para sociedades personificadas ou não, empresárias ou simples.

4.1.3. Principais expressões societárias

O estudo do Direito Societário é algo bem complexo, especialmente pela vastidão de leis e expressões jurídicas que são frequentemente confundidas. Dessa forma, com o fim de melhor situar o estudante a respeito da matéria, elaborou-se um "minidicionário" com algumas expressões muito utilizadas no campo societário. É importante destacar que algumas dessas expressões serão mais bem explicadas no desenvolvimento deste capítulo.

Sócio – É aquele que participa da sociedade (detém uma parte das quotas ou ações); é o gênero do qual **acionista**, **cotista** e **cooperado** são espécies.

Lucro – É o retorno (remuneração) obtido em razão do capital investido pelos sócios.

Prejuízo – É a perda de capital investido pelo insucesso do negócio.

Dividendo – É o lucro divido entre os sócios, os quais recebem proporcionalmente conforme sua participação na sociedade.

Pro labore – É a remuneração do administrador/sócio que trabalha na empresa (é paga mesmo que não haja lucro no exercício).

Direito de retirada – É o direito que o sócio tem de sair do quadro de sócios. Na sociedade anônima é chamado de direito de recesso.

Cessão de quotas – É a alienação das quotas sociais, ou seja, o ato de transferir as quotas, como, por exemplo, por venda ou doação.

4.1.4. Personalidade jurídica. A criação da sociedade

A sociedade, enquanto um acordo entre sócios, surge com o contrato (verbal ou escrito); no entanto, para que essa sociedade tenha existência própria e personalidade jurídica é indispensável atender ao que determina a lei.

Personalidade jurídica é o fato pelo qual um ente, no caso a sociedade, torna-se capaz de adquirir direitos e contrair obrigações.

Com isso, a personalidade jurídica confere à sociedade uma existência diversa em relação aos sócios, sendo então uma entidade jurídica individualizada e autônoma.

Adquire-se a personalidade jurídica pelo registro do ato constitutivo (contrato social) da sociedade no registro próprio[144].

Em outros termos, a personalidade jurídica da "sociedade empresária" é adquirida com seu registro no **Registro Público das Empresas Mercantis** (Junta Comercial), e a "sociedade simples", ao se registrar no **Registro Civil das Pessoas Jurídicas** (CC, art. 985 cc. arts. 45 e 1.150).

Do ponto de vista classificatório, a "sociedade de advogados" seria uma sociedade de natureza intelectual (simples). Entretanto, as sociedades de advogados não são registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, mas sim nas Seccionais da **OAB** (Lei n. 8.906/1996, art. 15, § 1º). A explicação está no fato de que, mesmo que pudesse haver o elemento de empresa, a sociedade de advogado jamais poderia ser empresária sujeita a registro na Junta Comercial.

Por sua vez, a extinção da personalidade jurídica ocorre com a averbação da dissolução e respectiva liquidação da sociedade (como será visto adiante).

Os efeitos decorrentes da personalidade jurídica ocorrem pelo fato de a sociedade constituir: nome próprio, patrimônio próprio (princípio da autonomia/separação patrimonial), domicílio próprio etc. Também, em razão da personalidade jurídica, a sociedade pode estar em juízo, ativa e passivamente, sendo aplicável, quando for o caso, a Súmula 481 do STJ: “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”.

A personalidade jurídica da sociedade acarreta a separação patrimonial da sociedade em relação aos seus sócios, para efeitos de responsabilidade, ou seja, as obrigações da sociedade devem ser arcadas pelo seu próprio patrimônio, não atingindo o patrimônio pessoal dos sócios.

4.1.4.1. Desconsideração da personalidade jurídica

No plano conceitual, a desconsideração da personalidade jurídica é o instituto por meio do qual o juiz deixa de levar em conta a separação/autonomia patrimonial existente entre sociedade e sócio(s) com o fim de responsabilizar este(s) por dívidas daquela.

Como estudado, a personalidade jurídica gera a separação patrimonial da sociedade quanto aos seus sócios.

Em contraponto, surgiu a desconsideração da personalidade jurídica, criada pela jurisprudência inglesa em 1897, em razão do famoso caso Salomon[145].

No Brasil, o pioneiro no trato do assunto foi Rubens Requião, chamando a atenção para o fato de que a difusão do instituto o fez ficar conhecido como a doutrina do *Disregard of Legal Entity*[146].

Toda sociedade é constituída com um objeto social, que, no fundo, reflete determinada atividade econômica que visa a explorar.

Algumas vezes o objeto social da sociedade não é cumprido pelos sócios e/ou administradores da empresa, utilizando-o de forma fraudulenta e ilícita, o que prejudica a autonomia patrimonial estabelecida pela personalidade jurídica.

Quando isso acontece, a sociedade pode ter sua personalidade jurídica desconsiderada pelo juiz. Há divergências doutrinárias em relação ao momento processual em que o juiz deve decretar a desconsideração da personalidade jurídica. Mas, a princípio, o momento adequado seria o da execução do processo em que a sociedade é ré, de forma incidental[147], uma vez que eventuais abusos podem ser

apurados na fase de conhecimento. Os contrários a essa corrente afirmam que, nesse caso, ficam prejudicados os direitos ao contraditório e à ampla defesa, bem como ao devido processo legal, uma vez que os sócios não foram citados para responder ao processo de conhecimento, e sim apenas à sociedade. Alguns compreendem que seria necessário processo apartado para apurar a falta do sócio.

Nossa tese fundamenta-se no fato de que, à luz do art. 592, II, do CPC [novo CPC, art. 790, II], os bens do sócio ficam sujeitos à execução nos termos da lei. E, conforme o art. 596, *caput*, do CPC [novo CPC, art. 795, *caput*], os bens dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, salvo nos casos autorizados pela legislação (como é a desconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 50 do Código Civil), hipótese em que eles têm direito a exigir que sejam primeiro excutidos os bens da sociedade. Ou seja, seu direito não está relacionado a ter contra si um processo de conhecimento para a apuração de abuso da personalidade, uma vez que a conduta pode ser verificada de forma incidental pelo juiz no processo ajuizado contra a sociedade. Teremos um desvirtuamento e ineficácia da desconsideração da personalidade jurídica se condicionarmos o instituto a processo de conhecimento contra os sócios.

Trazendo uma solução para a divergência, o § 4º do art. 795 do novo CPC expressa que, para haver a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente, previsto nos arts. 133 a 137 do mesmo código. Reforçando a questão, o art. 134, *caput*, do novo CPC prevê que a desconsideração da personalidade jurídica se dá por meio de incidente, o qual é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Como reflexo da desconsideração da personalidade jurídica, a separação patrimonial entre sociedade e seus sócios deixa de existir momentaneamente; logo, os bens dos sócios podem ser atingidos em razão das dívidas da sociedade, ou seja, implica uma responsabilidade pessoal e direta dos sócios pelas dívidas da sociedade. Por isso, cuida-se de uma exceção ao princípio da separação patrimonial e as correspondentes autonomias patrimoniais da sociedade e dos seus sócios.

Especificamente quanto à responsabilidade pessoal e direta de sócios ou administradores, não há limite de valor para essa responsabilização (nesse sentido, REsp-STJ 1.169.175), ou seja, todo o patrimônio particular fica sujeito a ser constrito (penhorado) por força dos efeitos da desconsideração, exceto o que for considerado bem de família, à luz do art. 1º da Lei n. 8.009/90, que prevê:

> “O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e **não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial**, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei” (grifo nosso).

Esse entendimento não impede a penhora do estabelecimento, pois este não é tido como bem de família. Isso se alinha à Súmula 451 do STJ: “É legítima a penhora da sede do estabelecimento comercial”.

Vale ter em conta que a desconsideração da personalidade jurídica não se aplica ao empresário individual, pois não é dado a ele o direito à limitação de responsabilidade e à separação patrimonial. Logo, seus bens pessoais responderão pelas dívidas decorrentes da sua atividade empresarial, salvo bem de família.

Dessa forma, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi criado visando evitar o mau uso da pessoa jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica não é a sua **anulação**. A anulação da personalidade jurídica faz com que a pessoa jurídica deixe de existir. Já a desconsideração apenas suspende momentaneamente a personalidade jurídica aos efeitos de separação e limitação patrimonial, porém a pessoa jurídica continua existindo.

Para haver a desconsideração da personalidade jurídica, é necessário que ela seja declarada pelo juiz (mediante requerimento da parte ou do Ministério Público) quando estiver configurado o **abuso da personalidade jurídica**, conforme dispõe o art. 50 do Código Civil.

O abuso da personalidade jurídica se configura pelo **desvio de finalidade**, que é a utilização da sociedade de forma abusiva, com atitudes fraudulentas e ilícitas, como para a frustração de credores.

Também configura abuso da personalidade jurídica a **confusão patrimonial**, que significa a mistura do patrimônio da sociedade com o do(s) sócio(s), por exemplo, quando o sócio paga a escola do filho com o cheque da empresa, ou paga o aluguel da empresa com o seu cheque particular.

É válido explicitar que a desconsideração da personalidade jurídica é aplicável aos bens de sócio ou **administrador** da sociedade, sendo que o administrador não precisa ser necessariamente sócio-administrador, pode ser um administrador contratado, mesmo que no regime da legislação do trabalho, não pertencendo, portanto, ao quadro societário.

Muito importante também é ponderar que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica é aplicável não apenas quanto às sociedades, mas a **todo o tipo de pessoa jurídica** nos termos da parte final do art. 50 do Código Civil, que não faz restrição às espécies de pessoa jurídica, de direito público ou privado. Logo, em tese, havendo abuso da personalidade jurídica pelo administrador de uma associação, fundação, partido político, entidade religiosa, EIRELI etc. é aplicável a desconsideração da personalidade jurídica.

No direito público esse tema também pode ser visto sob a ótica da **improbidade administrativa**, nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, ao estabelecer que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Essa matéria é regulamentada pela Lei n. 8.429/92 – Lei que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

Mas, sem dúvida, o campo em que a desconsideração da personalidade jurídica tem mais aplicabilidade é o do direito societário. Um caso paradigmático na jurisprudência brasileira a respeito da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica foi julgado pelo STJ, por meio do REsp 86.502, Rel. Ruy Rosado de Aguiar, *DJU* 26-8-1996, quando se entendeu que a personalidade jurídica pode ser desconsiderada quando for usada para fraudar credores.

Este instituto é aplicável principalmente em casos de falência de sociedade se houver confusão patrimonial (ou fraude), como no julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 7ª Câmara de Direito Privado, por meio do Agravo de Instrumento – Ag 155.854-4/8, Rel. Salles de Toledo, *DJ* 30-11-2000. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, ao comentar tal acórdão, frisa que uma das finalidades da desconsideração está na sua presteza quanto a atender aos interesses dos prejudicados, pois se tivessem de esperar uma decisão em processo de conhecimento para discutir a fraude, enquanto corre o processo falimentar, corresponderia a não se obter a tutela adequada[148].

No entanto, é bom ter claro que processo falimentar não significa necessariamente ter de aplicar a desconsideração da personalidade jurídica, pois nem toda falência é acometida por fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial. Nesse sentido, é o REsp-STJ 693.235. Por isso, não se deve aplicá-lo à

desconsideração em casos de falência por crise econômica, por hipótese.

Especificamente sobre sociedade anônima, a desconsideração da personalidade jurídica poderá se dar quanto ao administrador e/ou acionista controlador, mas não em relação a acionista minoritário, uma vez que este não tem ingerência sobre a gestão da empresa.

No ordenamento jurídico brasileiro, além do art. 50 do Código Civil, há outras previsões de desconsideração da personalidade jurídica:

1) Lei 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil – art. 133 e s.: o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será aberto mediante requerimento da parte interessada ou do Ministério Público (quando lhe couber intervir no processo); sendo cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. O pedido de desconsideração deverá demonstrar os pressupostos legais (à luz do art. 50 do Código Civil, confusão patrimonial ou desvio de finalidade), havendo a possibilidade da desconsideração inversa (tema que será estudado adiante). A instauração do incidente suspenderá o trâmite do processo principal, salvo na hipótese em que a desconsideração for requerida na própria petição inicial. Uma vez aberto o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de quinze dias. Depois de concluída a instrução do incidente, se for o caso, ele será resolvido por decisão interlocutória, contra a qual cabe agravo de instrumento, conforme o art. 1.105, IV, do novo CPC. Se for procedente o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, ocorrida em fraude de execução, não terá efeito em relação ao requerente;
2) Lei n. 12.843/2013 – Lei anticorrupção e de responsabilidade objetiva empresarial, art. 14, prevê a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em processo administrativo que visa a apuração da responsabilidade de pessoa jurídica. Conforme a lei, a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos (previstos pela própria Lei n. 12.843/2013) ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, devendo sempre ser respeitada a principiologia do contraditório e da ampla defesa;
3) Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – art. 28: quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito; excesso de poder; infração da lei; ato ilícito; violação do contrato social; inatividade da empresa; ou ainda quando a personalidade jurídica for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores;
4) Lei n. 12.529/2011 – Lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e

dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica –, cujo art. 34 prevê a desconsideração da personalidade jurídica (essa lei a partir de 1º-6-2012 substitui a maioria dos dispositivos da Lei n. 8.884/94 – Lei de Infrações à Ordem Econômica –, em que a desconsideração estava prevista no art. 18): quando houver infração à ordem econômica (p. ex., combinar a fixação de preços com concorrentes) em decorrência de abuso de direito; excesso de poder; infração da lei; ato ilícito; violação do contrato social; inatividade ou falência por má administração;

5) Lei n. 9.605/98 – Lei de Proteção Ambiental – art. 4º: quando a personalidade jurídica for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao meio ambiente;
6) Lei n. 5.172/66 – Código Tributário Nacional (CTN) – art. 135: quando não houver o pagamento de tributo resultante de ato praticado com excesso de poder ou infração de lei ou contrato social.

A doutrina não é unânime ao considerar o disposto no art. 135 do CTN como desconsideração da personalidade jurídica. Alguns consideram como "responsabilidade tributária". Independentemente disso, o efeito é o mesmo: atacar o patrimônio pessoal do sócio pela falta de pagamento do tributo. Aqui não se pode deixar de mencionar o teor da Súmula 430 do STJ: "O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente".

Fábio Ulhoa Coelho, ao tratar do tema, aponta duas teorias: a **maior** e a **menor**. Pela teoria maior, a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é afastada em caso de fraude e abuso da sociedade. Já pela teoria menor, o simples prejuízo do credor possibilita afastar a autonomia patrimonial (independentemente de fraude ou abuso)[149]. Sob esse prisma, pode-se afirmar que o Código Civil adota a teoria maior e o Código de Defesa do Consumidor, a menor.

Vale expressar o fato de que a desconsideração da personalidade jurídica tem sido aplicada com muita intensidade na **Justiça do Trabalho**, sob o fundamento de o trabalhador, sendo a parte mais fraca da relação de trabalho, não poder ser prejudicado pela falta de disponibilidade financeira da sociedade, independentemente do motivo que a levou a se tornar inadimplente, adotando, portanto, a denominada teoria menor. Ou seja, os sócios respondem independentemente de fraude ou confusão patrimonial pelas dívidas trabalhistas. Nesse sentido, entre muitas outras, é a decisão proferida pelo TRT/SP – Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo –, 8ª Turma, *Processo: 02980577850*.

4.1.4.1.1. Desconsideração inversa (ou invertida)

A desconsideração inversa (ou invertida) da personalidade jurídica será aplicável se o sócio deslocar patrimônio pessoal para a sociedade a fim de salvaguardá-lo de credor particular.

Quando um sócio pratica tal ato ele tem a intenção de não ficar com bens suficientes, em seu nome particular, para satisfazer os direitos de seus credores pessoais.

Fábio Konder Comparato foi o primeiro a chamar a atenção para a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica em sentido inverso[150].

Vale ponderar que a desconsideração inversa trata-se de uma construção jurisprudencial e doutrinária[151] em que se busca a responsabilidade da sociedade por dívidas efetuadas por seu sócio, utilizando-se para tanto da quebra da autonomia de patrimônios (entre sociedade e sócios) derivada do princípio da separação patrimonial.

No plano do ordenamento jurídico, o Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) prevê em seu art. 133, § 2º, a possibilidade da desconsideração inversa da personalidade jurídica, devendo o pedido de desconsideração demonstrar os pressupostos legais (ou seja, a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade).

Na desconsideração inversa os bens da sociedade respondem por atos pessoais praticados pelo sócio. Difere, portanto, da desconsideração convencional em que o sócio responde com seus bens pessoais pelas dívidas da sociedade.

Cabe reforçar que para a aplicação da desconsideração inversa (assim como na convencional) deve haver o **abuso da personalidade jurídica**, que se configura por desvio de finalidade (fraude) ou confusão patrimonial, à luz do art. 50 do Código Civil. Seguindo, assim, a teoria maior, para a qual não basta a mera insuficiência de bens, mas sim a fraude ou a confusão patrimonial.

Nesta situação, o deslocamento de bens do patrimônio pessoal do sócio para a sociedade é derivado de situações premeditadas, quando, por exemplo, um sócio faz dívidas em nome próprio, mas no fundo é para beneficiar a sociedade; para salvaguardar bens de credores pessoais, se constitui pessoa jurídica visando o que vulgarmente se tem denominado “blindagem patrimonial”; frustrar a meação que tem direito o cônjuge; evitar aumento da pensão alimentícia a ser paga de acordo com a renda decorrente dos bens pessoais; entre outras.

Para se efetivar a desconsideração inversa, e assim penetrar nos bens da sociedade por dívidas do sócio, será necessária uma decisão judicial motivada pela ausência de bens no patrimônio do devedor combinada com uma transferência fraudulenta de bens para a sociedade; ou mesmo a confusão patrimonial[152].

Se for o caso de mera insuficiência de bens pessoais do sócio, caberá ao credor, em fase de execução judicial, requerer a penhora das quotas sociais (ou ações) correspondentes que, por sua vez, compõem o patrimônio particular deste sócio. Neste caso, havendo a penhora das quotas o credor poderá até se tornar sócio da sociedade (se a natureza da sociedade ou o contrato social assim o permitir, quando, portanto, for uma sociedade de capital); ou promover a liquidação das respectivas quotas, transformando-as em dinheiro, por meio de uma dissolução parcial e apuração de haveres (hipótese de uma sociedade de pessoas).

A desconsideração inversa da personalidade jurídica também pode ser aplicável na relação entre empresas coligadas, como no caso de controlada e controladora, quando, por exemplo, a controlada desloca seu patrimônio para a controladora a fim de resguardá-lo quanto à cobrança de credores ou por estar em fase pré-falimentar. Nesse sentido, REsp-STJ 1.259.018. Mas, a aplicação deve sempre levar em conta a necessidade de estar presente um ato abusivo, fraude ou confusão patrimonial, pois do contrário não há que se falar da aplicação da desconsideração.

Muito semelhante à desconsideração inversa é o instituto da fraude contra credores, no entanto, há diferença entre ambos. Na desconsideração inversa um bem em nome da sociedade pode ser penhorado por dívidas do sócio. Já na fraude contra credores a integralização feita pelo sócio que consistiu na entrega de um bem à sociedade será anulada, voltando o bem a fazer parte do patrimônio pessoal do sócio, submetendo assim a penhora.

4.1.5. Dissolução, liquidação e extinção (baixa) da sociedade

O término ou a extinção de uma sociedade requer certo procedimento que consiste em dissolvê-la, posteriormente, liquidá-la; para ao fim se ter a efetiva extinção. Assim, dissolução difere de liquidação e extinção.

A **dissolução** pode ser **parcial**, que veremos adiante, ou **total** (integral). Dissolução total é o ato pelo qual se decide encerrar a existência da sociedade, que pode ocorrer tanto pela vontade das partes quanto pela obrigação decorrente do contrato, da lei ou de determinação judicial.

Na dissolução integral da sociedade ainda não há a perda da personalidade jurídica, pois esta continua visando concluir negócios pendentes e entrar no período de liquidação. Em razão disso, não deverá haver novas atividades da sociedade, e sim apenas a conclusão dos atos pendentes. A partir da dissolução, se

ocorrerem novas operações da sociedade, os administradores respondem solidária e ilimitadamente pelos efeitos produzidos por elas.

Liquidação, na hipótese de dissolução total, é o conjunto de atos destinados a vender o ativo, pagar o passivo e dividir o saldo restante entre os sócios. Durante a liquidação ainda permanece a personalidade jurídica.

Já quando se trata de dissolução parcial pela penhora de quotas de credor pessoal do sócio, a liquidação consistirá em transformar as quotas objeto da penhora em dinheiro. Em muitos casos a liquidação das quotas poderá ser a única alternativa, pois, do contrário, a sociedade teria um novo sócio sem o *affectio societatis* (afinidade entre os sócios para contrair sociedade), inerente às sociedades de pessoas, como é o caso da sociedade simples.

Na liquidação as quotas serão transformadas em recursos a serem entregues ao exequente do sócio devedor. Por exemplo, se o patrimônio social da sociedade vale R$ 10.000,00 e o sócio devedor tem 30% das quotas, seu credor receberá R$ 3.000,00, que será o fruto da liquidação.

Por sua vez, **extinção** é o término da existência da sociedade, ou seja, é quando a sociedade deixa de existir e de ter personalidade jurídica. A perda da personalidade jurídica da sociedade ocorre com sua extinção e seu encerramento, mediante a respectiva averbação no registro competente, o que vulgarmente se chama de "**baixa**" da sociedade.

Assim, a liquidação ocorre após a **dissolução**, que é o ato pelo qual se decide encerrar a existência da sociedade, pela vontade dos sócios ou obrigação decorrente do contrato, da lei ou de determinação judicial, conforme os arts. 1.033 a 1.038 do Código Civil.

Deve-se esclarecer que caberá aos administradores nomear um liquidante (CC, art. 1.036). O liquidante pode ser sócio ou pessoa estranha ao societário, administrador da sociedade ou não. Quando o liquidante não for o administrador, é necessário averbar sua nomeação no registro competente (CC, art. 1.102).

A liquidação da sociedade pode ser feita junto ao Poder Judiciário, sendo assegurado a qualquer sócio optar por requerer a liquidação judicial (CC, art. 1.036, parágrafo único).

Terminado o processo de liquidação é que se terá a **extinção** da sociedade. Reforçando que a extinção é o término da existência da sociedade, o fim da personalidade jurídica[153]. Isso se concretiza com o encerramento no órgão registral competente, via protocolo, o que vulgarmente é conhecido por "baixa".

4.1.5.1. Dissolução parcial e exclusão de sócio

A palavra “dissolver” significa desmanchar ou desfazer. Por isso, a dissolução de uma sociedade é a sua ruptura, isto é, significa desmanchar ou desfazer o contrato de sociedade.

A dissolução pode ser classificada em total ou parcial. A **dissolução parcial** ocorre com a liquidação de quotas sociais a fim de entregar um valor, proporcionalmente às quotas, correspondente à parte do patrimônio da sociedade (os haveres) a quem de direito (sócio ou herdeiro), em casos de: morte de sócio, direito de retirada, falta grave, incapacidade superveniente, falência de sócio e sócio devedor, como estudaremos a seguir.

A dissolução parcial no capítulo sobre as sociedades simples é chamada de “resolução da sociedade em relação a um sócio”. **Resolução** tem o sentido de rescisão, no caso, a rescisão da sociedade com relação a um de seus sócios, seja pela sua exclusão, morte etc. A isso também podemos denominar **exclusão de sócio**.

É indispensável esclarecer que na dissolução parcial não ocorre a extinção da sociedade, apenas a redução do capital social. Para não haver a redução do capital social, os sócios remanescentes precisariam integralizar recursos correspondentes à parte dissolvida da sociedade, ou admitir outros sócios que integralizassem a mesma quantia.

Vejamos detalhadamente as hipóteses de resolução (exclusão): morte de sócio, direito de retirada, falta grave, incapacidade superveniente, falência de sócio e sócio devedor.

4.1.5.1.1. Morte de sócio

Uma das hipóteses de resolução da sociedade em relação a um sócio ocorre no caso de falecimento. Pela morte do sócio suas quotas serão liquidadas, ou seja, serão transformadas em dinheiro a ser entregue aos herdeiros do falecido, na proporção das quotas deste (CC, art. 1.028, *caput*).

Exemplificativamente, se o patrimônio social era de R$ 20.000,00 e o sócio que faleceu tinha 20% das quotas, seus herdeiros receberam R$ 4.000,00.

Entretanto, se o contrato social dispuser de outra forma, isso não poderá acontecer, como no caso em que os sócios optarem por dissolver totalmente a sociedade ou se houver um acordo com os herdeiros para que haja uma substituição do sócio morto (CC, art. 1.028, I a III).

4.1.5.1.2. Direito de retirada

O direito de retirada é outra possibilidade de resolução da sociedade em relação a um sócio. O art.

1.029 do Código Civil consagra o princípio da liberdade das convenções, o que significa que ninguém é obrigado a contratar, nem permanecer contratado.

Anteriormente, o sócio só poderia sair da sociedade com o consentimento dos demais; porém, com o passar do tempo, isso foi sendo alterado pela jurisprudência.

Dessa forma, nas sociedades por prazo indeterminado, o sócio pode retirar-se da sociedade, mediante notificação mínima de **60 dias**. Se for sociedade por prazo determinado, somente por ordem judicial nos casos de **justa causa** (CC, art. 1.029, *caput*).

Justa causa é algo subjetivo, que com certeza precisará de uma interpretação jurisprudencial, mas pode-se dizer que se configura em casos de acentuado desentendimento ou incompatibilidade pessoal entre os sócios; pela quebra do *affectio societatis*.

Nos primeiros **30 dias**, a partir da notificação, os sócios podem optar pela dissolução da sociedade (CC, art. 1.029, parágrafo único). Isso pode ocorrer principalmente nos casos em que o sócio que está saindo é o principal membro da sociedade em termos de capacidade negocial ou intelectual ou pela sua fama, por exemplo, em agência de publicidade; ou é a pessoa habilitada para determinado negócio, como no caso de corretor de seguros que possui a carteira da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, utilizada pela sociedade para exercer a corretagem de seguros.

Destaca-se que o direito de retirada não se confunde com a cessão de quotas. No direito de retirada, as quotas do sócio retirante são liquidadas, não havendo o ingresso de novo sócio. Já na cessão dessas, o que existe é uma alienação/venda das quotas para outra pessoa, que ingressará no quadro social.

Também não pode ser confundida com ***pro labore***, que é a remuneração do sócio que trabalha pela sociedade; muito menos com **dividendos**, que significa participação nos lucros da sociedade.

A lei não condiciona o arquivamento na Junta Comercial da notificação aos demais do exercício do direito de retirada. Apesar de possível, a lei também não obriga a Junta a aceitar o arquivamento da notificação. Esta deve comprovar a ciência inequívoca dos destinatários (sócios remanescentes), podendo para tanto socorrer-se de notificação extrajudicial via cartório.

Cabe destacar que a efetiva exclusão do sócio retirante do quadro social só se dá com a averbação na Junta da devida alteração do contrato social, especialmente quanto aos efeitos da responsabilidade do sócio retirante perante terceiros e a própria sociedade. Acontece, com certa frequência, de os sócios remanescentes não providenciarem a assinatura e o competente arquivamento da alteração contratual,

tendo por efeito o fato de que não se inicia a contagem do prazo de dois anos da responsabilidade do sócio retirante, à luz do art. 1.032 do Código Civil. Nesses casos, restará ao sócio retirante ir à Justiça e pleitear uma antecipação de tutela com o fim de que a Junta Comercial possa promover a alteração no seu cadastro do quadro de sócios daquela sociedade, sob pena de esse retirante permanecer no banco de dados da Junta como sócio até o desfecho final do litígio e/ou o arquivamento da alteração do contrato social.

4.1.5.1.3. Falta grave

O sócio também pode ser excluído nos casos de falta grave no cumprimento de suas obrigações, como no caso de desvio de recursos do caixa da sociedade (uma fraude, portanto, do sócio); ou mesmo na hipótese do sócio que não comparece para realizar suas atribuições previstas no contrato social.

A exclusão por esse motivo deve ser feita mediante decisão judicial, por iniciativa da maioria dos sócios (CC, art. 1.030, *caput*). A decisão judicial é necessária porque caberá ao juiz avaliar se é caso de falta grave ou não.

Essa regra de exclusão por falta grave é válida para sociedade por prazo determinado ou indeterminado.

4.1.5.1.4. Incapacidade superveniente

Incapacidade superveniente ocorre quando o sócio se tornar incapaz em decorrência de problemas de saúde, após seu ingresso na sociedade (época em que era capaz).

Nesse caso, a exclusão deve ser feita também mediante decisão judicial, por iniciativa da maioria dos sócios (CC, art. 1.030, *caput*).

Contudo, caberá ao juiz avaliar se é ou não hipótese de incapacidade superveniente.

4.1.5.1.5. Falência de sócio

Falência de um sócio é motivo para sua exclusão da sociedade e pode acontecer quando um sócio também desenvolve atividade empresarial fora da sociedade.

Salienta-se que a falência é pertinente apenas ao empresário (empresário individual, empresa individual de responsabilidade limitada ou sociedade empresária); logo, esse dispositivo somente terá aplicação quando o sócio tiver a qualificação de empresário individual ou de titular de empresa individual de responsabilidade limitada (não atinge quem desenvolve profissão intelectual).

Para isso ser levado a efeito, é necessário haver uma decisão judicial que declare a falência do sócio

(CC, art. 1.030, parágrafo único). A decretação da falência está prevista na Lei n. 11.101/2005, arts. 94 e s., a qual disciplina o instituto da recuperação e da falência de empresas.

A falência é um procedimento judicial que visa a reunião dos bens do empresário para vendê-los e assim efetuar o pagamento dos credores. Por isso, havendo a falência de um sócio, será preciso reunir no processo falimentar todo o seu patrimônio, incluindo os valores decorrentes da sua participação no quadro de sócios da sociedade simples.

4.1.5.1.6. Sócio devedor

Por fim, a última hipótese de exclusão de sócio poderá ocorrer quando o sócio teve suas quotas executadas e liquidadas pelo não pagamento de débitos pessoais (CC, art. 1.030, parágrafo único), conforme visto no item sobre penhora de quotas.

Dessa forma, deixará de ser sócio por ter perdido a titularidade de suas quotas sociais em favor de seu credor.

4.1.5.1.7. Regime jurídico da exclusão e apuração de haveres

Em qualquer dos casos de exclusão de sócio, ou seja, de resolução da sociedade em relação a um sócio (retirada, morte etc.), o valor de suas quotas será liquidado, por meio de apuração de haveres.

A apuração de haveres é feita a partir do levantamento de balanço específico para esse fim, mediante apuração do montante realizado (a princípio, o valor do ativo menos o do passivo). Deve-se ter em conta que a apuração será realizada de acordo com a situação patrimonial atual da sociedade, salvo se houver disposição contratual diversa (CC, art. 1.031, *caput*)[154]. Muitos chegam a pensar que os haveres são apurados conforme o valor do capital social. Entretanto, como regra, a apuração é sobre o valor patrimonial da sociedade, sendo que, como veremos adiante, ambos os valores acabam por se diferenciar ao longo da existência da sociedade.

Em alguns casos, por exemplo, nas empresas de prestação de serviços que têm sua carteira de clientes como seu maior patrimônio, será necessário adotar o método contábil do “fluxo de caixa descontado”, a fim de fazer uma projeção do patrimônio. Há outras situações em que o maior bem patrimonial da sociedade é a sua marca, o que vai requerer uma avaliação específica acerca do seu valor.

Assim, o capital social será reduzido ao valor correspondente das quotas do sócio que saiu (salvo integralização dos demais sócios), sendo que a quota liquidada será paga em dinheiro no prazo de **90 dias**, salvo disposição diferente (CC, art. 1.031, §§ 1º e 2º).

O sócio retirante, o sócio excluído e os herdeiros de sócio morto respondem por todas as dívidas da sociedade contraídas antes da respectiva saída. O prazo de tal responsabilidade ocorre pelos **2 anos** seguintes à saída, a contar da data da competente averbação (CC, art. 1.032).

Se não for providenciada a averbação da saída do sócio retirante (ou do excluído), ele ainda irá responder pelas dívidas contraídas pela sociedade após sua saída até a data da averbação, pelo prazo de **2 anos** a contar da respectiva averbação[155]. Essa hipótese, porém, não vale para os herdeiros de sócio morto (CC, art. 1.032). Isso ocorre porque, sem a averbação no registro, não se tem publicidade da saída.

4.1.5.2. Dissolução total

Sem prejuízo do que já foi abordado sobre dissolução, a **dissolução total (ou integral)** da sociedade implicará efetivamente a sua extinção. São várias as hipóteses em que pode ocorrer a dissolução total da sociedade (CC, art. 1.033):

1) quando se dá o término do prazo de duração da sociedade por prazo determinado;
2) pelo consenso de todos os sócios, na sociedade de prazo determinado;
3) pela vontade dos sócios, considerando a maioria de votos, na sociedade por prazo indeterminado;
4) quando uma sociedade ficar apenas com um sócio por mais de *180* dias (no caso de sociedade empresária, não se aplicará essa regra se for requerida junto à Junta Comercial a transformação para empresário individual ou empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI –, conforme prevê o parágrafo único do art. 1.033);
5) quando for extinta sua autorização para funcionar (se for sociedade empresária podem ser exemplos: os bancos e as seguradoras que necessitam de autorização, respectivamente, do BACEN – Banco Central do Brasil – e da SUSEP – Superintendência de Seguros Privados).

Além disso, a sociedade pode ser dissolvida judicialmente quando qualquer sócio a requerer em razão da anulação de sua constituição, ou quando a sua finalidade social tiver se esgotado (como, por exemplo, uma SPE – sociedade de propósito específico), ou se tornar impossível de se realizar (CC, art. 1.034).

O contrato social também pode prever outras hipóteses de dissolução a serem verificadas judicialmente (CC, art. 1.035), como, por exemplo, aquela que expressa a dissolução da sociedade se ocorrer a morte de qualquer um dos vários sócios que a compõem.

No caso de sociedade empresária, a dissolução também pode ocorrer pela decretação da falência, nos termos da Lei n. 11.101/2005 (CC, arts. 1.044 e 1.087).

4.1.5.3. Dissolução irregular

A **dissolução irregular** da sociedade se caracteriza pelo encerramento da atividade sem a devida liquidação e extinção, ou seja, a "baixa" nos órgãos competentes. Isso implica responsabilidade dos sócios e administradores pelas dívidas da sociedade com a desconsideração da personalidade jurídica. Assim, a dissolução precipitada de uma sociedade que era devidamente constituída é uma hipótese de desconsideração da personalidade jurídica por se tratar de uma fraude, sobretudo em relação aos credores.

Nesse ponto, é importante termos em vista a Súmula 435 do STJ: "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".

Conforme dispõe a Lei n. 11.598/2007, que criou a REDESIM – Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios –, nos atos de extinções (baixas) de empresários ou pessoas jurídicas é proibida a exigência pelas instituições de qualquer tipo de documento que exceda o estrito limite dos requisitos pertinentes à essência de tais atos (Lei n. 11.598/2007, arts. 7º, *caput*, 5º e 9º).

Além disso, foi incluído pela LC n. 147/2014 o art. 7º-A, *caput*, à Lei n. 11.598/2007, complementando o assunto ao dispor que o registro de atos constitutivos, bem como de suas alterações e baixas de empresários e pessoas jurídicas, em qualquer órgão da União, Estados e Municípios, 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 participem. Isso não prejudica as responsabilidades do empresário, dos titulares, dos sócios ou dos administradores por tais obrigações, apuradas antes ou após o ato de extinção.

Contudo, a solicitação de baixa da atividade implica responsabilidade solidária dos titulares, dos sócios e dos administradores no período de ocorrência dos respectivos fatos geradores de caráter tributário, previdenciário e trabalhista (Lei n. 11.598/2007, art. 7º-A, § 2º).

Não é demais explicitar que a baixa da atividade no órgão competente não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados impostos, contribuições e respectivas penalidades em razão da falta de recolhimento ou da prática comprovada em processo administrativo ou judicial de demais irregularidades praticadas por empresários, titulares, sócios ou administradores (Lei n. 11.598/2007, art.

7º-A, § 1º).

4.1.5.4. Partilha entre os credores e os sócios. Extinção

Destaca-se que a função básica do liquidante é arrecadar o ativo (levantar e vender bens, receber créditos etc.) e pagar o passivo (débitos). Assim, a liquidação visa transformar o ativo em dinheiro, a fim de pagar as dívidas, ou seja, partilhar o resultado da arrecadação.

Se o passivo for maior que o ativo, o liquidante fará pagamentos proporcionais aos credores de débitos vencidos e vincendos, respeitando a ordem de preferência dos credores, como, p. ex., as dívidas decorrentes de direitos reais e privilégios, nos termos dos arts. 955 a 965 (CC, art. 1.106).

Caso o ativo seja maior que o passivo, após o pagamento integral dos credores, o liquidante fará a partilha entre os sócios do saldo remanescente (CC, art. 1.107).

Após o rateio do saldo entre os sócios, o liquidante irá convocá-los para a prestação final de contas (CC, art. 1.108).

Dessa forma, encerrada a liquidação, a sociedade se **extingue** com a respectiva averbação no registro próprio (CC, art. 1.109, *caput*). Assim, com a extinção, a sociedade deixa de existir e de ter personalidade jurídica.

Se a sociedade for extinta de forma irregular, principalmente com o fim de prejudicar credores, cabe aos prejudicados responsabilizar os sócios e/ou o liquidante.

Como se pode perceber, a **extinção** é precedida das fases da **dissolução**, da **liquidação** e da **partilha**, respectivamente.

4.1.5.5. Função social e preservação da empresa

Como visto, a dissolução total implica o fim da sociedade. Mas vale explicitar que há situações em que a pretensão de dissolução total torna-se dissolução parcial, haja vista o princípio da preservação da empresa, bem como o princípio da função social da empresa[156].

Conforme será estudado no capítulo sobre recuperação de empresas e falências, o princípio da preservação da empresa objetiva recuperar a atividade empresarial de crise econômica, financeira ou patrimonial, a fim de possibilitar a continuidade do negócio, bem como a manutenção de empregos e

interesses de terceiros, especialmente dos credores.

O princípio da preservação da empresa, previsto no art. 47 da Lei n. 11.101/2005, é o grande norteador desta lei, e, por que não, das demais normas jurídicas atinentes à empresa, uma vez que tem influenciado posições jurisprudenciais e doutrinárias sobre a necessidade da preservação da empresa em detrimento de interesses particulares, seja de sócios, de credores, de trabalhadores, do Fisco etc.

Não se pode deixar de expressar que o princípio da preservação da empresa deve ser visto ao lado do princípio da função social da empresa, que considera o fato de que a atividade empresarial é a fonte produtora de bens para a sociedade como um todo, pela geração de empregos; pelo desenvolvimento da comunidade que está à sua volta; pela arrecadação de tributos; pelo respeito ao meio ambiente e aos consumidores; pela proteção ao direito dos acionistas minoritários etc.

A função social da empresa está prevista no art. 116, parágrafo único, da Lei n. 6.404/1976 que, apesar de esculpida no âmbito da lei sobre companhias, acabou tornando-se um princípio com efeitos para além das sociedades anônimas, alcançando assim outros tipos societários como a sociedade limitada.

Contudo, tendo em vista os princípios da preservação da empresa e da função social da empresa, a dissolução total de uma sociedade pode ser obstada, ou mesmo alterada para dissolução parcial ou outros mecanismos que visam a recuperação da atividade econômica em crise, tendo em vista a importância da empresa no cenário socioeconômico.

4.1.6. Penhora de quotas e ações, empresa, estabelecimento, faturamento e lucro

A penhora de **quotas** ou **ações** de sócio de sociedade (simples ou empresária) também é disciplinada pelo novo CPC, art. 861, o qual assevera que havendo a penhora o juiz estabelecerá um prazo razoável, de no máximo três meses, para que a sociedade apresente balanço especial a fim de que seja levantado o valor atual e real da sociedade e das respectivas quotas (ou ações)[157] do sócio devedor.

Devendo obrigatoriamente ser observado o direito preferencial, derivado da legislação ou do contrato, de os demais sócios adquirirem as quotas, no mesmo prazo assinalado pelo juiz, a sociedade deverá oferecer as quotas objeto da penhora aos outros sócios. Se não houver interesse deles para a aquisição, deverá haver a liquidação das quotas, depositando em dinheiro o valor apurado em juízo.

A fim de evitar a liquidação das quotas (o que implicaria redução do capital social), a sociedade

poderá adquiri-las, sem reduzir o capital, utilizando-se de suas reservas. Assim, as quotas ficam mantidas em tesouraria (novo CPC, art. 861, § 1º).

O juiz pode ampliar o prazo determinado por ele caso o pagamento das quotas liquidadas supere o valor do saldo de lucros ou reservas; ou se o pagamento colocar em risco a estabilidade financeira da sociedade (novo CPC, art. 861, § 4º).

Caso não haja interesse dos demais sócios em exercer o direito de preferência, bem como não ocorra a aquisição das quotas pela sociedade por ser extremamente onerosa para ela, o juiz poderá determinar o leilão judicial das quotas (novo CPC, art. 861, § 5º).

Essas regras de liquidação não se aplicam às sociedades anônimas abertas, na medida em que suas ações serão adjudicadas (transferidas) ao exequente (credor do acionista devedor) ou comercializadas em bolsa de valores (novo CPC, art. 861, § 2º).

Se o objeto da penhora for **estabelecimento empresarial** (comercial, industrial ou agrícola), semoventes (criações), plantações ou edifícios em construção, o juiz nomeará um administrador-depositário, o qual apresentará em dez dias um plano para a administração do patrimônio penhorado (novo CPC, art. 862, *caput*).

Tratando-se de edifícios em construção por incorporação imobiliária, a penhora recairá apenas sobre as unidades imobiliárias ainda não comercializadas pelo incorporador (novo CPC, art. 862, § 3º), pois do contrário implicaria prejuízo de terceiros adquirentes de unidades com boa-fé.

Se for preciso afastar o incorporador da administração da obra em construção, uma comissão formada por representantes dos adquirentes exercerá a gestão dela. Tratando-se de construção financiada (normalmente por banco), será administrada por empresa ou profissional indicado pela instituição fornecedora dos recursos para a obra. Nesta última hipótese, a comissão de representantes dos adquirentes deverá ser ouvida previamente (novo CPC, art. 862, § 4º).

Quando a penhora recair sobre **empresa** que opere por concessão ou autorização (como as de planos de saúde, energia elétrica etc.), a depender do valor do crédito, a constrição judicial será realizada sobre a renda, sobre determinados bens ou sobre todo o patrimônio. Para tanto, o juiz nomeará preferencialmente um de seus diretores como depositário (novo CPC, art. 863, *caput*). O órgão público que houver outorgado a concessão deverá se manifestar antes da arrematação ou da adjudicação se a penhora recair sobre todo o patrimônio da empresa concessionária (novo CPC, art. 863, § 2º).

Frise-se que a penhora de empresas apenas será determinada se não houver outro meio eficaz para a satisfação do direito creditício do exequente/credor (novo CPC, art. 865).

O juiz ordenará a penhora de percentual de **faturamento** de empresa apenas se o executado não tiver outros bens penhoráveis ou se esses forem de difícil alienação; ou ainda se os bens forem insuficientes para saldar o crédito executado (novo CPC, art. 866, *caput*).

Faturamento não se confunde com dividendos. Isso porque o faturamento é valor recebido (receita) decorrente das vendas e/ou prestação de serviços realizada pela empresa; enquanto dividendos é a participação nos lucros da empresa, sendo que lucro corresponde à diferença entre as receitas e as despesas da empresa.

Visando a manutenção da empresa, o § 1º do art. 866 do novo CPC prevê que o juiz fixará percentual que propicie a satisfação do crédito objeto da execução por tempo razoável, não podendo tornar inviável o exercício da atividade empresarial. Essa regra está associada ao princípio da preservação da empresa, previsto no art. 47 da Lei n. 11.101/2005, cujo tema é objeto de outro item deste livro (capítulo sobre falência e recuperação de empresas) para o qual remetemos o leitor.

Será nomeado pelo juiz um administrador-depositário, o qual submeterá à aprovação judicial a forma de sua atuação e prestará contas mensalmente. Para tanto o administrador deverá entregar em juízo as quantias recebidas, com os respectivos balancetes mensais[158], visando ao pagamento do débito (novo CPC, art. 866, § 2º).

O novo CPC, art. 866, § 3º, estabelece que nos casos de penhora de percentual de faturamento de empresa deverão ser observadas, no que for compatível, as regras sobre penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel e imóvel previstas nos arts. 867 a 869 do mesmo diploma processual.

O Código Civil, art. 1.026, prevê que o credor particular de um sócio (por dívidas pessoais), na falta dos bens deste, pode executar os **dividendos**/lucros que o sócio teria direito. A regra deste dispositivo, que entrou em vigor em 2003, colocou fim às controvérsias doutrinária e jurisprudencial ao afirmar a possibilidade de a execução recair sobre as quotas sociais.

4.1.7. Classificação

A classificação das sociedades pode ser efetuada quanto à responsabilidade dos sócios; condição de alienação societária; personificação; e, ainda, ser ou não empresária.

4.1.7.1. Sociedades limitadas, ilimitadas e mistas

Em relação à responsabilidade dos sócios, a sociedade pode ser limitada, ilimitada ou mista.

No que se refere a uma sociedade **limitada**, ela possui a responsabilidade dos sócios restrita ao valor das quotas ou ações não alcançando seus respectivos patrimônios pessoais, como a sociedade anônima ou a sociedade limitada.

Já na sociedade **ilimitada**, os sócios respondem com seus bens pessoais, sem limites pelas obrigações assumidas pela sociedade, como ocorre na sociedade em nome coletivo.

Por sua vez, na **mista**, há sócios com responsabilidade limitada e outros com responsabilidade ilimitada, como a comandita simples ou a comandita por ações.

4.1.7.2. Sociedades de capital e de pessoas

Pode-se, na alienação societária, classificar a sociedade em sociedade de capital ou sociedade de pessoas.

Na **sociedade de pessoas**, os atributos/qualidades de cada sócio têm relevância à sociedade, sendo nela vedado o ingresso de estranhos, caso um sócio queira vender suas quotas sociais, pois a sua formação inicial se deu com base na confiança/afinidade entre os sócios (*affectio societatis* – ânimo de contrair sociedade[159]) ou em razão de seus atributos pessoais/profissionais, como a sociedade em nome coletivo e a sociedade limitada[160].

Especificamente sobre a sociedade limitada, nos seus primórdios ela era constituída exclusivamente como uma “sociedade de pessoas”; atualmente pode ser de “pessoas” ou de “capital”, a depender das regras estabelecidas no contrato social, especialmente quanto à cessão de quotas e ingresso de sócios.

Em contrapartida, na **sociedade de capital**, não importam os atributos/qualidades pessoais de cada sócio, pois qualquer pessoa pode ser sócia, ficando livre a alienação das ações da empresa, como a sociedade anônima aberta (mas vale deixar claro que uma sociedade anônima fechada pode, dependendo de suas regras estatutárias, ser classificada com uma sociedade de pessoas). No fundo, o que mais importa na sociedade de capital é o fato de se dispor de recursos para participar do quadro societário.

4.1.7.3. Sociedades personificadas e não personificadas

Com relação à personificação, a sociedade pode ser classificada em não personificada e personificada.

A sociedade **não personificada** é aquela que não tem personalidade jurídica, por não ter sido registrada no registro competente (p. ex., a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação). No entanto, uma sociedade não personificada tem todas as obrigações das sociedades personificadas, mas não possui os direitos desta.

Uma sociedade não personificada pode ser subdividida em: sociedade de fato e sociedade irregular. A **sociedade de fato** é aquela que nem sequer tem contrato escrito, sendo apenas um acordo verbal entre os sócios. Por sua vez, a **sociedade irregular** é aquela que tem contrato assinado por escrito, mas este não foi levado ao registro competente.

Já a sociedade **personificada** é aquela que detém personalidade jurídica própria, portanto, apta a adquirir direitos e contrair obrigações por ter seu contrato social registrado no órgão próprio, como ocorre com a sociedade limitada.

4.1.7.4. Sociedades empresárias e simples (intelectuais)

As sociedades podem ser empresariais ou simples.

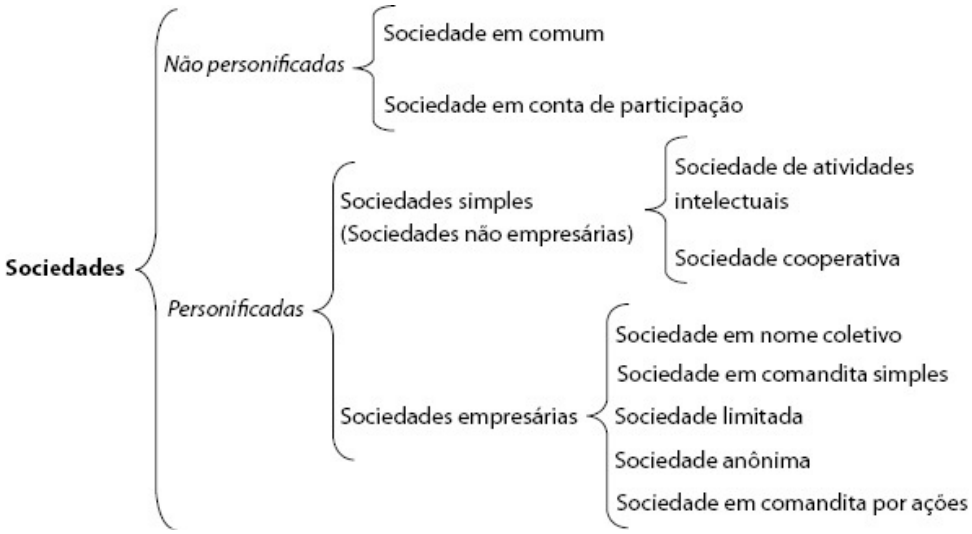
Sociedades **simples** não são empresárias, pois se referem às atividades intelectuais, de natureza artística, científica e literária, à luz do parágrafo único, do art. 966, do Código Civil, como uma sociedade médica, conforme será visto, de forma aprofundada adiante, no item da sociedade simples.

Também são consideradas sociedades simples, independentemente do seu objeto social, a sociedade cooperativa, por força da redação do art. 982, parágrafo único, do Código Civil.

As sociedades **empresárias** são aquelas nas quais o objeto social é a exploração de qualquer atividade econômica (exceto as intelectuais), ou seja, é uma sociedade que tem como finalidade desenvolver uma atividade, de forma profissional, economicamente organizada para a produção ou para a circulação de bens ou de serviços, conforme o *caput* do art. 966 do Código Civil, podendo-se citar como exemplos a sociedade limitada e a sociedade anônima.

4.1.7.5. Quadro com a classificação conforme o Código Civil

Seguindo as disposições do Código Civil de 2002, a classificação das sociedades é a seguinte:



4.2. SOCIEDADE EM COMUM

"Em comum" deve ser compreendido por algo que não é especial. Significa dizer que, por não ter registro, a sociedade em comum não tem personalidade jurídica, logo, não pode ser a ela atribuída a condição de tipo societário personificado específico. A terminologia empregada pelo legislador não é a mais adequada.

O art. 986 do Código Civil menciona que sociedade em comum é a sociedade que ainda não inscreveu seus atos constitutivos em registro próprio. Logo, a sociedade em comum não tem personalidade jurídica, pertencendo ao quadro das sociedades não personificadas.

Antes do Código Civil de 2002, o que existia eram as chamadas "sociedade irregular" (constituída por contrato escrito, mas sem ser registrado no órgão competente) e a "sociedade de fato" (constituída apenas verbalmente, sem a existência de um ato por escrito).

Em geral, uma sociedade deve efetuar sua inscrição no registro competente antes do início de suas atividades. Entretanto, se iniciar suas atividades antes da respectiva inscrição, nesse período a sociedade será considerada sociedade em comum, com os efeitos legais que serão analisados a seguir.

Em nosso país muitos empresários (individuais ou sociedades) realizam suas atividades sem a devida inscrição durante anos. Alguns nunca chegam a efetivar a inscrição, recebendo a denominação de empresários sem personalidade jurídica.

De maneira específica, as sociedades em comum irão ser exercidas por meio do regramento dos arts. 986 a 990 do Código Civil, e, subsidiariamente, no que for compatível, pelas regras da sociedade

simples (que serão examinadas adiante).

Com relação à existência da sociedade (não está se falando de personalidade jurídica), as relações entre os sócios e destes com terceiros somente são provadas por escrito; no entanto, os terceiros podem provar que a sociedade existe por qualquer forma (CC, art. 987).

Isso significa que, se for uma sociedade sem ato escrito ("sociedade de fato"), os sócios não podem pleitear a existência da sociedade entre eles ou contra terceiros. Porém, se houver um ato escrito sem registro ("sociedade irregular"), isso se torna possível [161].

Apesar de não ter personalidade jurídica, a sociedade tem um patrimônio, que o art. 988 do Código Civil chama **patrimônio especial**. O patrimônio especial é composto pelos bens e dívidas da sociedade em comum. Um exemplo deste tipo de sociedade se dá quando duas ou mais pessoas se reúnem para construir casas para revendê-las posteriormente. Também existe a sociedade formada pelos consorciados de um grupo de consórcio, à luz dos arts. 3º e 10 da Lei n. 11.795/2008 – Lei dos Consórcios.

Os bens da sociedade em comum respondem pelas suas obrigações, salvo se houver um pacto de limitação de poderes (de um dos sócios), mas de conhecimento do terceiro (CC, art. 989).

Pela regra geral, os sócios de sociedades gozam do benefício de ordem, previsto nos arts. 1.024 do Código Civil e 596 do Código de Processo Civil [novo CPC, art. 795], significando que os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, salvo depois de primeiro terem sido executados os bens da sociedade (responsabilidade subsidiária).

Na sociedade em comum, não há o benefício de ordem, destacando-se que a responsabilidade do sócio é **solidária** e **ilimitada**, em razão das obrigações assumidas pela sociedade (CC, art. 990).

Assim, a responsabilidade **solidária** significa que se trata de uma responsabilidade mútua entre os envolvidos (no caso, entre a sociedade e o sócio). Diferentemente, na responsabilidade **subsidiária** a responsabilidade é de um (a sociedade), estendendo-se a outro (o sócio) apenas quando o primeiro não tiver bens suficientes para responder; ou seja, a responsabilidade do sócio é acessória à da sociedade [162].

As sociedades não regulares, como a sociedade em comum, têm os mesmos deveres das regulares (do ponto de vista tributário, trabalhista, previdenciário etc.), mas não gozam de benefícios firmados por regras do Direito Empresarial, como a recuperação de empresa, o uso da escrituração contábil como prova em processos judiciais, a possibilidade de requerer a falência de outra empresa (CC, arts. 971 e 984).

4.3. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

"Conta de participação" é uma expressão empregada para designar o fato de o sócio oculto participar de uma sociedade a qual é administrada por sócio ostensivo, ou seja, por conta deste.

A sociedade em conta de participação (SCP) é uma sociedade que não possui personalidade jurídica, existindo uma sociedade apenas entre os sócios[163], mas não perante terceiros. Nesse tipo de sociedade, existem os sócios **ostensivos** e os sócios **participantes**.

Ostensivo significa evidente, ou seja, para que se veja. O sócio ostensivo é aquele que administra e realiza a atividade econômica da empresa, ou seja, um empreendedor, podendo haver mais de um sócio ostensivo (CC, art. 996, parágrafo único).

Participante ou oculto é porque não aparece. Em geral, faz parte da sociedade para compor a mão de obra ou o capital, sendo, neste caso específico, um investidor.

Por isso, sócio ostensivo é quem exerce a atividade empresarial em seu nome individual, sob sua responsabilidade. Ele é o único que pode se apresentar perante terceiros, e, assim, é o único que tem responsabilidades com terceiros (CC, art. 991).

Já o sócio participante é um sócio oculto, pois não aparece e nem se obriga perante terceiros, ou seja, não tem responsabilidade com terceiros. No entanto, participa dos resultados – lucros ou prejuízos (CC, art. 991)[164].

Não há personalidade jurídica na sociedade em conta de participação, porque o sócio ostensivo exerce a empresa em seu nome pessoal. Assim, essa sociedade, por não ter personalidade jurídica, também pertence ao quadro das sociedades não personificadas.

Destaca-se que a sociedade em conta de participação não pode ter firma ou denominação (CC, art. 1.162), devendo-se usar o nome particular do sócio ostensivo e, dessa forma, sua constituição não necessita de qualquer formalidade (CC, art. 992).

O contrato social da sociedade em conta de participação produz efeitos somente entre os sócios e, caso haja eventual registro, não lhe será conferida personalidade jurídica (CC, art. 993, *caput*).

A sociedade em conta de participação é uma sociedade que só existe entre os sócios, sendo inexistente para terceiros, mas isso não impede que terceiros tomem conhecimento da sua existência, pois não é algo tido como um segredo absoluto. Mesmo assim, há quem a chame de sociedade em conta de participação de sociedade secreta.

Ela pode ocorrer, por exemplo, quando um artesão confecciona obras de arte e as vende partilhando os resultados com um investidor, que lhe forneceu recursos para a compra de matéria-prima. Também é muito utilizada em serviços de *flat*, pois existe uma sociedade entre os proprietários dos apartamentos que, formando o *pool* para locação, não aparece para terceiros. A sociedade em conta de participação pode ser aberta para a realização de um negócio ou vários.

Cabe ainda mencionar que o sócio oculto/participante pode fiscalizar a gestão do sócio ostensivo. Porém, o sócio oculto não tem nenhuma responsabilidade perante terceiros, não podendo interferir na negociação do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente (CC, art. 993, parágrafo único).

Existe um patrimônio especial composto pelas contribuições dos sócios para a realização dos negócios, mas este patrimônio só produz efeitos em relação aos sócios (CC, art. 994, *caput*, § 1º).

Se ocorrer a falência do sócio ostensivo, a sociedade será dissolvida e liquidada. Já a falência do sócio oculto, sem dúvida, pode ocorrer apenas no caso de ele exercer outra atividade paralela (CC, art. 994, §§ 2º e 3º).

O sócio ostensivo necessita do consentimento dos outros sócios para poder admitir novo sócio (CC, art. 995).

Ainda, quanto ao regime jurídico, as regras da sociedade simples (que será visto adiante nesta obra) aplicam-se subsidiariamente às sociedades em conta de participação (CC, art. 996).

Reiteramos que sociedades sem personalidade jurídica, como é o caso da sociedade em conta de participação, não usufruem de benefícios do Direito Empresarial, como a recuperação de empresa, o uso da escrituração contábil como prova em processos judiciais, a possibilidade de requer a falência de outra empresa (CC, arts. 971 e 984); entretanto, têm os mesmos deveres das sociedades regulares (tributário, trabalhista, previdenciário etc.).

Muito se tem discutido acerca Instrução Normativa da Receita Federal n. 1.470/2014, sobretudo pelo seu art. 3º[165], e a exigência de registro no CNPJ das sociedades em conta de participação. Primeiramente, não há previsão expressa para as SCP's nesse sentido. Secundariamente, eventual exigência, decorrente de interpretação muito elástica do dispositivo, seria ilegal, pois contraria o Código Civil, que (além de permitir) estabelece um regime jurídico para a sociedade em conta de participação e a sociedade em comum, sendo dois tipos societários sem personalidade jurídica e por consequência sem

registro em órgão registral.

Trata-se de mais uma situação em que o Direito Tributário e/ou Fazendas Públicas e seus agentes desrespeitam os conceitos do Direito Privado[166], o que afronta o próprio CTN, arts. 109 e 110[167]. Nestes casos, caberá ao advogado, no interesse do seu cliente, promover as medidas jurídicas necessárias contra os órgãos que fazem exigências ilegais e/ou editam normas ilegais.

4.4. SOCIEDADE SIMPLES

A sociedade simples (sigla S/S ou SS) destina-se à constituição de sociedade entre profissionais que desenvolvem atividades intelectuais de natureza científica, literária ou artística (nesse sentido, CC, art. 966, parágrafo único).

Logo, não é uma sociedade empresária, não tendo assim os direitos inerentes aos empresários, como recuperação de empresas.

O nome sociedade "simples" não possui nenhuma relação com o sistema de tributação unificado "Simples Nacional"[168]. Trata-se apenas de uma infeliz coincidência, devido aos nomes escolhidos pelo legislador brasileiro.

O vocábulo "simples" tem o sentido de ser uma sociedade menos complexa, haja vista seu objeto social estar relacionado à atividade intelectual (artística, literária ou científica), portanto, negócios que envolvessem cifras menores. Isto é, seria um tipo societário simplificado, o que não é uma verdade absoluta, tendo em vista que certas atividades intelectuais muitas vezes gozam de ampla estrutura organizacional e/ou com inúmeros sócios, como, por exemplo, as sociedades de auditorias.

Cabe destacar que a sociedade simples tem personalidade jurídica, o que a enquadra como uma das sociedades personificadas. Em sua denominação deverá constar a expressão "sociedade simples" ou sua abreviação "S/S".

Para efeitos tributários, a sociedade simples pode ser enquadrada como microempresa – ME – desde que sua receita bruta anual seja limitada a R$ 360.000,00; ou como empresa de pequeno porte – EPP – caso sua receita bruta anual esteja entre R$ 360.000,00 e R$ 3.600.000,00 (LC n. 123/2006, art. 3º).

Um tema ainda recorrente reside no fato de que a sociedade simples difere da antiga **sociedade civil** (prevista no Código Civil de 1916, arts. 16 e 20).

A sociedade civil era destinada à constituição de quaisquer atividades relacionadas à prestação de serviço (inclusive às intelectuais), como cabeleireiro, lavanderia etc.

Porém, nem todas as atividades de prestação de serviço são atividades intelectuais. A sociedade simples é restrita para atividades intelectuais. As atividades de prestação de serviço que não sejam intelectuais, com a vigência do Código Civil de 2002 e a adoção da teoria da empresa, são consideradas atividades empresariais (logo, a sociedade a ser constituída para a exploração dessas atividades deve ser um dos tipos de sociedades empresárias, que serão vistos adiante).

Para exemplificar, a atividade de pedreiro é uma prestação de serviços (mas não é profissão intelectual). Antes da vigência do Código Civil, para o exercício desta atividade se constituía uma sociedade civil. Agora, para a constituição de sociedade de pedreiros (por ser uma prestação de serviço e não uma profissão intelectual), se constitui uma sociedade empresária, e não uma sociedade simples.

Para uma melhor compreensão sobre profissão intelectual, veja os itens que tratam do conceito de empresário, atividade empresarial e atividade intelectual, no Capítulo I.

Porém, aqui, cabe destacar que a palavra "**intelectual"** está relacionada ao que abrange o intelecto (inteligência); mental; erudito, estudioso, pensador. E que **profissional intelectual** não é necessariamente o mesmo que **profissional liberal**.

Liberal é o profissional independente, sem vínculo de exclusividade, que pode ser empresário (se exercer profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços) ou intelectual.

Intelectual é aquele cuja profissão tem natureza científica (p. ex., químico, médico, arquiteto, engenheiro), literária (p. ex., escritor, poeta, compositor, articulista) e artística (p. ex., desenhista, fotógrafo, músico, produtor gráfico, artista plástico).

Antes de prosseguir, vale registrar que as sociedades simples, regidas pelo art. 997 e s. do Código Civil, não estão sujeitas à Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências e Recuperação de Empresas –, pois essa norma é aplicável apenas às atividades empresariais.

4.4.1. Contrato social

Contrato social é o ato constitutivo de uma sociedade, que pode ocorrer por instrumento privado ou público. O empresário individual, por sua vez, faz requerimento de inscrição.

Na grande maioria dos casos as sociedades são concebidas por contratos na forma de instrumento privado. Mas em certas situações a exigência da escritura pública é indispensável, como, por exemplo, quando o capital social for integralizado com imóveis. Essa regra é válida para a sociedade simples, mas não para as sociedades limitadas e anônimas por força da Lei n 8.934/94, art. 35, inc. VII, e Lei n 6.404/76, art. 89, respectivamente, que dispensam estes tipos societários da escritura pública para incorporação de imóvel ao capital social. Nesse sentido, REsp-STJ 689.937.

É no contrato social que deve estar disposto o objeto da sociedade; a formação do capital social, com as respectivas quotas de cada sócio; os deveres e direitos de cada sócio etc.

A sociedade simples é constituída mediante contrato social que deve ser escrito, por instrumento particular ou público, e que pode ter cláusulas livremente estipuladas pelas partes (desde que não contrarie normas de ordem pública ou bons costumes).

Os atos e contratos que visem a constituição de pessoas jurídicas somente podem ser levados a registro quando assinados por advogado. Trata-se de uma das atividades privativas da advocacia, conforme o Estatuto da Advocacia – Lei n. 8.906/1994, art. 1º, II. Porém, essa regra fica dispensada no caso de ME e EPP, as quais poderão ser constituídas sem o visto do advogado por força do art. 9º, § 2º, da Lei Complementar n. 123/2006. Quanto à assinatura de testemunhas, elas são facultativas, mas, se houver, será preciso que haja a devida identificação, com nome completo e o número de identidade. Ao final deste capítulo apresentamos modelos de contrato social e alteração de contrato social.

4.4.1.1. Cláusulas e requisitos

Entre as cláusulas do contrato social, deverá constar obrigatoriamente como requisitos mínimos (CC, art. 997):

1) qualificação dos sócios (com nome, endereço etc., podendo ser pessoas físicas ou jurídicas);
2) denominação, objetivo, sede e prazo da sociedade;
3) o capital social (que, além de dinheiro, pode compreender quaisquer bens valoráveis, como máquinas, patentes, marcas etc.);
4) a quota (parte do capital social) de cada sócio;
5) as incumbências do sócio que se obriga em contribuir com serviços;
6) as pessoas físicas que serão os administradores e seus respectivos poderes;

7) a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas;
8) se os sócios respondem subsidiariamente pelas obrigações da sociedade.

Paulo Sérgio Restiffe, ao referir-se às cláusulas do contrato social, divide-as em cláusulas **essenciais** e cláusulas **não essenciais**. As primeiras seriam essenciais, as demais, estabelecidas de acordo com a conveniência dos sócios, não essenciais[169].

4.4.1.2. Pacto separado

É importante destacar a questão do pacto separado, em especial, a possibilidade de sua admissão.

Pacto separado é um acordo feito fora do contrato ou alteração social (conhecido também como contrato de gaveta). Ele é válido entre os sócios.

No entanto, o pacto separado não tem eficácia em relação a terceiros (CC, art. 997, parágrafo único) em razão de ele não ter publicidade; não ser acessível a qualquer um, como ocorre com o contrato social que fica à disposição no órgão em que estiver registrada a sociedade. Por isso, também é conhecido como "contrato parassocial". O pacto separado pode ser o acordo de votos entre os sócios, o regimento interno da sociedade, o código de ética societário, o manual de reunião, entre outros.

4.4.1.3. Inscrição e Registro Civil das Pessoas Jurídicas

A inscrição da sociedade simples, conforme já abordado, deve ser feita no Registro Civil das Pessoas Jurídicas no prazo de **30 dias**, a contar da celebração do contrato (CC, art. 998, *caput*).

É a partir da sua inscrição no órgão registral que a sociedade simples adquirirá personalidade jurídica, produzindo os efeitos decorrentes deste ato: nome próprio; domicílio próprio etc.

4.4.1.4. Alterações contratuais

Todas as modificações do contrato social devem ser averbadas no respectivo registro (CC, art. 999, parágrafo único), sob pena de não ter validade perante terceiros, pela falta de publicidade do ato, que, por sua vez, se dá pela averbação perante o órgão registrador[170].

Alterações contratuais referentes aos temas previstos no art. 997 (elencados anteriormente) dependem de autorização de todos os sócios (unanimidade); as demais matérias podem ser decididas por maioria

absoluta de votos (mais da metade do capital social) – salvo se o contrato previr deliberação unânime (CC, art. 999, *caput*).

4.4.1.5. Abertura de filial

Havendo filial (da sociedade simples), deve-se efetuar a sua inscrição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local onde ela será estabelecida. Além disso, faz-se necessária a averbação no Registro Civil originário, em que estiver inscrita a matriz, informando sobre a abertura da filial (CC, art. 1.000).

Caso o contrato social da sociedade não preveja a possibilidade de abertura de filial, primeiro será necessária a alteração desse contrato para constar tal previsão, depois deve-se proceder à efetiva abertura, com inscrição no registro do local da filiação, e por fim inserir essa informação no registro da matriz.

Dessa forma, muitos contratos sociais, desde logo, preveem a possibilidade de abertura de filial, ainda que os sócios efetivamente nem sequer cogitem de tal ato. Isso é realizado para prevenir a necessidade de alteração do contrato social antes de eventual abertura (sem mencionar que é necessário se dispor de verbas para se averbar alteração de contrato social).

4.4.2. Direitos e obrigações dos sócios

Entre outros assuntos, o contrato social pode prever quais são os direitos e as obrigações dos sócios. No entanto, há alguns direitos e obrigações que são decorrentes da lei.

4.4.2.1. Direitos e obrigações contratuais

Os direitos e obrigações contratuais são aqueles previstos no contrato social que não estão previstos em lei.

Como já estudado, a sociedade tem natureza contratual; logo, as partes são livres para contratarem da forma como bem entenderem, podendo estabelecer direitos e obrigações entre elas; ou esses podem ser alterados quando não houver proibição legal. Isso decorre da autonomia privada, refletida nos princípios da liberdade de contratar atipicamente e da livre-iniciativa.

Pode-se afirmar que o limite para essa liberdade de estabelecer e até alterar direitos e obrigações,

entre os sócios no contrato social, está contido nas normas de ordem pública (que não podem deixar de ser observadas pelas partes, por sua natureza de regra cogente) e nos bons costumes.

Exemplificando, não pode haver uma cláusula no contrato social que prive um sócio de participar dos lucros. Tratar-se-ia de uma disposição privada que iria ferir uma norma de ordem pública, no caso o art. 1.008 do Código Civil.

Rubens Requião lembra que essa disposição vedatória, da participação nos lucros por apenas um sócio, já constava no Código Comercial de 1850, no revogado art. 288[171].

4.4.2.2. Direitos e obrigações legais

Direitos e obrigações legais são aqueles previstos na legislação. No caso no Código Civil, são previstos a partir do art. 1.001, que serão examinados a partir de agora.

As obrigações dos sócios começam imediatamente com a assinatura do contrato, ou outra data que dispuserem (mesmo que seja antes do seu registro), e terminam com a extinção das responsabilidades da sociedade após a sua liquidação (CC, art. 1.001).

O sócio não pode ser **substituído** no exercício de suas funções sem o consentimento dos outros sócios, o que deve ser expresso em alteração do contrato social (CC, art. 1.002).

Com relação à cessão (transferência) de quotas, ela pode ser total ou parcial, devendo ser feita com o consentimento dos outros sócios, bem como com a devida alteração do contrato social (CC, art. 1.003, *caput*). Essa necessidade de consentimento dos demais sócios para a cessão de quotas caracteriza a sociedade simples como uma sociedade de pessoas.

Contudo, o cedente (aquele que cedeu as quotas) responde solidariamente com o cessionário (aquele que adquiriu as quotas), por **2 anos** (a contar da averbação da modificação do contrato), pelas obrigações da época que era sócio (CC, art. 1.003, parágrafo único)[172]. Essa responsabilidade é perante a sociedade e terceiros.

Cabe mencionar que o sócio está obrigado a dar suas contribuições à medida do que foi previsto no contrato, e não o fazendo no prazo de **30 dias**, após uma notificação da sociedade, deverá responder pelos danos causados (CC, art. 1.004, *caput*). Nesse caso, a notificação é necessária, a fim de interpelar o devedor da prestação (é a chamada mora *ex persona*, que difere da mora *ex re*, pois esta não precisa de interpelação do devedor).

Vale o apontamento de que a quota social pode ser composta por bens ou créditos, sendo que o sócio que os transmitiram à sociedade responderá pela evicção (vícios) dos bens e pela solvência dos créditos (CC, art. 1.005). Isto é, se o sócio é credor de um título transferindo-o à sociedade e se ao tempo do vencimento esse título não é quitado pelo seu devedor principal, o sócio responde pelo inadimplemento, seja pela regra do art. 1.005, seja pela regra do endosso (se for o caso), que faz do endossante codevedor do crédito.

Também é importante destacar que o sócio que participa da sociedade com seus serviços – mão de obra – não pode exercer outra atividade estranha à sociedade, sob pena de não receber dividendos e de ser excluído do quadro societário (CC, art. 1.006). Ou seja, o sócio deve ter dedicação exclusiva, salvo se houver previsão contratual que o autorize a realizar serviços fora da sociedade constituída, como costuma acontecer nas sociedades formadas por médicos.

A seu tempo, o Código Comercial de 1850 chamava de **sócio de indústria** o sócio que participava exclusivamente com serviços em uma sociedade. Na vigência dessa norma, existia a sociedade de capital e indústria, arts. 317 a 324, cujo **sócio de capital** era o que ingressava na sociedade com recursos financeiros, e o sócio de indústria, o que contribuía com serviços.

4.4.2.2.1. Participação nos lucros e prejuízos

Em geral, os sócios participam dos lucros e das perdas de uma sociedade, na proporção de suas quotas. Mas os sócios que contribuem com serviços apenas participam dos lucros, de acordo com suas quotas (CC, art. 1.007).

Respeitando essa regra, não pode haver estipulação contratual que prive sócios de participar de lucros ou prejuízos (CC, art. 1.008), seja em pacto separado, seja em cláusula do contrato social.

Se houver lucros ilícitos ou fictícios, e uma vez distribuídos, acarretam responsabilidade **solidária** aos administradores e aos sócios que os receberam (CC, art. 1.009). Vale lembrar que, originalmente, a responsabilidade dos sócios da sociedade simples é subsidiária. Neste caso, em razão da distribuição de lucros ilícitos, os sócios perderiam o benefício de ordem decorrente da subsidiariedade.

4.4.3. Administração e decisões sociais

4.4.3.1. Administração

Administrar significa dirigir ou organizar; em outras palavras, significa efetuar a gestão da empresa.

Dessa forma, a administração é um órgão da sociedade pelo qual ela assume as obrigações e exerce seus direitos (nesse sentido, o art. 1.022 do Código Civil). Administração é o órgão que executa as decisões tomadas pela sociedade (em razão das deliberações dos sócios), compreendendo a gestão das operações da atividade econômica e a representação da sociedade perante terceiros.

Somente pessoa natural (física) pode ser administrador. Isso é abstraído do art. 997, VI, do Código Civil. Esse dispositivo expressa "as pessoas naturais" incumbidas da administração sem fazer restrição à possibilidade de admissão de administrador não sócio. Assim, não havendo vedação expressa nos dispositivos que tratam da sociedade simples, nem no ordenamento como um todo, é possível a sociedade simples ser administrada por pessoa natural estranha ao quadro societário; até porque se a sociedade simples admite sócios que sejam pessoas jurídicas, e havendo a necessidade de o administrador ser pessoa natural, necessariamente, neste caso, o administrador não será sócio.

O que se percebe na prática é o fato de muitas sociedades contratarem administradores constituídos na forma de pessoas jurídicas visando afastar o vínculo empregatício e os encargos derivados. Isso, além de burlar a regra civil que impede o administrador pessoa jurídica, afronta as normas trabalhistas.

Todo administrador deve agir com honestidade e ter o cuidado e a diligência que utiliza nos seus próprios negócios (CC, art. 1.011, *caput*).

Há algumas pessoas que estão impedidas de serem administradores, como os condenados por crime concursal falimentar ou peculato, entre outras hipóteses previstas no § 1º, do art. 1.011, do Código Civil.

A nomeação do administrador poderá ser feita no próprio contrato social ou em ato separado, que deverá ser averbado no respectivo Registro Civil das Pessoas Jurídicas (CC, art. 1.012).

Frise-se que a nomeação do administrador, independentemente de ser no contrato social ou em ato separado (uma procuração), não deixa de ser um mandato. Vale explicitar que o mandato somente confere poderes gerais de administração (gestão), sendo que para se praticar atos que extravasem a administração ordinária é preciso haver a outorga de poderes especiais. De qualquer forma, o art. 997, VI, do Código Civil exige a menção expressa dos poderes e atribuições dos administradores.

Vale estacar que a sociedade simples pode ser administrada por um ou todos os sócios. No silêncio do contrato social, a administração é exercida por todos os sócios separadamente – o que em geral ocorre nas sociedades de porte pequeno (CC, art. 1.013, *caput*).

Os sócios administradores também podem impugnar as operações um do outro, respondendo o administrador por seu ato que deve saber ser contrário à vontade da maioria (CC, art. 1013, §§ 1º e 2º).

Quando houver mais de um administrador, as decisões são tomadas em conjunto por todos, salvo os casos de urgência que possam causar dano irreparável ou grave (CC, art. 1.014).

Ressalta-se que o administrador não pode ser substituído em suas funções, mas poderá nomear mandatário (CC, art. 1.018).

Se o sócio foi investido na administração da sociedade por ocasião do contrato social, isso não poderá ser revogado, salvo ordem judicial por justa causa. Será revogável, a qualquer época, se for o caso de ato separado (CC, art. 1.019).

O administrador deve prestar contas aos sócios, devendo fazer levantamentos anuais, bem como apresentar o balanço patrimonial e o balanço de resultado econômico (CC, art. 1.020). Sem prejuízo do que foi explicitado anteriormente, o balanço patrimonial reflete todo o histórico da sociedade, pela demonstração do ativo, passivo e patrimônio líquido; já o balanço de resultado econômico mostra apenas as receitas e despesas de um determinado período, por exemplo, do último ano de exercício.

Independentemente da prestação de contas, os sócios podem, a qualquer tempo, examinar os documentos e contas da sociedade, salvo pacto que fixa determinados períodos para o exame (CC, art. 1.021).

Não havendo a devida prestação de contas, isso pode ser exigido judicialmente [173].

A regra é que o administrador não tem responsabilidade pelos atos regulares efetuados na gestão da sociedade. A responsabilidade é da própria sociedade.

Mas o administrador responderá solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados quando agir com culpa (CC, art. 1.016) [174]. Aqui a expressão “culpa” deve ser entendida em sentido amplo: dolo, negligência, imprudência e imperícia, de forma omissiva ou pela falta de cautela.

4.4.3.1.1. Teoria ultra vires

A sociedade responde por suas obrigações, que, por sua vez, são firmadas pelo administrador. Mas essa responsabilidade existe quando o administrador firmou as obrigações nos limites de seus poderes definidos no contrato social, inscritos em registro próprio (CC, art. 47).

No entanto, a sociedade não tem responsabilidade pelos atos do administrador que excedam os limites de seus poderes.

Esses atos são os chamados atos *ultra vires*, pois são praticados sem poderes para tanto ou por terem excedido os seus poderes. Ricardo Negrão, ao referir-se à teoria *ultra vires*, afirma serem as operações estranhas ao objeto social[175].

Os atos *ultra vires* do administrador não vinculam a sociedade, desde que os poderes estejam no contrato social, pois, no silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade (CC, art. 1.015, *caput*).

Acontece que para a sociedade não se vincular pelos atos *ultra vires*, e assim poder alegar isso perante terceiros que contrataram com o administrador deverá comprovar que (CC, art. 1.015, parágrafo único):

1) a limitação dos poderes está averbada no registro próprio;
2) o ato praticado com excesso de poderes era de conhecimento do terceiro que contratou o administrador; ou
3) a operação é claramente estranha aos negócios sociais.

4.4.3.1.2. Teoria da aparência

A teoria da aparência pode ser confrontada com a teoria *ultra vires*, em favor do terceiro que contratou com o administrador sem ter poderes para tanto.

Dessa forma, a teoria da aparência ocorre quando alguém, considerado por outros como titular de um direito, mas que na verdade não é, negocia com um terceiro de boa-fé.

Assim, a justificativa da construção dessa teoria se dá pela necessidade de se preservar a segurança jurídica das relações, bem como pela boa-fé de terceiros confiantes na aparência de realidade da situação. Nesse sentido, REsp-STJ 887.277.

No campo das obrigações firmadas por administrador, a teoria da aparência pode ser aplicada, pois o administrador não tem poderes para determinados atos, mas aparenta ter uma postura negligente da sociedade, por conhecer e permitir a prática desses atos; e inclusive, muitas vezes, se aproveitando deles[176].

Nesse caso, uma situação real e fática (os atos praticados com aparência de regularidade) prevalece sobre a situação formal de direito (a ausência de poderes para a prática dos atos).

4.4.3.2. Decisões sociais. Conflitos de interesses

Quando se tratar de assuntos da sociedade, estabelecidos pelo contrato social ou pela lei, que devam ser decididos pelos sócios (não pelo órgão da administração), as deliberações serão realizadas por maioria de votos (CC, art. 1.010, *caput*).

A maioria de votos ocorre pela contagem do valor das quotas de cada sócio, ou seja, os votos são proporcionais à quantidade e aos valores das respectivas quotas. Para a formação da maioria de votos, são necessários votos que correspondam a mais da metade do capital social (CC, art. 1.010, *caput*, § 1º). Isso é a chamada maioria absoluta de votos, que se diferencia da maioria relativa na qual se leva em conta os votos correspondentes aos presentes para se apurar a maioria de votos.

No entanto, a lei pode prever quórum qualificado para determinadas matérias, por exemplo, unanimidade dos sócios para a dissolução da sociedade por prazo determinado, conforme o art. 1.033, II.

Se houver conflito de interesses entre sócio e sociedade, ou seja, se o interesse particular de um sócio for contrário ao interesse da sociedade em alguma operação, o sócio deve abster-se de votar, sob pena de responder por perdas e danos caso o seu voto seja decisivo na deliberação (CC, art. 1.010, § 3º). Isso pode acontecer, por exemplo, no caso da decisão da sociedade em contratar com um amigo ou parente daquele sócio.

O conflito de interesse entre sócio e sociedade pode ser **positivo** ou **negativo**. O conflito positivo favorece terceiro, e o negativo prejudica terceiro; porém, em ambos os casos há prejuízo ao interesse da sociedade, uma vez que mesmo no conflito negativo o interesse da sociedade é esquecido com o fim de impor algo danoso a outrem. Exemplificativamente, o administrador pode decidir por adquirir insumos de um fornecedor com quem tenha amizade, ainda que por um preço acima da média de mercado, a fim de favorecê-lo em detrimento da empresa (conflito positivo); ou deixar de comprar o mesmo insumo de certo fornecedor, que tenha o melhor custo-benefício para a empresa, por mera questão pessoal de falta de simpatia pelo fornecedor (conflito negativo).

4.4.4. Relação com terceiros

Sociedade simples é uma pessoa jurídica com capacidade de adquirir direitos e de contrair obrigações por meio de sua administração (CC, art. 1.022), e, como tal, se relaciona com outras pessoas físicas ou jurídicas durante a sua existência.

A regra é que, na sociedade simples, a responsabilidade dos sócios é **ilimitada**, respondendo

subsidiariamente pelo saldo das dívidas que não foram pagas pela sociedade, na proporção de suas quotas (CC, art. 1.023).

Vale reafirmar que **subsidiária** é a responsabilidade do sócio que se dá como uma espécie de garantia acessória, ou seja, o sócio responderá apenas quando a sociedade não tiver bens suficientes. De modo diferente, a **solidária** trata-se de uma responsabilidade mútua entre os sócios e a sociedade, respondendo todos concomitantemente.

Pela regra da responsabilidade ilimitada da sociedade simples, os bens particulares dos sócios apenas podem ser executados depois da execução dos bens da sociedade (CC, art. 1.024, e CPC, art. 596) [novo CPC, art. 795]. Trata-se do benefício de ordem já abordado anteriormente.

No entanto, a sociedade simples pode assumir a forma de "limitada", conforme prevê o art. 983 do Código Civil, o que **limita a responsabilidade** de seus sócios ao valor de suas respectivas quotas. Neste caso, deverá ser acrescida à sua denominação a expressão **"ltda."**. Esse fato não transforma a sociedade simples em sociedade empresária, logo, mesmo tendo os seus sócios responsabilidade limitada, ela continuará sendo registrada no Registro Civil da Pessoas Jurídicas.

O novo sócio, ou seja, aquele que ingressa na sociedade já constituída, responde pelas dívidas sociais anteriores ao seu ingresso (CC, art. 1.025).

Herdeiros ou cônjuge que se separaram judicialmente não podem exigir a sua parte social até que se liquide a sociedade, apenas a divisão periódica de lucros (CC, art. 1.027).

4.4.5. Resolução da sociedade em relação a um sócio (exclusão de sócio)

Resolução tem o sentido de rescisão, no caso, a rescisão da sociedade com relação a um de seus sócios, ou seja, a saída de um sócio da sociedade.

Várias são as hipóteses de uma resolução: morte de sócio, direito de retirada, falta grave, incapacidade superveniente, falência de sócio e sócio devedor, conforme já foi tratado em outro item deste livro, para o qual remetemos o leitor

4.4.6. Dissolução

A dissolução total da sociedade simples pode ocorrer nas seguintes hipóteses já tratadas anteriormente

(CC, art. 1.033): quando ocorre o término do prazo de duração da sociedade por prazo determinado; pelo consenso de todos os sócios, na sociedade de prazo determinado; pela vontade dos sócios, considerando a maioria de votos, na sociedade por prazo indeterminado; quando uma sociedade ficar apenas com um sócio por mais de *180* dias; quando for extinta sua autorização para funcionar; outros casos previstos no contrato social.

Tais possibilidades já foram objeto de estudo no item denominado “dissolução total”, o qual o leitor deve conferir.

4.5. SOCIEDADE EM NOME COLETIVO

“Nome coletivo” é uma expressão que serve para informar tratar-se de um tipo societário em que coletivamente todos os sócios respondem pelas dívidas da sociedade de forma ilimitada. Ela pertence ao quadro das sociedades personificadas por ter personalidade jurídica.

A sociedade em nome coletivo é composta exclusivamente por pessoas físicas, em que se pressupõe uma afinidade entre os sócios. Por isso, é uma sociedade de pessoas.

Neste tipo societário, a pessoa jurídica não pode ser sócia, como ocorre em outras sociedades.

Na sociedade em nome coletivo, todos os sócios respondem de forma **solidária** e **ilimitada** pelas obrigações da sociedade. Podem os sócios limitar suas responsabilidades entre si, o que não prejudica a responsabilidade solidária e ilimitada deles perante terceiros, podendo ser feito no ato constitutivo ou documento posterior (CC, art. 1.039).

O contrato social da sociedade em nome coletivo deve observar requisitos mínimos, elencados no art. 997 do Código Civil.

Além disso, no contrato social, deve constar a **firma social** (CC, art. 1.041). Isso porque, em uma sociedade, a firma social demonstra quem são os sócios (pelos seus nomes estampados na firma), bem como revela que as suas responsabilidades são ilimitadas.

Contudo, na sociedade em nome coletivo, deve constar o nome civil de todos os sócios, ou de pelo menos um deles, seguido da expressão “e companhia” ou “e cia.” (CC, arts. 1.157 e 1.158, § 1º). Isso identifica o tipo societário em nome coletivo, ou seja, os sócios coletivamente respondem pelas dívidas da sociedade, solidária e ilimitadamente. Não se podem confundir “Companhia” ou “Cia.” como expressões equivalentes de sociedade anônima; sendo que, nesse caso, as expressões não podem estar no

final da denominação justamente para evitar confusão com a sociedade em nome coletivo.

A administração da sociedade em nome coletivo só pode ser exercida pelos sócios (CC, art. 1.042). Diferindo, portanto, das sociedades simples, limitada e anônima que podem ser administradas por pessoas não sócias.

Com relação ao regime jurídico, a sociedade em nome coletivo deve seguir as regras da sociedade simples, na omissão dos arts. 1.039 a 1.044, referentes ao capítulo desta sociedade no Código Civil.

Já no que se refere à dissolução da sociedade em nome coletivo, ela ocorre pelas mesmas causas da sociedade simples. No entanto, se for sociedade empresária, também se dissolve pela decretação de falência (CC, art. 1.044). O que determina se a sociedade é empresária é o fato de o seu objeto social estar relacionado com a produção ou circulação de bens ou de serviços (registrável na Junta Comercial). Diversamente, as sociedades simples são aquelas cujo objeto social está voltado ao desenvolvimento de atividade intelectual-literária, artística ou científica (registrada no Registro Civil das Pessoas Jurídicas).

Assim, o que se pode abstrair de tal regra, positivada pelo Código Civil, é que a sociedade em nome coletivo pode ser utilizada para desenvolver atividade intelectual ou empresarial, e apenas nesse último caso é cabível a falência como forma de dissolução.

4.6. SOCIEDADE EM COMANDITA SIMPLES

A sociedade em comandita simples é aquela em que há sócios com responsabilidade limitada e sócios com responsabilidade ilimitada e solidária. Essa sociedade possui personalidade jurídica e pertence ao quadro das sociedades personificadas. A expressão “simples” vale para diferenciá-la da sociedade em comandita por ações, a qual é uma espécie de sociedade anônima, que estudaremos adiante.

Neste tipo societário, existe uma mistura das responsabilidades, pois existem os sócios comanditados e comanditários.

Sócios **comanditados** são aqueles com responsabilidade *solidária* e *ilimitada*, que necessariamente devem ser “pessoas físicas” (CC, art. 1.045, *caput*).

Já os sócios **comanditários** têm responsabilidade *limitada* ao valor de suas quotas sociais e podem ser “pessoas físicas ou jurídicas” (CC, art. 1.045, *caput*).

Comandita significa administrada ou comandada. É um termo derivado do italiano *accomandita*, cujo significado era guarda ou depósito, uma vez que no passado pessoas confiavam seu capital a outrem para

que este o administrasse em seu nome e risco.

Salienta-se que a sociedade em comandita simples está em desuso, mas resguarda na sua concepção a possibilidade de ter investidores em determinados empreendimentos, assegurando-lhes uma responsabilidade limitada às suas quotas (na condição de comanditários), e empreendedores, que efetivamente irão trabalhar no negócio (na condição de comanditados), o que não ocorre na sociedade em nome coletivo.

No contrato social deverá estar descrito quais são os sócios comanditados e os comanditários (CC, art. 1.045, parágrafo único).

Os sócios comanditários respondem apenas pela integralização de suas quotas, de forma limitada; entram na sociedade apenas com capital, não participando da gestão da sociedade[177]. Ou seja, somente os comanditados podem ser os administradores da sociedade em comandita simples.

Por sua vez, os sócios comanditados entram com capital e trabalho, administram a sociedade e respondem ilimitadamente aos terceiros[178].

Aplicam-se à sociedade em comandita simples as regras da sociedade em nome coletivo, no que não for incompatível (CC, art. 1.046, *caput*). Essas regras também se aplicam às normas da sociedade simples, pois, se as regras da sociedade simples são aplicáveis à sociedade em nome coletivo, logo, também são aplicáveis à sociedade em comandita simples.

4.7. SOCIEDADE LIMITADA

A expressão “limitada” está relacionada com o fato de a responsabilidade dos sócios nesse tipo de sociedade ser limitada ao valor de suas quotas, como regra geral.

Tendo surgido na Alemanha em 1892, por meio de uma iniciativa legislativa (e não como um fato que precedeu a disciplina normativa, o que em geral ocorre com os institutos do direito empresarial), a sociedade limitada buscava atender ao anseio para a limitação da responsabilidade de pequenos e médios empreendedores, haja vista a existência anterior da sociedade anônima, para empreendimentos maiores e com limitação de responsabilidade[179].

A sociedade limitada é uma mistura de sociedade de capital (principalmente, em razão da limitação da responsabilidade) e sociedade de pessoa (pela afinidade dos sócios e pela simplicidade de sua constituição quando comparada com a sociedade anônima).

No Brasil, antes do Código Civil de 2002, a sociedade limitada era regulada pelo Decreto n. 3.708/19, sendo denominada “sociedade por quotas de responsabilidade limitada”.

Sem dúvida é o tipo societário mais utilizado no território nacional, o qual terá suas regras estudadas a seguir. É uma sociedade personificada, pois tem personalidade jurídica.

4.7.1. Disposições preliminares

Sociedade limitada é aquela cujos sócios têm responsabilidade restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social (CC, art. 1.052).

Em caso de omissões deste Capítulo, que trata da sociedade limitada, arts. 1.052 a 1.087, aplicam-se de forma subsidiária (supletiva) as disposições da **sociedade simples**, por exemplo, quanto às hipóteses de dissolução (CC, art. 1.053).

Mas, se preferir, o contrato social da sociedade limitada pode prever a aplicação subsidiária da legislação da **sociedade anônima**, Lei n. 6.404/76. No entanto, se dele não constar nenhuma previsão, aplica-se o regime jurídico da sociedade simples (CC, art. 1.053).

A opção em escolher a aplicação supletiva das regras da sociedade simples ou da sociedade anônima vai depender da necessidade dos sócios, pois as regras da sociedade simples são menos complexas que as da anônima, o que facilita a administração principalmente de pequenas e médias sociedades. No entanto, a disciplina da sociedade anônima possui um sistema de controle mais aprofundado, importante para sociedades com grande número de sócios, inclusive com a necessidade de publicação de balanço etc.

Com relação ao contrato social da sociedade limitada, ele deve conter os requisitos do art. 997, no que for compatível. Poderá adotar denominação ou firma social; neste caso deve ter o nome de um ou mais sócios no nome empresarial (CC, art. 1.054).

Além disso, no nome empresarial da sociedade limitada devem constar o objeto social e a expressão “Limitada”, ou sua abreviação “Ltda.”, sob pena de responsabilidade solidária e ilimitada dos administradores (CC, art. 1.158, *caput*, §§ 2º e 3º).

Também, quanto ao contrato social da sociedade limitada, ele pode ser feito por escritura pública ou por instrumento privado. Na grande maioria dos casos, as sociedades limitadas são concebidas por contratos sociais na forma de instrumento privado, mesmo para a integralização de imóveis ao capital

social, haja vista o disposto na Lei n. 8.934/94, art. 35, VII.

Tendo os sócios integralizado o capital social, a responsabilidade deles fica limitada ao efetivo valor de suas quotas, não havendo responsabilidade pessoal por dívidas da sociedade, conforme a regra geral[180] (salvo situações excepcionais, como a da desconsideração da personalidade jurídica).

Especificamente em relação à integralização do capital social, na sociedade limitada isso não é rígido como na sociedade anônima (que deve ser comprovada por algumas formalidades previstas na Lei n. 6.404/76, art. 8º cc. art. 88 e s.).

O controle da integralização na sociedade limitada, na maioria das vezes, não espelha o previsto no contrato social, ou não existe, sendo que nestes casos os sócios responderam solidariamente pela integralização do capital social não integralizado.

Na prática, no momento da formação de uma sociedade, os sócios estimam o capital que será necessário ao empreendimento. Esses recursos (dinheiro, crédito ou bens) serão dados pelos sócios, passando a existir então um capital subscrito.

4.7.2. Capital social – subscrito e integralizado; aumento e redução. Quotas

Capital social é o patrimônio inicial da sociedade. Diz-se inicial porque, com o passar do tempo, a sociedade pode ter seu patrimônio aumentado, sem necessariamente aumentar seu capital.

Assim, depois de um tempo, o valor do capital social não coincidirá necessariamente com o valor patrimonial da empresa. De qualquer forma, a responsabilidade dos sócios está relacionada com o valor do capital social, na proporção de suas quotas, salvo se não tiver ocorrido a integralização total do capital. Mas, quanto aos direitos dos sócios em caso de dissolução parcial (como, por exemplo, pelo direito de retirada) ou liquidação da sociedade, eles recebem proporcionalmente às suas quotas, ou seja, um percentual sobre o valor patrimonial da empresa (a ser apurado por balanço), não sobre o valor do capital social.

O capital social é dividido em quotas. **Quota** significa a parte ou a porção de determinado objeto, no caso do capital social.

Capital subscrito é aquele prometido pelos sócios para a formação da sociedade. **Quota subscrita** é a parte que cada um dos sócios promete.

Por sua vez, **capital integralizado** significa aquele que já foi entregue pelos sócios.

No entanto, é o contrato social quem vai dispor o momento da integralização do capital. O capital subscrito pode ser integralizado **à vista** (quando da constituição da sociedade, no caso de a sociedade necessitar da integralização para seu início) ou **a prazo** (inclusive podendo ser de forma parcelada).

O valor do capital social pode ser alterado, diminuído ou aumentado. Tanto no aumento como na diminuição, deve-se alterar o contrato social e levá-lo ao registro para averbação, a fim de dar publicidade ao ato.

No **aumento** de capital, os sócios têm preferência na integralização das novas quotas, no prazo de *30* dias, na mesma proporção das quotas de que já são titulares. Não o fazendo, essas poderão ser integralizadas por terceiros (CC, art. 1.081, *caput*, § 1º).

Já a **diminuição** ocorre quando, depois de integralizado o capital, houver perdas irreparáveis ou o capital for excessivo com relação ao objeto da sociedade. Assim, haverá diminuição proporcional nas quotas dos sócios (CC, arts. 1.082 e 1.083). Também pode ser o caso de dissolução parcial, como pelo exercício do direito de retirada.

Como visto, com a integralização do capital social, a responsabilidade dos sócios fica limitada ao efetivo valor de suas quotas, via de regra, pois é possível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, mas apenas excepcionalmente nos casos autorizados por lei[181].

Entre as obrigações dos sócios, a principal é a de colaborar para a formação do capital social, composto pelo total das contribuições que esses se obrigam a transferir à sociedade[182], conforme suas quotas.

A divisão do capital social se dá em **quotas** de valores idênticos ou de valores distintos, cabendo uma ou mais quotas a cada um dos sócios (CC, art. 1.055, *caput*).

Todavia, a atitude mais usual é dividir o capital em quotas de igual valor, cabendo a cada um dos sócios determinado número delas. Por exemplo, num capital social de R$ 10.000,00, cada quota tem o valor de R$ 1,00, contabilizando um total de 10 mil quotas, sendo que, se um sócio tiver 6 mil quotas, ele terá 60% do patrimônio da empresa, e o outro, com 4 mil quotas, terá 40%. Isso é de grande ajuda para facilitar a partilha de quotas, como no caso do sócio que pretende ceder parte das quotas, querendo ficar com a outra parte.

É vedada a participação de sócio que entre para a sociedade apenas com sua prestação de serviços (o sócio que participava exclusivamente com serviços, no Código Comercial de 1850, arts. 317 a 324, era

conhecido como sócio de “indústria”). Na sociedade limitada é preciso haver participação com capital (dinheiro ou bens). Comparativamente, na sociedade simples é possível o sócio compor o quadro societário somente com serviço, à luz do art. 1.006 do Código Civil.

Há a possibilidade de haver **condomínio de quotas**, que se dá quando uma quota é de propriedade de mais de uma pessoa (vários são titulares da mesma quota). Isso se dá, por exemplo, quando ocorre a morte de um sócio, devendo haver um condômino representante, neste caso, o inventariante (CC, art. 1.056, § 1º).

Também é possível o sócio ceder sua quota, total ou parcialmente, tendo efeitos perante terceiros após a averbação no Registro (CC, art. 1.057).

Em caso de **cessão de quota**, devem-se observar as regras do contrato social. Se houver omissão do contrato, a cessão para outro sócio independe de autorização dos demais. Já a cessão para terceiros não pode ter oposição de sócios que detenham mais de um quarto do capital social (CC, art. 1.057).

Se houver **sócio remisso**, aquele que não integraliza suas quotas, ele poderá ser excluído em razão disso (CC, art. 1.058).

E, se os sócios distribuírem lucros ou retirarem quantias em prejuízo do capital da sociedade, os valores deverão ser repostos pelos sócios (CC, art. 1.059).

4.7.3. Administração

Como já visto, administrar significa dirigir ou organizar, efetuar a gestão da empresa.

O Decreto n. 3.708/1919, revogado, que disciplina as sociedades limitadas, usava a denominação “gerente”[183]. Atualmente utiliza-se “administrador” ou “diretor”; gerente de acordo com o art. 1.172 do Código Civil é o preposto permanente no exercício da empresa, o representante (funcionário).

Administração é um órgão da sociedade, por meio do qual a sociedade assume as obrigações e exerce seus direitos. É o órgão que cumpre as decisões da sociedade, o que compreende a gestão das operações da atividade da sociedade.

O administrador poderá ser sócio (sócio-administrador) ou não da sociedade. A nomeação de administrador não sócio dependerá de aprovação da unanimidade dos sócios, enquanto o capital não estiver integralizado, e de dois terços, no mínimo, após a integralização (CC, arts. 1.060 e 1.061).

Cabe destacar que a administração pode ser exercida por uma ou mais pessoas físicas. Assim, há dois

tipos possíveis de administradores na sociedade limitada: pessoa física sócia ou pessoa física não sócia. É semelhante à sociedade simples, em que somente a pessoa natural (física) pode ser administrador (CC, art. 997, inc. VI).

A nomeação do administrador é feita no contrato social ou em ato separado. Se designado em ato separado, ocorrerá mediante termo de posse no livro de atas da administração, que deve ter sua qualificação e ser averbada no registro competente (CC, arts. 1.060 e 1.062).

Em relação ao término da administração, ele poderá ocorrer: pela destituição (a qualquer tempo); pelo fim do prazo (se não houver recondução); ou pela renúncia. Em qualquer uma das alternativas, também deve ser averbado (CC, art. 1.063).

O uso do nome empresarial (firma ou denominação) é exclusivo do administrador, sendo ele o responsável pelo levantamento do balanço patrimonial (CC, arts. 1.064 e 1.065).

No que diz respeito aos deveres do administrador da sociedade limitada, são os mesmos da sociedade simples: deve agir com honestidade e ter o cuidado e a diligência que emprega em seus próprios negócios (CC, art. 1.011).

4.7.4. Conselho fiscal

O conselho fiscal é o órgão colegiado (toma decisões em conjunto) encarregado da fiscalização da sociedade, com a tarefa de verificar se as atitudes dos administradores estão condizentes com o contrato social e a lei.

Inspirado na Lei das Sociedades Anônimas, o Código Civil de 2002 adotou a possibilidade da instituição do conselho fiscal para a sociedade limitada. Para melhor compreender a razão desse órgão societário, vale destacar que a sociedade anônima (que será tratada adiante) foi concebida com uma estrutura semelhante à do Estado: Poder Legislativo (elabora leis); Poder Executivo (executa); Poder Judiciário (fiscaliza). É a divisão de poderes de Montesquieu, citada em sua obra *O espírito das leis*. Assim, na sociedade anônima existe a Assembleia (estabelece as diretrizes); a administração/diretoria (executa) e o conselho fiscal (fiscaliza).

Em geral, o conselho fiscal é adotado em grandes empresas; porém, pode ser instituído em sociedades de qualquer tamanho.

Sua formação na sociedade limitada é facultativa, com no mínimo três membros e respectivos

suplentes (em igual número), que podem ser sócios ou não, mas devem residir no Brasil, e devem ser eleitos pela assembleia ordinária anual (CC, art. 1.066).

Os membros são eleitos em assembleia, devendo assinar o termo de posse anotado no livro de atas e pareceres do conselho fiscal. Além disso, os conselheiros têm direito à remuneração (CC, arts. 1.066 a 1.068).

São deveres do conselho fiscal: fiscalizar os livros da sociedade; dar pareceres sobre os exames dos livros e dos negócios sociais; denunciar os erros ou crimes; entre outros previstos na lei ou no contrato social (CC, art. 1.069).

O conselho fiscal também pode eleger contabilista habilitado como um auxiliar para exame das questões contábeis da empresa (CC, art. 1.070, parágrafo único).

4.7.5. Deliberações dos sócios

Deliberações sociais são as decisões que devem ser tomadas pelos sócios e podem ocorrer em qualquer hipótese prevista no contrato, como, por exemplo, para se abrir uma filial.

Normalmente, fica a cargo dos sócios decidirem as matérias mais relevantes da sociedade, pois os atos ordinários de gestão ficam por conta do administrador.

Entretanto, além das matérias previstas no contrato social, a lei enumera as decisões que devem ser deliberadas pelos sócios, pois são situações que podem influir profundamente nas estruturas ou nas relações da sociedade. São elas (CC, art. 1.071):

1) alterações do contrato social;
2) nomeação, remuneração e destituição de administradores;
3) aprovação das contas da administração;
4) decisão sobre incorporação, fusão, dissolução ou término da liquidação da sociedade;
5) pedido de recuperação de empresa (o Código Civil de 2002 usa a palavra “concordata”, mas esse instituto foi substituído pela “recuperação de empresa, pelo advento da Lei n. 11.101/2005).

4.7.5.1. Reunião e assembleia

Na prática, as deliberações (ou decisões) são tomadas em reunião ou em **assembleia**. Em regra, a **reunião** se realiza quando a sociedade tem até dez sócios; já a **assembleia**, quando tem mais de dez

sócios, ou melhor, onze ou mais sócios.

As decisões devem ser tomadas considerando a maioria de votos, contados conforme as quotas de cada sócio tendo em vista o capital social (CC, art. 1.072, *caput*, cc. art. 1.010, *caput*), salvo se a lei ou o contrato exigir quórum mais privilegiado. Vale destacar que para a formação da maioria absoluta são necessários votos correspondentes a mais de metade do capital (CC, art. 1.010, § 1º). A maioria absoluta de votos difere da maioria relativa, na qual se consideram os votos correspondentes às quotas dos presentes (e não o total do capital social) para se apurar a maioria de votos.

Compreendemos que o contrato social pode estabelecer quóruns diferenciados apenas nas hipóteses do art. 1.076, III. Isso porque, apesar da natureza contratual da sociedade, os quóruns fixados pelo legislador civil são normas de ordem pública, não podendo, por isso, ser alterados pelas partes.

Alteração de quóruns legais, por exemplo, ampliando para unanimidade uma matéria que assim não quis o legislador, poderá sofrer abusos por parte de sócios na tomada de decisões sociais. Assim, um sócio poderá não comparecer deliberadamente para votar a fim de não se alcançar o quórum necessário para se aprovar certa matéria. Esse fato pode ser considerado um abuso no exercício do direito de voto, logo pode ser objeto suprimento judicial em que a decisão do juiz fará suprir o não comparecimento do sócio na reunião ou na assembleia.

Cabe esclarecer que as decisões tomadas em assembleia ou reunião vinculam todos os sócios, mesmo ausentes ou discordantes (CC, art. 1.072, § 5º).

Destaca-se que as deliberações (assembleias ou reuniões) que infringirem o contrato ou a lei tornam ilimitada a responsabilidade de quem expressamente as aprovou (CC, art. 1.080). Por isso, é fundamental o sócio divergente exigir a consignação em ata do seu voto discordante da decisão tomada pela maioria.

Uma deliberação ocorre a partir da convocação pela administração, sócio ou conselho fiscal (CC, arts. 1.072, *caput*, e 1.073). Há algumas formalidades para a convocação, sendo que a reunião ou a assembleia fica dispensada quando os sócios decidirem por escrito (CC, art. 1.072, §§ 2º e 3º).

No que se refere à instalação da **assembleia**, ela será realizada em até duas chamadas. Na primeira chamada, a instalação tem início com a presença de sócios titulares de quotas que representem no mínimo três quartos do capital social. Na segunda chamada, com qualquer número (CC, art. 1.074, *caput*).

O sócio pode ser representado por outro sócio ou advogado (CC, art. 1.074, § 1º).

Serão escolhidos, entre os sócios presentes, o presidente e o secretário da assembleia, sendo que as

deliberações deverão ser anotadas no livro de atas da assembleia, devendo uma cópia da ata ser arquivada no Registro Público de Empresas Mercantis (CC, art. 1.075).

Nos casos de modificação do contrato, fusão e incorporação da sociedade, o sócio discordante tem direito de se retirar da sociedade, dentro do prazo de 30 dias (CC, art. 1.077).

Pelo menos uma vez ao ano, durante os *4* primeiros meses do ano, a assembleia deve ser realizada, devendo-se, por exemplo, verificar as contas do administrador (CC, art. 1.078).

Documentos que por ventura estejam mencionados nas contas do administrador ou no balanço patrimonial devem ficar disponíveis aos sócios 30 dias antes da assembleia (CC, art. 1.078, § 1º).

Quanto às **reuniões,** o regime jurídico será dado pelo próprio contrato social, por exemplo, quanto à possibilidade de convocação por *e-mail*, sendo que na omissão deste aplicam-se as regras da assembleia (CC, art. 1.079).

4.7.5.2. Quadro com quóruns de votação

O art. 1.076 do Código Civil, combinado com outros dispositivos, enumera diversos quóruns necessários para a aprovação de determinados assuntos. Mas há quóruns previstos em outros dispositivos. O quadro abaixo procura facilitar a classificação dos quóruns de votação para cada matéria, apontado o respectivo artigo do Código Civil.

QUÓRUM	MATÉRIA	ARTS. – CC
Unanimidade	Dissolução da sociedade por prazo determinado.	1.033, inc. II
Unanimidade	Nomeação de administrador (quando o capital não estiver integralizado).	1.076, caput, CC. 1.061
Três quartos do capital social	Modificação do contrato social, incorporação, fusão, dissolução ou término da liquidação da sociedade.	1.076, I, CC 1.071, incs. V e VI
Dois terços do capital social	Nomeação de administrador (quando o capital já estiver integralizado).	1.076, caput, CC. 1.061
Dois terços do capital social	Destituição de administrador que é sócio.	1.076, caput, CC. 1.063, § 1º
Mais da metade do capital social	Nomeação de administrador (em ato separado); destituição e remuneração de administrador; pedido de recuperação de empresa.	1.076, II, CC 1.071, incs. II, III, IV e VIII
Mais da metade do capital social	Exclusão de sócio da sociedade pela prática de ato grave que prejudique a continuidade da empresa.	1.085, caput
Mais da metade do capital social	Dissolução da sociedade por prazo indeterminado.	1.033, inc. III
Maioria de votos	Outros casos previstos em contrato ou lei, como aprovação de contas do administrador;	1.076, III, CC 1.071,

dos presentes	nomeação e destituição de liquidantes, bem como a aprovação de suas contas.	incs. I e VII

É importante lembrar que as decisões devem ser tomadas de acordo com a proporção das quotas sociais de cada sócio (CC, art. 1.072, *caput*, cc. art. 1.010, *caput*). E o quórum acontece em relação ao capital social da sociedade, salvo os casos de maioria dos presentes.

Vale lembrar que se um sócio deixar de comparecer às deliberações sem motivo justo, apenas com o fim de não alcançar o quórum necessário para se votar certa matéria, isso poderá ser considerado um abuso do direito de voto. Dessa forma, é cabível ação visando o suprimento judicial para que o juiz preencha o não comparecimento do sócio. Também é possível se buscar a exclusão desse sócio faltoso[184].

4.7.6. Resolução da sociedade em relação a sócios minoritários (exclusão de sócio)

Como já visto, resolução tem o sentido de rescisão (exclusão). Neste caso de rescisão da sociedade em razão de sócios minoritários, trata-se da saída de sócios com pequena participação da sociedade.

Vale ter em conta que, no que couber, aplicam-se as regras da sociedade simples à sociedade limitada, inclusive quanto à resolução da sociedade e as suas hipóteses (morte, incapacidade superveniente etc.).

Destaca-se que na sociedade limitada, mediante alteração do contrato social, um ou mais sócios podem ser excluídos extrajudicialmente do quadro societário, por atos de inegável gravidade que comprometam a sociedade, colocando em risco a continuidade da empresa (CC, art. 1.085, *caput*)[185].

Cabe destacar que esse tipo de exclusão terá cabimento somente se houver previsão no contrato social da possibilidade de exclusão por justa causa[186]. Já na sociedade simples a exclusão por falta grave precisará necessariamente ser processada em juízo, nos termos do art. 1.030, *caput*, do Código Civil.

A exclusão será decidida pela maioria dos sócios, que represente mais da metade do capital social, por meio de deliberação (reunião ou assembleia) convocada especialmente para esse fim. A convocação deve guardar tempo hábil para o exercício do direito de defesa do sócio acusado (CC, art. 1.085, *caput* e parágrafo único; esse dispositivo reflete o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório).

Sendo a decisão pela exclusão do sócio, deve-se promover a alteração do contrato social, bem como

sua averbação na Junta Comercial, tendo o sócio excluído direito a receber o correspondente às suas quotas mediante a devida liquidação, nos termos dos arts. 1.031 e 1.032 (CC, art. 1.086).

4.7.7. Dissolução

Na sociedade limitada, a dissolução total acontece nas mesmas hipóteses da sociedade simples, ou seja (CC, art. 1.087 cc. arts. 1.044 e 1.033):

1) quando ocorre o término do prazo de duração da sociedade;
2) pelo consenso de todos os sócios, na sociedade de prazo determinado;
3) pela vontade da maioria dos sócios, na sociedade por prazo indeterminado;
4) quando uma sociedade ficar apenas com um sócio por mais de *180* dias;
5) quando for extinta sua autorização para funcionar (como no caso de bancos e seguradoras que precisam de autorização).

Porém, além dessas hipóteses, na sociedade limitada a dissolução ocorre também pela **falência** (CC, art. 1.087). A falência será estudada mais adiante, mas aqui já se pode adiantar que ela só é cabível para sociedades empresárias, e não para as sociedades de natureza intelectual.

Conforme já apontado, há situações em que é cabível a dissolução parcial em detrimento da dissolução total. Neste caso, não haverá o encerramento da sociedade que continuará a desenvolver sua atividade, cabendo aos sócios que saem do quadro societário o direito de receber seus haveres[187].

4.8. SOCIEDADE ANÔNIMA

Como já apontado, a primeira sociedade regulamentada por lei foi a sociedade anônima. Na maioria das vezes, esse tipo societário é adotado para grandes empreendimentos[188] ou por determinação legal, como seguradoras, bancos, sociedades com ações em bolsa etc. que, necessariamente, devem ser sociedades anônimas.

A expressão “anônima” está relacionada com o fato de que, em sua concepção inicial, os acionistas eram desconhecidos (anônimos), porém titulares de ações ao portador (aquelas que não identificam os proprietários). No Brasil não é mais possível a emissão de ações ao portador, mas alguns países ainda admitem essa prática.

4.8.1. Regime jurídico

O regime jurídico da sociedade anônima é uma lei especial, a Lei n. 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas – LSA, sendo que somente nos casos omissos é que se aplica o Código Civil (CC, art. 1.089).

4.8.2. Características

A sociedade anônima tem como características a divisão do seu capital em ações (e não em quotas); e o fato de que cada sócio responsabiliza-se apenas pelo preço de emissão das ações que adquirir (LSA, art. 1º; e também CC, art. 1.088).

Em se tratando da responsabilidade dos sócios, o limite é o valor de emissão das respectivas ações, não existindo a responsabilidade pela integralização do capital social subscrito, como acontece na sociedade limitada.

A sociedade anônima, em sua acepção inicial, era a típica sociedade de capital, não de pessoas, pois o capital prevalece sobre qualquer relacionamento que pudesse haver entre os sócios. Essa conotação se mantém em relação às sociedades anônimas abertas (grosso modo, as que têm ações circulando em bolsa), mas não é mais uma verdade absoluta quanto às demais, pois existem sociedades anônimas cujo estatuto social impede a livre circulação de ações, devendo elas ser alienadas aos demais acionistas, o que a caracterizaria como uma sociedade de pessoas.

Os participantes da sociedade anônima são denominados **acionistas**, e não sócios. Dessa forma, poderia até ser dito que sócio é gênero do qual acionista, cotista e cooperado são espécies.

O ato constitutivo da sociedade anônima é o **estatuto social**, e não contrato social. O significado de estatuto social é ser um conjunto de dispositivos, como se fosse uma lei orgânica, havendo certo sentido de maior complexidade do que um contrato social.

Frise-se que o estatuto social pode ser constituído por instrumento público ou privado. Salvo nos casos exigidos por lei, em boa medida, as sociedades anônimas são concebidas por instrumentos privados, ainda que o capital social seja integralizado com imóveis. Isso por força do art. 89 da Lei n. 6.404/76, além da previsão do art. 35, inc. VII, da Lei n. 8.934/94. Nesse sentido, REsp-STJ 689.937.

É pertinente explicitar que a sociedade anônima também é denominada **companhia**.

Sua denominação deve expressar o seu objeto social (finalidade, ramo de atividade explorada, como

indústria, comércio, banco etc.), devendo conter as expressões “sociedade anônima” ou “companhia”, por extenso ou abreviadamente: S.A., S/A ou Cia. (LSA, art. 3º, *caput*, e CC, art. 1.160). Porém, “Companhia” ou “Cia.” não podem estar no final da denominação, uma vez que poderia ser confundida com a sociedade em nome coletivo.

Assim, por exemplo, na denominação “Metalúrgica Rio Branco S/A.” a palavra “metalúrgica” demonstra o seu objeto social; “S/A” revela que o seu tipo societário é uma sociedade anônima.

Independentemente do seu objeto social, a sociedade anônima será sempre sociedade empresária, conforme o parágrafo único do art. 982 do Código Civil. Associado a isso, o § 1º do art. 2º da Lei n. 6.404/76 expressa que a companhia (sociedade anônima) é mercantil (ou seja, não é sociedade de atividade intelectual). Por exemplo, uma clínica médica cujo tipo societário seja de uma sociedade anônima será mercantil pela forma adotada (S/A), não pelo conteúdo de sua atividade (objeto social relacionado à atividade intelectual).

4.8.2.1. Livros sociais

A sociedade anônima deve efetuar sua escrituração mantendo todos os livros obrigatórios a qualquer empresário, além dos seguintes livros (LSA, art. 100):

1) livro de Ações Nominativas, para inscrição, anotação ou averbação: do nome do acionista e do número das suas ações; das entradas ou prestações de capital realizado; do resgate, reembolso e amortização das ações, ou de sua aquisição pela companhia etc.;
2) livro de Transferência de Ações Nominativas, para lançamento dos termos de transferência, que deverão ser assinados pelo cedente e pelo cessionário ou seus legítimos representantes;
3) livro de Registro de Partes Beneficiárias Nominativas e o de Transferência de Partes Beneficiárias Nominativas, se tiverem sido emitidas;
4) livro de Atas das Assembleias Gerais;
5) livro de Presença dos Acionistas;
6) livro de Atas das Reuniões do Conselho de Administração, se houver, e de Atas das Reuniões de Diretoria;
7) livro de Atas e Pareceres do Conselho Fiscal.

Vale ter em conta que, de acordo com o § 2º do art. 100, com a nova redação dada pela Lei n. 12.431/2011, nas companhias abertas os livros referidos acima entre os números 1 e 5 podem ser

substituídos por **registros mecanizados ou eletrônicos**, respeitando sempre regras firmadas pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

4.8.3. Valores mobiliários

Para se estudar sociedade anônima, é necessário conhecer os valores mobiliários, ainda que sucintamente.

Valores mobiliários são títulos emitidos por sociedades anônimas com características e direitos padronizados, como, por exemplo, quanto à participação nos lucros da empresa. Diferem-se dos títulos de crédito, entre outras razões, porque são emitidos em série/massa [189].

Os valores mobiliários são utilizados como formas de captação de recursos para financiamento de empresas que os emitem. Em geral, para os que adquirem os valores mobiliários, trata-se de uma forma de investimento. São exemplos de valores mobiliários: ações, debêntures, bônus de subscrição, partes beneficiárias etc., que verificaremos mais adiante.

Destaca-se que os vários tipos de valores mobiliários (que adiante vamos estudar) são negociados no mercado de valores mobiliários. O mercado de valores mobiliários ocorre, basicamente, pela negociação na Bolsa de Valores ou no Mercado de Balcão.

4.8.3.1. Bolsa de Valores

Bolsa de Valores é a instituição criada pelas corretoras de valores mobiliários para se comercializar títulos, sendo que somente podem participar as corretoras autorizadas para isso. Além do mais, as corretoras são intermediadoras legais dos negócios que nela são realizados.

Desde 2008, temos uma única bolsa no Brasil, a Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros – BM&FBOVESPA, originada em razão da integração das operações da Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA e da Bolsa de Mercadorias & Futuros – BM&F. Atualmente, a BM&FBOVESPA é uma sociedade empresária, mas já foi uma associação sem fins lucrativos formada pelas corretoras de valores.

4.8.3.2. Mercado de Balcão

No **Mercado de Balcão**, por sua vez, podem participar instituições financeiras que estão ofertando valores mobiliários e os aceitantes; agentes credenciados que não exclusivamente as corretoras de valores [190].

Por Mercado de Balcão podem-se entender as operações de comercialização de valores mobiliários realizadas fora da bolsa, como quando instituições financeiras estão vendendo valores mobiliários que acabam de ser emitidos, ou seja, a primeira circulação dos títulos. Um bom exemplo se deu na ocasião em que se possibilitou a aquisição de ações primárias das empresas Petrobras e Vale do Rio Doce com recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

4.8.3.3. Comissão de Valores Mobiliários – CVM

Não se pode deixar de citar que a Lei n. 6.385/76 é a norma que trata do mercado de valores mobiliários, além de ter criado a **Comissão de Valores Mobiliários – CVM**, órgão encarregado de regular e fiscalizar esse segmento, entre outras atribuições.

A CVM é uma autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios. Ela é dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, bem como tem autonomia financeira e orçamentária (Lei n. 6.385/76, art. 5º).

Quanto à gestão, a CVM é administrada por *1* presidente e *4* diretores, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal, dentre pessoas de ilibada reputação e reconhecida competência em matéria de mercado de capitais, conforme prevê o art. 6º da Lei. n. 6.385/76.

Compete à CVM regulamentar, com observância da política definida pelo Conselho Monetário Nacional – CMN, as matérias expressamente previstas nas Leis n. 6.385/76 e 6.404/76; fiscalizar e inspecionar as companhias abertas dando prioridade às que não apresentem lucro em balanço ou às que deixem de pagar o dividendo mínimo obrigatório; fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados; propor ao Conselho Monetário Nacional a eventual fixação de limites máximos de preço, comissões, emolumentos e quaisquer outras vantagens cobradas pelos intermediários do mercado (Lei n. 6.385/76, art. 8º).

Além disso, a CVM pode entre outros atos (Lei n. 6.385/76, art. 9º):

1) apurar, mediante processo administrativo, atos ilegais e práticas não equitativas de administradores, membros do conselho fiscal e acionistas de companhias abertas, dos intermediários e dos demais participantes do mercado;

2) aplicar sanções administrativas aos infratores da Lei n. 6.385/76, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal;

3) suspender a negociação de determinado valor mobiliário ou decretar o recesso de bolsa de valores;

4) suspender ou cancelar os registros de que trata a Lei n. 6.385/76;

5) divulgar informações ou recomendações com o fim de esclarecer ou orientar os participantes do mercado;

6) examinar e extrair cópias de registros contábeis, livros ou documentos, inclusive programas eletrônicos e arquivos magnéticos, ópticos ou de qualquer outra natureza, bem como papéis de trabalho de auditores independentes, devendo tais documentos ser mantidos em perfeita ordem e estado de conservação pelo prazo mínimo de *5* anos;

7) intimar as pessoas para prestar informações, ou esclarecimentos, sob cominação de multa, sem prejuízo da aplicação das penalidades;

8) requisitar informações de qualquer órgão público, autarquia ou empresa pública;

9) determinar às companhias abertas que republiquem, com correções ou aditamentos, demonstrações financeiras, relatórios ou informações divulgadas.

Estão entre as sanções que a CVM pode impor aos infratores as penas de (Lei n. 6.385/76, art. 11):

1) advertência;

2) multa;

3) suspensão do exercício do cargo de administrador ou de conselheiro fiscal de companhia aberta ou de outras entidades que dependam de autorização ou registro na CVM;

4) inabilitação temporária, até o máximo de *20* anos, para o exercício do cargo de administrador ou de conselheiro fiscal; suspensão ou cassação da autorização ou registro para o exercício das atividades de que trata a Lei n. 6.385/76; proibição temporária, até o máximo de *10* anos, de atuar, direta ou indiretamente, em uma ou mais modalidades de operação no mercado de valores mobiliários.

O art. 2º da Lei n. 6.385/76 enumera vários tipos de valores mobiliários, dos quais vamos estudar os principais, em especial os que também estão dispostos na LSA.

4.8.3.4. Ações

Ações são valores mobiliários que correspondem a parcelas do capital social da sociedade anônima, conferindo ao seu titular a categoria de acionista (LSA, art. 11).

Na condição de acionista, o titular da ação participa dos resultados da companhia, lucro ou prejuízo, bônus ou ônus.

As ações são os principais valores mobiliários, sendo um tema que será aprofundado a seguir.

4.8.3.5. Debêntures

Debêntures são valores mobiliários cuja emissão é uma operação de empréstimo, em que a sociedade anônima é mutuária e os debenturistas mutuantes, sendo que esses valores conferem aos debenturistas um direito de crédito (LSA, art. 52).

Ressalta-se também que o debenturista não é sócio da sociedade anônima, mas, sim, um credor.

4.8.3.6. Bônus de subscrição

Os bônus de subscrição são valores mobiliários que atribuem ao seu titular o direito de preferência para subscrever novas ações da companhia emissora, em um futuro aumento de capital (LSA, art. 75).

Assim, um bônus de subscrição pode ser usado quando a sociedade já estiver planejando o aumento de capital, sendo uma forma bem atraente para a captação prévia de recursos.

4.8.3.7. Partes beneficiárias

As partes beneficiárias são valores mobiliários que asseguram ao seu titular direito de crédito contra a sociedade anônima, consistente na participação nos lucros anuais (LSA, art. 46, § 1º).

São títulos que conferem participação dos lucros; muito embora sejam títulos negociáveis, não possuem valor nominal e são estranhos ao capital social. Podem ser emitidos pela companhia a qualquer tempo.

Um ponto que aqui merece destaque é o fato de ser proibido conferir aos titulares de partes beneficiárias qualquer direito privativo de acionista, a não ser fiscalizar os atos dos administradores (LSA, art. 46, § 3º).

4.8.3.8. Commercial papers

Commercial papers são valores mobiliários que consistem em promessa de pagamento (uma espécie de nota promissória) emitida pela sociedade anônima, que pode ser ofertada publicamente destinando-se à captação de recursos a curto prazo.

Os *commercial papers* diferenciam-se das debêntures, pois estas são utilizadas pela companhia para obtenção de recursos a longo prazo. A emissão de *commercial papers* objetiva conseguir recursos a curto prazo, entre 30 e 180 dias[191].

4.8.4. Ações: regime jurídico e espécies

Como já visto, as ações são valores mobiliários correspondentes à parte do capital social da companhia, que confere ao titular a condição de acionista. Na verdade, o capital social é dividido em ações.

No passado, as ações eram consideradas títulos de crédito, pois eram emitidas como títulos ao portador pela constituição de sociedades anônimas. Mais tarde, sua caracterização passou a ser de valor mobiliário pela emissão em massa e em razão de sua padronização de direitos, como, por exemplo, quanto à participação nos lucros da empresa; diferenciando assim dos títulos de crédito.

Destaca-se que as ações são materializadas por **certificados** (LSA, art. 23) ou por **escrituração** (LSA, arts. 34 e 35). Certificados são títulos/documentos que materializam as ações e que ficam de posse dos respectivos titulares. Já escrituração significa que não há um título; no fundo o direito do titular da ação fica registrado no sistema de registro da companhia.

Deve-se levar em consideração o fato de que é o estatuto social que fixa o número de ações (LSA, art. 11).

Todavia, não constam necessariamente no estatuto social quem são os proprietários/titulares das ações, pois, do contrário, a cada negociação envolvendo ações dever-se-ia alterar o estatuto. Isso a difere da sociedade limitada, em que os proprietários das quotas devem constar no contrato social.

A princípio, o valor de cada ação corresponde à uma fração do capital social, ou seja, ao se subtrair o passivo do ativo tem-se o patrimônio líquido da empresa, sendo que este dividido pela quantidade de ações resulta no valor individual da ação. Mas é claro que uma ação pode ser negociada considerando o seu valor de mercado, que pode sofrer oscilações por questões internas ou externas à empresa[192].

No Brasil, desde 1990, não é possível a emissão de ações **ao portador**, pois as ações devem ser sempre **nominativas** (LSA, art. 20, cuja redação foi alterada pela Lei n. 8.021/90).

Contudo, as ações podem ser ordinárias, preferenciais ou de fruição (LSA, art. 15).

4.8.4.1. Ordinárias

As ações ordinárias são aquelas que conferem direito de voto ao seu titular, meio pelo qual ele pode chegar ao controle da sociedade nas deliberações sociais, bem como eleger seus administradores (LSA, art. 16).

Por isso, é pertinente levar em consideração que as ações ordinárias creditam aos seus proprietários amplos direitos enquanto acionistas; direitos que serão vistos adiante.

4.8.4.2. Preferenciais

As ações preferenciais são aquelas que têm privilégios/vantagens para os seus titulares, como na distribuição de lucros (LSA, art. 17).

E, justamente por conferirem ao acionista uma vantagem, podem limitar ou suprimir o direito de voto dele. Assim, as ações preferenciais geralmente não têm direito a voto, mas excepcionalmente podem ter [193].

4.8.4.3. De fruição

As ações de fruição (ou gozo) são aquelas ações que asseguram a amortização antecipada do valor que o sócio receberia em caso de liquidação da sociedade (LSA, art. 44, § 5º).

Esse tipo de ação é atribuída ao acionista ordinário ou preferencial que teve suas ações totalmente amortizadas, ou seja, ações que já receberam o que tinham direito em caso de eventual e futura liquidação. Trata-se de uma espécie de devolução antecipada do valor investido pelos sócios.

4.8.5. Espécies de sociedade anônima

As sociedades anônimas podem ser fechadas ou abertas (LSA, art. 4º, *caput*, e Lei n. 6.385/76, art. 22).

4.8.5.1. Fechada

Sociedades anônimas fechadas são aquelas cujos valores mobiliários de sua emissão não podem ser negociados no mercado de valores mobiliários.

Assim, tratando-se de sociedades anônimas fechadas, eventuais cessões de valores mobiliários, como suas ações, terão lugar em ambientes mais restritos, não circulando na Bolsa de Valores, por exemplo.

4.8.5.2. Aberta

Já as sociedades anônimas abertas são aquelas nas quais os valores mobiliários emitidos por elas estejam em negociação no mercado de valores mobiliários. São as sociedades que procuram captar recursos junto ao público.

A companhia deve estar registrada na CVM para que seus valores mobiliários possam ser negociados no mercado de valores mobiliários, em especial na Bolsa de Valores (LSA, art. 4º, § 1º).

4.8.6. Acionista

São chamados acionistas os sócios da sociedade anônima ou da companhia.

A palavra “acionista” ocorre devido ao fato de a companhia ter seu capital social dividido em ações; já nas sociedades limitadas e outras, o capital social é dividido em quotas, daí a expressão quotista.

4.8.6.1. Direitos

Os acionistas gozam de alguns direitos que são considerados essenciais, pois não podem ser privados deles, nem por previsão no estatuto social, nem por determinação da assembleia geral, conforme poderá ser visto a seguir (LSA, art. 109):

1) fiscalização da gestão dos negócios da sociedade;
2) de se retirar da sociedade (ou direito de recesso, conforme prevê o art. 137);
3) de preferência na subscrição de valores mobiliários;
4) de participar da divisão do patrimônio da companhia, em caso de liquidação;
5) participação nos lucros.

Aqui é importante destacar que a sociedade anônima é uma pessoa jurídica com finalidade lucrativa,

sendo que seus acionistas têm direito de receber dividendos (lucros) ao fim de cada exercício (LSA, art. 202). São os chamados **dividendos obrigatórios**.

Cabe ainda ressaltar o seguinte direito: o **direito de voto,** que, via de regra, é próprio dos titulares de ações ordinárias (LSA, art. 110).

No entanto, em geral, os acionistas preferenciais não têm direito a voto, e o estatuto social pode restringir-lhes outros direitos (LSA, art. 111).

Frise-se que a assembleia geral poderá suspender o exercício dos direitos do acionista que deixar de cumprir obrigação imposta pela lei ou pelo estatuto, cessando a suspensão logo que cumprida a obrigação (LSA, art. 120).

4.8.6.2. Minoritário

Acionista minoritário é aquele que não controla a sociedade anônima, mesmo tendo direito de voto. Isso ocorre porque a sua quantidade de ações não é suficiente para que faça prevalecer sua vontade nas deliberações sociais.

Contudo, é importante salientar que, independentemente do número de ações do acionista minoritário, ou seja, de sua participação acionária na sociedade, ele goza dos direitos apontados anteriormente.

4.8.6.3. Controlador

É aquele que controla a companhia por deter uma quantidade de ações com direito a voto, fazendo por esse motivo preponderar sua vontade nas decisões sociais. Dessa forma, poderá eleger a maioria dos administradores e dirigir os negócios da sociedade (LSA, art. 116).

Acionista controlador pode ser pessoa física ou jurídica, ou grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto – é o chamado contrato parassocial, que é um ato legal, como veremos adiante (LSA, art. 116, *caput*).

4.8.6.3.1. Poder de controle

O acionista controlador para controlar a companhia necessita ter poder, como realmente tem. Esse poder de controle lhe é conferido pela lei (e por ter um número de ações que lhe assegura o poder de comando).

Porém, o poder deve ser usado pelo controlador para gerir a empresa e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia (LSA, art. 116, *b*).

Assim, o poder do controlador deve ser usado com a finalidade de levar a sociedade a alcançar seu objeto social e cumprir com a sua "função social" (LSA, art. 116, parágrafo único).

4.8.6.3.2. Função social da empresa

De acordo com a Lei n. 6.404/76, art. 116, parágrafo único, o acionista controlador deve usar seu poder com a intenção de fazer a companhia realizar seu objeto e cumprir sua **função social**.

Além disso, o controlador tem deveres e responsabilidades com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e a comunidade em que atua, devendo respeitar e atender lealmente os direitos e interesses deles.

Dessa forma, a chamada "função social da empresa" significa que a sociedade, por meio do seu controlador, deve ter responsabilidade perante:

1) os demais acionistas, no caso, os minoritários (respeitando seus direitos);
2) os seus trabalhadores (respeitando-os; cumprindo com as obrigações da empresa quanto ao pagamento de salário; benefícios, inclusive quanto aos seus dependentes etc.);
3) a comunidade em que atua (auxiliando na sustentabilidade e desenvolvimento da localidade em que está sediada);
4) o meio ambiente (preservando-o; cumprindo as determinações da legislação ambiental);
5) os consumidores (pelo fornecimento de mercadorias e serviços livres de defeitos, para assim zelar pela saúde e segurança deles);
6) o Fisco (pela geração e recolhimento devido dos tributos, que são revertidos à sociedade como um todo); etc.

Pode-se dizer que a função social da empresa é uma evolução da função social da propriedade.

A **função social da propriedade** tem como ideia o fato de que todos são livres para ter propriedade. No entanto, isso deve ser feito de forma que o bem adquirido possa ter uma utilidade também para a sociedade, por exemplo, no caso de imóvel, que possa servir de habitação ou como fonte geradora de renda.

Contudo, a **função social da empresa** ocorre pelo fato de que a atividade empresarial é fonte produtora de bens para a sociedade. Isso pode ser entendido, por exemplo, pela geração de empregos; pelo desenvolvimento da comunidade que está à sua volta; pela arrecadação de tributos; pelo respeito ao

meio ambiente e consumidores; pela proteção aos direitos dos acionistas minoritários etc.

4.8.6.3.3. Abuso do poder de controle

O acionista controlador não deve usar de forma abusiva o seu poder, que é denominado “abuso do poder de controle”, pois isso gera responsabilidades ao controlador (LSA, art. 117, *caput*), como discorreremos abaixo.

Abuso do poder de controle significa, então, o controlador utilizar-se de seu poder, conferido por lei, para fins estranhos ao objetivo da companhia ou para contrariar a legislação.

São exemplos de abusos do poder de controle: orientar a companhia para fim estranho ao seu objeto social; eleger administrador sem capacidade técnica; aprovar contas irregulares etc. (LSA, art. 117, § 1º).

O rol previsto no § 1º do art. 117 da Lei n. 6.404/76, de condutas do controlador tidas como abusivas, é exemplificativo[194].

Contudo, o abuso do poder de controle gera consequências para o controlador. O acionista controlador responderá pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder (LSA, art. 117, *caput*). Ressalte-se que essa responsabilidade é da pessoa do controlador, e não da companhia.

Frise-se que o administrador ou conselheiro fiscal que praticar um dos atos ilegais tidos como abusivos, à luz do § 1º do art. 117, responde solidariamente com o acionista controlador (LSA, art. 117, § 2º).

Por último, vale considerar que o acionista controlador poderá exercer cargo de administrador ou de conselheiro fiscal, tendo assim também os deveres e responsabilidades próprios do cargo (LSA, art. 117, § 3º).

4.8.6.4. Acordo de acionistas

É na sociedade anônima que encontramos as origens do instituto do contrato parassocial, especialmente na modalidade de acordo de acionistas, ainda que eventualmente utilizado em outros tipos societários.

Vale ter em conta que os acordos de acionistas podem ter objeto variado. No entanto, quando versarem sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede (LSA, art. 118, *caput*).

A propósito, as obrigações ou ônus decorrentes desses acordos somente serão oponíveis a terceiros depois de averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, quando emitidos (LSA, art. 118, § 1º).

O acordo de acionistas tem efeito vinculativo e obrigatório aos seus signatários, sendo que o presidente da assembleia ou do órgão colegiado de deliberação da companhia não computará o voto proferido com infração a acordo de acionistas devidamente arquivado na companhia (LSA, art. 118, § 8º).

No mais, a este tipo de acordo societário é assegurado o direito à execução específica visando o cumprimento forçado (obrigação de fazer) por ordem judicial das obrigações neles previstas (LSA, art. 118, § 3º). Neste caso, o inadimplemento é suprido pelo juiz. Para fins de execução forçada aplica-se, no que couber, as regras do Código de Processo Civil, especialmente o art. 466-B [novo CPC, arts. 497 a 501] [195].

Muito importante é o fato de que as ações averbadas pelo vínculo do acordo de acionistas não poderão ser negociadas em bolsa ou no mercado de balcão (LSA, art. 118, § 4º).

Quanto ao tempo de duração do mandado outorgado em acordo de acionistas para proferir, em assembleia geral ou especial, voto contra ou a favor de determinada deliberação, ele poderá ser superior a *um* ano (LSA, art. 118, § 7º).

Por último, vale destacar que a sociedade anônima, sempre que entender necessário, poderá solicitar aos membros do acordo esclarecimento sobre suas cláusulas (LSA, art. 118, § 11).

4.8.7. Órgãos da companhia

Como já visto neste livro, a sociedade anônima foi concebida com uma estrutura semelhante à estrutura do Estado: Poder Legislativo (elabora leis); Poder Executivo (executa as leis e a administra); Poder Judiciário (fiscaliza e julga).

É a divisão de poderes, idealizada por Aristóteles e aprimorada por Montesquieu na sua obra *O espírito das leis*, que inspirou dispositivos da Constituição francesa, pós-revolução do século XVIII, que se faz presente na estrutura das sociedades anônimas.

Aqui cabe explicitar que na sociedade anônima existem os seguintes órgãos: a **assembleia geral** que traça as diretrizes básicas (semelhante ao Poder Legislativo); a **administração** que executa (como o

Poder Executivo); e o **conselho fiscal** que fiscaliza (parecido com o Poder Judiciário).

4.8.7.1. Assembleia geral

Assembleia significa reunião de pessoas para determinado fim. A assembleia geral é o órgão máximo da sociedade, funcionando para deliberar sobre a constituição da companhia e para tomar decisões relativas ao objeto da sociedade (LSA, art. 121, *caput*).

Destaca-se que a assembleia geral é o órgão máximo da companhia em razão das matérias de sua competência para votação e por ser composta por todos os seus acionistas, dos quais alguns podem ter direito a voto, outros não (mas podem participar e, eventualmente, apresentar sugestões).

Conforme o *caput* do art. 121, convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto, a assembleia geral tem poderes para decidir sobre todos os negócios relacionados ao objeto da companhia, bem como tomar as decisões que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento.

Acrescido pela Lei n. 12.431/2011, o parágrafo único do art. 121 da Lei n. 6.404/76 prevê a possibilidade de, nas companhias abertas, o acionista participar e votar **a distância** em assembleia geral, respeitadas as normas regulamentadoras da Comissão de Valores Mobiliários. Votar a distância significa votar por videoconferência ou sistema equivalente que permita instantaneidade na interação do acionista com o restante das pessoas que compõem a assembleia e vice-versa.

Também dispõe o *caput* do art. 127 que, antes de abrir-se a assembleia, os acionistas deverão assinar o Livro de Presença, anotando o seu nome, nacionalidade e residência, bem como a quantidade, espécie e classe das ações das quais forem titulares.

A fim de se alinhar à recente possibilidade de participação e votação à distância, a Lei n. 12.431/2011 também incluiu um parágrafo único ao art. 127, cujo texto expressa que se considera presente em assembleia geral, para todos os efeitos da Lei n. 6.404/76, o acionista que registrar **a distância** sua presença, na forma prevista em regulamento da Comissão de Valores Mobiliários.

São competências privativas da assembleia geral (LSA, art. 122):

1) alterar o estatuto social;
2) eleger ou destituir administradores e conselheiros fiscais da sociedade, a qualquer tempo;
3) exigir a prestação de contas dos administradores, bem como aprová-las;
4) autorizar os administradores a requerer a falência ou recuperação de empresas da companhia;

5) deliberar sobre transformação, incorporação, fusão, cisão ou dissolução e liquidação da companhia;
6) decidir sobre a emissão de valores mobiliários, como debêntures ou partes beneficiárias;
7) deliberar a respeito da avaliação de bens que irão formar o capital social da companhia;
8) suspender os direitos dos acionistas que deixarem de cumprir com suas obrigações previstas no estatuto social ou na legislação.

Além disso, é muito importante ter em conta que a assembleia geral pode ser **ordinária** ou **extraordinária**.

4.8.7.1.1. Assembleia geral ordinária

Assembleia geral ordinária significa que sua instalação e funcionamento são normais e periódicos, não se trata de uma convocação excepcional ou emergencial.

Ela ocorrerá uma vez ao ano, nos quatros primeiros meses após o término do exercício social, para deliberar sobre (LSA, art. 132):
1) destinação do lucro líquido e distribuição de dividendos;
2) eleição dos administradores e dos conselheiros fiscais;
3) exame e aprovação das contas e demonstrações financeiras apresentadas pelos administradores;
4) correção monetária do capital social.

4.8.7.1.2. Assembleia geral extraordinária

Já a assembleia geral extraordinária significa que ela não é habitual, ou seja, que só ocorrerá em situações excepcionais.

Quanto ao seu funcionamento, ela ocorrerá sempre que necessário, e a qualquer período do ano, para deliberar sobre os interesses da sociedade (LSA, arts. 135 e 136), como:
1) alterar o estatuto social e mudar o objeto da companhia;
2) deliberar sobre fusão, cisão ou dissolução e liquidação da companhia;
3) decidir sobre a emissão de valores mobilliários, como ações preferenciais e partes beneficiárias etc.

4.8.7.2. Administração

Administração é o órgão encarregado de executar as determinações das assembleias-gerais ordinária e extraordinária.

Compete à **diretoria** administrar a companhia, ou seja, a gestão dos negócios da sociedade.

Entretanto, a administração pode ser subdivida em dois órgãos, se houver previsão no estatuto: **conselho de administração** e **diretoria** (LSA, art. 138).

4.8.7.2.1. Conselho de administração

O conselho de administração é um órgão colegiado para deliberações administrativas, sendo composto de no mínimo **3 membros** (LSA, art. 138, § 1º, e art. 140, *caput*).

Por órgão colegiado deve-se entender que as decisões devem ser tomadas em conjunto, não individualmente por cada membro (nem sempre de forma unânime). Esse órgão traça as grandes estratégias da empresa, que por sua vez serão executadas pela diretoria.

Esse órgão é facultativo nas sociedades anônimas fechadas; porém, é obrigatório nas companhias abertas (LSA, art. 138, § 2º).

Vale destacar que compete ao conselho de administração (LSA, art. 142):

1) fixar a orientação geral dos negócios da sociedade;
2) eleger, fiscalizar e destituir diretores, bem como fixar suas atribuições;
3) quando o estatuto exigir manifestar-se previamente sobre os contratos a serem assinados pela diretoria etc.

O prazo de gestão dos conselheiros não poderá ser superior a **3 anos**, sendo permitida a reeleição (LSA, art. 140, III).

Não há limites para reeleições. Um conselheiro poderá ser eleito inúmeras e seguidas vezes; na prática, pelo tempo em que tiver a quantidade de votos necessários a cada reeleição.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa comenta que a reeleição é permitida indefinidamente enquanto os conselheiros contarem com a confiança da assembleia geral[196].

Contudo, os membros do conselho de administração deverão ser pessoas naturais (não podendo ser pessoas jurídicas), acionistas ou não, da sociedade anônima (LSA, art. 146, *caput*).

Até 2011, antes, portanto, da reforma promovida pela Lei n. 12.431/2011, o *caput* do art. 146 exigia a necessidade de o conselheiro de administração ser acionista. Essa regra provocava a seguinte situação: o controlador, por contrato, vendia ou emprestava uma única ação para as pessoas que ele pretendesse eleger para o cargo de conselheiro, que deveria ser devolvido ao término do mandato[197]. No caso de venda, a retomada da ação poderia ser feita pelo instituto da retrovenda; sendo empréstimo, bastaria o período de o empréstimo coincidir com o tempo do mandato.

4.8.7.2.2. Diretoria

A diretoria é o órgão executivo da companhia, formado por, no mínimo, **2 diretores**, competindo a eles a representação da sociedade (LSA, arts. 138, § 1º, e 143, *caput*).

É um órgão executivo porque cumpre as determinações do conselho de administração, e, na sua inexistência, da assembleia geral.

Quanto à representação da companhia, significa praticar os atos necessários para seu funcionamento. Trata-se de uma representação externa, ou seja, perante terceiros, como na celebração de contratos com fornecedores; na contratação de funcionários etc.

Fábio Ulhoa Coelho lembra que essa representação é privativa dos diretores, não podendo ser atribuída a outro órgão societário[198].

Os diretores são eleitos e destituíveis a qualquer tempo pelo conselho de administração, ou, se não houver, pela assembleia geral (LSA, art. 143, *caput*).

Cabe ressaltar que é o estatuto social quem fixa os atos de competência da diretoria; o número de diretores, as atribuições de cada diretor etc. (LSA, art. 143).

É possível haver a cumulação de cargos de conselheiro de administração e diretor. Porém, no máximo um terço dos conselheiros de administração poderá ser eleito para cargos de diretores (LSA, art. 143, § 1º). Os demais diretores serão executivos de carreira, mas não conselheiros. Essa regra tem por fim manter certa independência dos órgãos, até porque se toda a diretoria pudesse ser composta de conselheiros, ficaria prejudicada a fiscalização do conselho sobre a diretoria.

O estatuto social também pode estabelecer que determinadas decisões sejam tomadas em conjunto pelos diretores, em reunião de diretoria (LSA, art. 143, § 2º).

Em relação ao prazo de gestão dos diretores, ele não poderá ser superior a **3 anos**, sendo permitida a reeleição (LSA, art. 143, III). Também, não há limite para a reeleição do diretor, dependerá tão somente da vontade dos conselheiros de administração, ou, se não existir, da assembleia geral.

Além disso, os diretores deverão ser pessoas naturais (não pessoas jurídicas), residentes no território nacional, podendo ser acionistas ou não da companhia (LSA, art. 146, *caput*).

4.8.7.2.3. Deveres dos administradores

Os administradores da sociedade anônima, conselheiros e diretores têm deveres que devem ser observados.

No exercício das atribuições inerentes à sua profissão, o administrador deve agir com cautela e diligência, assim como todo homem cuidadoso age na elaboração de suas coisas pessoais e familiares (LSA, art. 153).

Exercendo suas funções, previstas na lei ou no estatuto, o administrador deve sempre buscar alcançar os fins e interesses da sociedade, levando-a a desempenhar e cumprir sua função social (LSA, art. 154).

Logo, são deveres do administrador: ser leal à companhia, devendo manter segredo sobre os negócios que dela fazem parte; não se aproveitar de oportunidades pelo conhecimento obtido em razão de sua função; não agir de forma a conflitar os seus interesses pessoais aos da companhia (LSA, arts. 155 e 156).

4.8.7.2.4. Responsabilidade dos administradores

Os administradores são os responsáveis por celebrar os contratos em nome da sociedade. No entanto, é a sociedade quem responde por essas obrigações, uma vez que o administrador é somente um seu representante.

Dessa forma, em relação à responsabilidade civil, os administradores não respondem pessoalmente (com seu patrimônio particular) pelas obrigações contraídas em nome da companhia e em razão dos atos normais de gestão do negócio (LSA, art. 158, *caput*). Quem irá responder é a sociedade, pois as obrigações são dela e não dos administradores.

No entanto, o administrador será pessoalmente responsável, na esfera civil, pelos prejuízos causados, quando agir além das suas atribuições, com dolo ou culpa, dentro das suas funções ou com violação de lei ou do estatuto social (LSA, art. 158, I e II). Para melhor entendimento desse tema, vale resgatar a leitura dos itens já tratados anteriormente, sobre teoria *ultra vires* e teoria da aparência, ambas aplicáveis à sociedade anônima[199].

Um administrador não responde solidariamente pelo ato ilícito de outro administrador, a não ser no caso de ele ter sido conivente ou ter sido negligente na descoberta da irregularidade (LSA, art. 158, § 1º).

4.8.7.2.5. Ação judicial contra os administradores

A ação de responsabilidade civil contra os administradores, pelos prejuízos causados à companhia, compete à própria sociedade anônima, mediante prévia deliberação da assembleia geral (LSA, art. 159, *caput*). Significa dizer que a titular para promover a ação é a própria companhia[200].

Este assunto do ajuizamento de ação contra o administrador poderá ser deliberado em assembleia geral ordinária. Mas também poderá ser deliberado em assembleia geral extraordinária, desde que haja previsão na ordem do dia, ou seja, consequência direta de tema objeto da deliberação (LSA, art. 159, § 1º).

É importante ressaltar que a mesma assembleia deverá determinar a substituição do administrador contra o qual deva ser proposta ação, haja vista que ele ficará impedido para o exercício do cargo (LSA, art. 159, § 2º).

Caso a ação judicial não seja proposta pela companhia no prazo de *3* meses da deliberação da assembleia, qualquer acionista poderá ajuizá-la (LSA, art. 159, § 3º). Se a assembleia deliberar por não promover a demanda judicial contra o administrador, os acionistas que representem no mínimo cinco por cento do capital social poderão promovê-la (LSA, art. 159, § 4º). Os resultados da ação judicial proposta por acionista favorecem a sociedade, mas a ela cabe indenizá-lo das despesas com o processo, limitando-se aos resultados auferidos. (LSA, art. 159, § 5º).

Em muitos casos a companhia opta por não propor ação judicial contra o administrador, por várias razões: os atos suspeitos são originados de determinações dos controladores; conivência dos controladores com os atos dos administradores; os administradores têm substancial participação no quadro de acionistas; não exposição pública dos problemas da companhia etc.

Por isso, havendo a assembleia e esta decidindo por não propor a ação contra o administrador, poderá ela ser ajuizada por acionistas que representem no mínimo **5% do capital social**.

Na decisão, o juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, caso se convença de que ele agiu de boa-fé e objetivava o interesse da sociedade anônima (LSA, art. 159, § 6º).

Vale ter em conta que essa ação aqui tratada (contra o administrador) não exclui o direito de ação do acionista ou de terceiro diretamente prejudicado por ato de administrador (LSA, art. 159, § 7º).

4.8.7.3. Conselho fiscal

O conselho fiscal é o órgão colegiado (decide em cojunto) encarregado de fiscalizar as atividades da administração da companhia.

É um órgão obrigatório em toda sociedade anônima. Seu funcionamento deverá ser de acordo com o previsto no estatuto social, podendo ser permanente ou não, sendo criado a pedido dos acionistas (LSA,

art. 161, *caput*).

Por isso, a composição do conselho fiscal será de no mínimo **3** e no máximo **5 membros**, com suplente em igual número, eleitos por assembleia geral. Para fins comparativos, na sociedade limitada não há limitação ao número máximo de membros do conselho fiscal, de acordo com a redação do art. 1.066 do Código Civil.

Os membros do conselho fiscal e seus suplentes podem ser ou não acionistas da companhia (LSA, art. 161, § 1º). Além disso, os membros do conselho fiscal só podem ser pessoas físicas (não jurídicas) residentes no Brasil, com formação em curso universitário; ou que já tenham exercido, por no mínimo *3* anos, cargo de administrador de empresa ou de conselheiro fiscal (LSA, art. 162, *caput*).

Esses conselheiros já devem ter exercido cargo de conselheiro fiscal em sociedade limitada ou cooperativa (ou de conselheiro fiscal de outro tipo de pessoa jurídica, como uma associação ou condomínio constituído como tal), pois seria impossível já ter sido conselheiro fiscal de outra companhia, uma vez que para isso teria de ter a qualificação de exercício no cargo no mínimo por *3* anos.

Na constituição do conselho fiscal, terão direito de eleger um membro e o respectivo suplente, em votação em separado, os titulares de ações preferenciais (sem direito a voto, ou com voto restrito). Nos mesmos termos, os acionistas minoritários (titulares de ações ordinárias, desde que representem, em conjunto, no mínimo 10% das ações com direito a voto) também têm direito a eleger um membro e suplente (LSA, art. 161, § 4º, alínea *a*)[201].

Sem prejuízo do exposto acima, os demais acionistas com direito a voto poderão eleger os membros efetivos e suplentes que, em qualquer caso, serão em número igual ao dos eleitos nas condições anteriormente elencadas, somando mais um membro (LSA, art. 161, § 4º, alínea *b*).

São atribuições do conselho fiscal (LSA, art. 163):

1) fiscalizar, por qualquer de seus membros, os atos dos administradores e verificar o cumprimento dos seus deveres legais e estatutários;

Esse é um caso excepcional de atuação individual de um conselheiro, pois como um órgão colegiado, sua atuação normalmente se dá em conjunto, prevalecendo a vontade da maioria. No entanto, para fins de fiscalização a lei assegura o direito individual de cada membro do conselho realizar essa atividade.

2) opinar sobre o relatório anual da administração, fazendo constar do seu parecer as informações complementares que julgar necessárias ou úteis à deliberação da assembleia geral;

3) denunciar erros, fraudes ou crimes à assembleia;
4) examinar as demonstrações financeiras etc.

4.8.8. Subsidiária integral

"Subsidiária" pode ser tida como uma sociedade controlada (aquela cujo controle é exercido por outra sociedade, conforme tratado em outro item), isso porque uma subsidiária integral é uma espécie de setor de uma empresa responsável por desenvolver certas atividades dentro do ramo de atividade econômica em que atua sua controladora.

Trata-se da denominada sociedade unipessoal, pois a subsidiária integral é uma companhia cuja titularidade das ações é exclusivamente de uma sociedade anônima brasileira; por isso a expressão "integral", uma vez que a totalidade das ações é de propriedade de tão somente uma única companhia. Ela será constituída por escritura pública (LSA, art. 251, *caput*).

Uma sociedade já existente (que tenha dois ou mais sócios) pode ser convertida em subsidiária integral desde que haja a aquisição de todas as suas ações por sociedade brasileira (LSA, art. 251, § 2º).

Conforme o art. 252, *caput*, da Lei n. 6.404/76, a incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra sociedade anônima brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembleia geral das duas companhias.

4.8.9. Tag along e alienação de controle

Tag along é uma expressão inglesa que representa uma proteção a acionistas minoritários, de uma sociedade anônima, em ter suas ações recompradas pelo preço de no mínimo 80% do valor pago pelas ações de controle quando do fechamento de capital.

Na verdade, esse é um mecanismo que garante aos minoritários o direito de deixar uma companhia, caso o controle da sociedade seja adquirido por uma pessoa que até aquele momento não fazia parte da sociedade.

Assim, *tag along* relaciona-se com **alienação de controle** de uma companhia. Para efeitos jurídicos, entende-se como alienação de controle 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 em ações que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade (LSA, art. 254-A, § 1º).

A Lei n. 6.404/1976, em seu art. 254-A, disciplina *tag along* e alienação de controle. O *caput* deste dispositivo dispõe que a alienação (direta ou indireta) de controle de sociedade anônima aberta 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% do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.

Destaca-se que a alienação de controle prescinde de autorização da CVM – Comissão de Valores Mobiliários –, que por sua vez autorizará a alienação se verificar que as condições da oferta pública atendem aos requisitos legais (LSA, art. 254-A, § 2º).

Vale ter em conta que opcionalmente o adquirente do controle acionário de companhia aberta poderá oferecer aos acionistas minoritários a opção de permanecer na companhia, mediante o pagamento de um prêmio equivalente à diferença entre o valor de mercado das ações e o valor pago por ação integrante do bloco de controle (LSA, art. 254-A, § 4º).

4.8.10. Take over e oferta pública de aquisição do controle de companhia aberta – OPA

A oferta pública para aquisição de controle de companhia aberta – OPA, também conhecida pela expressão inglesa *take over*, é uma forma de aquisição do controle de uma sociedade anônima.

Trata-se de uma alternativa às aquisições convencionais, permitindo, assim, ao ofertante a aquisição do poder de controle sem a necessidade de prévia negociação com controladores diluídos da companhia. Esse instituto ainda não é muito utilizado no Brasil em razão da elevada concentração acionária das sociedades anônimas.

No fundo, a OPA é uma operação por meio da qual um acionista pretende comprar uma participação ou a totalidade das ações de uma companhia aberta.

Conforme a Lei das Sociedades Anônimas, a OPA somente poderá ser feita com a participação de instituição financeira que garanta o cumprimento das obrigações assumidas pelo ofertante (LSA, art. 257, *caput*).

Vale considerar que a OPA deverá ter por objeto ações com direito a voto em número suficiente para assegurar o controle da companhia e será irrevogável (LSA, art. 257, § 2º).

Mas, caso o ofertante já seja titular de ações votantes do capital da companhia, a oferta poderá ter por objeto o número de ações necessárias para completar o controle, mas o ofertante deverá fazer prova, perante a CVM, das ações de sua propriedade (LSA, art. 257, § 3º).

Visando regulamentar a OPA, a CVM poderá expedir normas sobre oferta pública de aquisição de controle. Se a OPA contiver permuta, total ou parcial, dos valores mobiliários, somente poderá ser efetuada após prévio registro na CVM (LSA, art. 257, § 1º e 4º).

O instrumento de oferta de compra, firmado pelo ofertante e pela instituição financeira que garante o pagamento, será publicado na imprensa e deverá indicar (LSA, art. 258):

1) o número mínimo de ações que o ofertante se propõe a adquirir e, se for o caso, o número máximo;
2) o preço e as condições de pagamento;
3) a subordinação da oferta ao número mínimo de aceitantes e a forma de rateio entre os aceitantes, se o número deles ultrapassar o máximo fixado;
4) o procedimento que deverá ser adotado pelos acionistas aceitantes para manifestar a sua aceitação e efetivar a transferência das ações;
5) o prazo de validade da oferta, que não poderá ser inferior a vinte dias;
6) informações sobre o ofertante.

O parágrafo único do art. 258 da Lei n. 6.404/76 assevera que a OPA será comunicada à CVM em até vinte e quatro horas da primeira publicação.

Frise-se o caráter sigiloso da oferta até sua efetivação, pois até a publicação da OPA, o ofertante, a instituição financeira intermediária e a CVM devem manter sigilo sobre a oferta projetada, respondendo o infrator pelos danos que causar (LSA, art. 260).

Eventualmente poderá haver oferta concorrente, isso, pois uma OPA em andamento não impede outra OPA concorrente. Neste caso, a publicação da oferta concorrente anula as ordens de venda que já tenham sido firmadas por acionistas em aceitação à oferta anterior; sendo facultado ao primeiro ofertante prorrogar o prazo de sua oferta até fazê-lo coincidir com o da oferta posterior e concorrente (LSA, art. 262).

4.8.11. Governança corporativa

A governança corporativa é um sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os sócios, conselho de administração, diretoria, conselho fiscal e auditoria independente. Consiste em um conjunto de mecanismos, tanto de incentivos quanto de monitoramento, com o fim de assegurar que o comportamento dos executivos seja ético e esteja sempre alinhado com o interesse dos acionistas.

Sua origem se deu principalmente nos Estados Unidos na primeira metade da década de 1990, em que acionistas perceberam a necessidade de novas regras que os protegessem dos abusos das diretorias executivas das empresas, da inércia de conselhos de administração e das omissões das auditorias externas, haja vista situações de fraudes, erros, excesso de poder etc.

Sob o prisma conceitual, o instituto da governança corporativa surgiu para superar o "conflito de agência", decorrente da separação entre a propriedade e a gestão empresarial. Pois, nesta situação, o proprietário (acionista) delega a um agente especializado (executivo) o poder de decisão sobre sua propriedade. Em contrapartida, os interesses do gestor nem sempre estarão alinhados com os do proprietário, o que gera um conflito de agência[202].

É por isso que o grande objetivo da governança corporativa é criar um ambiente eficaz para o monitoramento, a fim de garantir um alinhamento dos interesses dos acionistas com os atos dos gestores. E mais, promover uma atuação ética da empresa que a adota, seja interna ou externamente[203].

A sociedade que opta por adotar as práticas da governança corporativa deve seguir os seguintes **princípios**: equidade, transparência, prestação de contas e responsabilidade corporativa.

O princípio da **equidade** quer dizer que deve ser dado tratamento justo a todos os sócios e demais partes interessadas (acionistas, credores, clientes, fornecedores, funcionários), não sendo admitidas atitudes ou políticas discriminatórias.

Já o princípio da **transparência** significa que é obrigação da sociedade informar e manter à disposição informações além das exigidas por lei.

Por sua vez, o princípio da **prestação de contas** se dá quanto ao fato de que os conselhos de administração e conselhos fiscais devem dar conhecimento dos atos praticados durante seus mandatos, bem como assumir as consequências decorrentes deles. Para fazer referência a este princípio, é bem usual a expressão inglesa *accountability*, que pode ser traduzida como a obriga*ção de prestar contas*.

E por último, o princípio da **responsabilidade corporativa** está relacionado à sustentabilidade, ou

seja, a sociedade deve zelar pela longevidade da corporação, respeitando questões sociais, ambientais etc.

Tudo isso minimiza as chances de fraudes, erros e abusos de poder, além de ser um meio para atrair investimentos e valorar as ações (ou quotas) da sociedade no mercado.

Logo, o conselho de administração deve estabelecer estratégias para a empresa, elegendo e destituindo os principais executivos, fiscalizando e avaliando o desempenho da gestão e escolhendo a auditoria independente.

Vale destacar que as boas práticas de governança corporativa foram desenvolvidas fundamentalmente pensando nas sociedades anônimas abertas, mas não há qualquer impedimento da adoção por uma companhia fechada ou mesmo por uma sociedade limitada.

No Brasil, o instituto da governança corporativa teve início fundamentalmente a partir do movimento de privatizações e a necessidade de adoção das regras de governança. Assim, em 1999, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC criou o primeiro código sobre governança corporativa.

Por sua vez, em 2002, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM lançou sua cartilha a respeito da governança corporativa, visando orientar administradores, conselheiros, acionistas controladores e minoritários e auditores independentes.

Mas um marco igualmente relevante se deu em 2000, quando a então Bolsa de Valores de São Paulo (que desde 2008 transformou-se na BM&FBOVESPA, pela integração das operações da Bolsa de Valores de São Paulo e da Bolsa de Mercadorias & Futuros) criou segmentos especiais de empresas com padrões de governança corporativa. Tal iniciativa objetivou, fundamentalmente, estimular o interesse dos investidores e a valorização das sociedades anônimas de capital aberto adeptas às melhores práticas da governança corporativa. Atualmente, esses segmentos (ou níveis) são *3*: **Nível 1**, **Nível 2** e **Novo Mercado**.

As sociedades que estão no **Nível 1** caracterizam-se ao se comprometerem, essencialmente, com a melhoria na prestação de informações ao mercado e com a dispersão acionária (pulverização do controle). A companhia no Nível *1* tem obrigações que são adicionais à legislação, como: aprimorar as informações prestadas à CVM, à BM&FBOVESPA, ao público; apresentar demonstrações financeiras trimestrais; realizar reuniões públicas com analistas e investidores, ao menos uma vez por ano; apresentar um calendário anual, do qual conste a programação dos eventos corporativos, tais como

assembleias e divulgação de resultados; manutenção em circulação de uma parcela mínima de ações, representando 25% do capital social da companhia; entre outras.

Já as companhias que estão no **Nível 2**, além das obrigações do Nível *1*, devem adotar práticas adicionais quanto aos direitos dos acionistas e do conselho de administração, como: ter um conselho de administração com o mínimo de *5* membros e mandato unificado de até *2* anos, permitida a reeleição; direito de voto às ações preferenciais em algumas matérias (p. ex., incorporação, fusão, cisão ou transformação); aderir à Câmara de Arbitragem do Mercado para resolução de conflitos societários; entre outras.

Quanto ao **Novo Mercado** (que poderia ser denominado Nível *3*), ele diferencia-se do Nível *2* pela exigência adicional, às anteriormente descritas, de que o capital social da sociedade anônima seja composto apenas de **ações ordinárias**. Lembrando que a ação ordinária, entre outros direitos, assegura ao acionista o direito ao voto.

Contudo, a adoção das práticas de governança corporativa tem a finalidade, primordial, de estabelecer um ambiente empresarial ético; aumentar o valor da companhia; facilitar seu acesso ao capital, acrescentando mais investidores pela segurança gerada e pela redução das incertezas no processo de avaliação de investimento e de risco; contribuir para a continuidade da empresa. São estes os resultados esperados pela implantação das regras da governança corporativa, o que vai beneficiar, além dos investidores e da empresa, o mercado acionário e a sociedade como um todo (pois a função social da empresa estará sendo cumprida, como fonte produtora de bens, como fonte de arrecadação de tributos etc.). Mas não se pode deixar de observar que, mesmo com a adoção das melhores práticas de governança corporativa, as corporações não estão imunes a fraudes, abusos etc.

4.9. SOCIEDADE EM COMANDITA POR AÇÕES

Inicialmente, vale lembrar que a palavra **comandita** quer dizer administrada ou comandada. Além disso, trata-se de uma palavra originada do italiano *accomandita*, cujo significado era guarda ou depósito, pois no passado pessoas confiavam seu capital a outrem para que este o administrasse em seu nome e risco.

"Comandita por ações" significa o tipo societário em que a administração é feita necessariamente por sócios (acionistas), os quais, na condição de administradores, respondem de forma ilimitada e

subsidiária pelas dívidas da companhia, cujo capital social é dividido em ações. A expressão "por ações" a diferencia da sociedade em comandita simples prevista no Código Civil, arts. 1.045 e s.

A sociedade em comandita por ações, assim como a sociedade anônima, possui seu capital divido em ações, sendo regulada pela Lei n. 6.404/76, Lei das Sociedades Anônimas – LSA (LSA, art. 280 e CC, art. 1.090).

As principais diferenças entre a sociedade em comandita por ações e a sociedade anônima encontram-se na administração e na responsabilidade dos administradores.

Na sociedade em comandita por ações, somente quem é acionista pode administrá-la, sendo que na condição de administrador responde **subsidiária** e **ilimitadamente** pelas obrigações da sociedade (LSA, art. 281, *caput* e CC, art. 1.091, *caput*). Neste ponto há uma distinção em relação à sociedade em comandita simples, pois nesta os sócios comanditados respondem **solidária** e ilimitadamente pelas obrigações sociais, conforme o art. 1.045, *caput*, do Código Civil.

Ainda, quanto às distinções em relação à sociedade anônima, a sociedade em comandita por ações não possui conselho de administração e não pode emitir bônus de subscrição[204].

Toda sociedade em comandita por ações deve operar com denominação ou firma (nome dos acionistas administradores) seguida da expressão "Comandita por Ações", por extenso ou abreviadamente (LSA, art. 281, parágrafo único e CC, art. 1.090).

4.10. SOCIEDADE COOPERATIVA

O vocábulo "cooperativa" tem o sentido de colaboração entre os sócios; uma associação gerida de forma coletiva em favor dos associados (cooperados).

A sociedade cooperativa (ou simplesmente "cooperativa", como é mais conhecida) é regida pela Lei n. 5.764/71 e pelos arts. 1.093 a 1.096 do Código Civil. Na omissão de tais normas, aplica-se o regime jurídico da sociedade simples (CC, art. 1.096).

"Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro." (Lei n. 5.764/71, art. 3º).

Em relação à expressão "sem objetivo de lucro", ela tem o sentido de que a cooperativa é apenas uma organização de pessoas para que essas possam auferir renda, exercendo um mero papel de intermediária

entre o capital e o trabalho (que são fatores de produção).

Independentemente do seu objeto social, a cooperativa é uma sociedade simples, nos termos do parágrafo único do art. 982 do Código Civil. Isso em razão da natureza civil da cooperativa. Pelo teor desse dispositivo legal, mesmo que o objeto social da cooperativa esteja relacionado com atividade empresarial (produção ou circulação de bens ou de serviços) ainda sim ela será uma sociedade simples.

Assim, surge um conflito aparente de normas, pois, de acordo com os arts. 998, *caput*, e 1.150 do Código Civil, a sociedade simples está vinculada ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas. No entanto, apesar de a cooperativa ser considerada sociedade simples, o art. 18 da Lei n. 5.764/71 determina que ela deve ser registrada no Registro Público das Empresas Mercantis (Junta Comercial).

Neste caso, aplica-se a regra da norma especial, devendo, portanto, as cooperativas ser registradas na Junta Comercial. Como no Brasil, na Itália as cooperativas também são registradas no registro das empresas, conforme determina o art. 2.200 do Código Civil italiano.

De acordo com o art. 4º, *caput*, da Lei n. 5.764/71, a cooperativa é uma sociedade de pessoas, de natureza civil, não sujeita à falência, sendo sua dissolução e sua liquidação realizadas conforme os arts. 63 a 78 da Lei n. 5.764/71.

Quanto à possibilidade de aplicação dos institutos da **recuperação de empresas** e da **falência** à cooperativa, já há decisões judiciais favoráveis motivadas pelo princípio da preservação da empresa. Mas a questão da aplicação da lei de falências e recuperação de empresas à cooperativa é controvertida, por isso, este assunto é mais bem abordado no capítulo deste livro: Recuperação de empresas e falência.

Trata-se de uma organização de pessoas (de determinada categoria de classe ou não) que unem forças para atuar em determinada(s) atividade(s), com o intuito de poder distribuir os lucros entre os cooperados, ou para prestar assistência aos cooperados.

Pode ser objeto da sociedade cooperativa qualquer gênero de serviço ou atividade, sendo obrigatório o uso da expressão “cooperativa” em sua denominação, para que os terceiros possam identificar o tipo societário (Lei n. 5.764/71, art. 5º, *caput*).

No entanto, as cooperativas, inclusive as de crédito, não podem usar a expressão “banco”, pois é uma expressão de uso privativo de instituições financeiras (Lei n. 5.764/71, art. 5º, parágrafo único).

Os cooperados são, ao mesmo tempo, sócios e clientes da cooperativa[205]. “Sócios” porque têm quotas e fazem parte do contrato social (estatuto), além de receberem os rendimentos decorrentes da atuação da

cooperativa. “Clientes” porque as cooperativas são criadas também para prestar assistência (técnica, jurídica etc.) aos seus cooperados.

Independentemente do tipo da cooperativa, não existe vínculo empregatício entre cooperados e cooperativa. Mas, em relação aos seus empregados, a cooperativa se equipara às demais empresas quanto às obrigações trabalhistas e previdenciárias (Lei n. 5.764/71, arts. 90 e 91).

Algumas características das cooperativas estão listadas no art. 3º da Lei n. 5.764/71, como a adesão voluntária; e outras no art. 1.094 do Código Civil, como distribuição de resultados proporcionalmente ao trabalho que cada sócio realizou. Entretanto, nos dois dispositivos legais há algumas regras que se repetem, como a variabilidade do capital social e a proibição de transferência de quotas a terceiros.

Na cooperativa, a responsabilidade dos sócios pode ser **limitada** – responde apenas pelo valor de suas quotas; ou **ilimitada** – responde solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (Lei n. 5.764/71, arts. 11 e 12, e CC, art. 1.095).

São órgãos da cooperativa: **assembleia geral** (ordinária e extraordinária), **administração** (diretoria ou conselho de administração) e **conselho fiscal** (Lei n. 5.764/71, arts. 38 a 56). Esses órgãos são explicados no item sobre sociedade anônima, o que pode ser aplicável às cooperativas, especialmente sob o prisma conceitual e da finalidade de cada um deles.

A constituição da cooperativa se dá por deliberação em assembleia geral dos fundadores (Lei n. 5.764/71, art. 14).

O ato constitutivo da cooperativa a ser levado a registro deve conter (Lei n. 5.764/71, arts. 15 e 16):

1) a denominação, a sede, o objeto;
2) a qualificação dos fundadores;
3) aprovação do estatuto;
4) qualificação dos membros que compõem os órgãos da cooperativa;
5) assinatura dos fundadores.

É cabível às cooperativas: operações de fusão, incorporação e cisão (Lei n. 5.764/71, arts. 57 a 62), institutos que serão tratados em outro item mais adiante.

4.10.1. Áreas de atuação

Como citado anteriormente, a cooperativa pode ter por objeto qualquer gênero de serviço ou

atividade. Assim, são várias as atividades em que as cooperativas podem atuar. Por exemplo, as cooperativas:

1) de trabalho: de professores, atendentes etc.;
2) de venda: por exemplo, a Cooperativa Central “Leite Paulista”;
3) de consumo: para efetuar compras em grande escala, por exemplo, a Cooperativa dos Funcionários da Alpargatas;
4) de crédito: para concessão de empréstimo aos cooperados[206];
5) de seguro, agrícola etc.

Pode-se classificar as cooperativas em cooperativas singulares; cooperativas centrais ou federações de cooperativas e confederações de cooperativas.

4.10.2. Cooperativas singulares

As cooperativas singulares são aquelas que prestam serviços diretamente aos seus associados, sendo constituídas por, no mínimo, **vinte pessoas físicas** (Lei n. 5.764/71, arts. 6º, I, e 7º). Por exemplo: Unimed Santos (cooperativa com atuação na área médica).

4.10.3. Cooperativas centrais ou federações de cooperativas

As cooperativas centrais ou federações de cooperativas são formadas por pelo menos três cooperativas singulares, objetivando organizar, em maior escala, os serviços de interesses das cooperativas filiadas (Lei n. 5.764/71, arts. 6º, II, e 8º). Ilustrativamente: Unimed/RS – Federação das Cooperativas Médicas do Rio Grande do Sul Ltda.

4.10.4. Confederações de cooperativas

As confederações de cooperativas são formadas por, no mínimo, três cooperativas centrais ou federações de cooperativas, visando orientar e coordenar as atividades das filiadas quando o volume dos empreendimentos ultrapassarem o âmbito de capacidade ou conveniência de atuação das centrais ou federais (Lei n. 5.764/71, arts. 6º, III, e 9º). A título de exemplo: Unimed Confederação Nacional das Cooperativas Médicas.

4.11. SOCIEDADES COLIGADAS

Por “sociedades coligadas” entende-se a relação entre sociedades. O Código Civil, ao disciplinar esse tema, especifica que se consideram coligadas as sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas ou de simples participação (CC, art. 1.097). No entanto, antes de explicá-las, faz-se necessária uma consideração acerca de grupo empresarial.

Nos tempos atuais é comum haver concentração de empresas, que formam grupos empresariais de fato (empresas que mantêm laços empresariais por meio de participação acionária, sem a necessidade de se organizarem juridicamente) ou de direito (empresas que se organizam juridicamente formando um “grupo” com registro na Junta Comercial, em que se obrigam a conjugar recursos e esforços para a realização de seus objetos sociais). Os arts. 243 e s. da Lei n. 6.404/76 tratam do assunto.

Dessa forma, surgiu a figura da sociedade controladora e da sociedade controlada.

4.11.1. Controladora. *Holding*. *Offshore*

A sociedade controladora é aquela que tem participação em outra sociedade (a controlada) a ponto de obter maioria de votos nas deliberações, fazendo prevalecer sua vontade e assim elegendo os administradores e, como consequência, dirigindo os negócios da controlada.

Os conceitos de controladora e controlada foram trazidos inicialmente pela lei das Sociedades Anônimas – Lei n. 6.404/76. Agora, com o Código Civil, esses institutos são aplicáveis aos outros tipos societários (em especial à sociedade limitada), sem a necessidade de aplicação subsidiária da Lei n. 6.404/76.

A sociedade controladora também é denominada de ***holding***. No fundo a *holding* é uma sociedade que detém participação societária em uma ou mais empresas, tendo sido constituída especificamente para esse fim ou não [207].

A *holding* pode ser **pura** (de controle ou de participação) ou **mista**. A *holding* pura de controle é aquela que detém participação acionária em outra sociedade de forma a exercer o controle societário sobre ela. Já a *holding* pura de participação tem titularidade na participação acionária de uma outra empresa, porém não a ponto de ter o controle dela. Por sua vez, a *holding* mista é aquela que além de ter participação acionária em outra empresa desenvolve simultaneamente atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços (pode ser uma fábrica, comércio ou prestadora de serviços).

Vale expressar que a *holding* pode ser tida como uma gestora de participações sociais, podendo ser formada para administrar uma só empresa ou verdadeiros conglomerados empresariais. Esse modelo pode ser utilizado para redução do custo administrativo, centralizando funções, reestruturação societária, uniformização de práticas entre as empresas, manutenção de parceria com outras empresas, planejamento tributário ou sucessório etc.

A criação de *holdings* está de acordo com o que prevê o art. 2º, *caput* e § 3º, da Lei n. 6.404/76, o qual assevera que o objeto da companhia pode ser qualquer empresa (atividade) de fim lucrativo, desde que lícito, de modo que a companhia pode ter por objeto social a participação em outras sociedades (*holding* pura, de controle ou de participação). E, mesmo que não previsto no estatuto, a participação é facultada como forma de realizar o seu objeto ou para favorecer-se de benefícios fiscais (*holding* mista).

Em razão disso, proliferam-se *holdings* com os mais variados fins e com as mais diversificadas terminologias: *holding* **familiar**, *holding* **financeira**, *holding* **patrimonial**, *holding* **imobiliária**, entre outras.

Muitas pessoas têm constituído pessoas jurídicas com o fim de administrar patrimônio próprio decorrente da integralização de bens dos sócios, especialmente imóveis. A finalidade é encontrar um melhor enquadramento tributário, notadamente quanto ao imposto de renda sobre as locações. Isso, por si só, não é ilegal, tratando-se de planejamento tributário não proibido pelo ordenamento. Entretanto, quando uma *holding* é constituída com o fim de "blindar" o patrimônio pessoal contra credores isso é fraude, podendo implicar fraude contra credores, ou mesmo desconsideração inversa da personalidade jurídica (em que a sociedade poderá ser responsabilizada por dívida de sócio).

Offshore significa fora da costa ou paraíso fiscal. Assim, ficou a terminologia empregada para contas bancárias ou empresas criadas em países tidos como "paraísos fiscais", uma vez que a maioria deles é constituída por ilhas, objetivando a remessa de recursos para o exterior.

A *offshore* (ou *offshore company*) é uma sociedade constituída no exterior com o fim de controlar uma ou mais empresas no território nacional. Em tese, não há ilicitude nisso se o ordenamento jurídico não proibir, como, por exemplo, é o caso de empresas que fazem isso como forma de planejamento. No entanto, muitas vezes tais empresas são constituídas buscando "reduções tributárias" ilegais nos países considerados "paraísos fiscais", visando a ocultação da identidade dos controladores, haja vista a possibilidade de emissão de ações ao portador e o direito à manutenção do sigilo quanto aos acionistas

(ou seja, acionistas não identificáveis); ou simplesmente para a remessa ilícita de dinheiro para o exterior[208].

4.11.2. Controlada

Já a sociedade controlada é aquela em que parte de seu capital é de propriedade de outra sociedade (a controladora), que lhe assegura um número de votos suficiente nas deliberações (maioria de votos), a fim de eleger os administradores (CC, art. 1.098, I).

A sociedade pode ainda estar sujeita a um controle indireto, o que ocorre quando, por exemplo, a sociedade **A** é controladora da sociedade **B**, que por sua vez, é controladora da sociedade **C**. Assim, a sociedade **C** é controlada de **A** indiretamente (CC, art. 1.098, II).

4.11.3. Filiada

A sociedade filiada é aquela que tem 10% ou mais de seu capital social com participação de outra sociedade, que, por sua vez, não a controla. Filiação significa participação. Nesse sentido, estamos falando de uma sociedade participando do capital social de outra sociedade, mas sem controlá-la (CC, art. 1.099).

O art. 1.099 do Código Civil conceitua sociedade filiada como sociedade coligada. No entanto, o art. 1.097 dispõe de sociedade coligada como gênero do qual a filiada é uma espécie.

4.11.4. Simples participação

Sociedade *de simples participação* é aquela que tem menos de 10% de seu capital social com participação de outra sociedade, porém não a controla (CC, art. 1.100).

4.12. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA

4.12.1. Monopólio, oligopólio, monopsônio e oligopsônio. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Durante a trajetória de uma sociedade, considerando a dinâmica das atividades econômicas, pode-se

notar que muitas vezes ela foi obrigada a passar por mudanças.

Para isso, a sociedade necessita ter motivos, entre os quais, podem ser citados: dificuldade econômica; absorção de tecnologia; racionalização na administração, na produção ou na venda dos produtos; planejamento tributário etc.

É a chamada "reorganização societária", que pode ocorrer de várias formas, como transformação, incorporação, fusão e cisão. Em qualquer hipótese, é sempre necessária a averbação no registro competente.

A transformação, a incorporação, a fusão e a cisão das sociedades não prejudicam os direitos dos credores (salvo se houver uma recuperação de empresas nos termos da Lei n. 11.101/2005).

No entanto, ao tratar da transformação, incorporação, fusão e cisão das sociedades, em grande parte o Código Civil acaba quase repetindo as regras já estabelecidas na Lei n. 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas.

Vale chamar a atenção ao fato de que os atos de reorganização societária, especialmente de fusão e de incorporação, não podem, via de regra, resultar em monopólio, oligopólio, monopsônio ou oligopsônio (conceitos tratados adiante). Por isso, nas hipóteses legais, são submetidos à apreciação do órgão de controle para essas operações, o **Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE**, sob pena de infração à Lei n. 12.529/2011 – Lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Cabe lembrar que tal norma substitui a partir de 1º-6-2012 a maior parte dos dispositivos da Lei n. 8.884/94 – Lei de Infrações à Ordem Econômica.

Se o ato de fusão ou incorporação for de instituições financeiras, o órgão estatal encarregado de fazer o controle é o Banco Central do Brasil – BACEN, pois, uma vez havendo um aparente conflito de atribuições, a questão deve ser resolvida pelo princípio da especialidade. Nesse sentido, REsp-STJ 1.094.218.

Conforme o art. 88, *caput*, da Lei n. 12.529/2011, serão submetidos à apreciação do CADE os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: 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 quatrocentos milhões de reais; e 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 trinta milhões de reais.

Ato de concentração, para fins legais, se dá quando: duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; 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; uma ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture* (Lei n. 12.529/2011, art. 90, *caput*).

Houve uma mudança fundamental no paradigma da atuação do órgão de defesa da concorrência, pois anteriormente o CADE era consultado para se manifestar após a concentração. Agora, por força do § 2º do art. 88 da Lei n. 12.529/2011, o controle dos atos de concentração será prévio. Para tanto, o CADE deverá se manifestar, no máximo, em duzentos e quarenta dias contados do protocolo de petição (ou de sua emenda, se for o caso). As empresas envolvidas deverão preservar as condições concorrenciais existentes até a decisão final sobre a operação objeto da apreciação.

Quanto a monopólio, oligopólio, monopsônio e oligopsônio são fenômenos tidos como abuso do poder econômico. **Monopólio** caracteriza-se pelo controle exercido por um agente econômico sobre certo mercado de produção, circulação ou prestação de serviço. O monopolista exerce poder no mercado por ser o único fornecedor daquele bem, acabando por impor suas condições aos compradores ou tomadores de serviços, o que pode frequentemente provocar distorções no mercado. Ou seja, por ser o único fornecedor naquele mercado, há uma tendência do monopolista de aumentar os preços a fim de auferir maior lucro (o que pode excluir certos consumidores pelo seu menor poder aquisitivo), bem como tenderá a certa comodidade em manter produtos e serviços no mesmo patamar sem aprimorar a qualidade, tendo em vista a falta de concorrentes.

Existe o **monopólio natural ou legal**, quando por questão logística se tornar inviável a concorrência entre agentes econômicos, uma vez que é preciso haver grande ganho em escala, ou seja, enorme produção para auferir lucro, como, por exemplo, no caso da distribuição de água. Se o monopólio for do Estado, em decorrência de imposição legal, ele pode ser chamado de **monopólio estatal**.

O **oligopólio** consiste no fato de em um mercado atuarem poucos agentes econômicos como fornecedores de bens a múltiplos compradores dos produtos ou tomadores dos serviços prestados. O fenômeno do exercício de poder no mercado quanto a aumento de preços e falta de qualidade dos bens se

assemelha ao do monopólio. Entretanto, neste é mais intenso pela total falta de concorrência; já no oligopólio, ainda que pequena, há alguma concorrência por haver mais de um agente no mercado.

Monopsônio é um fenômeno que pode ocorrer no mercado quando, havendo vários vendedores, tem-se apenas um comprador para o produto; ou existindo muitos prestadores de serviço, há tão somente um tomador daquele tipo de serviço. É o que ocorreria, por exemplo, se houvesse apenas uma rede de supermercados para comprar os produtos dos fornecedores ou uma só fábrica de leite industrializado para a compra do insumo dos pecuaristas. Semelhante ao que acontece no monopólio quanto ao poder exercido no mercado, mas exercido pelo comprador único, que tende a impor suas condições aos fornecedores, podendo provocar distorções no mercado.

Oligopsônio é o fato de em um mercado existirem poucos compradores para muitos vendedores de certo produto. Também pode ser a existência poucos tomadores para muitos prestadores de determinado serviço. Isso também provoca distorções no mercado pelo reduzido número de compradores que acabam impondo suas condições aos seus fornecedores.

4.12.2. Transformação

Transformação é o ato pelo qual uma sociedade passa de um tipo societário para outro. Isso pode ser exemplificado da seguinte forma: uma sociedade limitada que devido à necessidade de expansão passa a ser uma sociedade anônima, para que assim possa fazer captação de recursos por meio da emissão de valores mobiliários comercializados em bolsa.

Outras hipóteses: uma sociedade simples, de atividade intelectual desenvolvida pelos sócios, que, devido ao aumento da demanda pelos trabalhos desenvolvidos, necessita transformar-se em sociedade empresária. Ou, ainda, uma sociedade cooperativa que deseja transformar-se em uma limitada. Pode-se pensar, também, em uma sociedade anônima que queira transformar-se em limitada, em razão da menor burocracia quanto à contabilidade e à desnecessidade de publicação de balanços.

Para a realização da transformação, não é necessária a dissolução ou a liquidação da sociedade (CC, art. 1.113).

Na transformação, a personalidade jurídica da sociedade permanece; no entanto, em razão de sua nova estrutura, pode haver mudanças quanto à responsabilidade dos sócios (p. ex., de ilimitada para limitada, dependendo do tipo societário anterior e o posterior).

Em qualquer hipótese de transformação, o direito dos credores não é prejudicado ou modificado (CC, art. 1.115, *caput*) [209].

4.12.3. Incorporação

A incorporação é um ato decorrente de fenômenos econômicos, cujas sociedades, por questões estratégicas e de concorrência, são levadas a efetuar concentrações empresariais (principalmente por buscarem ganho de escala na produção e distribuição; ou na tentativa de monopolizar o mercado). Essa conceituação vale também para a fusão.

Incorporação é o ato pelo qual uma sociedade é absorvida (adquirida/comprada) por outra sociedade; porém, pode acontecer também que duas ou mais sociedades possam ser incorporadas.

Com isso, a sociedade incorporadora (que absorve) sucede a incorporada (absorvida) em todos os seus direitos e deveres (CC, art. 1.116).

Exemplo: a sociedade **A** compra a sociedade **B**, e a sociedade **B** deixa de existir.

Diante do exposto, a sociedade incorporada será extinta, devendo ser averbado no registro (CC, art. 1.118).

4.12.4. Fusão

Assim como a incorporação, a fusão é um ato decorrente de concentração empresarial, objetivando, na maioria das vezes, ganho de escala na produção e distribuição, ou a monopolização do mercado.

Fusão é o ato por meio do qual duas ou mais sociedades são extintas para formar uma só, ou seja, para dar origem à criação de uma sociedade nova. Essa nova sociedade é que irá suceder as sociedades extintas em todos os direitos e obrigações (CC, art. 1.119).

Exemplo: a sociedade **X** e a sociedade **Y** deixam de existir para que seus respectivos patrimônios formem a sociedade **Z**. Dessa forma, a nova sociedade deve ser inscrita no registro (CC, art. 1.121).

Substancialmente, a diferença entre a incorporação e a fusão está no fato de que a incorporação é a absorção de uma sociedade por outra e a fusão significa a união de sociedades.

4.12.5. Cisão

A cisão é o ato pelo qual uma sociedade tem seu patrimônio dividido em duas ou mais partes formando novas sociedades. Também pode ocorrer que parte do patrimônio seja destinada a compor o patrimônio de uma sociedade já existente (para aumentá-lo).

Curiosamente, não há nenhum artigo do Código Civil que trate especificamente sobre a cisão (apesar de prevista no título do "Capítulo X", arts. 1.113 a 1.122, que aborda a reorganização societária).

Logo, deve-se aplicar subsidiariamente o art. 229 da Lei n. 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas.

A cisão pode ser total ou parcial. Existe cisão **total** quando ocorre a extinção da sociedade cindida/dividida, pois todo o seu patrimônio foi transferido para outras sociedades (novas ou já existentes). Nessa hipótese, existe a extinção da sociedade cindida.

A cisão **parcial** ocorre quando a sociedade cindida continua existindo, pois teve apenas parte de seu patrimônio transferido para outra sociedade (nova ou já existente, podendo ser mais de uma sociedade). Nesse caso, não há a extinção da sociedade cindida.

É importante esclarecer que a cisão parcial difere da **dissolução parcial**, pois esta ocorre com a finalidade de entregar parte do capital da sociedade (isto é, efetuar o pagamento) ao sócio que se retira ou é excluído; à família em razão do falecimento do sócio etc. Diferentemente do que ocorre com a cisão, na dissolução parcial a parte do patrimônio apurada não é necessariamente para formar nova sociedade ou integrar o capital social de outra já existente.

4.12.6. *Joint venture*

Joint venture é uma expressão inglesa que significa empreendimento ou risco conjunto. Trata-se da combinação de recursos e/ou técnicas de duas ou mais empresas, podendo fazer surgir uma sociedade, com personalidade jurídica ou não, para realizar um determinado negócio empresarial.

Trata-se de soluções contratuais para atender às necessidades das partes envolvidas, como ampliação da área de vendas; a troca de *know-how* (tecnologia), entre outras. Por isso, empresas contratam entre si esse tipo de atuação conjunta.

Outra possibilidade seria para a concentração empresarial objetivando ganho de escala na produção e distribuição de produtos.

A concretização da *joint venture* acontece por meio de uma operação típica ou atípica, ou seja, a efetivação da *joint venture* pode ocorrer por cisão, fusão, participação acionária recíproca, criação de

uma *holding*/controladora, criação de uma nova sociedade ou outros mecanismos contratuais[210].

A finalidade de se criar uma *joint venture* é obter lucro para os participantes por meio da realização de uma atividade econômica, por um determinado prazo. Dessa forma, as empresas envolvidas não perdem suas personalidades jurídicas, apenas partilham a administração, os lucros e os prejuízos. A união das empresas envolvidas pode se dar pela criação de uma nova empresa ou por meio de uma mera parceria associativa (consórcios de empresas). Um modelo de *joint venture* foi a parceria entre Volkswagem e Ford quando criaram a Autolatina.

Ressalta-se o fato de que, a depender do seu formato, o contrato de *joint venture* pode ser visto como um ato de reorganização societária, mas não chega necessariamente a criar vínculos societários, tendo por objeto propiciar comodidades às partes envolvidas a fim de dinamizar seus negócios[211].

4.12.7. SPE – Sociedade de propósito específico

Sociedade de propósito específico (SPE) é uma sociedade empresária cuja atividade é restrita, ou seja, específica para atingir um determinado fim, como, por exemplo, quando os sócios de uma construtora decidem criar uma sociedade especial para o desenvolvimento de um determinado empreendimento imobiliário; ou a criação de uma SPE para administrar as locações derivadas das unidades de um edíficio comercial.

Cabe esclarecer que a SPE pode ter existência por prazo determinado ou indeterminado. Não se trata de um novo tipo societário, mas apenas um modelo de negócio, derivado inicialmente da liberdade de contratar e de criar tipos novos pertencente ao direito privado. Ou seja, uma forma de organização empresarial pela qual se constitui uma nova sociedade (limitada ou anônima) com um objetivo específico.

A SPE possui personalidade jurídica própria; logo, tem seu próprio nome, patrimônio, responsabilidade, escrituração, etc. conforme o seu tipo societário (limitada ou anônima).

Este modelo de negócio decorre da criação dos empresários e dos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual. No entanto, sem prejuízo do que dispõe o parágrafo único do art. 981 do Código Civil, por força de alterações ao art. 56 da Lei Complementar n. 123/2006 (Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas), houve uma introdução expressa em nosso ordenamento da SPE. Segundo esse dispositivo a SPE pode ser constituída por microempresas (MEs) ou empresas de pequeno porte (EPPs).

Conforme o art. 56, as MEs ou as EPPs poderão realizar negócios de compra e venda de bens, para os

mercados nacional e internacional, por meio de sociedade de propósito específico (SPE), a qual terá seus atos arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis. Sua finalidade, por exemplo, pode ser realizar operações de compra para revenda. A SPE, na forma expressa nesse dispositivo legal, deverá ser uma sociedade limitada, não podendo ser uma sociedade cooperativa; sendo a ela vedado o exercício de atividade que seja proibida às microempresas e empresas de pequeno porte optantes do Simples Nacional. A ME ou a EPP não poderá participar simultaneamente de mais de uma sociedade de propósito específico, sob pena de responsabilidade solidária das microempresas ou empresas de pequeno porte sócias da SPE.

4.13. SOCIEDADE DEPENDENTE DE AUTORIZAÇÃO

Sociedade dependente de autorização é aquela que necessita de autorização do Poder Executivo federal para funcionar (CC, art. 1.123).

Essa previsão também está na Constituição Federal, art. 170, parágrafo único, que, ao tratar da livre-iniciativa, menciona que em casos excepcionais previstos em lei haverá necessidade de autorização governamental.

Sobre a necessidade de autorização, ela se justifica tendo em vista as peculiaridades de determinadas atividades, cuja função de autorizar é feita por alguns órgãos, por exemplo, a autorização para seguradoras é dada pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP (Decreto-lei n. 73/66); já a autorização para os bancos é fornecida pelo Banco Central do Brasil – BACEN (Lei n. 4.595/64); igualmente, a autorização para administradoras de consórcios é dada pelo BACEN (Lei n. 11.795/2008, art. 7º, inc. I) etc.

Isso é explicado pelo fato de que algumas atividades econômicas têm particularidades que demonstram a necessidade de existir maior controle e fiscalização do Estado. Por exemplo, bancos e seguradoras fazem captação de quantias elevadas de recursos junto às pessoas; além disso, se um banco “quebrar”, poderá ocasionar risco sistêmico (ou efeito cascata) aos demais agentes do mercado.

Devido a essa possibilidade, surge a necessidade da autorização estatal, a fim de verificar se o pretendente a obter a autorização preenche os requisitos mínimos para se estabelecer no mercado. No passado, já existiram quotas de autorização, uma espécie de limitação de autorizações; logo, se alguém quisesse entrar em determinados mercados, deveria comprar a autorização de quem já a possuía.

Salienta-se que a autorização para funcionamento pode ser **cassada**, a qualquer tempo, nos casos de infração de norma de ordem pública ou pela prática de atos contrários à finalidade prevista no seu estatuto (CC, art. 1.125).

A cassação é uma faculdade do poder público, mas deve ser aplicada com cautela, pois, se assim não fosse, poderia levar a infinitas cassações, como no caso de uma infração ao Código de Defesa do Consumidor – CDC (que, conforme seu art. 1º, é norma de ordem pública).

4.13.1. Sociedade nacional

A sociedade nacional é aquela sociedade organizada segundo a lei brasileira e que deve ter sua sede administrativa (matriz) no Brasil.

Quando necessário (somente nos casos de atividades determinadas em lei, como já estudado), a autorização para a sociedade nacional é dada por expedição de **decreto**, que serve como prova (em conjunto com os demais documentos, como contrato social ou estatuto) para a inscrição no registro competente (CC, art. 1.131, *caput*).

Não se deve esquecer de que a constituição de uma sociedade, num primeiro momento, ocorre com a celebração do contrato entre os sócios; num segundo momento, acontece a "inscrição" com o arquivamento do ato constitutivo mais a autorização estatal – quando necessária (CC, art. 1.132, § 2º).

As modificações do contrato social ou estatuto também dependem de aprovação estatal, exceto com relação ao aumento de capital (CC, art. 1.133).

Publicado o decreto autorizador, a sociedade deve iniciar seu funcionamento no prazo de doze meses, sob pena de caducidade da autorização, exceto se houver estipulação legal com prazo diverso[212].

4.13.2. Sociedade estrangeira

A sociedade estrangeira é a sociedade organizada de acordo com lei estrangeira e com sede administrativa fora do território brasileiro.

De modo diverso das sociedades nacionais, qualquer sociedade estrangeira, independentemente de seu objeto social, não pode funcionar sem autorização governamental (CC, art. 1.134, *caput*).

No caso de a sociedade estrangeira ser acionista de sociedade anônima brasileira, não haverá

necessidade de autorização. A exigência de autorização para sociedades estrangeiras e a respectiva faculdade do poder público em autorizar estão relacionadas com as questões de soberania nacional (CC, art. 1.135, *caput*).

Atendidas as condições, será expedido o decreto de autorização pelo Poder Executivo (CC, art. 1.135, parágrafo único).

Uma vez autorizada a funcionar no Brasil, a sociedade estrangeira fica sujeita às leis e às decisões dos tribunais brasileiros pelos atos que realizar no país (CC, art. 1.137, *caput*). Além disso, a sociedade estrangeira deve manter no mínimo um representante em território brasileiro com poderes para resolver quaisquer questões e receber citação judicial pela sociedade (CC, art. 1.138, *caput*).

Com relação ao nome empresarial, a sociedade estrangeira poderá usar sua denominação originária (que tinha em seu país de origem), podendo acrescentar as expressões "do Brasil" ou "para o Brasil" (CC, art. 1.137, parágrafo único).

4.14. SOCIEDADE DE GRANDE PORTE

A Lei n. 11.638/2007, art. 3º, instituiu um regime jurídico diferenciado às denominadas "sociedades de grande porte".

Para os fins da Lei n. 11.638/2007, é 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).

De acordo com a referida Lei, qualquer tipo de sociedade (limitada, anônima, cooperativa etc.) submete-se ao regime jurídico da Lei n. 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas) para fins de escrituração e elaboração de demonstrações financeiras, bem como a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Contudo, não podemos dizer que a sociedade de grande porte seja um tipo societário, até porque, como já dito, qualquer tipo societário – limitada, anônima, cooperativa etc. – pode enquadrar-se no conceito da lei, que se dá por valor de ativo ou receita. Trata-se apenas de um enquadramento para efeitos contábeis, sobretudo pelo objetivo de ter mais transparência na elaboração e na publicidade das demonstrações financeiras, as quais devem ser bem detalhadas e transparentes.

Entre outras finalidades almejadas pela Lei n. 11.638/2007 está a busca por atenuar a sonegação fiscal, bem como a intenção de que a empresa exerça sua função social, especialmente quanto à transparência e prestação de contas.

QUESTÕES DE EXAMES DA OAB E CONCURSOS PÚBLICOS

1. (OAB Nacional 2009.1) Com base na disciplina jurídica das sociedades anônimas, julgue os seguintes itens.

I – As sociedades por ações podem ser classificadas em abertas ou fechadas, considerando-se a participação do Estado em seu capital social.

II – A Comissão de Valores Mobiliários, entidade autárquica em regime especial vinculada ao Ministério da Fazenda, é responsável pela emissão de ações em mercado primário.

III – Ações preferenciais são aquelas que conferem ao seu titular uma vantagem na distribuição dos lucros sociais entre os acionistas e podem, exatamente por isso, ter limitado ou suprimido o direito de voto.

IV – As ações, as debêntures, os bônus de subscrição e as partes beneficiárias, entre outras, são espécies de valores mobiliários emitidos pelas companhias para a captação de recursos.

V – O valor nominal da ação é alcançado com a sua venda no ambiente de bolsa de valores.

Estão certos apenas os itens

A) I e V.

B) II e III.

C) III e IV.

D) I, II, IV e V.

2. (OAB Nacional 2008.3) A sociedade simples difere, essencialmente, da sociedade empresária porque

A) aquela não exerce atividade própria de empresário sujeito a registro, ao contrário do que ocorre nesta.

B) aquela não exerce atividade econômica nem visa ao lucro, ao contrário desta.

C) naquela, a responsabilidade dos sócios é sempre subsidiária, enquanto nesta é sempre limitada.

D) aquela deve constituir-se apenas sob as normas que lhe são próprias, enquanto esta pode constituir-se utilizando-se de diversos tipos.

3. (OAB Nacional 2007.3) As sociedades anônimas

A) podem ser simples ou empresárias, conforme o objeto social.

B) estão proibidas por lei de receberem nome de pessoa física em sua denominação.

C) são sociedades de capitais, sendo irrelevantes as características pessoais de seus acionistas.

D) devem ser constituídas por, no mínimo, sete acionistas.

4. (OAB Nacional 2008.3) Com relação às regras que disciplinam a situação do sócio-quotista da sociedade limitada, assinale a opção correta.

A) As quotas representam a necessária divisão do capital social em partes iguais, sendo as deliberações consideradas de acordo com o número de quotas de cada sócio.

B) As quotas podem ser integralizadas pelos sócios por valores representados em dinheiro, bens ou prestação de serviços, respondendo solidariamente todos os sócios pela exata estimação dessas contribuições.

C) As quotas são bens de livre disposição do sócio, que poderá vendê-las a outro sócio ou a terceiro, independentemente da anuência dos demais sócios.

D) A responsabilidade dos sócios é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem pela integralização do capital social.

5. (OAB Nacional 2007.3) Paulo e Vinícius, únicos sócios da Ômega Comércio de Roupas Ltda., decidiram ceder integralmente suas quotas sociais e, também, alienar o estabelecimento empresarial da sociedade para Roberto e Ana, Ômega Comércio de Roupas Ltda. Havia celebrado contrato de franquia com conhecida empresa fabricante de roupas e artigos esportivos.

Considerando a situação hipotética acima, assinale a opção correta.

A) A eficácia da alienação do estabelecimento empresarial dependerá sempre do consentimento expresso de todos os credores.

B) O adquirente não responderá por qualquer débito anterior à transferência do estabelecimento empresarial.

C) O franqueador não poderá rescindir o contrato de franquia com a Ômega Comércio de Roupas Ltda. com base na transferência do estabelecimento.

D) Os alienantes do estabelecimento empresarial da Ômega Comércio de Roupas Ltda. não poderão fazer concorrência aos adquirentes nos cinco anos subsequentes à transferência, salvo se houver autorização expressa para tanto.

6. (Magistratura-SP 182º 2009) Nas sociedades anônimas,

A) compete privativamente à assembleia geral eleger os diretores da companhia.

B) é direito essencial do acionista o da preferência para a subscrição de debêntures conversíveis em ações, observado o disposto em lei.

C) a diretoria será composta por três ou mais diretores, destituíveis a qualquer tempo pela assembleia geral.

D) é vedado ao estatuto estabelecer a exigência de garantia, prestada por terceiro, para o exercício do cargo de administrador.

7. (Magistratura-SP 182º 2009) Na sociedade simples,

A) as obrigações dos sócios terminam quando a sociedade tornar-se inativa.

B) as modificações do contrato social que tenham por objeto a denominação, o objeto, a sede e o prazo da sociedade podem ser decididas por maioria absoluta de votos.

C) nos 60 (sessenta) dias subsequentes à sua constituição, a sociedade deverá requerer a inscrição do contrato social no Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local de sua sede.

D) a administração poderá ser exercida por pessoa nomeada por instrumento em separado, averbado à margem da inscrição da sociedade.

8. (Magistratura-SP 182º 2009) Em relação à administração das sociedades anônimas,

A) o estatuto fixará o prazo de gestão dos membros do Conselho de Administração, que não poderá ser superior a 4 (quatro) anos, permitida a reeleição.

B) o Conselho de Administração será composto por, no mínimo, cinco membros.

C) poderão ser eleitos para membros dos órgãos de administração pessoas naturais, devendo os membros do Conselho de Administração ser acionistas [ou não] e os diretores residentes no Brasil, acionistas ou não.

D) na eleição dos membros do Conselho de Administração, é facultado aos acionistas que representem, no mínimo, 5% (cinco por cento) do capital social, exercerem o direito ao voto múltiplo.

9. (Magistratura-PR 2007-2008) Assinale a alternativa INCORRETA:

A) As obrigações dos sócios na sociedade simples e na limitada começam imediatamente com o contrato, se este não fixar outra data, e terminam quando, liquidada a sociedade, se extinguirem as responsabilidades sociais.

B) Na sociedade simples cabe aos sócios decidir, por meio de designação expressa no contrato social, se eles respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

C) O sócio, admitido em sociedade já constituída, não se exime das dívidas sociais anteriores à admissão.

D) Na sociedade simples, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio até três anos depois de averbada a modificação do contrato.

10. (Ministério Público-CE 2009) A sociedade empresária, como pessoa jurídica, é sujeito de direito personalizado.

Posta a premissa, é FALSA a consequência seguinte:

A) a responsabilização patrimonial, solidária e direta dos sócios, em relação aos credores, pelo eventual prejuízo causado pela sociedade.

B) sua titularidade negocial, ou seja, é ela quem assume um dos polos na relação negocial.

C) sua titularidade processual, isto é, pode demandar e ser demandada em juízo.

D) sua responsabilidade patrimonial, ou seja, tem patrimônio próprio, inconfundível e incomunicável com o patrimônio individual de seus sócios.

E) extingue-se por um processo próprio, que compreende as fases de dissolução, liquidação e partilha de seu acervo.

MODELOS

1º Contrato social de sociedade (Junta Comercial):

INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONTRATO SOCIAL 213

LERO DROGARIA E COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA. – ME

Por este instrumento particular e na melhor forma de direito,

1. SR. ALEXANDRE MATOS, brasileiro, maior, casado, empresário, sócio administrador, nascido em 12/09/58, natural de: Campos/RJ, portador da RG n. _____SSP-SP, expedido em: 10/08/2002; e inscrito no CPF sob o n. _____; filho de: Aparecido Rodrigues Matos e Guilhermina Almeida, residente e domiciliado na Rua Valmor, n.___ – Parque Eugênio – CEP _____ – São Paulo/SP.

2. SR. MÁRCIO ALMEIDA, brasileiro, maior, casado, empresário, sócio administrador, nascido em 21/02/58, natural de: Gramado/RS, portador da RG n. _____ SSP-SP, expedido em: 10/08/2002; e inscrito no CPF sob o n. _____; filho de: Leandro Almeida e Marcelina Almeida, residente e domiciliado na Rua Chagas, n.___ – Parque Vila Lobbos – CEP _____– São Paulo/SP.

têm entre si, justos, certos e contratados a constituição de uma sociedade limitada, a qual reger-se-á nos ditames da legislação e nas seguintes disposições:

CAPÍTULO I – DENOMINAÇÃO, SEDE, OBJETO E DURAÇÃO

Art. 1º A sociedade limitada denominada LERO DROGARIA E COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA – ME, tem sua sede e administração na Estrada do Tijuco, n. _____ – Vila Cisper – CEP _____– Município de São Paulo – Estado de São Paulo, podendo abrir filiais em todo o território nacional, e em outros países, desde que satisfaça os interesses da maioria na sociedade e da legislação

vigente; e reger-se-á por este instrumento e pela legislação vigente no país.

Art. 2º A sociedade tem por objetivo social a atividade de comércio varejista de:

– drogaria;

– perfumaria e cosméticos;

– produtos de higiene pessoal;

– materiais cirúrgicos.

Parágrafo único. Poderão estas atividades serem alteradas, reduzidas e/ou ampliadas, desde que convenha aos interesses da maioria na sociedade.

Art. 3º O prazo de duração da sociedade limitada é por tempo indeterminado.

CAPÍTULO II – CAPITAL SOCIAL

Art. 4º O capital social é de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), totalmente integralizado neste ato, em moeda nacional, boa e corrente do país, e dividido em 20.000 (vinte mil) quotas, no valor nominal de R$ 1,00 (um real) cada, sendo distribuídas aos sócios na seguinte proporção:

ALEXANDRE MATOS:

10.000 quotas R$ 10.000,00 (dez mil reais) 50%

MÁRCIO ALMEIDA:

10.000 quotas R$ 10.000,00 (dez mil reais) 50%

TOTAL:

20.000 quotas R$ 20.000,00 (vinte mil reais) 100%

§ 1º Os sócios concordam com os percentuais destinados a cada um.

§ 2º A responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social, nos termos do art. 1.052 do Código Civil.

CAPÍTULO III – ADMINISTRAÇÃO

Art. 5º A sociedade será administrada pelos sócios ALEXANDRE MATOS e MÁRCIO ALMEIDA, aqui, ambos designados sócios administradores.

§ 1º Os sócios administradores ficam investidos de amplos e gerais poderes para representar a sociedade conjuntamente, em todas as operações ativas e passivas em geral, incluindo nomear e constituir procuradores, abrir, movimentar, alterar e encerrar contas bancárias em nome da sociedade, cabendo-lhes ainda a responsabilidade de cuidar individualmente de toda parte administrativa, financeira e comercial da sociedade, entre outras operações, incluindo as mencionadas no art. 13 deste instrumento.

§ 2º O uso da denominação social é privativo dos administradores que tenham os necessários poderes, conforme art. 1.064 do Código Civil.

§ 3º Por procuração simples e/ou pública específica, os administradores poderão delegar poderes específicos a terceiros para representá-los em assuntos e interesse da sociedade.

§ 4º Na falta de entendimento entre os sócios, em assuntos que impliquem o andamento normal das atividades fins da sociedade, terá maior poder de decisão e responsabilidade o sócio majoritário e/ou os sócios que tiverem a maioria mínima de 3/4 (três quartos) do capital social, nos atos e operações da sociedade.

Art. 6º É vedado o uso da denominação social em negócios estranhos aos interesses da sociedade, ficando inteira e individualmente responsável (pessoa física), pelos compromissos assumidos, o sócio que infringir este artigo, isentando a empresa e o outro sócio de quaisquer responsabilidades e aborrecimentos.

Art. 7º Apenas os sócios administradores pelo exercício de sua função na empresa, entre outras coisas, terão direito a uma retirada mensal a título de *pro labore*, cujo valor será livremente convencionado entre as partes de comum acordo.

Parágrafo único. A retirada a título de *pro labore* ou distribuição de lucros será feita pelo sócio administrador signatário de acordo com a legislação vigente, após terem sido liquidados todos os compromissos mensais da sociedade ora constituída.

Art. 8º Os administradores declaram, sob as penas da Lei, de que não estão impedidos de exercer a administração da sociedade por: força legal ou condenação criminal, em que a pena vede, ainda que temporariamente, a possibilidade de administrar, de ter acesso a cargos públicos etc. (CC, art. 1.011, § 1º).

CAPÍTULO IV – EXERCÍCIO SOCIAL

Art. 9º Ao término de cada exercício social, proceder-se-á à elaboração do inventário, do balanço patrimonial e do balanço de resultado econômico, conforme o art. 1.065 do Código Civil.

Parágrafo único. O exercício social coincide com o ano civil, ao final do qual (sempre em 31 de dezembro de cada ano) deverão ser inventariados os bens e elaboradas as demonstrações contábeis.

Art. 10. O resultado do exercício social terá a destinação que for deliberada pelos sócios.

§ 1º Os lucros ou prejuízos apurados serão calculados na proporção das quotas integralizadas de cada sócio, mensalmente, trimestralmente, anualmente, ou de outra forma de comum acordo entre as partes, e a legislação vigente de cada exercício.

§ 2º Os lucros não deverão ser distribuídos entre os sócios em sua totalidade, pois dos mesmos deverá ser retirada uma parte de comum acordo entre os sócios, para que seja formado um fundo de caixa na empresa, para cobrir as despesas ordinárias do mês e/ou período seguinte ao mês e/ou período de apuração e distribuição.

CAPÍTULO V – DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 11. As quotas de capital da sociedade não poderão ser alienadas a terceiros estranhos ao quadro societário, sem que seja oferecida a preferência, em igualdade de condições ao sócio que permanecer na sociedade, devendo o sócio retirante oferecer suas quotas a todos os sócios, sempre por escrito, em correspondência, de que constem as condições da alienação, dirigida a cada sócio.

Parágrafo único. A princípio, é vedado a qualquer um dos sócios adquirirem a totalidade das quotas sociais do sócio retirante, devendo a sua participação ser rateada igualmente entre os sócios que se interessem pela aquisição de sua participação, sendo certo que, caso um ou mais sócios declinem do direito de preferência, a participação do sócio retirante será rateada entre aqueles que se interessem pela aquisição. Após se proceder da forma anteriormente descrita, não deverá restar parte de capital que não tenha sido adquirida pelos sócios que permanecem na sociedade, salvo comum acordo entre as partes.

Art. 12. O sócio que desejar retirar-se da sociedade deverá fazer comunicação por escrito aos sócios remanescentes com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias.

§ 1º Se o sócio remanescente não tiver interesse nas quotas sociais do sócio retirante, deverá o mesmo fazer comunicação por escrito ao sócio que se despede dentro do mesmo prazo acima mencionado; e as

quotas poderão ser oferecidas a terceiros, desde que o admitido seja previamente aprovado por ele (sócio remanescente). O sócio retirante deverá apresentar ao sócio remanescente até 03 (três) compradores, pessoas físicas idôneas, com condições financeiras e profissionais para assumir as obrigações e responsabilidades do sócio retirante e dar continuidade às atividades do mesmo na sociedade. Caso o sócio remanescente não aceite nenhum dos interessados apresentados pelo sócio retirante como sócio, observar-se-á o disposto no § 2º (e seus incisos), deste artigo.

§ 2º Na falta de acordo entre as partes, os haveres do sócio que se despede serão calculados com base em balanço extraordinário levantado na data de seu afastamento da empresa, e pagos em 36 (trinta e seis) prestações mensais e sucessivas acrescidas de juros de 12% (doze por cento) ao ano e correção monetária anual, de acordo com o maior índice legal vigente divulgado pelo governo, vencendo-se a primeira 30 (trinta) dias após a assinatura da alteração contratual. Sendo as despesas totais do balanço extraordinário levantado, assim como da alteração contratual completa, totalmente por conta do sócio retirante, podendo essas despesas ser deduzidas em sua totalidade no valor da primeira prestação a lhe ser paga. O referido balanço, assim como a alteração contratual, deverá ser realizado por um profissional de plena confiança das partes, o qual foi escolhido através de acordo firmado por escrito pelas mesmas.

I – Os juros de 12% (doze por cento) ao ano serão aplicados sobre o valor total da soma das notas promissórias – NP – vencidas dentro de cada período de 12 (doze) meses, devendo ser pagos no primeiro dia útil do mês seguinte, mediante recibo.

II – A correção monetária anual será de acordo com IGP-M (FGV), e/ou outro índice ou método legal que venha a substituí-lo, o qual será aplicado sobre o valor total da soma das notas promissórias, vencidas dentro de cada período de 12 (doze) meses, devendo ser pagos no primeiro dia útil do mês seguinte, mediante recibo.

Art. 13. As deliberações relativas: ao aumento ou à redução do capital; designação ou destituição de administradores, forma de sua remuneração; pedido de recuperação de empresas judicial ou extrajudicial; distribuição de lucros; alteração contratual; fusão, cisão e incorporação; endossos e avais; admissões de novos sócios somente poderão ser processadas por decisões tomadas pela unanimidade dos sócios.

§ 1º A reunião dos sócios será realizada em qualquer época, mediante convocação dos administradores.

§ 2º As demais deliberações serão aprovadas por 3/4 (três quartos) do capital social, salvo nos casos em que a legislação exigir maior quórum.

Art. 14. A sociedade não se dissolve por morte de qualquer um dos sócios, continuando com os herdeiros e/ou sucessores legais, salvo desinteresse desses ou oposição do outro sócio.

Parágrafo único. Na hipótese dos herdeiros e/ou sucessores legais não permanecerem na sociedade, a apuração e o pagamento de seus haveres observarão o disposto no art. 13, §§ 1º e 2º.

Art. 15. Os casos omissos neste instrumento serão resolvidos com observância dos preceitos do Código Civil brasileiro e demais disposições legais vigentes no país.

Art. 16. Para todas as questões oriundas deste contrato, será competente o Foro da sede da sociedade, com renúncia de qualquer outro, por mais especial que se apresente.

Art. 17. As partes desde já facultam uma à outra ou ao seu representante legal o exame ou vistoria de toda documentação empresarial, contábil e fiscal da sociedade quando bem entender, durante o período que participarem da sociedade.

Art. 18. Saibam quantos este instrumento tiver acesso, que, na melhor forma de direitos, os sócios signatários discriminados, desde já, declaram sob as penas da lei assumir todas e quaisquer responsabilidades, cíveis, comerciais, penais etc. em decorrência deste contrato, assim como pelas informações aqui fornecidas e mencionadas, isentando de todas e quaisquer responsabilidades a empresa contratada para assessorar na redação deste instrumento, bem como as pessoas e seus representantes, que por ventura vieram a redigi-lo, seus atos contínuos, e a promoção dos devidos registros nos órgãos competentes, tratando-se de mera prestação de serviços.

Art. 19. As partes contratantes respondem ilimitadamente, a todo e qualquer tempo, pela exatidão e legalidade de todas as assinaturas constantes neste instrumento, isentando totalmente as testemunhas de quaisquer responsabilidades referentes às mesmas.

Art. 20. Este instrumento possui 07 (sete) páginas numeradas.

E assim, por se acharem justos, certos e contratados, e todos de comum acordo com todas as cláusulas e condições acima estabelecidas, assinam o presente instrumento em 03 (três) vias de igual teor e forma, depois de o terem lido atentamente e achado conforme, em presença de 02 (duas) testemunhas abaixo relacionadas.

São Paulo, 05 de agosto de 2014.

SÓCIOS:

_____ _____

ALEXANDRE MATOS MÁRCIO ALMEIDA

TESTEMUNHAS: (facultativo)

_____ _____

Nome: Nome:

RG n. RG n.

2º Alteração e consolidação de contrato social (Registro Civil das Pessoas Jurídicas):

INSTRUMENTO PARTICULAR DE ALTERAÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL 214

MARAMELO ARQUITETURA S/S LTDA.

3ª alteração contratual

CNPJ (MF) n. _____

Por este instrumento particular e na melhor forma de direito,

SR. ANTONIO CARLOS, brasileiro, maior, casado, arquiteto, nascido em 12/09/58, natural de: Campos/RJ, portador da RG n. _____SSP-SP, expedido em: 10/08/2002; e inscrito no CPF sob o n. _____; filho de: Aparecido Rodrigues Matos e Guilhermina Almeida, residente e domiciliado na Rua Valmor, n. ____ – Parque Eugênio – CEP_____ – São Paulo/SP.

SR. SALVADOR ALMEIDA, brasileiro, maior, casado, arquiteto, nascido em 21/02/58, natural de: Gramado/RS, portador da RG n. _____ SSP-SP, expedido em: 10/08/2002; e inscrito no CPF sob o n. _____; filho de: Leandro Almeida e Marcelina Almeida, residente e domiciliado na Rua Chagas, n. ____ – Parque Vila Lobbos – CEP _____ – São Paulo/SP.

SR. JAIR DOS SANTOS, brasileiro, maior, casado, arquiteto, nascido em 25/02/64, natural de: Alfenas/MG, portador da RG n. _____SSP-SP, expedido em: 10/08/2002; e inscrito no CPF sob o n. _____; filho de: Jair Almeida dos Santos e Felícia Almeida, residente e domiciliado na Rua Monte Carlo, n. ____ – Parque Vila Lobbos – CEP _____ – São Paulo/SP.

Na qualidade de únicos componentes e legítimos proprietários do total de 100% (cem por cento) das quotas sociais da sociedade simples limitada denominada **MARAMELO ARQUITETURA S/S LTDA.**, estabelecida à Rua Matarazzo, n.____ – Lapa – CEP: 05045-000 – São Paulo/SP, inscrita no CNPJ (MF) sob o n. _____, com o seu contrato social de constituição registrado no 3.º Oficial de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica – São Paulo, sob o n. _____, em sessão de 12/09/2006, e última alteração contratual registrada sob n. _____ em sessão de 05/06/2007, resolvem de comum acordo alterá-lo nos termos e disposições seguintes:

1 – Neste ato retira-se da sociedade o sócio SALVADOR ALMEIDA, já qualificado acima, possuidor de 270.000 (duzentos e setenta mil) quotas, no valor total de R$ 270.000,00 (duzentos e setenta mil reais), o qual, neste ato, cede e transfere 135.000 (cento e trinta e cinco mil) quotas, no valor total de R$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais), equivalentes a 50% (cinquenta por cento) das suas quotas, ao sócio ANTONIO CARLOS, já qualificado acima, e o saldo restante de 135.000 (cento e trinta e cinco mil) quotas, no valor total de R$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais), equivalentes a 50% (cinquenta por cento) das suas quotas, ao sócio JAIR DOS SANTOS, já qualificado acima, por esta e na melhor forma de direito, dando à sociedade e esta a ele plena, geral, irrevogável e irretratável quitação de todos os seus direitos e haveres, que possuía referente às quotas ora cedidas e transferidas.

2 – Após alteração dos sócios, o capital social continua sendo de R$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais), totalmente integralizado, em moeda boa e corrente do país, e dividido em 350.000 (trezentos e cinquenta mil) quotas sociais no valor nominal de R$ 1,00 (um real) cada, sendo distribuídas entre os sócios na seguinte proporção:

ANTONIO CARLOS:

175.000 quotas R$ 175.000,00 (cento e setenta e cinco mil reais) 50%

JAIR DOS SANTOS:

175.000 quotas R$ 175.000,00 (cento e setenta e cinco mil reais) 50%

TOTAL

350.000 quotas R$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) 100%

3 – Os administradores declaram, sob as penas da Lei, de que não estão impedidos de exercer a administração da sociedade por: força legal ou condenação criminal, em que a pena que vede, ainda que temporariamente, a possibilidade de administrar, de ter acesso a cargos públicos etc. (CC, art. 1.011, § 1º).

4 – Consolida-se o contrato social revogando todas as disposições em contrário, cujo texto passa a ter a redação mencionada abaixo.

CAPÍTULO I – DENOMINAÇÃO, SEDE, OBJETO E DURAÇÃO

Art. 1º A sociedade simples limitada denominada **MARAMELO ARQUITETURA S/S LTDA.**, estabelecida à Rua Matarazzo, n. _____ – Lapa – CEP: 05045-000 – São Paulo/SP, e reger-se-á por este contrato e pela legislação vigente no país, podendo abrir filiais em todo o território nacional e em outros países, desde que convenha aos interesses da maioria no capital social da sociedade, e aos requisitos das legislações vigentes dos órgãos competentes.

Parágrafo único. A sociedade tem como nome fantasia "**MARAMELO**".

Art. 2º Seu objeto social é o de "elaborar e desenvolver projetos de arquitetura", podendo estas atividades ser alteradas, ampliadas e/ou reduzidas, desde que, convenha aos interesses da maioria da participação no capital social.

Art. 3º O prazo de duração da sociedade limitada é por tempo indeterminado, e teve seu início em 12/09/2006.

CAPÍTULO II – CAPITAL SOCIAL

Art. 4º O capital social continua sendo de R$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais), totalmente integralizado neste ato em moeda boa e corrente do país e dividido em 350.000 (trezentos e cinquenta mil) quotas sociais no valor nominal de R$ 1,00 (um real) cada, sendo distribuídas entre os sócios na seguinte proporção:

ANTONIO CARLOS:

175.000 quotas R$ 175.000,00 (cento e setenta e cinco mil reais) 50%

JAIR DOS SANTOS:

175.000 quotas R$ 175.000,00 (cento e setenta e cinco mil reais) 50%

TOTAL

350.000 quotas R$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) 100%

§ 1º Os sócios concordam com os percentuais destinados a cada um.

§ 2º A responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social, nos termos do art. 1.052 do Código Civil.

CAPÍTULO III – ADMINISTRAÇÃO

Art. 5º A sociedade será administrada pelos sócios ANTONIO CARLOS e JAIR DOS SANTOS, aqui, ambos designados sócios administradores.

§ 1º Os sócios administradores ficam investidos de amplos e gerais poderes para representar a sociedade individualmente, em todas as operações ativas e passivas em geral, incluindo nomear e constituir procuradores, abrir, movimentar, alterar e encerrar contas bancárias em nome da sociedade, cabendo-lhes ainda a responsabilidade de cuidar individualmente de toda parte administrativa, financeira e comercial da sociedade, entre outras operações, incluindo as mencionadas no art. 13 deste instrumento.

§ 2º Por procuração simples e/ou pública específica, os administradores poderão delegar poderes específicos a terceiros para representá-los em assuntos e interesse da sociedade.

§ 3º Na falta de entendimento entre os sócios, em assuntos que impliquem o andamento normal das atividades fins da sociedade, terá maior poder de decisão e responsabilidade o sócio majoritário e/ou os sócios que tiverem a maioria mínima de 3/4 (três quartos) do capital social, nos atos e operações da sociedade.

Art. 6º É vedado o uso da denominação social em negócios estranhos aos interesses da sociedade, ficando inteiramente e individualmente responsável (pessoa física), pelos compromissos assumidos o sócio que infringir este artigo, isentando a empresa e o outro sócio de quaisquer responsabilidades e aborrecimentos.

Art. 7º Apenas os sócios administradores pelo exercício de sua função na empresa, entre outras coisas, terão direito a uma retirada mensal a título de *pro labore*, cujo valor será livremente convencionado entre as partes de comum acordo.

Parágrafo único. A retirada a título de *pro labore* ou distribuição de lucros será feita pelo sócio administrador signatário de acordo com a legislação vigente, após terem sido liquidados todos os compromissos mensais da sociedade ora constituída.

Art. 8º Os administradores declaram, sob as penas da Lei, de que não estão impedidos de exercer a administração da sociedade por: força legal ou condenação criminal, em que a pena que vede, ainda que temporariamente, a possibilidade de administrar, de ter acesso a cargos públicos etc. (CC, art. 1.011, § 1º).

CAPÍTULO IV – EXERCÍCIO SOCIAL

Art. 9º Ao término de cada exercício social, proceder-se-á à elaboração do inventário, do balanço patrimonial e do balanço de resultado econômico.

Parágrafo único. O exercício social coincide com o ano civil, ao final do qual (sempre em 31 de dezembro de cada ano) deverão ser inventariados os bens e elaboradas as demonstrações contábeis.

Art. 10. O resultado do exercício social terá a destinação que for deliberada pelos sócios.

§ 1º Os lucros ou prejuízos apurados serão calculados na proporção das quotas integralizadas de cada sócio, mensalmente, trimestralmente, anualmente, ou de outra forma de comum acordo entre as partes, e a legislação vigente de cada exercício.

§ 2º Os lucros não deverão ser distribuídos entre os sócios em sua totalidade, pois dos mesmos deverá ser retirado uma parte de comum acordo entre os sócios, para que seja formado um fundo de caixa na empresa, para cobrir as despesas ordinárias do mês e/ou período seguinte ao mês e/ou período de apuração e distribuição.

CAPÍTULO V – DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 11. As quotas de capital da sociedade não poderão ser alienadas a terceiros estranhos ao quadro societário, sem que seja oferecida a preferência, em igualdade de condições ao sócio que permanecer na sociedade, devendo o sócio retirante oferecer suas quotas a todos os sócios, sempre por escrito, em correspondência, de que constem as condições da alienação, dirigida a cada sócio.

Parágrafo único. A princípio, é vedado a qualquer um dos sócios adquirirem a totalidade das quotas sociais do sócio retirante, devendo a sua participação ser rateada igualmente entre os sócios que se interessem pela aquisição de sua participação, sendo certo que, caso um ou mais sócios declinem do direito de preferência, a participação do sócio retirante será rateada entre aqueles que se interessem pela aquisição. Após se proceder da forma anteriormente descrita, não deverá restar parte de capital que não tenha sido adquirida pelos sócios que permanecem na sociedade, salvo comum acordo entre as partes.

Art. 12. O sócio que desejar retirar-se da sociedade deverá fazer comunicação por escrito aos sócios remanescentes com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias.

§ 1º Se o sócio remanescente não tiver interesse nas quotas sociais do sócio retirante, deverá o mesmo fazer comunicação por escrito ao sócio que se despede dentro do mesmo prazo acima mencionado; e as quotas poderão ser oferecidas a terceiros, desde que o admitido seja previamente aprovado por ele (sócio remanescente). O sócio retirante deverá apresentar ao sócio remanescente até 03 (três) compradores, pessoas físicas idôneas, com condições financeiras e profissionais para assumir as

obrigações e responsabilidades do sócio retirante e dar continuidade às atividades do mesmo na sociedade. Caso o sócio remanescente não aceite nenhum dos interessados apresentados pelo sócio retirante como sócio, observar-se-á o disposto no § 2º (e seus incisos) deste artigo.

§ 2º Na falta de acordo entre as partes, os haveres do sócio que se despede serão calculados com base em balanço extraordinário levantado na data de seu afastamento da empresa, e pagos em 36 (trinta e seis) prestações mensais e sucessivas acrescidas de juros de 12% (doze por cento) ao ano e correção monetária anual, de acordo com o maior índice legal vigente divulgado pelo governo, vencendo-se a primeira 30 (trinta) dias após a assinatura da alteração contratual. Sendo as despesas totais do balanço extraordinário levantado, assim como da alteração contratual completa, totalmente por conta do sócio retirante, podendo essas despesas ser deduzidas em sua totalidade no valor da primeira prestação a lhe ser paga. O referido balanço, assim como a alteração contratual, deverá ser realizado por um profissional de plena confiança das partes, o qual foi escolhido através de acordo firmado por escrito pelas mesmas.

I – Os juros de 12% (doze por cento) ao ano serão aplicados sobre o valor total da soma das notas promissórias – NP – vencidas dentro de cada período de 12 (doze) meses, devendo ser pagos no primeiro dia útil do mês seguinte, mediante recibo.

II – A correção monetária anual será de acordo com IGP-M (FGV), e/ou outro índice ou método legal que venha a substituí-lo, o qual será aplicado sobre o valor total da soma das notas promissórias, vencidas dentro de cada período de 12 (doze) meses, devendo ser pagos no primeiro dia útil do mês seguinte, mediante recibo.

Art. 13. As deliberações relativas: ao aumento ou à redução do capital; designação ou destituição de administradores, forma de sua remuneração; distribuição de lucros; alteração contratual; fusão, cisão e incorporação; endossos e avais; admissões de novos sócios somente poderão ser processadas por decisões tomadas pela unanimidade dos sócios.

§ 1º A reunião dos sócios será realizada em qualquer época, mediante convocação dos administradores.

§ 2º As demais deliberações serão aprovadas por 3/4 (três quartos) do capital social, salvo nos casos em que a legislação exigir maior quórum.

Art. 14. A sociedade não se dissolve por morte de qualquer um dos sócios, continuando com os herdeiros e/ou sucessores legais, salvo desinteresse desses ou oposição do outro sócio.

Parágrafo único. Na hipótese dos herdeiros e/ou sucessores legais não permanecerem na sociedade, a apuração e o pagamento de seus haveres observarão o disposto no art. 13, §§ 1º e 2º.

Art. 15. Os casos omissos neste instrumento serão resolvidos com observância dos preceitos do Código Civil brasileiro e demais disposições legais vigentes no país.

Art. 16. Para todas as questões oriundas deste contrato, será competente o Foro da sede da sociedade, com renúncia de qualquer outro, por mais especial que se apresente.

Art. 17. As partes desde já facultam uma à outra ou ao seu representante legal o exame ou vistoria de toda documentação empresarial, contábil e fiscal da sociedade quando bem entender, durante o período que participarem da sociedade.

Art. 18. Saibam quantos este instrumento tiver acesso, que, na melhor forma de direitos, os sócios signatários discriminados, desde já, declaram sob as penas da lei assumir todas e quaisquer responsabilidades, cíveis, comerciais, penais etc. em decorrência deste contrato, assim como pelas informações aqui fornecidas e mencionadas, isentando de todas e quaisquer responsabilidades a empresa contratada para assessorar na redação deste instrumento, bem como as pessoas e seus representantes, que por ventura vieram a redigi-lo, seus atos contínuos, e a promoção dos devidos registros nos órgãos competentes, tratando-se de mera prestação de serviços.

Art. 19. As partes contratantes respondem ilimitadamente, a todo e qualquer tempo, pela exatidão e legalidade de todas as assinaturas constantes neste instrumento, isentando totalmente as testemunhas de quaisquer responsabilidades referentes às mesmas.

Art. 20. Este instrumento possui 08 (oito) páginas numeradas.

E assim, por se acharem justos, certos e contratados, e todos de comum acordo com todas as cláusulas e condições acima estabelecidas, assinam o presente instrumento em 03 (três) vias de igual teor e forma, depois de o terem lido atentamente e achado conforme, em presença de 02 (duas) testemunhas abaixo relacionadas.

São Paulo, 02 de agosto de 2014.

SÓCIOS:

_____ _____

ANTONIO CARLOS JAIR DOS SANTOS

_____

SALVADOR ALMEIDA (sócio que se retira)

TESTEMUNHAS: (facultativo)

_____ _____

Nome: Nome:

RG n. RG n.

5

Recuperação de empresas e falência

5.1. HISTÓRICO

Este capítulo também poderia ser chamado “Direito Falimentar” ou “Direito Concursal”, por ser esta a nomenclatura consagrada para o sub-ramo do Direito Empresarial/Comercial que trata sobre a falência do empresário e institutos relacionados. Alguns têm preferido “Direito Recuperacional”, sob a alegação de que a Lei n. 11.101/2005 visa, acima de tudo, a preservação da empresa em detrimento da falência.

A falência na Idade Média estendia-se a todo tipo de devedor (comerciante ou não)[215]. Naquela época, a falência era considerada como um delito, acarretando penas que variavam de prisão à mutilação do devedor.

Surge nessa época a origem do vocábulo “falência”, do verbo latino *fallere*, que significa enganar, falsear.

No Brasil, o Código Comercial de 1850, na sua Parte Terceira, tratava “Das quebras”, arts. 797 a 911, cuja parte processual foi regulamentada pelo Decreto n. 738/1850.

Mais tarde, surgiu o Decreto n. 917/1890 derrogando as disposições anteriores, uma vez que estas não atendiam às condições do comércio brasileiro à época.

Além disso, outras normas vigoraram sobre a matéria até o surgimento do Decreto-lei n. 7.661/45, que foi um importante marco para o Direito Falimentar brasileiro (hoje, revogado pela Lei n. 11.101/2005).

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, vigora a Lei n. 11.101/2005, que disciplina as recuperações extrajudicial e judicial e a falência do empresário individual e da sociedade empresária.

5.2. DECRETO-LEI N. 7.661/45

Para melhor entendermos o Direito Falimentar, é válido fazermos um apanhado geral do Decreto-lei n. 7.661/45, em razão de sua relevância no Brasil.

Tal decreto cuidava da **falência** e **concordata**, dispondo, em seu art. 1º, que era considerado falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não pagasse no vencimento obrigação líquida, constante de título que legitimava a ação executiva.

O sentido da palavra "comerciante" abarcava aqueles que praticavam os atos de comércio, não se devendo esquecer que a **teoria dos atos de comércio** era a adotada pelo Código Comercial de 1850. Ato de comércio equivalia à compra com a intenção de revender (no mesmo sentido do art. 110-1 do Código Comercial francês), além de algumas outras atividades, como a bancária e a securitária.

Na vigência do Decreto-lei n. 7.661/45, a falência era tida como um processo de liquidação do comerciante, a fim de extinguir sua atividade.

Assim, o processo de falência ocorria quando o comerciante estava em estado de insolvência (dívidas maiores que o patrimônio) ou impontualidade (não pagava no vencimento suas obrigações), em que o juiz prolatava uma sentença declarando o estado de falido do comerciante, por não ter condições de efetuar seus pagamentos.

Iniciava-se, então, um levantamento com a apuração de todos os seus créditos, direitos e patrimônio, que posteriormente deveria ser dividido proporcionalmente aos seus credores, como pagamento das dívidas contraídas.

5.2.1. Concordata suspensiva

A concordata basicamente era uma forma de se obter dilação de prazo e/ou remissão parcial dos créditos quirografários. Portanto, ela tinha uma natureza dilatória, remissória ou mista. A expressão "concordata", na acepção inicial, significava concordância ou acordo com credores, mas na vigência do Decreto-lei n. 7.661/45 o instituto acabou assumindo um caráter de favor legal ao devedor, sem necessariamente haver a concordância dos credores.

O Decreto-lei n. 7.661/45 disciplinava a concordata em duas modalidades: a suspensiva e a preventiva.

Especificamente sobre a concordata suspensiva, durante o curso do processo de falência, o comerciante falido podia requerer ao juiz a "suspensão" do processo por meio dela (Decreto-lei n.

7.661/45, arts. 177 e s.).

Dessa forma, o processo de falência era suspenso, com o objetivo de que o devedor pudesse ter a chance de não ter sua atividade extinta.

Para isso, precisava preencher alguns requisitos, por exemplo, oferecer o pagamento mínimo de 35% dos débitos à vista, ou 50% a prazo em até *2* anos.

5.2.2. Concordata preventiva

Também estava previsto, no Decreto-lei n. 7.661/45, arts. 156 e s., a possibilidade de o devedor evitar a declaração judicial da falência requerendo ao juiz a concessão da concordata preventiva.

A concordata preventiva era utilizada antes que algum credor do devedor requeresse em juízo a sua falência. O instituto tinha, assim, a função de "prevenir" o processo de falência.

Contudo, para efetivamente evitar a falência, o comerciante oferecia pagar seus credores quirografários da seguinte forma: (i) 50% dos débitos à vista; (ii) ou a prazo: 60% em 6 meses, 75% em 12 meses, 90% em 18 meses, 100% em 24 meses.

De modo peculiar, no Direito Romano, a concordata era entendida como um simples benefício que o devedor, considerado infeliz e de boa-fé, obtinha do imperador.

5.3. LEI N. 11.101/2005

A Lei n. 11.101/2005, Lei de Recuperação e Falência – LRF, revogou o Decreto-lei n. 7.661/45. Ela mantém o instituto da falência, mas não contempla o da concordata, em qualquer de suas modalidades.

Entretanto, poder-se-ia dizer que as concordatas preventivas e suspensivas (que se processavam em juízo) foram substituídas pela recuperação judicial.

Por sua vez, a recuperação extrajudicial, inovação da Lei n. 11.101/2005, anteriormente poderia ser considerada como a **concordata branca/extrajudicial**, pois, apesar de existir na prática, era proibida pelo Decreto-lei n. 7.661, no seu art. 2º, inc. III.

Concordata branca significava convocar credores para propor dilação de pagamentos, o que era considerado ato de falência, ou seja, que enseja a falência do devedor.

Assim, a Lei n. 11.101/2005 disciplina as recuperações extrajudicial e judicial e a falência do

empresário individual e da sociedade empresária.

No decorrer do texto legal, o legislador chama o “empresário individual” e a “sociedade empresária” simplesmente de “devedor” (LRF, art. 1º), a fim de evitar a repetição das expressões, o que também será adotado daqui por diante.

Ressalta-se ainda que todas as vezes que a lei referir-se a devedor ou falido, a disposição legal se aplica também aos sócios ilimitadamente responsáveis (LRF, art. 190).

Fundamentalmente, as sociedades regulares que têm sócios de responsabilidade ilimitada são: a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comandita por ações e a sociedade em comandita simples. No entanto, é bem verdade, que hoje são raras as sociedades empresárias, submetidas à Lei n. 11.101/2005, que possuem sócios de responsabilidade ilimitada, haja vista que em sua grande maioria são sociedades limitadas ou sociedades anônimas.

É pertinente explicitar que a Lei n. 11.101/2005 trata-se de uma norma multidisciplinar, com regras de direito empresarial, penal, processual etc. Também vale deixar claro o fato de que quando a Lei n. 11.101/2005 for omissa quanto a prazos e regras processuais, especialmente sobre os recursos cabíveis, aplicam-se as disposições do Código de Processo Civil.

5.3.1. Crise da empresa

É importante considerar o fato de que a Lei n. 11.101/2005 visa, primordialmente, viabilizar o saneamento da empresa em crise, ficando a extinção restrita para casos em que a recuperação da atividade não é viável.

Diferentemente do Decreto-lei n. 7.661/45, que tinha por objetivo principal eliminar do mercado o agente econômico sem condições de se manter e cumprir seus deveres, a nova legislação falimentar visa possibilitar a recuperação de agentes econômicos em estado de crise, mas que, no entanto, podem superá-la. Para tanto, a norma fornece condições para alcançar esse fim. Caso não seja possível a recuperação, a norma também contempla o instituto da falência como forma de liquidar a atividade empresarial, mas não é o seu escopo primordial.

Por essa razão, pode-se dizer que a nova legislação tem um aspecto duplo, qual seja, de recuperar e/ou extinguir atividades empresariais em crise[216].

A crise de uma atividade econômica pode ocorrer por várias razões: má gestão; escassez de insumos;

eventos da natureza, como estiagem ou excesso de chuvas; elevação ou diminuição excessiva de preços; crises econômicas mundiais ou regionais etc.

Para Fábio Ulhoa Coelho, a crise de uma empresa pode ser **econômica**, **financeira** ou **patrimonial**[217].

Crise econômica ocorre quando as vendas dos produtos ou a prestação de serviços não são realizadas em quantidade suficiente à manutenção do negócio.

A crise financeira acontece quando o empresário tem falta de fluxo de caixa, dinheiro ou recursos disponíveis para pagar suas prestações obrigacionais.

Já a crise patrimonial se faz sentir quando o ativo do empresário é menor do que o seu passivo e seus débitos superam os seus bens e direitos.

Analisando a possibilidade de se socorrer da recuperação judicial, Jorge Lobo afirma que o "estado de crise econômico-financeira" do devedor é um pressuposto, que está relacionado com o inadimplemento, iliquidez ou insolvência. Inadimplemento quer dizer o não pagamento de obrigação líquida e certa no prazo firmado. Iliquidez significa inadimplemento provisório do devedor, que não consegue cumprir as obrigações em dia, muito embora possua bens suficientes para satisfazer dívidas vencidas e vincendas. Insolvência é o inadimplemento definitivo, que se dá quando o ativo (bens e direitos) é inferior ao passivo (obrigações)[218].

O autor ainda aponta outros fatores que podem ameaçar a continuidade da empresa, como: desentendimento entre sócios ou entre estes e administradores; má administração; erros estratégicos; enfermidade do principal sócio ou administrador; falência de fornecedores ou clientes relevantes; surgimento de concorrentes com preços mais baixos; elevação dos custos operacionais; estoque excessivo; linha de produção obsoleta; entre outros.

Vale considerar que uma empresa pode ter sua crise enquadrada em mais de uma das espécies apontadas. A aplicação da Lei n. 11.101/2005, especialmente para a recuperação, se dá a qualquer destes tipos de crise, apesar de a lei utilizar-se da expressão "crise econômico-financeira".

5.3.2. Princípio da preservação da empresa

Como apontado anteriormente, a Lei n. 11.101/2005 tem uma abordagem peculiar quanto à crise que pode atingir uma atividade empresarial, tendo por escopo primordial a tentativa de sanar a crise econômico-financeira que acomete uma empresa, fornecendo para tanto mecanismos que podem ou não

ser submetidos ao Poder Judiciário, por meio da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial, além de outras negociações que podem ser feitas livremente pelas partes. Apenas em segundo plano, a norma visa extinguir a atividade empresarial que não tenha condições de sobrevida.

Isso decorre do princípio da preservação da empresa, que pode ser entendido como aquele que visa recuperar a atividade empresarial de crise econômica, financeira ou patrimonial, a fim de possibilitar a continuidade do negócio, bem como a manutenção de empregos e interesses de terceiros, especialmente dos credores.

Este princípio é abstraído do art. 47 da Lei n. 11.101/2005, ao expressar que:

"A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica."

O princípio da preservação da empresa no fundo é o grande norteador da Lei n. 11.101/2005, tendo profundos reflexos no ordenamento jurídico como um todo, uma vez que tem guiado posições na jurisprudência e na doutrina acerca da necessidade da preservação da empresa em detrimento de interesses particulares, seja de sócios, de credores, de trabalhadores, do fisco etc., conforme poderemos perceber no estudo que se segue.

Além disso, o princípio da preservação da empresa deve ser visto ao lado do princípio da função social da empresa, que considera o fato de que a atividade empresarial é a fonte produtora de bens para a sociedade como um todo, pela geração de empregos; pelo desenvolvimento da comunidade que está à sua volta; pela arrecadação de tributos; pelo respeito ao meio ambiente e aos consumidores; pela proteção ao direito dos acionistas minoritários etc.

Também, como já apontado anteriormente, toda atividade empresarial, em maior ou menor grau, envolve risco; por isso, o ordenamento jurídico, em especial as leis empresariais, busca estimular o desenvolvimento da atividade econômica por meio de incentivos, como, por exemplo, com regras sobre a separação patrimonial e a limitação de responsabilidade. Assim, o instituto da recuperação de empresa deve ser visto como mais um incentivo ao empreendedorismo, uma vez que se pode contar com essa ferramenta em caso de uma crise afetar a atividade empresarial.

Sem dúvida, hão de aparecer aqueles que vão tentar se aproveitar do princípio da preservação da

empresa a fim de obter vantagens ilícitas e imorais, como aconteceu com a revogada concordata preventiva, mas será preciso combater este tipo de postura, sob pena de a recuperação de empresas cair em total descrédito.

5.3.3. Pessoas e atividades sujeitas à aplicação da Lei n. 11.101/2005

O regime jurídico da Lei de Recuperação e Falência é aplicável às pessoas que desenvolvem **atividades empresariais** (ou seja, o empresário), salvo as exceções que serão estudadas a seguir.

Por atividade empresarial deve ser entendida qualquer atividade econômica organizada e desenvolvida profissionalmente, para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (excluindo-se os de natureza intelectual), à luz do art. 966 do Código Civil.

Assim, a Lei n. 11.101/2005 é aplicável a qualquer atividade econômica que se enquadre no conceito anteriormente citado, seja empresário individual, seja sociedade empresária.

Para fins falimentares não é preciso que o empresário individual ou sociedade empresária esteja regularizado perante o Registro Público das Empresas Mercantis (Junta Comercial), pois mesmo exercendo uma atividade empresarial de fato (sem inscrição) ou irregularmente (embora inscrito, com alguma irregularidade), poderá sua falência ser decretada[219].

Já para efeito de recuperação de empresas judicial ou extrajudicial, o empresário somente faz *jus* a esse benefício legal se estiver devidamente inscrito e regularizado perante o Registro Público das Empresas Mercantis.

Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn, ao posicionarem-se sobre a possibilidade de decretação da falência do empresário irregular ou de fato, lembram que essa é regra na maior parte dos países. E chamam a atenção ao fato de que além de não ter direito à recuperação de empresas, o empresário irregular ou de fato não poderá requerer a falência de outro empresário (art. 97, § 1º, da Lei n. 11.101/2005), da mesma forma como dispunha a norma anterior[220].

Pelo advento da Lei n. 12.441/2011 surgiu a **empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI**. Que, como já visto, trata-se de um empresário individual com direito à limitação de responsabilidade e separação patrimonial.

A fim de não restar qualquer dúvida, a Lei n. 12.441/2011 poderia ter promovido uma alteração na Lei n. 11.101/2005 para constar a EIRELI como sujeita ao regime da falência e recuperação de empresas,

mas não o fez. No entanto, entendemos que a EIRELI se submete à Lei 11.101/2005 pelo fato de que ela, via de regra, será concebida para o desenvolvimento de uma atividade econômica, bem como pelo fato de ser um empresário individual com responsabilidade limitada (ou seja, uma mistura de empresário individual com sociedade empresária), devendo, portanto, haver uma aplicação por analogia da referida norma.

Pelas mesmas razões e fundamentos, entendemos que o **microempreendedor individual – MEI** também se submete à Lei n. 11.101/2005, tanto para a recuperação de empresas quanto para a falência.

É pertinente explicitar o fato de que a submissão à Lei n. 11.101/2005 se dá para o empresário individual e a sociedade empresária com inscrição/registro na Junta Comercial, pois do contrário, se houver o desenvolvimento de uma atividade econômica "informalmente", os credores deverão cobrar seus créditos de acordo com as regras ordinárias do Código de Processo Civil, tema que escapa do objeto de estudo deste livro.

Por isso, que entre outras vantagens, a regularização do empresário e da sociedade empresária lhes asseguram o direito à recuperação de empresas, uso dos livros contábeis como prova em processo judicial e vantagens tributárias. Estas, por exemplo, somente são possíveis se houver um Cadastro Nacional de Pessoas Jurídica – CNPJ fornecido pela Receita Federal do Brasil, após a inscrição ou registro na Junta Comercial, sem prejuízo de outros requisitos.

5.3.3.1. Pessoas e atividades não sujeitas

Existem atividades que não são alcançadas pela Lei n. 11.101/2005, conforme segue (LRF, art. 2º):

1) empresas públicas e de economia mista;
2) bancos públicos ou privados, consórcios;
3) seguradoras, empresas de previdência privada, operadoras de planos de saúde;
4) sociedades de capitalização, cooperativas de crédito;
5) outras que possam ser equiparáveis a essas (p. ex., corretoras de valores mobiliários);
6) cooperativas em geral[221] (para fins de falência, por força da Lei n. 5.764/71, art. 4º);
7) atividades intelectuais: literária, artística e científica (configuradas pelo parágrafo único do art. 966 do Código Civil).

As exclusões citadas ocorrem por opção política do legislador, que reserva tratamentos jurídicos

distintos em caso de problemas financeiros a essas atividades.

Dessa forma, as atividades elencadas anteriormente não estão sujeitas à recuperação e à falência, como forma de processo de execução coletiva contra o insolvente (devedor).

No entanto, muitas têm regimes próprios de liquidação para o caso de insolvência, como os bancos e seguradoras, que são liquidadas para se evitar um risco sistêmico ou em cascata.

Nesse sentido, quando não houver regramento próprio, como no caso de insolvência de atividades intelectuais, aplicam-se as regras da execução contra o devedor insolvente do Código de Processo Civil, arts. 748 e s. [novo CPC, art. 824 e s.].

Com relação às **companhias aéreas**, no passado não podiam impetrar concordata, mas podiam falir. Atualmente, por razões políticas, decorrentes principalmente do caso Varig (em que se buscava recuperá-la), a Lei n. 11.101/2005, tanto para a recuperação de empresas como para a falência, passou a ser aplicável a elas, por força do seu art. 199, que acabou com a proibição prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica – Lei n. 7.565/86, art. 187.

As pessoas que desenvolvem **atividades rurais** somente estarão sujeitas ao regime da legislação de falência e recuperação se o agricultor optar por efetuar sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, à luz dos arts. 971 e 984 do Código Civil, o que o torna equiparado a empresário individual (ou sociedade empresária) [222], ou seja, um empresário rural [223].

5.3.3.2. Cooperativas

A Lei n. 11.101/2005, art. 2º, exclui expressamente a **cooperativa de crédito** de seu regime jurídico para fins de recuperação de empresas e falência. Por sua vez, a Lei n. 5.764/71 (lei da cooperativa), art. 4º, *caput*, afirma que a cooperativa é uma sociedade de pessoas, de natureza civil, não sujeita à falência, devendo sua dissolução e liquidação extrajudicial ser realizadas conforme os arts. 63 a 78 da mesma lei. E, complementando, o Código Civil, art. 982, parágrafo único, prevê que independentemente do seu objeto social, a cooperativa é uma sociedade simples.

Surge então um conflito aparente de normas, pois, de acordo com os arts. 998, *caput*, e 1.150 do Código Civil, a sociedade simples está vinculada ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas. No entanto, apesar de a cooperativa ser considerada por lei sociedade simples, o art. 18 da Lei n. 5.764/71 determina que ela deva ser registrada no Registro Público das Empresas Mercantis (Junta Comercial),

órgão encarregado do registro da sociedade empresária e da inscrição do empresário individual.

Feito esse preâmbulo, e não se questionando as cooperativas de crédito, pois estas não estão mesmo sujeitas à Lei n. 11.101/2005, por força expressa do seu art. 2º, a questão é saber se as **cooperativas em geral** (exceto as de crédito) podem ou não se submeter a norma falimentar e recuperacional.

Quanto ao instituto da **recuperação de empresas** há um vácuo legislativo, o art. 2º da Lei n. 11.101/2005 exclui tão somente as cooperativas de crédito não as demais cooperativas. Já a Lei n. 5.764/71, art. 4º, *caput*, expressa que as cooperativas não se submetem a falência, não mencionando a recuperação de empresas (até porque esta lei foi editada em 1971 e a criação da recuperação de empresas ocorreu em 2005).

Inclusive já há decisões no Poder Judiciário autorizando a recuperação de cooperativas em razão do princípio da preservação da empresa, como, por exemplo, em Minas Gerais, Comarca de Alpinópolis, Processo n. 0009255-05-2011, em que foi deferida a recuperação judicial a uma cooperativa rural. Tem-se justificado a aplicação da recuperação de empresas à cooperativa, quando esta estiver organizada como empresa, ou seja, desenvolvedora de atividade econômica organizada com profissionalidade, visando a produção ou a circulação de bens ou de serviços[224].

Quanto à **falência**, o tema ganha outro contorno, pois mesmo a cooperativa não sendo excluída expressamente pelo art. 2º da Lei n. 11.101/2005, ela está excluída por força da norma que a disciplina, ou seja, pelo art. 4º da Lei n. 5.764/71. Por isso pode-se entender que à cooperativa poderia ser concedida a recuperação de empresas. No entanto, não poderá ela submeter-se à falência, mas sim a liquidação extrajudicial prevista na lei da cooperativa.

Emanuelle Urbano Maffioletti afirma que as cooperativas são consideradas empresas em muitos países. No Brasil apesar de terem um regime jurídico próprio, elas se organizam como empresas, atendendo a todos os requisitos da teoria da empresa, ou seja, exercem atividade econômica de forma profissional e concorrem com as demais empresas. Para o consumidor não há relevância em saber se o produto que ele está adquirindo deriva de uma cooperativa ou de outro tipo de empresa. O que a lei da cooperativa particulariza é a relação interna entre os sócios que são cooperados. Mas, por serem consideradas sociedade simples por opção legislativa, as cooperativas ficam excluídas da lei de falência e recuperação de empresa[225].

Especificamente sobre o instituto da recuperação, Mauro Rodrigues Penteado externa que as

cooperativas não podem se beneficiar da recuperação de empresas[226].

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa afirma que a sociedade cooperativa acabou tendo uma natureza jurídica híbrida, ou seja, está entre a sociedade simples e a sociedade empresária. Sendo que do ponto de vista econômico as cooperativas são empresas, pois colocam no mercado bens e serviços, podendo neste caso ser tidas como sociedades empresárias, acomodando-se perfeitamente ao conceito de empresário previsto no art. 966 do Código Civil; e, consequentemente, no art. 1º da Lei n. 11.101/2005, lembrando que o art. 2º dessa lei exclui apenas as cooperativas de crédito[227].

Feitas essas considerações, entendemos que o instituto da recuperação de empresas pode ser aplicado às cooperativas em geral (não as cooperativas de crédito) por desenvolverem atividade empresarial e em razão do princípio da preservação da empresa (que visa a manutenção dos empregos, o recolhimento de tributos etc.). Porém, as cooperativas não se submetem à falência, mas sim a liquidação extrajudicial por força da exclusão do art. 2º, *caput*, da Lei n. 5.764/71; podendo, se for o caso, na liquidação extrajudicial aplicarem-se subsidiariamente as regras de liquidação das instituições financeiras e as normas falimentares.

5.4. DISPOSIÇÕES COMUNS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL E À FALÊNCIA

Destaca-se que as regras deste item, e suas extensões, são aplicáveis fundamentalmente à recuperação judicial e à falência, mas nem sempre à recuperação extrajudicial, salvo situações excepcionais que serão apontadas expressamente.

5.4.1. Competência e prevenção

Sobre a regra de **competência**, o processamento da recuperação judicial ou extrajudicial e da falência ocorre no juízo (na comarca) estadual do principal estabelecimento do devedor ou da filial que tenha sede (matriz) fora do Brasil (LRF, art. 3º). Além disso, a competência estadual é reforçada pelo texto constitucional ao expressar que não compete à Justiça Federal a apreciação de causas falimentares (CF, art. 109, inc. I).

Sobre competência, vale destacar a Súmula 480 do STJ: “O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação de empresa”.

Essa regra de competência vale para o juiz que **deferir** a recuperação judicial, **homologar** a recuperação extrajudicial ou **decretar** a falência.

A distribuição da recuperação judicial ou falência torna **prevento** o juízo para outros pedidos eventuais (LRF, art. 6º, § 8º). Dessa maneira, **prevenção** é o critério que determina qual o juízo competente para apreciar o processo, que consiste no que primeiro conheceu a causa.

5.4.2. Suspensão da prescrição, das ações e das execuções

O deferimento da recuperação judicial ou a decretação da falência suspende o **prazo prescricional** e as **ações** e **execuções** judiciais contra o devedor (LRF, art. 6º, *caput*). No entanto, as ações trabalhistas e as execuções fiscais não são alcançadas por esta regra, permanecendo seu trâmite nas justiças especializadas (LRF, art. 6º, §§ 1º, 2º e 7º).

Quanto às execuções trabalhistas e à recuperação judicial, há um aparente conflito de interesses, de um lado o trabalhador individual buscando satisfazer seu crédito na justiça do trabalho (quando não estiver contemplado pelo plano de recuperação), de outro a recuperação de uma empresa que se processa em favor da manutenção da empresa, empregos etc.

Diante disso, o STJ tem se manifestado no sentido de que a execução trabalhista individual não pode prevalecer à recuperação da empresa. Isso também vale para a falência, ou seja, as execuções pendentes na justiça do trabalho devem prosseguir no juízo universal [228].

Não se pode deixar passar sem comentar o fato de que o *caput* do art. 6º refere-se expressamente a **suspensão** da prescrição, não interrupção. Assim, vale resgatar a diferença entre ambas. A suspensão faz com que o prazo volte a correr pelo tempo restante. Já a interrupção tem por efeito o fato de que haverá uma recontagem do prazo, iniciando-se novamente.

Manoel Justino Bezerra Filho lembra que a decadência não pode ser suspensa ou interrompida, mas que, no entanto, o referido dispositivo legal cuida apenas da prescrição [229].

Além disso, na **recuperação judicial**, a suspensão da prescrição e das ações e execuções contra o devedor não excederá o prazo improrrogável de **180 dias**, que é contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial (LRF, art. 6º, § 4º). No entanto, vale ressaltar que a jurisprudência vem entendendo que este prazo não deve ser

aplicado isoladamente, pois se há um plano de recuperação em curso, o credor particular deve se submeter a ele e seus respectivos prazos, tendo em vista o princípio da preservação da empresa[230].

5.4.2.1. Sócios solidários e sócios garantidores (avalistas ou fiadores)

Um ponto muito importante que não se pode deixar passar despercebido está no *caput* do art. 6º, da Lei n. 11.101/2005, que tem a seguinte redação:

> "A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário".

A expressão final do dispositivo **sócio solidário** tem dado ensejo a uma grande discussão. Alguns entendem que sócio solidário é tão somente aquele que tem a obrigação solidária firmada em contrato social, conforme o tipo societário adotado pela sociedade, como no caso da sociedade em nome coletivo, em comandita simples ou em comandita por ações. Outros defendem que sócio solidário pode ser entendido também como a figura do sócio que firmou obrigação de **aval** em favor da sociedade devedora, pois o aval é uma garantia que implica a responsabilidade do avalista (na hipótese, o sócio) pelo inadimplemento do devedor principal (no caso, a sociedade). Nesse caso, havendo o deferimento da recuperação judicial não poderia o credor cobrar a dívida do garantidor-avalista, pedir sua falência, nem registrar seu nome em órgão de proteção ao crédito, pois estaria inexigível a cobrança tanto à devedora principal (sociedade) quanto aos garantidores (sócios avalistas). Nesse sentido, Apelação n. 7.166.479-6 do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Referida norma não faz menção expressa aos garantidores, em especial aos avalistas. Porém, esse tema deve ser visto, à luz do ordenamento jurídico, como um conjunto de normas que se complementam. Neste caso é preciso haver uma integração da Lei n. 11.101/2005 com a norma disciplinadora do aval, o Decreto n. 57.663/66 – Lei Uniforme, arts. 30 a 32.

Isso, pois, o instituto do aval, como visto anteriormente, é um tipo de garantia fidejussória solidária e "autônoma", no qual a garantia do avalista persiste, em geral, mesmo que a obrigação principal seja nula ou extinta. Por isso, a propósito, difere-se da fiança, que é garantia acessória e subsidiária, via de regra.

A garantia autônoma do aval está relacionada com o princípio cambial da autonomia, em que se um título representar mais de uma obrigação, cada uma delas será independente em relação à outra, sendo

que a possível invalidade de uma não se estende à outra.

Logo, o entendimento de que o deferimento da recuperação torna inexigível a cobrança contra os avalistas parece-nos equivocado, pois caso torne-se predominante, haverá um esvaziamento do instituto do aval como garantia, bem como muita insegurança jurídica nos negócios mercantis, o que terá por consequência o fato de os credores das sociedades empresárias passarem a exigir tamanhas garantias que provalmente muitos negócios serão inviabilizados.

Além disso, esse tema deve ser visto à luz do disposto no art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005, ao estabelecer que os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados. O avalista é um coobrigado.

Diante do exposto, consideramos que a suspensão da prescrição referida no *caput* do art. 6º, da Lei n. 11.101/2005, não se aplica ao sócio que prestar garantia de aval em favor da sociedade, pois o avalista pode ser cobrado, protestado etc. independentemente de a dívida principal ser exigível ou não contra o devedor principal (a sociedade em recuperação). Esta regra aplica-se somente aos sócios que tenham responsabilidade solidária em razão do tipo societário expresso no contrato social.

Quanto à **fiança**, pela regra geral, por ser uma garantia subsidiária e acessória, que por sua vez extingue-se com o principal, havendo a suspensão da prescrição da dívida principal, a princípio, poderia se defender que a garantia do sócio fiador estaria suspensa, haja vista a impossibilidade de se cobrar o devedor principal. No entanto, o § 1º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, expressa que os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra fiadores. Ou seja, o sócio fiador da sociedade, que obteve o benefício da recuperação judicial, poderá ser cobrado e/ou protestado pela dívida, pois a suspensão não opera a seu favor.

5.4.3. Verificação de créditos

Verificação dos créditos significa realizar um levantamento dos créditos contra o devedor (talvez ficasse mais completo dizer dos débitos do devedor), ou seja, do que ele está devendo.

Esse levantamento será elaborado pelo administrador judicial, figura que será estudada a seguir. O administrador judicial realizará a verificação dos créditos com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor, bem como nos documentos apresentados por credores (LRF, art. 7º, *caput*).

5.4.4. Habilitação de créditos

Realizada a verificação dos créditos, será publicado um edital com a relação de créditos já apurados, para no prazo de **15 dias** os credores apresentarem ao administrador judicial suas **habilitações** (de créditos que não foram relacionados no edital) ou suas **divergências** em relação aos créditos já verificados e relacionados (LRF, art. 7º, § 1º)[231].

A habilitação de crédito deve conter: nome e endereço do credor; valor do crédito; documentos comprobatórios etc. (LRF, art. 9º).

Assim, a partir das informações e documentos colhidos, inclusive os relativos às habilitações, o administrador judicial fará publicar outro edital contendo a relação consolidada de credores (LRF, art. 7º, § 2º). Caso o administrador judicial deixe voluntariamente de relacionar algum crédito, poderá ser obrigado a fazê-lo por ordem judicial[232].

5.4.4.1. Credores retardatários (atrasados)

É possível a admissão de credores retardatários, ou seja, aqueles que habilitam seu crédito após o prazo estabelecido de *15* dias para a devida habilitação.

No entanto, isso tem implicações, pois, na **recuperação judicial**, os credores retardatários serão aceitos, mas não terão direito a voto nas deliberações da assembleia geral de credores; na **falência**, irão perder o direito a rateios eventualmente realizados (LRF, art. 10, §§ 1º e 2º).

Essa regra se dá pelo fato de que um processo não deve se perder ao longo do tempo, por isso o ordenamento jurídico impõe “sanções” ou “perdas” àqueles que demoram a externar seu direito[233].

5.4.5. Impugnação de crédito

Qualquer credor, o próprio devedor ou o Ministério Público poderá impugnar a relação de credores, quando for: ilegítima; caso de ausência de crédito; divergência de valor etc.[234].

Sobre o prazo para impugnação, é de **10 dias** a contar da publicação do edital com a relação de credores, ou seja, o segundo edital previsto no § 2º do art. 7º (LRF, art. 8º).

Cada impugnação de crédito será autuada em separado do processo principal (LRF, art. 13, parágrafo único).

5.4.6. Administrador judicial

Administrador judicial é um auxiliar qualificado do juiz. Ele não é representante dos credores, assim como também não é representante do devedor.

Essa figura do administrador judicial substituiu a do síndico, que tinha previsão no Decreto-lei n. 7.661/45. Normalmente o nomeado como síndico era o maior credor, caso não aceitasse seria o segundo maior credor, e assim por diante. Alguns países como Portugal e Argentina ainda utilizam o vocábulo síndico em suas normas concursais mais recentes.

É importante atentar-se ao fato de que o administrador judicial será nomeado pelo juiz. Deverá ser um profissional idôneo, **preferencialmente**: advogado, contador, administrador de empresas ou economista. Pode ainda ser uma pessoa jurídica especializada (LRF, art. 21).

Eventualmente, o administrador judicial poderá não ter uma das qualificações citadas, quando, por exemplo, não houver pessoa com formação na comarca em que foi ajuizado o processo; ou pode ocorrer que, mesmo englobando todas as qualificações, a pessoa resolva não aceitar o "cargo".

É preciso também considerar que o administrador pode contratar auxiliares para ajudá-lo em suas atribuições, como contadores, escriturários etc.

5.4.6.1. Deveres

Vários são os deveres do administrador judicial. Alguns desses deveres são comuns à recuperação judicial e à falência e outros são específicos a cada caso. Iremos começar com os deveres **comuns** e, em seguida, passaremos aos **especiais** (LRF, art. 22):

Deveres comuns na **recuperação judicial** e na **falência** (LRF, art. 22, I):

1) enviar correspondência aos credores comunicando sobre o processo;
2) fornecer informações aos credores;
3) consolidar o quadro-geral dos credores etc.

Já os deveres específicos na **recuperação judicial** são (LRF, art. 22, II):

1) fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação;
2) requerer a falência no caso de o devedor descumprir suas obrigações;
3) apresentar relatórios ao juiz etc.

Por sua vez, os deveres específicos na **falência** são (LRF, art. 22, III):

1) relacionar os processos em que o devedor é parte (autor e réu), bem como assumir a representação judicial da massa falida;

2) apresentar relatório sobre as causas (motivos) da falência;

3) arrecadar bens e documentos do devedor;

4) contratar avaliadores para precificar os bens;

5) requerer ao juiz a venda antecipada de bens (p. ex., em caso de produtos perecíveis);

6) diligenciar cobranças de dívidas;

7) praticar atos para realização do ativo e pagamento do passivo (p. ex., fazer anúncio da venda de bens);

8) prestar contas no término do processo etc.

Um ponto importante da atuação do administrador judicial se dá quanto ao fato de que na recuperação judicial ele exerce um papel de fiscalização da gestão, enquanto na falência de gestor efetivo do negócio.

Sob o prisma do direito **tributário**, o administrador judicial pode ser tido como responsável pessoal e solidário pelo recolhimento de tributos devidos pela massa se em razão de sua culpa. Essa previsão decorre do Código Tributário Nacional – CTN, art. 134, inc. V, cc. art. 135, inc. I.

O CTN expressa em sua redação o "síndico", lembrando que se trata de figura jurídica substituída pelo administrador judicial [235].

5.4.6.2. Destituição e renúncia

Não cumprindo com suas atribuições, o administrador judicial pode ser **destituído** pelo juiz, que, então, nomeará outro. A propósito, a lei atribui ao novo administrador o dever de elaborar relatórios, organizar as contas e apontar as responsabilidades do seu antecessor (LRF, art. 23, parágrafo único).

A decisão do juiz que opta por destituir o administrador judicial deve ser motivada, ou seja, deve levar em conta a gravidade do ato ou da omissão ou o impedimento legal ao exercício do cargo; e não meras alegações de amizade ou inimizada com parte interessada no processo. Além disso, é importante o magistrado levar em conta uma possível defesa apresentada pelo administrador [236].

Além disso, o administrador judicial pode **renunciar** (LRF, art. 24, § 3º, e art. 22, inc. III, *r*).

Em caso de renúncia, isso ocorre não por decisão judicial motivada, mas, sim, por um ato de sua iniciativa, independentemente do motivo.

5.4.6.3. Remuneração

O administrador judicial tem direito à remuneração. É o juiz quem fixará tanto a forma (periodicidade) quanto o valor da remuneração do administrador (LRF, art. 24).

A remuneração do administrador não pode exceder a 5% dos valores devidos na recuperação judicial ou do valor da venda dos bens da massa falida (LRF, art. 24, § 1º).

Do montante devido ao administrador judicial, serão reservados 40% para pagamento após ele ter apresentado suas contas e o relatório final ao término do processo (LRF, art. 24, § 2º)[237].

Por força da Lei Complementar – LC n. 147/2014, foi incluído o § 5º ao art. 24 da Lei n. 11.101/2005 o qual prevê que, no caso de microempresas e empresas de pequeno porte, a remuneração do administrador judicial fica limitada a dois por cento.

É de responsabilidade do devedor, ou da massa falida, o pagamento da remuneração do administrador judicial, bem como das pessoas contratadas para auxiliá-lo (LRF, art. 25).

Em caso de destituição ou renúncia do administrador judicial, ele fará *jus* à remuneração proporcional aos serviços realizados, excluindo-se caso de desídia (inércia), culpa, dolo ou descumprimento das obrigações fixadas em lei, em que não terá direito à remuneração (LRF, art. 24, § 3º).

Destaca-se que, como será visto a seguir, a remuneração do administrador judicial e dos auxiliares são créditos extraconcursais, devendo ser pagos antes de qualquer credor do falido.

5.4.7. Comitê de credores

Comitê significa grupo encarregado de resolver assuntos específicos. O comitê de credores é um "órgão" que tem a função de representar os credores no processo de recuperação de empresas ou falência.

Ressalta-se que a criação desse órgão tem o objetivo de evitar que, para toda e qualquer decisão, fosse necessário convocar todos os credores do devedor. Nesse sentido, o comitê de credores, como órgão representativo, tem alguns poderes legais de decisão.

Paulo Sérgio Restiffe afirma ser o comitê de credores um órgão de natureza fiscalizatória, cuja constituição é facultativa, ficando a cargo de deliberação pela assembleia geral de credores[238-239].

5.4.7.1. Composição

Em relação à formação desse órgão colegiado, ela é constituída pelos próprios credores em número de **três**, e a sua composição se dá com (LRF, art. 26):

I – um representante indicado pelos credores trabalhistas;

II – um representante indicado pela classe de credores com direitos reais de garantia (penhor, hipoteca) e com privilégios especiais;

III – um representante indicado pelos credores quirografários (comuns) e com privilégios gerais;

IV – um representante indicado pela classe de credores representantes de microempresas e empresas de pequeno porte.

É preciso considerar que o representante de cada classe terá **dois suplentes**.

Destaca-se que a falta de representante de alguma classe não prejudica a funcionalidade do Comitê, que pode funcionar com número reduzido (LRF, art. 26, § 1º).

Sobre a nomeação dos representantes, ela irá ocorrer por deliberação em assembleia geral de credores (LRF, art. 26, *caput*).

Entretanto, a nomeação do representante e dos suplentes, bem como as respectivas substituições, poderá ser determinada pelo juiz mediante pedido escrito da maioria dos credores de cada classe, independentemente de assembleia (LRF, art. 26, § 2º).

5.4.7.2. Atribuições

Várias são as atribuições do comitê de credores. Algumas são comuns à recuperação judicial e à falência e outras são específicas à recuperação judicial (e não à falência). Iremos iniciar com as atribuições **comuns** e, em seguida, passaremos para as **especiais** (LRF, art. 27).

Atribuições comuns na **recuperação judicial** e na **falência** (LRF, art. 27, I):

1) fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial;

2) comunicar ao juiz a violação de direitos dos credores;

3) requerer ao juiz a convocação de assembleia geral de credores;

4) apurar e emitir parecer sobre quaisquer reclamações dos interessados etc.

As atribuições especiais na **recuperação judicial** são (LRF, art. 27, II):

1) fiscalizar a administração do devedor, emitindo relatórios mensais sobre a situação;

2) verificar se o plano de recuperação está sendo cumprido etc.

Na falta do comitê de credores, as funções a ele concernentes serão exercidas pelo administrador judicial, ou pelo juiz, em caso de incompatibilidade do administrador judicial (LRF, art. 28).

5.4.7.3. Remuneração

Os membros do comitê de credores não terão sua remuneração custeada pelo devedor (na recuperação judicial) ou pela massa falida (na falência), mas, sim, pela disponibilidade de caixa (LRF, art. 29).

Porém, ainda que não remunerado, o representante deverá ter interesse no deslinde do processo, o que o motivaria a se empenhar mesmo sem receber remuneração.

5.4.8. Regras gerais para administrador judicial e membros do comitêde credores

Assim que forem nomeados, o administrador judicial e os membros do comitê de credores serão intimados para, no prazo de **48** horas, assinarem um "termo de compromisso" de bom desempenho de responsabilidades (LRF, art. 33).

Se, por acaso, não assinarem o termo no prazo, o juiz nomeará outro administrador judicial (LRF, art. 34).

5.4.8.1. Impedidos

Não poderá ser administrador judicial ou membro do comitê de credores pessoa que ao exercer, nos últimos 5 anos, um dos cargos tenha: (i) sido destituído; (ii) deixado de prestar contas; ou (iii) tido suas contas desaprovadas (LRF, art. 30, *caput*). Essa regra não se aplica no caso de renúncia do administrador.

Também não poderá exercer essas funções pessoas que tenham alguma relação com o devedor, como: (i) parentes até o 3º grau; (ii) amigos; (iii) inimigos ou (iv) representantes do devedor (LRF, art. 30, § 1º).

A propósito, o juiz poderá destituir o administrador judicial ou o membro do comitê de credores quando estes não estiverem cumprindo com suas obrigações.

Contudo, o devedor, qualquer credor ou o Ministério Público pode fazer o requerimento, que será apreciado pelo juiz em *24* horas (LRF, art. 30, §§ 2º e 3º). Mas vale destacar que a destituição pode inclusive ser de ofício (LRF, art. 31, *caput*).

5.4.8.2. Responsabilidade

No que se refere à responsabilidade, o administrador judicial e os membros do comitê de credores respondem pelos prejuízos causados à massa falida, ao devedor ou aos credores por atuar com dolo ou culpa.

Quando essa atuação se der por meio de decisão do comitê de credores, o membro dissidente (que discordar da decisão) deve fazer constar seu voto divergente para eximir-se da responsabilidade (LRF, art. 32).

5.4.9. Assembleia geral de credores

Lembre-se de que **assembleia** significa reunião de pessoas para determinado fim.

Assembleia geral de credores é um órgão colegiado, composto por credores do devedor, exceto os tributários, como será visto a seguir.

No geral, em suas atribuições (que serão vistas adiante), a assembleia geral de credores é soberana, não podendo o juiz se sobrepor às suas decisões, salvo casos de comprovada fraude e violação do ordenamento jurídico quanto às normas de ordem pública[240].

5.4.9.1. Composição

A assembleia geral de credores é composta dos credores do devedor.

Porém, é preciso destacar que não são todos os credores que constituem a assembleia. Apenas os credores das seguintes classes podem fazer parte da assembleia geral de credores: trabalhistas, acidentários, com garantias reais, privilegiados (geral e especial), quirografários, subordinados e aqueles enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte (LRF, art. 41).

Assim, os credores tributários não fazem parte da assembleia. Como veremos adiante, os créditos tributários não podem fazer parte da recuperação de empresas, judicial ou extrajudicial; já na falência

fazem parte do concurso de credores, mesmo sem compor a assembleia.

5.4.9.2. Atribuições

A assembleia geral de credores possui algumas atribuições na recuperação judicial e na falência (LRF, art. 35):

Na **recuperação judicial**, as atribuições da assembleia geral de credores são (LRF, art. 35, I):

1) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor;
2) constituição do comitê de credores e escolha de seus membros (na escolha dos respectivos membros do comitê, somente os credores de cada classe poderão votar, conforme o art. 44); o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor;
3) qualquer matéria de interesse dos credores etc.

Na **falência,** as atribuições da assembleia geral de credores são (LRF, art. 35, II):

1) adoção de outras modalidades de realização do ativo (além das previstas na Lei, art. 142, e de acordo com o art. 145);
2) constituição do comitê de credores e escolha de seus membros (vale a idêntica consideração de que, na escolha dos respectivos membros do comitê, somente os credores de cada classe poderão votar, conforme o art. 44).
3) qualquer matéria de interesse dos credores.

5.4.9.3. Convocação, instalação e votação

É preciso levar em consideração que a convocação da assembleia geral de credores é feita pelo juiz, por meio de edital publicado no órgão oficial e em jornais de grande circulação nas localidades da sede (matriz) e das filiais, com antecedência mínima de **15 dias** (LRF, art. 36, *caput*).

No edital deve constar: local, data e hora da realização da assembleia; ordem do dia (matérias a serem deliberadas); local para se obter o plano de recuperação judicial a ser submetido à deliberação (quando for o caso) etc. (LRF, art. 36, I a III).

Ressalta-se também o fato de que a assembleia geral de credores será presidida pelo administrador judicial (LRF, art. 37).

Com relação à instalação da assembleia, irá ocorrer em **primeira convocação** (chamada) com a

presença de credores titulares de mais da metade dos valores dos créditos de cada classe.

Se for caso de **segunda convocação** (chamada), a instalação da assembleia geral de credores terá início com qualquer número em cada classe (LRF, art. 37, § 2º), ou seja, em segunda convocação, a assembleia iniciará independentemente da porcentagem dos valores dos créditos em cada categoria de credores.

O voto do credor na assembleia será proporcional ao valor de seu crédito (LRF, art. 38), a não ser no caso de aprovação do plano de recuperação judicial, cujos votos dos credores trabalhistas são contabilizados unitariamente (*per capita*), independentemente do valor de seus créditos (LRF, art. 45, § 2º cc. art. 41, I). Também, vale mencionar uma hipótese de contagem mista criada pela norma, consistindo no fato de que em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes (LRF, art. 45, § 1º).

Contudo, a aprovação do plano de recuperação judicial, em assembleia, deve ocorrer em todas as classes de credores (LRF, art. 45). Cada uma das classes deve aprovar o plano para que assim o juiz homologue-o, pois, se uma delas não o fizer, o plano não poderá seguir adiante, inviabilizando a recuperação da empresa e acarretando a sua decretação de falência.

Nos Estados Unidos, quando uma das classes de credores não aprova o plano de recuperação, o juiz pode suprir isso, ao aprovar o plano desde que cumpridas as exigências do § 1º do art. 58, o que será visto adiante.

5.5. RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

O instituto da recuperação de empresas é uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, trazido pela Lei n. 11.101/2005, porém já é mais experimentada em outros países, como Estados Unidos e França.

No ordenamento jurídico brasileiro, até 2005, o que tínhamos era a concordata, preventiva e suspensiva.

Lembre-se de que a Lei n. 11.101/2005 revogou o Decreto-lei n. 7.661/45, que tinha como princípio fundamental tirar do mercado o comerciante “doente”, com problemas financeiros ou econômicos.

Por sua vez, a Lei n. 11.101/2005 possui uma visão mais moderna, que busca recuperar a empresa que

está em crise. Apesar de ser relativamente recente no Brasil, aos poucos o número de recuperação de empresas vem aumentando no cenário nacional.

A recuperação da empresa não se esgota na simples satisfação dos credores, como a falência. É uma tentativa de solução para a crise econômica de um agente econômico, enquanto uma atividade empresarial. Isso ocorre porque a recuperação tem por objetivo principal proteger a atividade empresarial, não somente o empresário (empresário individual ou sociedade empresária).

Além disso, podemos completar dizendo que é uma tentativa de saneamento/reorganização da empresa em crise, a fim de evitar o processo falimentar[241].

De acordo com a Lei n. 11.101/2005, a recuperação de empresa pode ser **judicial** e **extrajudicial** (arts. 1º, 47 e 161). A lei também prevê uma modalidade diferenciada para a recuperação da ME (microempresa) e da EPP (empresa de pequeno porte).

Alguns têm **classificado** a recuperação de empresas em três categorias: recuperação ordinária (a judicial); recuperação extraordinária (a extrajudicial); e recuperação especial (a da ME ou da EPP).

Outra classificação possível seria a de que a recuperação especial fosse uma subespécie da recuperação ordinária (judicial), haja vista que no fundo a recuperação da ME ou da EPP é uma recuperação judicial, mas revestida de algumas características menos burocráticas, como veremos adiante.

5.5.1. Recuperação judicial

Recuperação de empresa judicial é aquela que é processada integralmente no âmbito do Poder Judiciário, por meio de uma ação judicial, com rito processual próprio, visando a solução para a crise econômica ou financeira da empresa.

É preciso não se esquecer de que a recuperação judicial tem por objetivo (LRF, art. 47):

1) possibilitar a superação do estado de crise econômico-financeira do devedor;
2) manter a fonte produtora (de riquezas);
3) manter os empregos e os interesses dos credores;
4) promover a preservação da empresa e sua função social, bem como estimular a atividade econômica.

Quanto à **natureza jurídica** da recuperação judicial, Jorge Lobo aporta haver divergência. Os privatistas entendem ser a recuperação judicial um instituto do direito privado. Já os publicistas, do

direito público. No entanto, o autor prefere situar a recuperação de empresas como instituto do direito econômico. Isso, pois, considera que este ramo do Direito, o direito econômico, está em uma zona intermediária entre o direito privado e o público, alinhado ao fato de que a recuperação está pautada não necessariamente pela ideia de justiça, mas de eficácia técnica ao criar condições que propiciem às empresas em crise se reestruturarem, prevalecendo os interesses coletivos, ainda que isso resulte em sacrifício parcial de credores[242].

Por isso, para o referido autor, a recuperação de empresas teria como **fundamento** a ética da solidariedade, em que se visa atender aos interesses das partes envolvidas e harmonizar os direitos de cada um em vez de estabelecer o confronto entre devedor e credores; sendo, portanto, um procedimento de sacrifício.

5.5.1.1. Créditos abrangidos e não abrangidos

Somente alguns dos créditos (relacionados no art. 83 da Lei n. 11.101/2005, que serão estudados adiante) estão sujeitos à recuperação judicial, vencidos ou a vencer (LRF, art. 49), ou seja, os credores trabalhistas e acidentários, os quirografários, os com garantia real, os com privilégio especial ou geral e os subordinados.

Não são abrangidos pela recuperação judicial os seguintes créditos:

1) de natureza **tributária** (LRF, art. 57 cc. CTN, art. 187);
2) dos credores do devedor (em recuperação judicial) **contra os coobrigados**, fiadores e obrigados de regresso (LRF, art. 49, § 1º);
3) decorrentes de importâncias entregues ao devedor como adiantamento em contrato de câmbio para exportação – ACC (LRF, art. 49, § 4º cc. art. 86, II);
4) do arrendador mercantil (contrato de *leasing*), do proprietário fiduciário, do promitente vendedor de imóvel cujos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, do proprietário em contrato de venda com reserva de domínio (LRF, art. 49, § 3º).

Isso se dá em razão da preservação do direito real sobre a propriedade do bem, que tem o alienante ou promitente em detrimento do adquirente pelo fato de ter havido um inadimplemento contratual deste.

Assim, esses credores poderão exercer seus direitos contra o devedor a margem do processo de recuperação, podendo efetuar cobrança, execução, reintegração de posse ou busca e apreensão, a depender do caso. Mas vale esclarecer que o exercício destes direitos assegurados a estes credores

poderá inviabilizar a recuperação judicial da empresa, especialmente se grande parte de sua dívida tiver relação com estes credores.

O § 3º do art. 49 assevera que se tratando de bens de capital[243] essenciais ao desenvolvimento da atividade empresarial eles não poderão ser retirados do estabelecimento pelo prazo de **180 dias**, previsto no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005.

Quanto aos possíveis efeitos que este tipo de opção legislativa pode provocar na economia por não estender a recuperação a todos os credores, vale resgatar as palavras de Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi. Eles afirmam que há evidência empírica indicando que uma boa proteção aos credores leva a juros mais baixos e a um mercado de crédito mais ativo, exemplificando que nos Estados Unidos há estudos demonstrando que a taxa de juros é mais alta nos estados norte-americanos cuja legislação é mais protetiva aos devedores[244].

Sobre a proteção ao proprietário fiduciário em detrimento de outros credores do devedor, sua disciplina jurídica é complementada pelas disposições previstas no Decreto-lei n. 911/69. Remetemos o leitor ao item sobre alienação fiduciária deste livro, no capítulo sobre contratos mercantis.

Frise-se que a propriedade fiduciária constitui-se com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, no **Registro de Títulos e Documentos** do domicílio do devedor; ou, no caso de veículos, na **repartição competente para o licenciamento**, fazendo-se a anotação no certificado de registro (CC, art. 1.361, § 1º). O desrespeito a essa exigência do registro implica caracterização do crédito como sendo quirografário[245].

5.5.1.2. Requisitos e pressupostos

Quem pode requerer a recuperação judicial, em juízo, é o devedor – empresário individual ou sociedade empresária – (LRF, art. 48), desde que atenda aos seguintes requisitos:

1) exerça regularmente a atividade empresarial por mais de **2 anos**;

Por força do § 2º do art. 48, incluído pela Lei n. 12.873/2013, no caso de atividade rural exercida por pessoa jurídica, este prazo de dois anos pode ser comprovado pela DIPJ – Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica – desde que tenha sido entregue tempestivamente.

2) não ter obtido concessão de recuperação judicial há pelo menos **5 anos**;

3) não ter obtido concessão de recuperação especial (instituto que será tratado adiante) para

microempresa ou empresa de pequeno porte há pelo menos **5 anos**;

4) não ser falido (se foi no passado, que no presente esteja reabilitado com sentença declarando extintas suas responsabilidades);

5) não ter sido condenado por crimes concursais/falimentares (crimes previstos na Lei n. 11.101/2005).

Vale destacar que os requisitos previstos no art. 48 da Lei n. 11.101/2005 são cumulativos.

O primeiro requisito, estabelecido pelo art. 48, reflete a regra prevista no revogado Decreto-lei n. 7.661/45, art. 158, inc. I, no que tange à necessidade do exercício do comércio há mais de dois anos, a fim de que se pudesse obter a concordata preventiva.

Quanto a exercer regularmente a atividade empresarial, cabe explicitar que apenas o empresário (individual ou sociedade empresária) devidamente inscrito no Registro Público das Empresas Mercantis poderá requerer a recuperação judicial, não cabendo esse direito a quem exerça atividade empresarial de fato ou irregularmente.

Há uma corrente minoritária que chega a defender a possibilidade de concessão da recuperação judicial para atividades exercidas de fato ou irregularmente, como no caso de uma sociedade em comum. Para tanto, invocam o princípio da preservação da empresa visando a manutenção dos empregos, a fonte produtora etc. Apesar de este princípio ser o grande norteador da Lei n. 11.101/2005, sem dúvida, ele não é absoluto a ponto de se sobrepor a todo o sistema empresarial que confere benefícios (como é o caso da recuperação judicial) a quem esteja desenvolvendo sua atividade regularmente.

O requisito de "não ser condenado por crimes concursais/falimentares" poderia ser visto como redundante, no entanto, não o é. Isso, pois, numa leitura precipitada, poderia se levar em conta que o condenado por este crime precisaria ser falido; mas na verdade existem pessoas que podem ser condenadas por crime concursal/falimentar sem ter falido, como o administrador judicial e outros previstos no art. 179 da Lei n. 11.101/2005.

Jorge Lobo, ao estudar a recuperação judicial, expressa que há **pressupostos** de cunho subjetivo e objetivo. O pressuposto **subjetivo** está relacionado com a legitimidade para requerer a recuperação judicial. Podem requerê-la o empresário individual e a sociedade empresária, o que a Lei n. 11.101/2005, art. 1º, denomina simplesmente devedor.

Por sua vez, o pressuposto **objetivo** é o "estado de crise econômico-financeira" do devedor, que está relacionado com o inadimplemento das prestações obrigacionais, de forma provisória ou definitiva,

conforme discorremos no item da crise da empresa[246].

Por fim, o direito de se requerer a recuperação judicial também pode ser exercido pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente (LRF, art. 48, § 1º).

5.5.1.3. Meios de recuperação

Antigamente, de acordo com o Decreto-lei n. 7.661/45, a concordata era a única forma existente de o devedor, que não dispunha de recursos suficientes, evitar sua falência. A concordata consistia-se basicamente em: (i) um perdão parcial dos débitos; (ii) a dilação dos prazos de pagamentos; ou (iii) a combinação de ambas as hipóteses.

Por sua vez, de modo diferente, a Lei n. 11.101/2005 traz várias maneiras de o devedor evitar sua falência utilizando-se da recuperação judicial (LRF, art. 50):

1) concessão de prazos e condições especiais (p. ex., descontos) para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;
2) transformação, cisão, fusão ou incorporação da sociedade;
3) trespasse ou arrendamento do estabelecimento;
4) venda parcial dos bens;
5) redução salarial, compensação de horas e redução de jornada (mediante acordo ou convenção coletiva);
6) administração compartilhada;
7) usufruto da empresa (que pode ser feito por meio da formação de uma co-operativa dos trabalhadores que irá gerir o negócio);
8) alteração do controle acionário;
9) constituição de sociedade de credores;
10) aumento de capital social;
11) emissão de valores mobiliários etc.

O art. 50 da Lei n. 11.101/2005, além dos meios que enumera, que podem ser tidos por **típicos**, autoriza a adoção de quaisquer outros métodos para recuperar a empresa. Seriam meios **atípicos** de recuperação quanto à previsão legal.

Obviamente, qualquer possibilidade atípica será permitida desde que não atente à norma de ordem pública, à moral, à boa-fé e à função social do contrato.

Além disso, poderá haver a combinação das possibilidades elencadas pela lei. Igualmente elas também podem ser associadas a outras não previstas pela norma.

Sidnei Agostinho Beneti, ao afirmar que a lei apenas enumera as possibilidades de forma **exemplificativa** e não exaustiva, aponta que a norma deixou aberta à criatividade dos empresários e dos juristas outras possibilidades de recuperação de uma empresa em crise[247].

5.5.1.4. Pedido e processamento judicial

No aspecto processual, a lei se expressa no sentido de que a recuperação judicial é uma ação. Para tanto, deve-se ajuizá-la por meio de uma **petição inicial** do devedor, a qual deverá ser instruída com uma série de documentos e informações, conforme prevê o art. 51:

1) exposição das causas da crise econômico-financeira;
2) relação completa dos credores;
3) relação dos empregados e débitos pendentes;
4) extratos bancários atualizados;
5) certidões de cartórios de protesto;
6) relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores;

Este requisito tem a finalidade de verificar se os sócios não estão enriquecendo em detrimento da empresa, ou, conforme o art. 82, para eventual ação de apuração de responsabilidade pessoal contra os sócios. Trata-se de um dispositivo bastante questionável, especialmente sob o prisma de o devedor ter de apresentar previamente o seu patrimônio para eventual penhora do credor em ação futura, contrariando a dinâmica processual ordinária.

7) certidão de regularidade no Registro Público de Empresas Mercantis – Junta Comercial;

É importante salientar que o empresário irregular, entre outras implicações, não faz *jus* à recuperação de empresas, haja vista ser um direito assegurado ao empresário individual e à sociedade empresária devidamente inscritos/registrados na Junta Comercial.

Ressalte-se que existem muitas sociedades que apesar de registradas na Junta Comercial estão irregulares, pois o Código Civil de 2002 estabeleceu um prazo para que elas ajustassem seus contratos sociais às disposições desta norma, o que, apesar de passados vários anos, ainda não foi realizado por muitas sociedades. Logo, estão irregulares, prejudicando o atendimento deste requisito.

8) relação das ações judiciais em que for parte (autor e réu);

9) demonstrações contábeis dos *3* últimos exercícios;

10) demonstrações contábeis levantadas exclusivamente para instruir o pedido, compreendendo balanço patrimonial, demonstrações de resultados etc.

Ressalta-se que as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados, em vez das demonstrações citadas exigidas (LRF, art. 51, § 2º).

Estando em ordem a documentação, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato-despacho (LRF, art. 52):

1) nomeará administrador judicial;

2) ordenará a suspensão das ações e execuções em curso contra o devedor; e

3) determinará a expedição de edital com:

(i) resumo do pedido,

(ii) relação de credores,

(iii) advertência sobre os prazos para habilitações de créditos, e

(iv) alerta quanto ao prazo para os credores apresentarem objeções (oposição, obstáculo, impedimento, contestação) ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor.

Contudo, após o deferimento de seu processamento pelo juiz, o devedor não poderá desistir do seu pedido de recuperação judicial, a não ser que receba aprovação da assembleia geral de credores (LRF, art. 52, § 4º).

5.5.1.5. Plano de recuperação

O plano de recuperação judicial consiste na estratégia traçada para se recuperar a empresa em crise. Esta estratégia pode ser criada pelo próprio empresário, advogado ou profissional contratado para tal fim. No mercado existem empresas especializadas em elaborar estratégias para a recuperação empresarial, as quais contam com profissionais de diversas áreas: contabilidade, economia, administração de empresas, direito etc.

A partir da publicação da decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial, o devedor terá o prazo, improrrogável, de **60 dias** para apresentar em juízo o plano de recuperação judicial (LRF, art. 53). No Brasil, apenas o devedor tem a prerrogativa de apresentar o plano de recuperação judicial.

Caso o devedor não o apresente no prazo, a recuperação judicial será convertida em falência (LRF, art. 53 cc. art. 73, II)[248].

Dependendo da complexidade da atividade empresarial, elaborar um plano de recuperação em *60* dias pode ser algo complicado e difícil. Por isso, na prática, muitas vezes se começa a trabalhar na elaboração do plano, e até mesmo na negociação com credores, antes de o juiz se pronunciar ou mesmo antes de se ajuizar a recuperação. Como já dito, há empresas especializadas na elaboração de plano de recuperação, bem como em diagnosticar as causas da crise.

Este plano de recuperação pode envolver qualquer possibilidade prevista no art. 50 da Lei n. 11.101/2005 (concessão de prazos ou descontos; transformação, cisão, fusão ou incorporação da sociedade; trespasse ou arrendamento do estabelecimento etc.), podendo haver a combinação de mais de uma delas, sem prejuízo da adoção de alternativas não previstas pela referida norma, mas por ela autorizada no mesmo dispositivo legal.

5.5.1.5.1. Requisitos

O plano de recuperação judicial deve conter os seguintes requisitos (LRF, art. 53, I a III):

1) meios detalhados de recuperação a ser utilizados (conforme o art. 50);
2) laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada;
3) demonstração de sua **viabilidade econômica**.

Por viabilidade econômica entenda-se a chance que a empresa tem de se recuperar, ou seja, ela deverá apresentar condições mínimas para ser saneada e assim poder obter o favor legal da recuperação judicial. As condições mínimas podem consistir, por exemplo, em ter um ativo imobilizado que em parte será alienado a fim de pagar os débitos; no fato de sua marca (e/ou seus produtos e serviços) ter boa aceitação no mercado etc.

Pelo dispositivo legal, fica claro que a norma concursal não visa socorrer empresas irrecuperáveis do ponto de vista econômico. A estas restará a possibilidade de tentar concretizar acordos com seus credores, podendo ou não ser homologáveis por meio da recuperação extrajudicial; receber aportes de recursos pelos seus atuais e/ou eventuais novos sócios etc. Se nenhuma dessas alternativa for possível, decreta-se a falência.

A demonstração da possibilidade de se recuperar do ponto de vista econômico deve ser convincente,

sob pena de não aprovação do plano pelos credores em assembleia (o que acarretará na decretação da falência). Essa credibilidade poderá ser maior quando houver um relatório assinado por especialista em recuperação e, se possível, no segmento em que a empresa atua.

5.5.1.5.2. Objeção, rejeição e modificação

Caberá ao juiz ordenar a publicação do plano de recuperação judicial fixando o prazo para eventuais **objeções** (LRF, art. 53, parágrafo único).

Qualquer credor poderá apresentar objeção ao plano no prazo de **30 dias** (LRF, art. 55). Havendo objeção, o juiz convocará assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano, no prazo máximo de *150* dias a partir da decisão que deferiu o processamento da recuperação (LRF, art. 56, *caput* e § 1º).

O plano de recuperação poderá ser **modificado** pela assembleia geral desde que exista concordância do devedor (LRF, art. 56, § 3º). Essa concordância é necessária, pois, além de ser titular dos bens, é ele quem está na administração e, portanto, quem melhor conhece a atividade, além de o negócio ser dele.

Se por acaso a assembleia geral de credores **rejeitar** o plano de recuperação, o juiz decretará a falência do devedor (LRF, art. 56, § 4º cc. art. 73, III).

Como já apontado anteriormente, no item que trata da assembleia geral de credores, em suas atribuições, a assembleia é soberana, não podendo o juiz se sobrepor às suas decisões, salvo nos casos de comprovada fraude e violação do ordenamento jurídico quanto às normas de ordem pública.

5.5.1.5.3. Aprovação do plano, cram down e novação

Teoricamente, a **aprovação** do plano de recuperação judicial pode se dar de forma tácita ou expressa. Tácita quando o devedor apresenta o plano e nenhuma objeção é realizada pelos credores. Já a expressa se dá quando o plano é submetido à aprovação da assembleia geral de credores.

Luiz Fernando Valente de Paiva pondera que a Lei n. 11.101/2005 confere aos credores o direito de aceitar ou não o plano de pagamento apresentado pelo devedor, diversamente do que ocorria na norma anterior, em que na concordata suspensiva o devedor de forma quase que absoluta impunha as condições de pagamento aos credores quirografários[249].

Quanto à aprovação do plano feita pela assembleia geral de credores, ela se dá mediante o cumprimento das formalidades exigidas pela lei, como a votação e a aprovação da proposta em cada classe de credores, nos termos dos arts. 41 e 45.

Pela regra geral, conforme determina o art. 45, *caput*, todas as classes de credores referidas no art. 41

deverão aprovar a proposta do plano, haja vista que, se uma delas não o fizer, o plano não poderá seguir adiante, inviabilizando a recuperação da empresa e acarretando a sua decretação de falência. No entanto, o § 1º do art. 58 autoriza o juiz a conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação nos termos do art. 45. Para tanto, é necessário que na assembleia geral, na qual deliberou acerca do plano, tenha-se obtido, de forma cumulativa: (i) o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; (ii) a aprovação de duas das classes de credores nos termos do art. 45 ou, caso haja somente duas classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos uma delas; (iii) na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de um terço dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45.

Nos Estados Unidos denomina-se ***cram down*** ("empurrar goela abaixo") essa concessão da recuperação judicial pelo juiz, mesmo não tendo havido a devida aprovação do plano pela assembleia geral de credores.

É bom salientar que cabe ao juiz apenas o controle da legalidade durante o trâmite da aprovação do plano, devendo homologá-lo sem entrar no mérito de sua viabilidade econômica[250], pois isso diz respeito à assembleia geral de credores, a qual é soberana quanto à decisão de aprovação. Entretanto, essa questão não deve ser confundida com a permissão legal de o juiz conceder a recuperação, desde que atendidos os requisitos legais, mesmo contra a rejeição do plano pela assembleia (*cram down*).

Assim, nas hipóteses de aprovação do plano pela assembleia geral de credores, de não ter havido objeção ou de *cram down*, o juiz proferirá decisão concedendo a recuperação judicial (LRF, art. 58, *caput* e § 2º). Contra essa decisão, caberá agravo, que poderá ser interposto por qualquer credor ou Ministério Público (LRF, art. 59, § 2º).

Com a homologação do plano de recuperação judicial haverá a **novação** dos créditos anteriores ao pedido, obrigando, assim, o devedor e todos os credores a ele sujeitos (LRF, art. 59, *caput*).

O instituto da novação está disciplinado no Código Civil, nos arts. 360 a 367, aplicáveis ao caso, portanto, no que for compatível.

Basicamente, para fins de recuperação judicial, a novação pode ser vista como uma obrigação nova para extinguir uma anterior; ou o fato de um novo devedor suceder ao anterior.

Vale ter em conta que a decisão judicial que conceder a recuperação judicial constituirá **título executivo judicial**, de acordo com o Código de Processo Civil, art. 584, inc. III (LRF, art. 59, § 1º). Isto

quer dizer que, sendo título executivo judicial, em caso de inadimplemento, permite ao seu credor a execução direta do crédito sem a necessidade de processo de conhecimento. Em reforma promovida pela Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, o art. 584 do CPC de 1973 foi revogado, entretanto, o seu teor passou a ser disciplinado pelo art. 475-N [novo CPC, art. 515].

Diante do exposto, havendo a novação das obrigações pelo fato de uma obrigação nova suceder a anterior, os efeitos da antiga obrigação são extintos, como, por exemplo, o cadastro do nome do devedor junto aos órgãos de proteção ao crédito. Até porque se o devedor não cumprir o plano, contra ele os credores terão seus créditos e garantias reconstituídos, além de um título executivo judicial, sem dizer da possibilidade da convolação da recuperação em falência[251].

Por último, nos termos do art. 60, *caput*, se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização por leilão, propostas fechadas ou pregão (que consiste na mistura de leilão e propostas fechadas).

Muito importante foi o fato de a lei sob comento deixar claro que o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e **não haverá sucessão** do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza **tributária** (LRF, art. 60, parágrafo único). Ou seja, com essa regra, os bens adquiridos de uma empresa em recuperação judicial estarão livres dos débitos anteriores que foram contraídos pelo devedor.

5.5.1.6. Dívidas fiscais, parcelamentos e certidões

Aqui, devemos chamar a atenção para o fato de que, para a concessão da recuperação judicial, o art. 57 da Lei n. 11.101/2005 expressa a necessidade de apresentação pelo devedor de certidões negativas de débitos tributários, nos termos do art. 151 do CTN.

A lei prevê que as Fazendas (federal, estaduais e municipais) poderão deferir **parcelamento dos débitos** (LRF, art. 68, *caput*), o que possibilita ao devedor obter uma certidão positiva com efeitos negativos. A certidão é positiva porque consta o débito, mas com efeitos negativos porque o débito será pago parceladamente.

Todavia, acontece que, quando uma empresa atinge um estado de crise, na maioria das vezes, ela há tempos não vem cumprindo com os pagamentos. E, em geral, o Fisco é o primeiro que ela deixou de

pagar, muitas vezes não conseguindo atender às exigências do órgão para a efetivação de um parcelamento dos tributos.

Logo, tal dispositivo de certa forma é um obstáculo prático ao instituto da recuperação judicial de empresa, pois quase sempre os créditos tributários são os mais altos e, ao ficar de fora do plano, muitas vezes poderá inviabilizar a recuperação da empresa.

Isso é tão verdade que o número de empresas que conseguiriam obter o benefício da recuperação judicial, com tal exigência, seria ainda menor do que já é. No entanto, a jurisprudência vem flexibilizando a exigência da lei quanto às certidões negativas, entendendo que tal determinação contraria o próprio objeto da lei e o princípio da preservação da empresa, ou seja, é um obstáculo à recuperação da empresa, manutenção dos empregos, interesses dos credores etc.[252].

Com a inclusão pela Lei n. 13.043/2014 do art. 10-A à Lei n. 10.522/2002 (Lei do Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais), o devedor (empresário individual ou sociedade empresária) que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial poderá parcelar seus débitos com a Fazenda Nacional em até oitenta e quatro parcelas mensais e consecutivas.

Vale destacar que a não concessão da recuperação judicial (prevista no art. 58 da Lei n. 11.101/ 2005) ou a decretação da falência da pessoa jurídica é causa de rescisão do parcelamento do débito tributário (Lei n. 10.522/2002, art. 10-A, § 4º).

O devedor poderá obter apenas um parcelamento, incluindo o total dos débitos constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, mesmo que discutidos judicialmente em ação proposta pelo sujeito passivo ou em fase de execução fiscal já ajuizada (Lei n. 10.522/2002, art. 10-A, §§ 1º e 5º).

5.5.1.7. Prazos

É importante esclarecer que o plano não poderá prever prazo superior a **1 ano** para pagamento dos créditos **trabalhistas** e **acidentários**, vencidos até a data do pedido de recuperação judicial (LRF, art. 54, *caput*).

O plano também não poderá ter prazo superior a *30* dias para pagamento dos **salários** vencidos nos **3 meses anteriores** ao pedido, até o limite de 5 salários mínimos por trabalhador (LRF, art. 54, parágrafo único).

Esta regra pode ser exemplificada da seguinte forma (mas para facilitar vamos considerar o valor do

salário mínimo como sendo de R$ 500,00): um trabalhador que ganhe mensalmente R$ 4.000,00, em *3* meses teria direito a receber R$ 12.000,00; porém receberá, nestes primeiros 30 dias, R$ 2.500,00 (correspondente ao limite de *5* salários mínimos).

Já em outra simulação, um trabalhador que ganhe mensalmente R$ 700,00 teria direito a receber R$ 2.100,00, sendo este o valor que efetivamente deverá receber, porque não ultrapassa os *5* salários mínimos.

Esse limite de até *5* salários mínimos, que pode ser pouco a depender do padrão da pessoa, tem caráter alimentar; ou seja, seria o mínimo necessário para a sobrevivência digna do trabalhador.

Além disso, a partir da decisão que conceder a recuperação judicial, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram as obrigações previstas no plano que vencerem em até **2 anos**, a partir dessa decisão que concedeu a recuperação (LRF, art. 61, *caput*). Esse é o denominado prazo de supervisão judicial da recuperação.

Em outras palavras, o plano pode ter obrigações com vencimentos superiores a **2 anos**, mas a recuperação judicial durará até *2* anos[253].

Durante esse período (*2* anos), o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convolação da recuperação em falência (LRF, art. 61, § 1º cc. art. 73, inc. IV). Neste caso, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias conforme contratadas originalmente, devendo ser deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos praticados de forma válida durante a recuperação judicial (LRF, art. 61, § 2º).

5.5.1.8. Cumprimento do plano

Após os *2* anos, caso o devedor descumpra alguma obrigação prevista no plano – em especial as de vencimento posterior a *2* anos – qualquer credor poderá requerer a falência ou a execução específica, uma vez que trata-se de título executivo a decisão que concedeu a recuperação (LRF, art. 62 cc. art. 94).

Em todos os atos, contratos e documentos firmados pelo devedor e sujeitos à recuperação judicial, deverão ser acrescidos, após o nome empresarial, a expressão “em Recuperação Judicial” (LRF, art. 69, *caput*).

O juiz também determinará à Junta Comercial a correspondente anotação da recuperação judicial (LRF, art. 69, parágrafo único). Isso oferece publicidade ao estado da empresa, possibilitando aos que

com ela forem negociar ter como saber, por meio de consulta realizada no registro de empresas.

Ressalta-se que, durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores são mantidos na gestão da atividade empresarial, sob a fiscalização do comitê de credores, se houver, e do administrador judicial (LRF, art. 64, *caput*). De modo diferente, na falência, o devedor é afastado da gestão empresarial, a qual é assumida pelo administrador judicial (LRF, art. 75, *caput*).

5.5.1.8.1. Manutenção da gestão e gestor judicial

A regra na recuperação judicial é a manutenção do devedor ou seus dirigentes (administradores) na gestão do negócio, mas vale destacar que excepcionalmente eles poderão ser afastados da administração da empresa. Neste caso, o juiz destituirá aquele a quem compete a gestão, que será substituído na forma prevista no ato constitutivo (contrato social ou estatuto) do devedor ou no plano de recuperação judicial (LRF, art. 64, parágrafo único).

O art. 64 da Lei n. 11.101/2005 enumera as hipóteses em que o devedor ou seus administradores poderão ser afastados da direção do negócio:

1) se o seu afastamento estiver previsto no plano de recuperação judicial;
2) se houver sido condenado em sentença penal transitada em julgado por crime cometido em recuperação judicial ou falência anteriores ou por crime contra o patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica previstos na legislação vigente;
3) se houver indícios veementes de ter cometido crime previsto na Lei n. 11.101/2005;
4) se tiver agido com dolo, simulação ou fraude contra os interesses de seus credores;
5) se se negar a prestar informações solicitadas pelo administrador judicial ou pelos membros do comitê de credores;
6) se houver: a) efetuado gastos pessoais manifestamente excessivos em relação a sua situação patrimonial; b) efetuado despesas injustificáveis por sua natureza ou vulto, em relação ao capital ou gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas; c) descapitalizado injustificadamente a empresa ou realizado operações prejudiciais ao seu funcionamento regular; d) simulado ou omitido créditos ao apresentar a relação de que trata o inciso III do *caput* do art. 51 da Lei n. 11.101/2005, sem relevante razão de direito ou amparo de decisão judicial.

Uma vez ocorrido o afastamento do devedor, o juiz convocará a assembleia geral de credores para a escolha do nome de um gestor. Trata-se do **gestor judicial**, cuja atribuição é assumir a administração das atividades do devedor no processo de recuperação judicial. A este gestor judicial são aplicáveis, no que

couber, todas as normas sobre deveres, impedimentos e remuneração do administrador judicial, à luz do art. 21 e s. da Lei n. 11.101/2005 (LRF, art. 65, *caput*).

Enquanto a assembleia geral não deliberar sobre a escolha do gestor judicial, caberá ao administrador judicial exercer as funções dele (LRF, art. 65, § 1º).

5.5.1.9. Alienação e oneração de bens ou direitos

Como apontado, pela regra geral da recuperação judicial o devedor não é afastado da gestão da empresa. No entanto, é importante considerar que a partir da distribuição do pedido de recuperação, mesmo mantido o direito de gerir, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade para efeitos de auxiliar na recuperação, a qual deverá ser reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o comitê de credores.

Não haverá necessidade de manifestação judicial se o ato de alienação ou oneração de bens ou de direitos estiver previamente relacionado no plano de recuperação judicial (LRF, art. 66).

5.5.1.10. Convolação da recuperação judicial em falência

"Convolar" significa mudar. Aqui o sentido é mudar um processo de recuperação judicial para um processo de falência.

Assim, o juiz, no curso do processo de recuperação judicial, decretará a falência do empresário individual ou da sociedade empresária quando (LRF, art. 73):

1) não for apresentado o plano de recuperação no prazo de *60* dias (LRF, art. 73, II cc. art. 53).
2) a assembleia geral de credores rejeitar o plano de recuperação – se não for o caso de *cram down* – (LRF, art. 73, III cc. art. 56, § 4º).
3) houver o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano de recuperação, durante o período de *2* anos (LRF, art. 73, inc. IV, cc. art. 61, § 1º).

As regras anteriormente citadas não impedem a decretação da falência por inadimplemento de obrigação não sujeita à recuperação judicial (LRF, art. 73, parágrafo único).

Em havendo a convolação em falência, os atos praticados (p. ex., vendas) durante a recuperação judicial serão presumidos válidos, desde que realizados conforme a lei (LRF, art. 74).

Como benefício aos credores que acreditaram na recuperação da empresa, que mais tarde restou

infrutífera, havendo a convolação da recuperação em falência, os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, devendo ser respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 da Lei n. 11.101/2005 (LRF, art. 67, *caput*).

No mesmo sentido, os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuaram a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação (LRF, art. 67, parágrafo único).

5.5.2. Recuperação especial das microempresas e empresas de pequeno porte

As diretrizes que determinam o que é **microempresa** e **empresa de pequeno porte** estão previstas na Lei Complementar n. 123/2006 – Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

Conforme a Lei Complementar n. 123/2006, **microempresa – ME** é aquela que possui receita bruta anual de até R$ 360.000,00 por ano (art. 3º, inc. I).

Por sua vez, **empresa de pequeno porte – EPP** é aquela que possui receita bruta anual superior a R$ 360.000,00 até o limite de R$ 3.600.000,00 (art. 3º, inc. II). Lembre-se sempre de que o que irá caracterizar o empresário como micro ou pequeno é a receita bruta que ele auferir em cada ano.

Como opinamos anteriormente sobre a submissão da **EIRELI** à Lei n. 11.101/2005, e considerando que ela pode se enquadrar como ME ou EPP para fins tributários do art. 3º, *caput*, da Lei Complementar n. 123/2006, entendemos que em caso de crise econômica da EIRELI, que esteja enquadrada como ME ou EPP, ela poderá utilizar-se das regras especiais estabelecidas pela norma e tratadas neste item.

A Lei de Recuperação e de Falência prevê a possibilidade de a microempresa e a empresa de pequeno porte obterem o benefício da recuperação judicial, mediante a apresentação de um **plano especial** de recuperação (LRF, art. 70).

É denominado “plano especial”, pois a recuperação para ME e EPP é muito mais simples de se concretizar, liberando o empresário de certas exigências feitas para a recuperação convencional. Por isso, alguns chamam a recuperação da ME ou EPP de recuperação especial de empresa.

Em geral, a recuperação judicial da microempresa e da empresa de pequeno porte segue a sistemática da recuperação judicial "convencional", ressalvados alguns aspectos, a saber.

Trata-se de uma ação judicial, que começa pela petição inicial, com a figura do administrador judicial e do comitê de credores, assim como ocorre com a recuperação judicial "convencional".

É bom salientar que na petição inicial deve ficar claro que o empresário pleiteia a recuperação especial para ME ou EPP, pois do contrário, poderá o juiz entender que ele deseja a recuperação judicial ordinária, uma vez que esta, em tese, é possível também à ME ou à EPP. Mas neste caso, precisará atender aos requisitos que são próprios da recuperação ordinária/convencional.

Como já visto, quanto à recuperação judicial convencional, a Fazenda (federal, estadual e municipal) e o INSS podem deferir o parcelamento de seus créditos tributários e previdenciários, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo CTN. Em razão da inclusão de um parágrafo único ao art. 68 da Lei n. 11.101/2005 (por vigência da LC n. 147/2014), as microempresas e empresas de pequeno porte terão direito a prazos vinte por cento superiores aos regularmente concedidos às demais empresas.

5.5.2.1. Condições especiais (plano especial)

O **plano especial** de recuperação da microempresa e da empresa de pequeno porte, no entanto, fica limitado às seguintes condições, que o diferenciam (LRF, art. 71):

1) abrangerá todos os créditos existentes na data do pedido (vencidos e vincendos);

Até o advento da LC 147/2014, que alterou o art. 71, este previa que a recuperação da microempresa e da empresa de pequeno porte incluía apenas os credores quirografários.

Apesar da maior abrangência, ficam de fora do plano especial: créditos advindos de recursos oficiais (como, por exemplo, de agências de fomento ou do BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social); créditos fiscais (federal, estadual e municipal); créditos de arrendador mercantil (contrato de *leasing*), proprietário fiduciário, promitente vendedor de imóvel cujos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, proprietário em contrato de venda com reserva de domínio (LRF, art. 49, § 3º); e créditos decorrentes de importâncias entregues ao devedor como adiantamento em contrato de câmbio para exportação (LRF, art. 49, § 4º, cc. art. 86, inc. II).

2) parcelamento limitado a **36 prestações mensais**, com valores iguais e sucessivos, acrescidas de juros equivalentes à taxa Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC, podendo conter ainda a proposta de abatimento do valor das dívidas;

3) o pagamento da primeira parcela deverá ser pago em até **180 dias**, contados da distribuição da petição inicial;

4) após ouvir o administrador judicial e o comitê de credores, o devedor não pode aumentar suas despesas ou contratar empregados sem autorização judicial.

Não há suspensão da **prescrição**, nem das **ações** e **execuções** contra o devedor por créditos não abrangidos pelo plano, ou seja, créditos não quirografários como os trabalhistas e os com garantias reais (LRF, art. 71, parágrafo único). Por isso, apenas quanto aos créditos quirografários alcançados no plano especial de recuperação é que existe essa suspensão da prescrição, das ações e das execuções. Os demais credores poderão cobrar seus créditos normalmente, na via judicial ou extrajudicial.

Além disso, não existe a necessidade de convocar assembleia geral de credores para decidir sobre o plano especial de recuperação judicial da microempresa e da empresa de pequeno porte. O juiz concederá esse benefício legal verificando apenas se as exigências legais estão sendo atendidas (LRF, art. 72, *caput*).

Cabe lembrar que as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica, no caso a Lei Complementar n. 123/2006.

O juiz julgará improcedente o pedido de recuperação, decretando a falência da microempresa e da empresa de pequeno porte, se houver objeções (oposição, impedimento, contestação) dos credores titulares de mais da metade de qualquer uma das classes dos créditos previstos na classificação do art. 83, contados conforme as regras do art. 45 (LRF, art. 72, parágrafo único).

Também, poderá haver a convolação da recuperação especial, aqui tratada, em falência caso haja descumprimento do plano de recuperação[254].

5.5.3. Recuperação extrajudicial

Recuperação extrajudicial é um procedimento “alternativo” para prevenir que a empresa em crise “quebre”.

A recuperação judicial consiste na convocação de credores para: (i) contratar dilação no prazo dos pagamentos ou diminuição dos valores “no âmbito privado”, (ii) mas que necessitam de homologação do juízo judicial.

É um procedimento “alternativo” ou “extraordinário”, pois existe o procedimento da recuperação judicial, que é o ordinário.

Denomina-se “extrajudicial”, pois as negociações são firmadas no âmbito privado, e não em um processo judicial, sendo apenas homologadas pelo juiz.

Assim como a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial também é uma tentativa de solução para a crise econômica de um agente econômico. É uma tentativa de saneamento/reorganização da empresa em crise, visando evitar o processo falimentar.

Com isso, pode-se dizer que os objetivos da recuperação extrajudicial são idênticos aos da recuperação judicial, quais sejam:

1) possibilitar a superação do estado de crise econômico-financeira do devedor;
2) manter a fonte produtora (de riquezas);
3) manter os empregos e interesses dos credores;
4) promover a preservação da empresa e sua função social, bem como estimular a atividade econômica.

A recuperação extrajudicial é uma inovação da Lei n. 11.101/2005, tratada a partir do art. 161.

E, como já estudado anteriormente, poderia ser considerada como a **concordata branca/extrajudicial** (convocar credores para propor dilação de prazo), que, apesar de existir na prática, era proibida pelo Decreto-lei n. 7.661/45, art. 2º, inc. III, considerada como ato de falência, que ensejava a falência do devedor.

O devedor é a única pessoa que pode requerer a homologação do plano de recuperação extrajudicial: empresário individual ou sociedade empresária, após ter negociado com seus credores os planos de recuperação (LRF, art. 161).

Vale lembrar que para ter direito à homologação do plano de recuperação extrajudicial, o devedor precisará preencher os requisitos do art. 48 da Lei n. 11.101/2005, quais sejam: exercício regular da atividade empresarial por mais de 2 anos; não ter obtido concessão de recuperação judicial há pelo menos 5 anos; não ter sido condenado por crimes concursais/falimentares etc.

Como já apontado, entendemos que a empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) e o microempreendedor individual (MEI) se submetem à Lei n. 11.101/2005, logo, também podem requerer a homologação de recuperação extrajudicial.

5.5.3.1. Créditos abrangidos e não abrangidos

Apenas parte dos créditos (conforme art. 83, incs. II, IV, V, VI, VIII, que serão estudados adiante) está sujeita à recuperação extrajudicial (LRF, art. 163, § 1º), isto é, os credores quirografários, os com garantia real, os com privilégio especial ou geral e os subordinados.

Por isso, não estão sujeitos à recuperação extrajudicial os seguintes créditos:

1) **trabalhistas** e **acidentários** – acidente do trabalho (LRF, art. 161, § 1º);

De forma diversa, na recuperação judicial, esses dois tipos de créditos podem fazer parte do plano.

2) **tributários** (LRF, art. 161, § 1º);
3) do arrendador mercantil (contrato de *leasing*), do proprietário fiduciário, do promitente vendedor de imóvel cujos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, do proprietário em contrato de venda com reserva de domínio (LRF, art. 49, § 3º);
4) decorrentes de importâncias entregues ao devedor como adiantamento em contrato de câmbio para exportação (LRF, art. 49, § 4º, cc. art. 86, inc. II).

Deve-se explicitar que o plano de recuperação extrajudicial poderá alcançar **uma ou mais classes** de credores, a critério do devedor, de acordo com a necessidade e disponibilidade de negociação de seus credores.

Esse plano de recuperação pode receber adesão de todos ou de apenas alguns credores (LRF, art. 162).

Todavia, o devedor poderá requerer a homologação de um plano que vincule a todos os credores, se a adesão for de credores que representem **mais de 3/5** de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos (LRF, art. 163, *caput*). Assim, ainda que haja credores que discordem do plano, e por isso não lhe aderiram, eles estarão obrigados a aderir.

Contudo, a recuperação extrajudicial poderá ter natureza **meramente homologatória**, quando os credores unanimemente aderirem ao plano; ou **contenciosa**, se a adesão se der por maioria de 3/5 dos credores.

5.5.3.2. Requisitos

O plano de recuperação extrajudicial poderá ser homologado judicialmente quando contiver (LRF, art. 162 cc. art. 163, § 6º):

1) sua justificativa (exposição da situação de crise);

2) documentos com as condições e as assinaturas dos credores que aderiram;

3) exposição da situação patrimonial;

4) demonstrações contábeis do último exercício social e as levantadas especialmente para instruir o pedido;

5) relação nominal completa de credores discriminando a natureza dos respectivos créditos.

5.5.3.3. Homologação

Ressalte-se que a recuperação extrajudicial, por ser um acordo com credores, possui natureza contratual, mas o juiz, para homologá-la, vai verificar se não é contrária à ordem pública e aos bons costumes.

Diferentemente da recuperação judicial, em que primeiro se peticiona ao juiz, sendo o plano apresentado dentro de *60* dias do edital, na recuperação extrajudicial o devedor leva ao juízo o plano pronto para homologação, junto com a petição inicial.

Como já foi estudado, apenas o devedor é quem pode requerer a homologação do plano de recuperação extrajudicial. Mas não será possível a homologação da recuperação extrajudicial se: (i) houver pendente pedido de recuperação judicial; ou (ii) o devedor tiver obtido o benefício da recuperação judicial ou extrajudicial há menos de *2* anos (LRF, art. 161, § 3º).

Recebido o pedido de homologação, o juiz determinará a publicação de edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação, convocando os credores do devedor para apresentarem suas **impugnações**, no prazo de *30* dias da publicação (LRF, art. 164, *caput*, § 2º).

Com relação aos efeitos da recuperação extrajudicial, eles começam a partir da sentença homologatória do plano (LRF, art. 165, *caput*), sendo esta um título executivo judicial (LRF, art. 161, § 6º).

Da sentença homologatória do plano, cabe **apelação** sem efeito suspensivo (LRF, art. 164, § 7º).

O pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial não suspende direitos, ações ou execuções contra o devedor por parte dos credores que não estão incluídos no plano de recuperação.

A petição de homologação não impede o pedido de decretação de falência pelo credor não signatário do plano (LRF, art. 161, § 4º)[255].

Além disso, se houver descumprimento do plano, o credor signatário pode requerer a decretação da falência do devedor, por ter em mãos a sentença homologatória, que é um título executivo judicial.

De qualquer forma, de acordo com a lei, no art. 167 fica assegurada a possibilidade de o devedor fazer outros tipos de acordos privados com seus devedores.

5.6. FALÊNCIA

Falência é um processo de execução coletiva, ou um concurso de credores, no qual os bens do falido são arrecadados para uma venda judicial forçada, com a distribuição proporcional do resultado entre todos os credores.

Nesse sentido, a falência promove o afastamento do devedor de suas atividades, ou seja, o devedor deixa de gerir a atividade empresarial (o que não ocorre na recuperação judicial, LRF, art. 64, *caput*), visando preservar a utilização produtiva de bens e recursos, inclusive os intangíveis, como a marca (LRF, art. 75, *caput*). A **gestão** do negócio ficará a cargo do administrador judicial nomeado pelo juiz.

Com a decretação da falência, acarreta-se o vencimento antecipado das dívidas do devedor e dos sócios de responsabilidade ilimitada (LRF, art. 77).

O juízo da falência é universal, ou seja, é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens e interesses do falido, salvo ações trabalhistas e fiscais (LRF, art. 76) 256.

Assim, as ações serão distribuídas por dependência no juízo falimentar (LRF, art. 78, parágrafo único). Já as ações trabalhistas e fiscais irão tramitar perante as justiças especializadas, sendo que, em geral, após o trânsito em julgado, habilita-se o crédito decorrente destas respectivas ações no processo de falência.

Todas as ações do falido (como autor ou como réu) terão prosseguimento com o administrador judicial (LRF, art. 76, parágrafo único).

A decisão que decreta a falência da sociedade que tenha sócios de responsabilidade ilimitada também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida. Logo, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem (LRF, art. 76).

Como já dito, são raras as sociedades empresárias, submetidas à Lei n. 11.101/2005, que possuem sócios de responsabilidade ilimitada, pois em sua grande maioria são sociedades limitadas e sociedades

anônimas.

Quanto aos efeitos da decretação falência, esta além de acarretar a falência dos sócios de responsabilidade ilimitada, também estende os mesmos efeitos a eles, como, por exemplo, a inabilitação empresarial. Já no que se refere aos sócios de responsabilidade limitada, estes efeitos serão estendidos a eles se forem os administradores da sociedade (LRF, art. 81, § 2º).

Se for o caso de ação de responsabilização pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores (independentemente da realização do ativo e da insuficiência para cobrir o passivo), conforme a legislação em vigor, ela será apurada perante o próprio juízo falimentar (LRF, art. 82).

Essa hipótese trata de uma possível ação própria ajuizada contra controladores, administradores e sócios limitadamente responsáveis visando a responsabilização deles. É uma ação ordinária que deve observar as regras do Código de Processo Civil, art. 282 e s. [novo CPC, art. 318 e s.].

A propositura desta ação deve ser perante o juízo falimentar, sendo que ela independe da realização do ativo e da prova de sua insuficiência para cobrir todo o passivo. No entanto, o que se percebe da prática processual recente é a utilização cada vez mais da aplicação da **desconsideração da personalidade jurídica** no curso do processo falimentar, desde que haja a configuração do desvio de finalidade, por meio de abuso da personalidade jurídica da sociedade ou pela confusão patrimonial entre os bens dos sócios e da sociedade.

Pode-se exemplificar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em processos falimentares, por exemplo, no julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sétima Câmara de Direito Privado, por meio do Agravo de Instrumento – Ag 155.854-4/8, Rel. Salles de Toledo, *DJ* 30-11-2000.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, comentando a referida decisão, frisa que uma das finalidades da desconsideração está na sua presteza quanto a atender aos interesses dos prejudicados, haja vista que se tivessem de esperar uma decisão em processo de conhecimento para discutir a fraude, enquanto corre o processo falimentar, corresponderia a não se obter a tutela adequada[257].

5.6.1. Massa falida

Para um melhor entendimento do instituto da falência, é necessário nos determos um pouco no conceito

de massa falida.

Massa falida é o acervo que compreende o ativo (bens e créditos) e o passivo (débitos) do falido, que passa a ser gerido e representado pelo administrador judicial.

Embora seja apenas uma universalidade de bens (universalidade de direito), e não uma pessoa jurídica, a massa falida tem capacidade de estar em juízo como autora ou ré de processos, sempre representada pelo administrador judicial, figura que substitui o "síndico da massa falida".

5.6.2. Classificação dos créditos (par conditio creditorum)

Classificação dos créditos é a ordem de prioridade para o recebimento de valores que forem disponibilizados durante o processo pela venda dos bens do falido.

Destaca-se que a ideia de classificar os credores do falido visa reequilibrar situações de desigualdades. Diante da diversidade de créditos a ser habilitados, a lei objetiva assegurar um tratamento mais equilibrado e proporcional aos credores no processo falimentar[258].

Existe uma consagrada expressão latina que trata desse tema: *par conditio creditorum*, que na verdade é um princípio que revela a igualdade de condições entre os credores. Essa isonomia abarca os credores da mesma classe, ou seja, é um tratamento igualitário entre os credores, mantendo as diferenças quanto às respectivas classes de créditos, como será visto adiante.

Uma vez classificados os créditos, primeiro pagam-se os credores da primeira classe, de acordo com os créditos de cada credor pertencente a esta classe. O pagamento será total ou parcial, dependendo dos recursos obtidos durante o processo.

Depois de os credores da primeira classe terem sido pagos, se houver saldo, serão pagos os credores da segunda classe, total ou parcialmente, e assim por diante.

Quando o pagamento for parcial, deverá respeitar a proporcionalidade, conforme o valor do crédito dentro de sua classe.

São **oito classes de credores**, sendo que a classificação dos créditos obedece à seguinte ordem hierárquica (LRF, art. 83):

1ª) credores trabalhistas limitados a 150 salários mínimos[259] por trabalhador e créditos derivados de acidente do trabalho;

Para os créditos trabalhistas, o que ultrapassar esse limite será considerado como crédito

quirografário, que está classificado na sexta classe. Já aos créditos de acidente do trabalho não se aplica este limite, ou seja, seus credores recebem tão somente nesta classe.

2ª) credores com garantia real;

São exemplos de créditos com garantia real: hipoteca, penhor, anticrese etc. Ou seja, um bem é a garantia da dívida. Estes credores recebem seus créditos nesta segunda classe, mas limitado ao valor do bem gravado; pois eventual diferença será considerada crédito quirografário.

3ª) créditos tributários, exceto as multas tributárias;

Por créditos tributários podem-se entender aqueles decorrentes de tributos federais, estaduais e municipais. Além disso, estão inclusas aqui as contribuições parafiscais, como as destinadas ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, ao Serviço Social da Indústria – SESI, ao Serviço Social do Comércio – SESC, entre outras.

No que tange às multas tributárias, por não comporem o valor principal do tributo, para efeitos de recebimento, elas são classificadas como sendo a penúltima classe de créditos.

4ª) créditos com privilégio especial;

Inicialmente, vale considerar que **privilégios** são qualificativos que o Direito imprime a determinados créditos, diferentemente de **preferências**, que resultam da vontade das partes.

Os créditos com privilégio geral são aqueles previstos em leis civis e comerciais, como, por exemplo, o credor de benfeitorias necessárias, tratado no art. 964, inc. III, do Código Civil.

Com a alteração promovida pela Lei Complementar n. 147/2014 ao inc. IV do art. 83 da Lei n. 11.101/2005, os créditos dos microempreendedores individuais (MEIs) e das microempresas (MEs) e empresas de pequeno porte (EPPs) passaram a ser considerados de privilégio especial.

5ª) créditos com privilégio geral;

De igual modo, os créditos com privilégios gerais são os previstos em leis civis e comerciais, como o credor por despesas de funeral (CC, art. 965, inc. I) e o crédito do comissário, quanto a comissões e despesas realizadas (CC, art. 707).

6ª) créditos quirografários;

Os créditos quirografários são os créditos comuns, por não terem privilégios ou garantias. Podem ser tidos como exemplos de créditos quirografários: os créditos não inclusos ou comportados nas outras classes; o excedente dos 150 salários mínimos dos trabalhistas; os decorrentes de títulos de crédito ou

contratos sem garantias ou privilégios, exceto a multa, se houver.

7ª) créditos de multas contratuais e tributárias;

As multas são cláusulas penais impostas pelo descumprimento de uma obrigação, contratual ou tributária. Elas não são consideradas parte do valor principal devido pela obrigação firmada e não cumprida ou pelo tributo não pago, sendo, por isso, classificadas nesta classe de créditos.

8ª) créditos subordinados.

Os créditos subordinados são assim classificados por força de contrato ou de lei, como, por exemplo, dispõe o art. 58, § 4º, da Lei n. 6.404/76 que a debênture que não gozar de garantia poderá conter cláusula de subordinação aos credores quirografários, preferindo apenas aos acionistas no ativo remanescente, se houver, em caso de liquidação da companhia. Bem como são subordinados os créditos de sócios e administradores, sem vínculos empregatícios, perante a empresa, como os créditos derivados de *pro labore* em razão do trabalho desempenhado ou de dividendos pela participação nos lucros da empresa ao tempo da decretação da falência.

Amador Paes de Almeida ensina que os subordinados são créditos **subquirografários**, por não gozarem de qualquer garantia e estarem na última escala dos créditos[260].

Mas também podem ser denominados créditos subquirografários os decorrentes de multas. A propósito, na classe dos credores decorrentes de multas não estão inclusos os créditos decorrentes de **multas por inadimplemento de obrigações trabalhistas**, haja vista que estes créditos são classificados como de natureza trabalhista efetivamente[261].

Por sua vez, apesar de os **honorários advocatícios** terem caráter alimentar, a lei falimentar não os equiparou ao crédito trabalhista ou com privilégio especial. No fundo honorários advocatícios são classificados como créditos com privilégio geral, conforme prevê o Estatuto da Advocacia – Lei n. 8.906/94, art. 24, *caput*, ao estabelecer que a decisão judicial que fixar honorários e o contrato escrito são títulos executivos e constituem "crédito privilegiado" na falência. Esse privilégio deve ser entendido como geral, pois a norma não expressou que ele seja especial. Portanto, essa disposição legal se enquadra na hipótese do art. 83, inc. V, *c*, que classifica como crédito com privilégio geral os assim definidos em outras leis. No entanto, sempre houve divergências pelos entendimentos que equiparam os honorários advocatícios com os créditos trabalhistas[262].

Recentemente, o STJ, ao decidir por maioria de votos no Órgão Especial o REsp 1.152.218, entendeu

que os honorários de advogados, sejam contratuais ou sucumbenciais, têm natureza alimentar sendo equiparados aos créditos trabalhistas para fins de habilitação de crédito no processo falimentar. Por força da equiparação, os créditos dos honorários ficam limitados aos mesmos 150 salários mínimos dos trabalhistas. A mesma decisão compreendeu que os honorários advocatícios contratados para atender aos interesses da massa falida (após a decretação da quebra) têm natureza de créditos extraconcursais. É imprescindível chamar a atenção ao fato de que o referido recurso especial foi julgado seguindo o rito dos representativos de controvérsia (multiplicidade de recursos), nos termos do CPC, art. 543-C [novo CPC, art. 1.036], sendo, portanto, a interpretação aplicável aos demais processos que versam sobre o tema no STJ, bem como serve de orientação para as instâncias inferiores.

Contudo, mantemos nossa opinião no sentido de a sociedade de advogados ou o advogado autônomo, que normalmente tem outras fontes de renda decorrentes de outros clientes, não podem ter seus créditos (decorrentes de trabalhos realizados ao devedor antes de falir, não à massa falida) equiparados aos dos trabalhadores da empresa falida que, via de regra, tinham-na como única fonte de renda. Ou seja, os créditos dos advogados já gozam de uma classificação melhor em relação aos quirografários, a de privilegiados gerais.

De forma diversa, os créditos do **representante comercial autônomo** (em razão do contrato empresarial de representação comercial, que será estudo no capítulo dos contratos mercantis) ainda que não haja vínculo de trabalho com o representado, pois no fundo é uma relação empresarial que existe entre ambos, se acontecer a falência do representado serão considerados créditos da mesma natureza dos créditos trabalhistas, conforme prevê o art. 44 da Lei n. 4.886/65 – Lei da Representação Comercial. À luz desse dispositivo, estão inclusos nestes créditos todas as importâncias, relacionadas com a representação, devidas pelo empresário falido ao representante comercial, inclusive as comissões vencidas e vincendas, indenização e aviso prévio.

Especificamente sobre os **créditos tributários**, alguns entendem que havendo concorrência entre a União, Estados e Municípios para o recebimento de seus créditos na terceira classe, e não havendo recursos suficientes para pagamento de todos, deveria ser aplicada a regra do Código Tributário Nacional (CTN), art. 187, parágrafo único, que prevê uma ordem hierárquica: primeiro receberia a União, depois Estados, Distrito Federal e Territórios, e, por último, os Municípios.

Vale destacar que a cobrança dos créditos tributários goza de um procedimento próprio: a **execução**

fiscal que é regulada pela Lei n. 6.380/80 – Lei de Execução Fiscal, devendo o ente político (União, Estado ou Município) comunicar seu crédito para ser incluído no quadro-geral de credores[263].

5.6.3. Créditos extraconcursais

É importante explicitar a questão da existência dos créditos extraconcursais, que são aqueles que não estão compreendidos na classificação dos créditos da falência, pois se tratam de créditos da massa falida, não créditos do devedor falido. São créditos contraídos pela massa falida em seu próprio interesse e, consequentemente, no dos credores.

Esses créditos extraconcursais são pagos com precedência aos citados anteriormente (LRF, art. 84). São créditos extraconcursais:

1) remuneração do administrador judicial e seus auxiliares;
2) despesas com a massa falida (p. ex., com a manutenção de bens, para a arrecadação de bens, venda do ativo);
3) custas judiciais de ações e execuções da massa, tendo sido vencida;
4) obrigações resultantes de atos praticados durante a recuperação judicial que se transformou em falência;
5) dos tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência etc.

Esses créditos são pagos com precedência aos demais, pois, se tivessem que concorrer com os demais elencados na classificação de crédito, o processo falimentar ficaria inviabilizado. Além disso, exemplificativamente, o **administrador judicial** precisa ser remunerado, antes mesmo de os credores receberem seus direitos, sob pena de não se conseguir um profissional para exercício de tal ofício, a massa falida tem despesas para sua manutenção, e assim por diante.

A partir da vigência da Lei n. 11.101/2005, especialmente pela dinâmica do art. 84, I, houve a perda do efeito da Súmula 219 do STJ (*DJ*, 25-3-1999): "Os créditos decorrentes de serviços prestados à massa falida, inclusive a remuneração do síndico, gozam dos privilégios próprios dos trabalhistas". Isso porque o administrador judicial (que substituiu o síndico da massa falida) tem claramente, na lei, seu crédito considerado uma despesa da massa falida, um crédito extraconcursal, portanto. Assim, será pago com precedência aos credores do falido, inclusive quanto aos créditos trabalhistas.

Quanto aos **tributos** resultantes de fatos ocorridos após a decretação da falência, o CTN no seu art.

188, *caput*, também prevê que são extraconcursais os créditos tributários decorrentes de fatos geradores ocorridos no curso do processo falimentar.

No que se refere às obrigações de atos praticados na recuperação judicial que mais tarde foi convolada em falência, o art. 84, inc. IV, é claro ao empregar a palavra "durante", o que se depreende ser o lapso temporal entre a decisão do juiz que concedeu a recuperação, precedida da aprovação do plano pela assembleia geral de credores, e a decisão judicial que decretou a sua falência.

Mas, ao interpretar o dispositivo, há entendimento aceitando a inclusão da despesa com **advogado** contratado para ajuizar a recuperação judicial. Compreendendo assim como despesa necessária para a busca da superação da crise empresarial[264]. Partindo desse raciocínio, poderão ser tidas como despesas extraconcursais as realizadas na contratação de escritório especializado na elaboração do plano de recuperação de empresas, que nem sempre é o mesmo escritório de advocacia que ajuizou a recuperação.

Como já apontado, o STJ, ao julgar o REsp 1.152.218, entendeu que os **honorários advocatícios** firmados para assessorar a massa falida (logo depois da decretação de falência) têm natureza de créditos extraconcursais. Esses honorários são despesas da massa, devendo ser pagos antes mesmo dos créditos trabalhistas, não sendo aplicável a Súmula 219 do STJ. Além disso, não se pode deixar de lembrar que, pela multiplicidade de recursos, o julgamento do REsp 1.152.218 seguiu o rito dos representativos de controvérsia, conforme o art. 543-C do CPC [novo CPC, art. 1.036], cuja tese recairá sobre os outros litígios que tratam do assunto no STJ, além de servir de orientação para as instâncias inferiores.

5.6.4. Pedido de restituição

Durante o processo falimentar, pode ocorrer de ser arrecadado (trazido para o acervo da massa falida), pelo administrador judicial, algum bem de propriedade de outrem; o que pode incluir o fato de que esse bem estivesse em poder do devedor. Nesses casos, o legítimo proprietário do bem arrecadado poderá pedir sua restituição/devolução (LRF, art. 85, *caput*).

Ressalte-se o fato de que somente o proprietário pode pedir a restituição, por se tratar de um direito real de propriedade. Entretanto, não podemos perder de vista que o credor fiduciário também goza de tal prerrogativa, conforme o tema é tratado em outro item deste livro, "alienação fiduciária" (no capítulo sobre contratos mercantis), para o qual remetemos o leitor.

Da mesma forma, quem vendeu para o devedor a crédito e entregou a coisa nos **15 dias** anteriores ao

requerimento de sua falência poderá pedir a restituição dessa coisa (LRF, art. 85, parágrafo único).

Vale ter em conta que o objeto do pedido de restituição deverá ser uma coisa que não tenha sido alienada, pois se for o caso de uma mercadoria adquirida pelo devedor e que por este já foi revendida não poderá ela ser restituída, cabendo apenas uma indenização em dinheiro.

O revogado Decreto-lei n. 7.661/45, no *caput* do seu art. 76, equivalente ao *caput* do art. 85 da Lei n. 11.101/2005, previa a palavra "coisa", o que fazia com que alguns entendessem que não seria possível a restituição de um bem incorpóreo, como a licença de uso de marca.

A seu tempo, e sob a vigência da norma anterior, Trajano de Miranda Valverde afirmava que o objeto do pedido de restituição (quer fundado em direito real, quer em contrato) deveria ser coisa corpórea, móvel ou imóvel [265].

O dispositivo em vigor, *caput* do art. 85 da Lei n. 11.101/2005, prescreve "bem", o que, a princípio, sana a controvérsia, cabendo então a bens corpóreos e incorpóreos.

No entanto, o vigente parágrafo único do art. 85 (assim como fazia o seu correspondente § 2º do art. 76 do Decreto-lei n. 7661/45) utiliza a palavra "coisa", o que pode levar a crer que essa regra do parágrafo único (coisa vendida a crédito e entregue ao devedor nos 15 dias anteriores ao requerimento de sua falência, se ainda não alienada) será cabível apenas a bens corpóreos.

Pode acontecer de a restituição ser em dinheiro, quando, por exemplo, não for possível a restituição da coisa por esta ter perecido; a importância entregue ao devedor for decorrente de adiantamento de contrato de câmbio (LRF, art. 86).

As restituições em dinheiro não integram o concurso de credores, ou seja, os terceiros que têm direito às restituições receberam suas quantias antes de os credores receberem seus créditos classificados por classes [266]. À luz do parágrafo único do art. 86, as restituições em dinheiro apenas não precederam o pagamento dos créditos trabalhistas de natureza salarial vencidos nos *3* meses anteriores à decretação da falência, até o limite de *5* salários mínimos por trabalhador, que serão pagos assim que houver disponibilidade de caixa, nos termos do art. 151.

No entanto, a sentença judicial que negar a restituição, mas que reconhecer o direito de crédito do autor, incluirá o requerente no quadro-geral de credores, na classe correspondente à natureza do seu crédito (LRF, art. 89).

É preciso considerar que o pedido de restituição deve ser feito perante o juízo falimentar, de maneira

fundamentada e descrevendo a coisa a ser devolvida (LRF, art. 87, *caput*).

O juiz determinará que esse pedido seja autuado em separado. Também ordenará a intimação do falido, do comitê de credores e do administrador judicial para que possam se manifestar no prazo de *5* dias (LRF, art. 87, § 1º).

Após isso, o juiz avaliará as provas e determinará audiência de instrução e julgamento, se necessário (LRF, art. 87, § 2º).

Julgando procedente o pedido, será proferida sentença que determinará a entrega da coisa em **48 horas** (LRF, art. 88).

Dessa sentença cabe apelação sem efeito suspensivo (LRF, art. 90, *caput*).

É bom lembrar que quando a Lei n. 11.101/2005 for silente quanto aos prazos dos recursos cabíveis, aplicam-se aos prazos as normas do Código de Processo Civil.

Até o trânsito em julgado, o pedido de restituição suspende a disponibilidade do bem objeto da discussão na demanda judicial (LRF, art. 91, *caput*).

Como esclarece Manoel Justino Bezerra Filho, o bem fica indisponível até o trânsito em julgado da sentença que julga improcedente o pedido de restituição, haja vista que se a sentença for procedente, o bem continuará indisponível até a sua efetiva devolução ao autor vencedor da demanda[267].

5.6.5. Decretação da falência

Em geral, o processo falimentar é bastante complexo e, para melhor entendê-lo, de uma maneira didática, pode-se dizer que ele se divide, basicamente, em **duas fases**.

A **primeira fase** tem início com a petição inicial do credor do devedor requerendo a falência deste, indo até a decisão do juiz, que julga procedente ou não esse pedido, por meio da decretação da falência. A declaração da falência pode ser motivada por crise, impontualidade ou prática de ato de falência.

Essa decisão que decreta a falência é popularmente conhecida por **declaração de quebra**. "Quebra" porque no passado era comum o uso da expressão italiana *bancarotta*, que corresponde à banca quebrada. Isso porque quando um comerciante deixava de honrar seus compromissos havia uma autorização para que sua banca pudesse ser quebrada pelo credor. Ainda hoje, alguns países utilizam o vocábulo quebra em vez de falência, como é o caso da Argentina.

Com a decretação da falência, começa a **segunda fase**, em que, sucintamente, se procurará vender o ativo para pagar o passivo. Feito isso, o juiz irá proferir uma nova decisão encerrando o processo falimentar, após cumpridos alguns trâmites que serão estudados adiante.

Ressalta-se que a decisão declaratória de falência é um marco fundamental no processo falimentar, da qual resultam vários efeitos (que serão abordados mais à frente). Essa decisão ocorre após o juiz ter recebido a petição inicial, requerendo a falência, e avaliado a contestação do devedor.

A seguir, será estudado como o processo falimentar tem início, quais são as hipóteses; quem tem legitimidade para requerê-lo etc.

5.6.5.1. Hipóteses

Antes da análise das hipóteses de decretação da falência, é importante entender que a lei exige a necessidade de insolvência do empresário para que o juiz decrete sua falência.

Por isso, é pertinente a distinção feita por Fábio Ulhoa Coelho quanto à diferença entre insolvência **econômica** e insolvência **jurídica**. **Insolvência econômica** se caracteriza pelo fato de que o estado patrimonial do empresário está com o ativo menor do que o passivo, o que também é denominado insolvabilidade. Já a **insolvência jurídica** se configura pela impontualidade injustificada (LRF, art. 94, inc. I), execução frustrada (LRF, art. 94, inc. II) ou pela prática de ato de falência (LRF, art. 94, inc. III) [268].

Dessa forma, para a decretação da quebra é indiferente o estado econômico-financeiro do empresário (se acometido por crise ou não), pois a lei segue critérios objetivos na enumeração das possibilidades de insolvência jurídica.

A falência do devedor será decretada nas seguintes hipóteses (LRF, art. 94):

1) quando não pagar, sem relevante razão de direito, no vencimento: obrigação líquida, materializada em título, ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a **40 salários mínimos** na data do pedido da falência [269];

   Os credores, com créditos inferiores a 40 salários mínimos, podem unir/somar seus direitos creditórios para chegar ao valor mínimo (LRF, art. 94, § 1º).

2) quando executado, por qualquer quantia: não pagar, não depositar e não nomear bens à penhora (p. ex., em uma execução trabalhista);

3) quando praticar os seguintes atos, exceto no caso de fazer parte de plano de recuperação judicial:

3.1 realizar precipitadamente liquidação de seus ativos;

Pode ser o caso de o empresário vender seus bens visando promover o encerramento na Junta Comercial, o que não impedirá a decretação de sua falência.

3.2 tentar retardar pagamentos ou fraudar credores;

3.3 transferir o estabelecimento sem consentimento de credores;

O Código Civil, em seu art. 1.145, prevê que na alienação do estabelecimento, ao empresário deverão restar bens suficientes para saldar suas dívidas; caso contrário, ele deverá pedir anuência de todos os seus credores.

3.4 simular a transferência de seu estabelecimento;

3.5 dar garantia sem ficar com bens para fazer frente ao seu passivo;

3.6 ausentar-se sem deixar procuradores com bens para pagar os credores;

3.7 deixar de cumprir, no prazo estabelecido, o plano de recuperação judicial.

Os atos enumerados anteriormente são denominados **atos de falência**, assim chamados por serem atitudes temerárias que podem acarretar frustrações aos seus credores.

5.6.5.2. Quem pode requerer

É importante analisar quem tem legitimidade ativa para requerer a decretação da falência do devedor. Conforme a lei, pode solicitar a falência do devedor (LRF, art. 97):

1) qualquer credor;
2) o cotista (de sociedade limitada) ou acionista (de sociedade anônima) do devedor (essa hipótese cabe apenas para sociedade empresária, pois empresário individual não tem cotista ou acionista);
3) o cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor ou inventariante (já essa hipótese é só para empresário individual);
4) o próprio devedor (autofalência, que será vista a seguir).

Quanto à primeira possibilidade, se o credor também for empresário, deverá apresentar certidão da Junta Comercial que comprove a regularidade de sua atividade (LRF, art. 97, § 1º). Daí a importância de o empresário manter-se em situação regular junto ao Registro Público das Empresas Mercantis, sob pena de não ter legitimidade para requerer a falência de seus devedores.

5.6.5.2.1. Falência requerida pelo próprio devedor (autofalência)

A última hipótese de quem pode requer a falência, no caso o próprio devedor, é a chamada autofalência.

Autofalência ocorre quando o devedor verifica a inviabilidade da continuidade da atividade empresarial, por crise econômico-financeira, ficando impossibilitado de atender aos requisitos para pleitear a recuperação judicial (LRF, art. 105, *caput*).

Para requer a autofalência, o devedor deverá apresentar: demonstrações contábeis; expor as razões da impossibilidade de prosseguir no negócio etc. (LRF, art. 105).

Se for um empresário individual, apenas a sua vontade já é o suficiente para o requerimento de sua falência. Se for uma sociedade empresária, será necessária uma deliberação dos sócios a fim de verificar a vontade majoritária do capital social. Para tanto, é preciso respeitar o quórum previsto na lei ou no contrato/estatuto social, como, por exemplo, no caso de uma sociedade limitada cujo quórum é de três quartos do capital social para a tomada de tal decisão, à luz dos arts. 1.076, inc. I, e 1.071, incs. V e VI, do Código Civil.

Entendemos que sendo a EIRELI submetida à Lei n. 11.101/2005, por desenvolver atividade econômica, composta apenas de uma pessoa, também poderá requer sua autofalência, quando for o caso.

5.6.5.3. Petição inicial e procedimento

O pedido de falência deverá ser feito junto ao juízo falimentar. Em algumas comarcas, há varas especializadas com a competência para julgar processos falimentares, mas, na maioria, a competência é das varas cíveis.

A **petição inicial** do credor, que irá requerer a falência do devedor, deverá ser instruída com o documento comprobatório, de acordo com a hipótese de falência (LRF, art. 94, §§ 3º, 4º e 5º):

1) para **impontualidade injustificada** (hipótese do inc. I do art. 94), com o título executivo e a certidão do protesto para fim falimentar;
2) para **execução frustrada** (hipótese do inc. II do art. 94), com a certidão judicial expedida pelo juízo em que se processa a execução;
3) para **atos de falência** (hipóteses do inc. III do art. 94), com a descrição dos fatos que caracterizam a falência juntando as provas pertinentes, conforme o caso.

5.6.5.4. Afastamento da falência

Em relação à possibilidade de afastamento da falência, o devedor poderá **contestar** o requerimento de sua falência, procurando desse modo afastar a decretação da quebra.

Sobre o prazo para apresentar a contestação, ele é de **10 dias** (LRF, art. 98).

Assim, a decisão judicial pode ser no sentido de decretar ou não a falência do empresário. Quando o juiz não decreta a falência, tem-se uma denegatória da falência, decisão que afasta a quebra[270].

Dessa forma, o devedor poderá afastar a decretação da falência se, ao contestar, provar que (LRF, art. 96):

1) já pagou a dívida;
2) o título é falso;
3) ocorreu a prescrição do crédito;
4) há nulidade de obrigação ou de título;
5) existe fato que pode extinguir a obrigação (novação, compensação etc.) ou suspendê-la, ou que não legitime a cobrança;
6) vício no protesto;

O protesto pode ser considerado viciado quando não for realizado na comarca do domicílio do devedor ou do local do pagamento, nos termos da Lei do Protesto – Lei n. 9.492/97, art. 6º.

7) a atividade empresarial foi encerrada há mais de **2 anos** (a contar da baixa de encerramento na Junta Comercial);
8) apresentou pedido de recuperação judicial;

Dentro do prazo para contestar, o devedor poderá solicitar sua recuperação judicial (LRF, art. 95), fazendo, dessa forma, uso desse instituto como era a revogada concordata suspensiva, que tinha exatamente a finalidade de suspender a continuidade do processo falimentar.

9) depositou o valor, no prazo da contestação, correspondente ao total do crédito (que se discute a falsidade ou prescrição), acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios (LRF, art. 98, parágrafo único).

Esse depósito é conhecido como “depósito elisivo”, pois, ao ser uma espécie de caução, tem como efeito afastar a possibilidade da decretação da falência.

Nessa última hipótese, ainda que o pedido de falência formulado pelo credor seja julgado procedente, a falência não será decretada, mas, sim, o juiz ordenará o levantamento do valor depositado em favor do

autor.

5.6.5.5. Recursos cabíveis

Da decisão que decreta a falência (decisão declaratória), cabe **agravo**, pois não é uma sentença que termina o processo, e sim uma decisão interlocutória que abre uma nova fase processual.

Entretanto, quando o pedido de falência é julgado improcedente (decisão denegatória), se estará diante de uma sentença da qual cabe **apelação**, por se tratar de decisão que finaliza o processo (LRF, art. 100).

Se for verificado que o autor ajuizou o pedido de falência por dolo, ou seja, com a intenção de prejudicar, a sentença que julgá-la improcedente irá condená-lo a indenizar o réu (ou terceiros prejudicados) por perdas e danos, a serem apuradas em liquidação de sentença (LRF, art. 101).

Trata-se de uma hipótese em que independe de reconvenção (pedido contraposto feito no prazo da contestação) por parte do réu empresário, uma vez que a própria lei lhe assegura esse direito à indenização, que pode consistir em dano emergente, lucro cessante e/ou dano moral, temas que vamos estudar no capítulo sobre contratos.

Quando o pedido doloso de falência causar dano a terceiro, este também poderá reclamar indenização dos responsáveis, mas neste caso por meio de ação própria, ou seja, ação indenizatória por perdas e danos (LRF, art. 101, § 2º).

5.6.5.6. Determinações da decretação de falência

A decisão que decretar a falência do devedor, entre outras providências, determinará (LRF, art. 99):

1) a suspensão de todas as ações e execuções contra o falido – salvo as excluídas por lei, como as trabalhistas e fiscais (*vide* art. 6º, §§ 1º e 2º);
2) que o falido apresente em até **5 dias** a relação nominal dos credores, com as respectivas qualificações e valores;
3) a explicitação do prazo de **15 dias** para habilitações de crédito (*vide* art. 7º, § 1º);
4) a proibição da prática de dispor ou onerar bens do falido;
5) as diligências necessárias para salvaguardar interesses das partes envolvidas (p. ex., busca e apreensão de bens pertencentes à massa falida);
6) a nomeação do administrador judicial;

7) a expedição de ofícios a órgãos que possam informar sobre a existência de bens do falido (como aos Registros de Imóveis, DETRAN etc.);

8) sobre o prosseguimento provisório das atividades do falido com o administrador judicial ou o lacre dos estabelecimentos;

9) quando for conveniente, a convocação da assembleia geral de credores para eleger os membros do comitê de credores;

10) a intimação do Ministério Público e das Fazendas (federal, estaduais e municipais);

11) o termo legal da falência (que será examinado a seguir);

12) a inabilitação empresarial (assunto que também será abordado adiante).

5.6.5.7. Termo legal da falência

O termo legal da falência é o que se chama **período suspeito**. Recebe esse nome porque os atos praticados nesse tempo têm uma presunção legal de ilegitimidade, já que era possivelmente de conhecimento do devedor sua eventual quebra/falência. Logo, esses atos são desconsiderados, por exemplo, uma venda de ativos.

A fixação do período do termo legal da falência será feita pelo juiz na decisão que decretar a falência do devedor. Esse período poderá ser de até **90 dias** retroagindo a partir do pedido da falência; pedido de recuperação judicial; ou primeiro protesto válido por falta de pagamento (LRF, art. 99, II)[271].

Destaca-se que o termo legal da falência sofreu aumento quanto ao seu prazo máximo, pois, na legislação anterior, Decreto-lei n. 7.661/45, art. 14, parágrafo único, inc. III, o prazo era de até *60* dias.

5.6.5.8. Inabilitação empresarial

Inabilitação empresarial significa o lapso temporal em que o falido fica impossibilitado de exercer qualquer atividade empresarial.

Com a decretação da falência, o devedor fica proibido de exercer atividade empresarial, o que ocorre a partir dessa decisão judicial, que declarou a quebra, até a sentença que extinguir suas obrigações; podendo ainda perdurar por até **5 anos** da decisão penal (LRF, art. 102, *caput*, cc. art. 181, § 1º).

Significa dizer que a inabilitação durará da decretação da falência até a sentença de extinção de suas obrigações, se não houver condenação penal; havendo, o prazo poderá estender-se por até *5* anos

contados do trânsito em julgado dessa decisão condenatória criminal, que deve expressamente declarar motivadamente a inabilitação como efeito da condenação.

A inabilitação empresarial é uma das sanções ao empresário por ter quebrado. No entanto, se pensarmos em uma falência provocada por motivos alheios à vontade do devedor, como uma crise econômica mundial ou um plano econômico do governo, essa sanção pode nos soar como injusta.

É preciso levar em consideração que, a partir da decretação da falência, o devedor perde o direito de administrar ou dispor de seus bens (LRF, art. 103).

Isso difere da recuperação judicial, cujo devedor é mantido na gestão da atividade empresarial, sob a fiscalização do comitê de credores e do administrador judicial (LRF, art. 64, *caput*). Na falência, o devedor perde esse direito de administração (LRF, art. 103 cc. art. 75, *caput*).

Esse efeito de inabilitação empresarial também é estendido aos sócios de responsabilidade ilimitada. Quanto aos sócios de responsabilidade limitada, a inabilitação empresarial somente os alcançará se forem os administradores da sociedade (LRF, art. 81, § 2º).

Terminado o período de inabilitação, o falido poderá requerer ao juiz da falência que proceda à respectiva anotação em seu registro perante a Junta Comercial (LRF, art. 102, parágrafo único). Com isso poderá fazer nova inscrição como empresário individual ou participar como sócio de sociedade empresária.

5.6.5.9. Direitos e deveres do falido

Em relação aos direitos que a lei reserva ao devedor, vale ter em conta que, o devedor conserva o direito de fiscalizar a administração da massa falida (cuja gestão é de responsabilidade do administrador judicial), podendo requerer providências ao juiz para melhor preservar os bens ou direitos, bem como intervir nos processos em que a massa for parte ou interessada, além de poder interpor recursos cabíveis (LRF, art. 103, parágrafo único).

A decretação da falência impõe, entre outros, os seguintes deveres ao falido (LRF, art. 104):

1) assinar nos autos do processo falimentar o “termo de comparecimento”;

Esse termo de comparecimento deve conter a indicação do nome, nacionalidade, estado civil, endereço completo do domicílio.

Ainda, o falido deverá declarar, para constar do termo: as causas determinantes da sua falência,

quando requerida pelos credores; tratando-se de sociedade, os nomes e 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; o nome do contador encarregado da escrituração dos livros obrigatórios; os mandatos que porventura tenha outorgado, indicando seu objeto, nome e endereço do mandatário; seus bens imóveis e os móveis que não se encontram no estabelecimento; se faz parte de outras sociedades, exibindo o respectivo contrato; suas contas bancárias, aplicações, títulos em cobrança e processos em andamento em que for autor ou réu.

2) entregar em cartório documentos e livros da atividade empresarial;

3) prestar informações necessárias ao juiz, administrador judicial, credor ou Ministério Público;

4) não se ausentar do local onde se processa a falência;

5) auxiliar o administrador judicial;

6) examinar as habilitações de crédito;

7) apresentar a relação de credores etc.

Caso o falido não cumpra com quaisquer dos seus deveres legais previstos na norma falimentar, após intimado pelo juiz a fazê-lo, responderá por crime de desobediência (LRF, art. 104, parágrafo único).

O crime de desobediência está previsto no art. 330 do Código Penal, que estabelece: “Desobedecer a ordem legal de funcionário público: pena – detenção, de quinze dias a seis meses, e multa”.

5.6.6. Arrecadação, avaliação e custódia dos bens

A palavra “arrecadação” tem o sentido de juntar, recolher. A primeira ação do administrador judicial, após assinar o termo de compromisso, será efetuar a arrecadação dos bens do falido, a fim de compor o acervo da massa falida, pois, posteriormente, serão alienados para pagar o passivo.

Frise-se que, administrador também deverá arrecadar os documentos do falido, a fim de que possam servir para o levantamento dos débitos, créditos e outras informações relevantes (LRF, art. 108, *caput*).

Os bens arrecadados serão mantidos sob a guarda do administrador judicial ou de outra pessoa de sua confiança. O falido, ou um de seus representantes, poderá ser nomeado depositário dos bens (LRF, art. 108, § 1º).

Se for necessário, quando houver risco para o cumprimento da fase de arrecadação ou mesmo para a preservação dos bens da massa falida ou interesses dos credores, o estabelecimento será lacrado (LRF,

art. 109).

O administrador judicial, ao efetuar a arrecadação, deverá avaliar os bens arrecadados (LRF, art. 108, *caput*).

Não sendo possível a avaliação dos bens, no ato da arrecadação, o administrador deverá requerer ao juiz a concessão de prazo para apresentação do laudo de avaliação, que não poderá ser superior a **30 dias**, contados do auto de arrecadação – documento que discrimina tudo o que foi arrecadado (LRF, art. 110, § 1º).

Após ouvir o comitê de credores, considerando os custos e o interesse da massa falida, o juiz poderá autorizar os credores, de forma individual ou coletiva, a adquirir ou adjudicar imediatamente os bens arrecadados, pelo valor da respectiva avaliação, respeitando a regra da classificação de crédito (LRF, art. 111).

Quando necessário, os bens poderão ser removidos dos seus locais atuais, para a sua melhor guarda e conservação, sendo mantidos sob a responsabilidade do administrador judicial (LRF, art. 112).

No caso de existirem bens sujeitos à desvalorização (p. ex., equipamentos de informática) ou perecíveis (p. ex., produtos alimentícios), esses poderão ser vendidos antecipadamente, mediante autorização judicial, após ouvir o comitê de credores e o falido no prazo de **48 horas** (LRF, art. 113).

Além de tudo, o administrador poderá alugar ou celebrar contratos referentes aos bens da massa falida, a fim de gerar renda para ela (LRF, art. 114), como, por exemplo, a locação de bens móveis e imóveis.

5.6.7. Efeitos da decretação da falência sobre as obrigações do devedor

A decretação da falência do devedor tem como resultado o fato de que os credores somente poderão exercer seus direitos sobre os bens do falido nas condições previstas na Lei Falimentar, Lei n. 11.101/2005 (LRF, art. 115).

Entre os vários efeitos que a decretação da falência tem sobre as obrigações do devedor estão os seguintes:

1) a suspensão do **direito de retenção** do devedor sobre os bens sujeitos à arrecadação, os quais deverão ser entregues ao administrador judicial (LRF, art. 116, inc. I);
2) a suspensão do **direito de retirada** (saída da sociedade) dos sócios ou de recebimento do valor de suas quotas ou ações, por parte dos sócios ou acionistas da falida (LRF, art. 116, inc. II);

3) a cessação dos efeitos de **mandatos** conferidos pelo devedor antes da falência (LRF, art. 120);
4) a não exigência contra a massa falida de **juros** vencidos após a decretação da falência, ainda que previstos em lei ou em contrato, salvo se o ativo apurado for suficiente para pagar, inclusive, a última classe de credores, ou seja, a dos subordinados (LRF, art. 124, *caput*);
5) a não **resolução** automática dos contratos bilaterais e unilaterais (que será abordada a seguir);
6) o encerramento das "contas correntes" com o devedor, apurando-se os respectivos saldos (LRF, art. 121).

Ressalta-se que "contas correntes" na expressão da lei não se trata de contas bancárias. São contratos de contas de compensações entre dois empresários. Na prática, esses empresários celebram negócios em que, em alguns, um é vendedor e, em outros, comprador, sendo que, ao final de determinado período, verifica-se quem tem maior crédito contra o outro pelas vendas, ocorrendo o pagamento apenas da diferença entre as operações.

Ricardo Negrão chama a atenção ao fato de que, com a decretação da falência, os prazos prescricionais contra o devedor são suspensos, recomeçando as contagens após o trânsito em julgado da sentença que encerra o processo falimentar (à luz da LRF, art. 157)[272]. Trata-se de mais um efeito decorrente da decretação da falência.

Outro efeito a ser lembrado é o fato de o falido perder o direito de dispor e administrar seus bens (à luz do art. 103, *caput*), sendo que muitas vezes ele pode tentar praticar algum ato de alienação, a fim de aproveitar-se pessoalmente, mas de forma indevida, de parte do acervo da massa falida. Caso ocorra algo do gênero, o ato de alienação praticado pelo falido será nulo, devendo o bem ser devolvido à massa. Assim, fica dispensada a ação revocatória (que será estudada adiante) para esse fim, haja vista que por se tratar de ato nulo poderá ser reconhecido de ofício pelo magistrado[273].

5.6.7.1. Resolução de contratos bilaterais e unilaterais

Ainda com relação aos efeitos da decretação de quebra sobre as obrigações do devedor, os **contratos bilaterais** (que ainda não foram totalmente cumpridos) não se resolvem (finalizam) automaticamente pela falência, podendo ser cumpridos pelo administrador judicial, quando for de interesse da massa.

O cumprimento do contrato deverá acontecer com o intuito de reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida, ou, se for necessário, para a manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do comitê de credores (LRF, art. 117, *caput*).

Mesmo que haja previsão contratual de resolução automática do contrato em caso de falência do contratante, à luz da lei, o que vai determinar a resolução ou não será a conveniência para a massa falida.

Com os mesmos fundamentos e exigências, essa resolução também é aplicada aos **contratos unilaterais** (aqueles com prestações apenas para uma das partes, no caso para o devedor falido, como a doação), que não se resolvem automaticamente pela decretação da falência (LRF, art. 118).

5.6.8. Ineficácia e revogação de atos praticados antes da falência

Ineficaz significa sem efeito, que não produz resultado. Alguns atos que foram realizados pelo devedor, antes da decretação da falência, podem ser considerados como **ineficazes** a partir de uma decisão judicial.

Mesmo que o contratante não tenha conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, e que o devedor não tenha tido a intenção de fraudar credores, determinados atos serão tidos como ineficazes por força da lei (LRF, art. 129, *caput*).

Alguns desses atos considerados **ineficazes** são os seguintes (LRF, art. 129):

1) pagamento de dívidas **não vencidas** dentro do termo legal da falência (período suspeito de até *90* dias anteriores ao pedido de falência);
2) pagamento de dívidas **vencidas**, mas de forma diversa à prevista no contrato, dentro do termo legal da falência;
3) constituição de direito real de garantia no período do termo legal da falência;
4) venda de estabelecimento sem consentimento dos credores e sem deixar bens suficientes para cobrir o passivo, exceto se não houve oposição dos credores no prazo de *30* dias (regra semelhante está prevista no art. 1.145 do Código Civil)[274].
5) prática de atos a título gratuito (exemplo, doação) desde *2* anos da decretação;
6) renúncia de herança (no caso de empresário individual) contados *2* anos da decretação etc.

É importante destacar que os quatro primeiros atos não serão declarados ineficazes se forem realizados de acordo com a previsão em plano de recuperação judicial (LRF, art. 131).

Vislumbra-se que em todos os casos são utilizados critérios objetivos para determinar se estes são ou não ineficazes.

Porém, além das hipóteses de ineficácia, existe a previsão de que qualquer ato praticado com a

intenção de prejudicar credores, desde que provado o conluio entre devedor e terceiro, poderá ser **revogado** por decisão judicial (LRF, art. 130, *caput*).

Esse último caso, ato praticado com a intenção de prejudicar credores, segue um critério subjetivo, que consiste na necessidade de se **provar o conluio** (ajuste de condutas) entre devedor e terceiro, o que reflete a expressão latina *consilium fraudis* – vontade de causar fraude contra interesse de terceiro.

A forma para se declarar a ineficácia ou revogação de tais atos ocorre por meio da **ação revocatória**, instrumento sobre que discorremos a seguir.

Mas não se pode deixar de mencionar que a ineficácia dos atos relacionados no art. 129 poderá ser declarada de ofício pelo juiz, alegada em defesa ou pleiteada mediante ação própria ou incidentalmente no curso do processo falimentar (LRF, art. 129, parágrafo único).

5.6.8.1. Ação revocatória

Amador Paes de Almeida diz que, no Direito Falimentar, há duas espécies de ação revocatória: revocatória por ineficácia e revocatória por fraude. A primeira é para as hipóteses do art. 129 e a segunda para o caso do art. 130 da Lei Falimentar[275], conforme visto anteriormente.

Ressalte-se que **ação revocatória** (de revogar) não se confunde com ação renovatória (de renovar), prevista na Lei das Locações, Lei n. 8.245/91, art. 51, destinada ao empresário locatário de imóvel que, por meio dela, tem o direito de renovar compulsoriamente o contrato de locação.

Salienta-se que a ação revocatória por fraude prevista no art. 130 deverá ser proposta pelo administrador judicial, qualquer credor ou Ministério Público no prazo de **3 anos** da decretação da falência (LRF, art. 132).

Esse prazo nos parece muito longo, o que de certa forma traz insegurança e lentidão para o processo falimentar, à medida que prejudica rateios já realizados, ou acaba por inibir rateios a fim de aguardar a expiração dos *3* anos.

Contudo, a ação será ajuizada perante o juízo falimentar, sob o rito ordinário, e poderá ser promovida contra todos que figuraram no ato "viciado" a ser revogado, inclusive terceiros. Poderão ser réus da ação: os que figuraram no ato ou que por efeito dele foram pagos, garantidos ou beneficiados; os terceiros adquirentes se, ao se criar o direito, tiveram conhecimento da intenção do devedor de prejudicar os credores. Também pode ser ajuizada contra herdeiros ou legatários de quaisquer dessas

pessoas elencadas anteriormente (LRF, arts. 133 e 134).

Sendo procedente a ação revocatória, o juiz ordenará o retorno dos bens à massa falida, e da sentença caberá apelação (LRF, art. 135).

De qualquer forma, o terceiro contratante de boa-fé, devido ao reconhecimento da ineficácia do ato que havia realizado com o agora falido, terá direito à restituição dos bens ou valores que entregou ao devedor à época do negócio. Fica também a ele assegurado propor ação por perdas e danos contra o devedor ou contra os seus garantidores (LRF, art. 136).

5.6.9. Realização do ativo

Realizar o ativo significa vender/alienar os bens arrecadados da massa falida (para num segundo momento poder efetuar o pagamento dos credores).

Assim, a realização do ativo terá início logo após a arrecadação dos bens e a juntada ao processo, pelo administrador judicial, do respectivo auto de arrecadação (LRF, art. 139).

5.6.9.1. Meios de alienação

A alienação dos bens, ou seja, a realização do ativo, respeitando a seguinte ordem de preferência, será realizada utilizando-se de umas das seguintes formas (LRF, art. 140, incs. I a IV):

1) alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco (ou seja, uma venda total sem qualquer separação);
2) alienação de suas filiais isoladamente;
3) alienação em bloco dos bens que compõem cada um dos estabelecimentos;
4) alienação dos bens individualmente.

Se for conveniente e oportuna à realização do ativo, pode-se adotar mais de uma forma de alienação (LRF, art. 140, § 1º).

Destaca-se que a alienação poderá ter início inclusive sem a formação do quadro-geral de credores (LRF, art. 140, § 2º).

5.6.9.2. Modalidades

Ainda sobre alienação dos bens, ela poderá ocorrer por uma das modalidades a seguir citadas, por ordem do juiz, após este ter ouvido o administrador judicial e o comitê de credores (LRF, art. 142, incs. I a III):

1) leilão, por meio de lances orais;
2) propostas fechadas;
3) pregão (mistura das anteriores: recebimento das propostas seguido de lances orais) (LRF, art. 142, § 5º);
4) outras modalidades autorizadas pelo juiz, quando houver motivos justificáveis, mediante requerimento fundamentado do administrador judicial ou do comitê de credores (LRF, art. 144), como, exemplificativamente, pela expedição de carta-convite aos concorrentes ou possível alienação direta a certo interessado no acervo da massa;
5) outras modalidades aprovadas pela assembleia geral de credores (LRF, art. 145, *caput*), como, por exemplo, pela constituição de uma sociedade formada por credores;
6) constituição de sociedade formada pelos empregados do devedor (também aprovada pela assembleia geral de credores), em que estes poderão utilizar seus créditos trabalhistas para a aquisição da empresa (LRF, art. 145, *caput* e § 2º).

Neste último caso, os novos sócios (ex-empregados) poderão, se houver necessidade e atendidos os requisitos legais, pleitear a recuperação de empresas.

Salienta-se que a venda será efetivada pelo maior valor, ainda que inferior ao valor de avaliação (LRF, art. 142, § 2º).

Nas três primeiras modalidades, no prazo de **48 horas** da arrematação, cabe impugnação do devedor, qualquer credor ou Ministério Público (LRF, art. 143).

Já nas duas últimas modalidades, em caso de não aprovação pela assembleia geral de credores, caberá ao juiz decidir a forma que será adotada, considerando a posição do administrador judicial e do comitê de credores (LRF, art. 145, § 3º).

Em relação às quantias recebidas, elas serão depositadas em instituição financeira, atendidas as normas da organização judiciária do local (LRF, art. 147).

5.6.9.3. Sucessão tributária, trabalhista e acidentária

Para qualquer modalidade de realização do ativo, não é necessária a apresentação de certidões

negativas (LRF, art. 146).

Isso ocorre porque o objeto da alienação está livre de qualquer ônus, **não havendo sucessão do arrematante** nas obrigações do devedor, inclusive nas de natureza tributária, trabalhista e de acidente do trabalho (LRF, art. 141, inc. II).

Trata-se de uma questão importante e polêmica, pois, se de um lado, pode trazer prejuízos ao Fisco e aos trabalhadores, uma vez que só poderão tentar receber do devedor falido; de outro lado, incentiva outras pessoas a se interessarem pelo acervo da massa falida, podendo comprá-lo e reerguê-lo. Enfim, oferece a possibilidade de as pessoas aproveitarem os bens para o exercício de atividade empresarial com seus reflexos positivos (manutenção dos empregos, recolhimentos de tributos, ou seja, exercer a função social da propriedade e da empresa).

A não sucessão de obrigações tributárias, trabalhistas e acidentárias na alienação de bens não é aplicável quando o arrematante for (LRF, art. 141, § 1º):

1) sócio da sociedade falida;
2) parente, em linha direta ou colateral até o 4º grau, consanguíneo ou afim do falido ou do sócio da falida;
3) agente do falido (um representante disfarçado do falido), com objetivo de fraudar a sucessão.

Os antigos empregados do devedor serão contratados mediante novos contratos de trabalho pelo adquirente, não ficando este obrigado pelos débitos dos contratos anteriores (LRF, art. 141, § 2º).

5.6.10. Pagamento aos credores

Após a realização do ativo, alienando-se os bens do falido, será feito o pagamento do passivo, isto é, o pagamento dos credores do falido.

Esse pagamento dos credores ocorre com os valores recebidos por meio da venda do ativo, respeitando a classificação dos créditos e outras determinações legais.

De qualquer forma, o pagamento dos credores somente será feito depois que forem (LRF, art. 149):

1) realizadas as restituições e os pagamentos indispensáveis mediante disponibilidade de caixa, que trataremos adiante (LRF, arts. 150 e 151);
2) pagos os créditos extraconcursais, como, por exemplo, a remuneração do administrador judicial; e
3) consolidado o quadro-geral de credores.

É importante ressaltar que, para a realização do ativo, não precisa haver a consolidação do quadro-geral de credores, mas essa consolidação é necessária para o pagamento dos credores.

Para os pagamentos serem efetuados, deve-se respeitar a ordem de classificação dos créditos (prevista no art. 83), pagando-se primeiro os credores da primeira classe – total ou parcialmente, de forma proporcional aos seus créditos.

Depois de os credores da primeira classe terem sido totalmente pagos (dentro dos limites legais), se houver saldo, serão convocados os credores da segunda classe para os respectivos pagamentos, e assim por diante.

Porém, os **créditos trabalhistas** de natureza salarial vencidos nos *3* meses anteriores à decretação da falência, até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador, serão pagos assim que houver disponibilidade de caixa (LRF, art. 151).

E o mesmo ocorrerá com as despesas indispensáveis à administração da falência ou à continuação provisória da atividade que serão pagas pelo administrador judicial tão logo haja disponibilidade de caixa (LRF, art. 150).

Depois de pagos todos os credores, se houver, o saldo positivo será entregue ao falido (LRF, art. 153). Na prática, trata-se de uma hipótese rara de ocorrer na medida em que as falências costumam se dar por crises empresariais que deixam o ativo menor do que o passivo.

O mais comum é não conseguir pagar todos os credores com a venda do ativo, ficando parte deles com seu crédito em aberto perante o devedor.

5.6.10.1. Responsabilidade pessoal e desconsideração da personalidade jurídica

No que se refere à responsabilidade pessoal e à possível aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, deve-se ter em conta inicialmente que se tratando de empresário individual não é dado o direito à limitação de responsabilidade e à separação patrimonial. Logo, seus bens pessoais responderão pelas dívidas decorrentes da sua atividade empresarial, salvo o que for considerado bem de família, à luz do art. 1º da Lei n. 8.009/90, que estabelece:

> “O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo **de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza**, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas

hipóteses previstas nesta lei" (grifo nosso).

Diferentemente, os **sócios** da sociedade empresária com responsabilidade limitada, como regra geral, têm direito à separação patrimonial e à limitação de responsabilidade. No entanto, durante o curso do processo falimentar, se ficar configurado o uso abusivo da personalidade jurídica por sócios ou administradores da sociedade em razão de fraude ou confusão patrimonial, o juiz poderá decretar a desconsideração da personalidade jurídica.

Como visto em outra passagem, com certa frequência ocorre a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em processos falimentares, sendo que uma das finalidades da desconsideração está na sua presteza quanto a atender aos interesses dos prejudicados, pois se tivessem de esperar uma decisão em ação apartada para comprovar a fraude, enquanto corre o processo falimentar, corresponderia a não se obter a tutela pertinente[276].

Mas a Lei n. 11.101/2005, art. 82, prevê a possibilidade de haver o ajuizamento de uma ação própria contra controladores, administradores e sócios limitadamente responsáveis visando a responsabilização pessoal deles. Trata-se de uma ação ordinária que deve observar as regras do Código de Processo Civil, art. 282 e s. [novo CPC, art. 318 e s.].

A propositura da ação deve ser perante o juízo falimentar, sendo que ela independe da realização do ativo e da prova de sua insuficiência para cobrir todo o passivo. Porém, o que se percebe da prática processual recente é muito mais a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no curso do processo falimentar.

5.6.11. Encerramento da falência

Feitos a realização do ativo e o pagamento aos credores, o administrador judicial apresentará, no prazo de **30 dias**, as contas ao juiz, acompanhadas dos documentos comprobatórios, que serão apensadas aos autos da falência (LRF, art. 154, *caput*, § 1º).

O juiz, ao receber as contas do administrador, as julgará por sentença, da qual cabe *apelação* (LRF, art. 154, § 6º).

Uma vez julgadas as contas do administrador, ele apresentará o relatório final da falência no prazo de **10 dias**, indicando (LRF, art. 155):

1) o valor do ativo (de acordo com as avaliações) e o valor do resultado de sua realização (da alienação,

que pode ter sido diferente, maior ou menor);

2) o valor do passivo (total dos débitos do falido) e o valor dos pagamentos feitos aos credores (o quanto se conseguiu pagar: total ou parcialmente).

Apresentado o relatório final, o juiz encerrará a falência por sentença (trata-se de outra sentença), da qual também cabe **apelação** (LRF, art. 156).

Essa sentença é denominada **sentença de encerramento**. Ela tem natureza processual, sendo apenas homologatória, sem carga decisória substantiva. Serve fundamentalmente de marco para recontagem da prescrição que estava suspensa desde a decretação da falência[277].

O prazo prescricional relativo às obrigações do falido recomeça a correr do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência (LRF, art. 157).

Significa dizer que os prazos que foram suspensos (não interrompidos) por força da decisão de decretação da falência, prevista no art. 6º da Lei n. 11.101/2005, voltam a correr pelo tempo restante contra o devedor.

5.6.12. Extinção das obrigações do falido

Encerrada a falência, as obrigações do falido, de natureza civil/empresarial, se extinguirão pelo (LRF, art. 158):

1) pagamento de todos os créditos;

Esta hipótese ocorrerá se for possível pagar todo o passivo com o resultado da venda do ativo, assim não haverá mais qualquer obrigação a cumprir.

2) pagamento de mais 50% dos créditos quirografários;

Será facultado ao falido integralizar a quantia necessária a fim de alcançar essa porcentagem. Neste caso os outros 50% dos créditos quirografários, bem como os créditos decorrentes de multas e créditos subordinados, não precisariam ser pagos, ficando como um "perdão legal" da dívida. Isso é um dos benefícios dados pelo ordenamento jurídico ao empresário, haja vista o risco inerente a toda atividade econômica associado ao fato de que em boa medida os principais credores foram satisfeitos, ainda que os quirografários parcialmente.

3) decurso do prazo de **5 anos**, se não for condenado por crime concursal/falimentar;

Este prazo pode ser visto como mais um benefício ao falido, uma vez que pode haver situações em que

a prescrição contra ele tenha um prazo maior e ainda sim a prescrição será de no máximo *5* anos. Vislumbra-se a hipótese em que começa a correr contra o falido o prazo prescricional de *10* anos decorrente de uma dívida que, por sua vez, foi suspenso após *2* anos pela decretação da falência deste devedor. Proferida a sentença de encerramento da falência essa dívida prescreverá em mais *5* anos, não mais em *8*, que seria o tempo restante pela suspensão da prescrição.

Mas, se pelo recomeço da contagem da prescrição de uma dívida (à luz do art. 157) o prazo se der em menor tempo (ou seja, antes dos *5* anos), será aquele o prazo a ser considerado. Exemplificando, uma dívida que prescreva em *3* anos, que após *1* ano de contagem da prescrição ela foi suspensa pela decretação da falência, ao retomar a contagem restarão apenas mais *2* anos de prescrição contra o devedor.

O inc. III do art. 158 menciona que o prazo começa a contar da sentença de encerramento da falência. No entanto, o correto é do "trânsito em julgado" da sentença de encerramento[278].

4) decurso do prazo de **10 anos**, se for condenado por crime concursal/falimentar.

Em razão da vigência do Código Civil de 2002, cujo art. 205 limitou o prazo prescricional em *10* anos, dificilmente este prazo previsto no inc. IV do art. 158 terá aplicação prática. Isso porque qualquer dívida que já tenha iniciado sua prescrição antes da decretação da falência prescreverá antes dos *10* anos estabelecido na lei falimentar.

Aqui também vale a mesma consideração quanto ao fato de que o prazo começa a contar do trânsito em julgado da sentença de encerramento.

Ocorrendo quaisquer das hipóteses avençadas acima (pagamentos de todos os credores ou de mais de 50% dos quirografários; decurso do prazo de *5* anos ou de *10* anos, se houver condenação penal) poderá o falido **requerer** ao juízo falimentar que suas obrigações sejam declaradas extintas por sentença (LRF, art. 159).

É a denominada **sentença de extinção**, contra a qual cabe apelação. E transitada em julgado os autos serão apensados aos autos da falência.

Vale ressaltar que ao pedido do falido qualquer credor pode apresentar oposição ao pedido no prazo de *30* dias da publicação do edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação. Se houver oposição, caberá ao juiz apreciá-la juntamente com o requerimento do falido e, se for o caso, com eventuais diligências processuais pertinentes, a fim de sentenciar de forma convicta julgando procedente

ou não o pedido.

Essa sentença, entre outros efeitos, permite que o empresário possa voltar a desenvolver atividade econômica regularmente, podendo, assim, efetuar nova inscrição na Junta Comercial.

A *2ª* parte do § 3º do art. 159 prevê a possibilidade de o falido requerer a declaração de extinção das obrigações mesmo antes de prolatada a sentença de encerramento prevista no art. 156. Nesta hipótese o juiz declarará a extinção na própria sentença de encerramento da falência, tornando assim desnecessária futura sentença de extinção das obrigações do falido.

Acontece que este requerimento anterior à sentença de encerramento seria possível apenas se ocorresse o pagamento total das dívidas ou o pagamento de pelo menos 50% dos créditos quirografários [279].

5.7. ASPECTOS PENAIS E CRIMES DA LEI N. 11.101/2005

Pode-se vislumbrar que um processo falimentar é um campo muito fértil para fraudes, por exemplo, pela habilitação de crédito irregular, pela premeditada frustração de credores etc. Por conta disso, a legislação prevê uma série de condutas tidas como criminosas, como veremos adiante.

A Lei n. 11.101/2005 manteve o regime anterior quanto à condição objetiva de punibilidade no campo penal, ou seja, é indispensável haver a sentença do juízo competente (de vara cível ou empresarial) nos autos de um processo que: (i) decretou a falência; (ii) concedeu a recuperação judicial; ou (iii) homologou a recuperação extrajudicial de todos os credores prevista no art. 163 (LRF, art. 180).

Os crimes, na lei vigente, são punidos com mais rigor se comparados com o Decreto-lei n. 7.661/45. A maioria prevê pena de reclusão, de *2* a *6* anos.

Em relação ao sujeito ativo do crime, o **devedor** ou **quem o represente**, os **sócios**, **diretores**, **gerentes**, **administradores** e **conselheiros**, "de fato" ou "de direito", bem como o **administrador judicial**, equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais da lei (LRF, art. 179).

Deve ficar claro que sócio, diretor, gerente etc. "de fato" é aquele que atua na prática, mas não consta no contrato social, e "de direito" é aquele que constava do contrato social.

No mais, a condenação criminal por um dos crimes concursais/falimentares gera os seguintes efeitos (LRF, art. 181):

1) inabilitação para o exercício de atividade empresarial;

2) impedimento para o exercício do cargo de conselheiro de administração, diretor ou gerente das sociedades sujeitas à Lei Falimentar (essa regra não se aplica às sociedades simples, por hipótese, por não estarem sujeitas a referida norma);
3) impossibilidade de gerir empresas por mandato ou gestão de negócios (ambos os institutos estão previstos no Código Civil, arts. 653 a 692 e 861 a 875, respectivamente).

Os efeitos citados anteriormente não são automáticos e devem ser declarados motivadamente na sentença condenatória penal. Eles irão perdurar até **5 anos** após a extinção da punibilidade, podendo cessar antes pela reabilitação penal (LRF, art. 181, § 1º).

Uma vez transitada em julgado a sentença penal condenatória, será notificado o **Registro Público das Empresas Mercantis** (Juntas Comerciais) para que se tomem as medidas necessárias para impedir novo registro em nome dos inabilitados, ou seja, aqueles que foram condenados (LRF, art. 181, § 2º).

Sobre os prazos prescricionais, eles são os mesmos estabelecidos pelas regras do Código Penal, arts. 109 e s., ou seja, é proporcional à pena de cada crime.

Para ilustrar, de acordo com o art. 109 do Código Penal, a prescrição antes de transitar em julgado a sentença final criminal regula-se pelo máximo da pena cominada ao crime, verificando-se (*in verbis*):

I – em *20* anos, se o máximo da pena é superior a *12*;

II – em *16* anos, se o máximo da pena é superior a *8* anos e não excede a *12*;

III – em *12* anos, se o máximo da pena é superior a *4* anos e não excede a *8*;

IV – em *8* anos, se o máximo da pena é superior a *2* anos e não excede a *4*;

V – em *4* anos, se o máximo da pena é igual a *1*ano ou, sendo superior, não excede a *2*;

VI – em *3* anos, se o máximo da pena é inferior a *1* ano.

Os prazos prescricionais começam a correr do dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial (LRF, art. 182, *caput*).

De acordo com a norma revogada (Decreto-lei n. 7.661/45, art. 199), o prazo prescricional era de *2* anos, começando a correr do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência ou do que julgou cumprida a concordata.

A decretação da falência do devedor interrompe a prescrição cuja contagem tenha se iniciado com a concessão da recuperação judicial ou com a homologação do plano de recuperação extrajudicial (LRF, art. 182, parágrafo único).

Os principais crimes previstos na Lei n. 11.101/2005 são os seguintes:

1) fraudar credores (LRF, art. 168). A "contabilidade paralela", ou o popularmente conhecido "caixa dois", agrava a pena em 1/3 (LRF, art. 168, § 2º);
2) favorecimento de credores (LRF, art. 172);
3) desvio, ocultação ou apropriação de bens (LRF, art. 173);
4) habilitação ilegal de crédito (LRF, art. 175);
5) omissão de documentos contábeis – que deveriam ser apresentados no processo[280] (LRF, art. 178).

Também deve ficar entendido que a competência para julgar os crimes previstos na Lei de Recuperação e Falência é do **juiz criminal da comarca** onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologada a recuperação extrajudicial (LRF, art. 183).

Além disso, os crimes previstos nesta lei são de **ação penal pública incondicional**, que é de titularidade do Ministério Público (LRF, art. 184, *caput*).

Nesse sentido, o Ministério Público é intimado da decisão judicial na esfera cível (ou empresarial) para promover imediatamente a ação penal ou, se for o caso, requisitar a abertura de inquérito policial (LRF, art. 187, *caput*).

Esgotado o prazo (5 dias quando o réu estiver preso, e 15 dias quando estiver solto), que cabe ao Ministério Público oferecer a denúncia, qualquer credor ou administrador judicial poderá oferecer **ação penal privada subsidiária da pública**, no prazo decadencial de 6 meses (LRF, art. 184, parágrafo único cc. art. 187, § 1º).

Assim, em qualquer fase do processo de falência ou de recuperação de empresa, se houver indícios da prática de crimes previstos na Lei Falimentar, o juiz da vara cível (ou empresarial) cientificará o Ministério Público (LRF, art. 187, § 2º). Por meio dessa informação, o órgão do Ministério Público poderá tomar medidas que achar mais adequadas para, no momento oportuno, propor a ação penal.

QUESTÕES DE EXAMES DA OAB E CONCURSOS PÚBLICOS

1. (OAB Nacional 2008.2) A Lei n. 11.101/2005 prevê a possibilidade de o empresário renegociar seus débitos mediante os institutos da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial. Acerca das semelhanças e diferenças entre ambos os institutos, assinale a opção correta.

A) Diferentemente do previsto para a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial limita-se a procedimento negocial entre o devedor e os respectivos credores, excluída a participação do Poder

Judiciário em qualquer uma de suas fases.

B) Ambos os procedimentos envolvem a negociação de todos os créditos oponíveis ao devedor, sendo a recuperação extrajudicial reservada apenas às microempresas e empresas de pequeno porte.

C) Ambos os procedimentos exigem que o devedor apresente plano de recuperação, o qual somente vinculará os envolvidos se devidamente aprovado em assembleia geral de credores.

D) Diferentemente do previsto para a recuperação extrajudicial, o pedido de recuperação judicial poderá acarretar a suspensão de ações e execuções contra o devedor antes que o plano de recuperação do empresário seja apresentado aos credores.

2. (OAB Nacional 2008.1) Consoante a regulamentação processual da falência, prevista na Lei n. 11.101/2005, compete necessariamente ao juízo falimentar

A) a ação em que o falido figurar como autor e que seja oferecida após a decretação da falência.

B) o pedido de restituição de bem alheio sob posse do devedor quando da decretação da falência.

C) a reclamação trabalhista oferecida contra o falido após a decretação da falência.

D) a execução fiscal em curso contra o devedor falido quando da decretação da falência.

3. (Magistratura-SP 182º 2009) Conforme a Lei n. 11.101, de 2005,

A) o juiz decretará a falência do devedor que não pague, no vencimento, obrigação líquida materializada em título executivo protestado cujo valor ultrapasse o equivalente a trinta salários mínimos na data do pedido de falência, mesmo se demonstrado vício no protesto.

B) o juiz poderá decretar a falência pelo inadimplemento de obrigação não sujeita à recuperação judicial, nos termos do disposto em lei.

C) desde que previsto no respectivo contrato, a decretação da falência de concessionária de serviços públicos implicará a extinção da concessão, na forma da lei.

D) caso o contratante não tivesse, à época, conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, será considerado válido, em relação à massa falida, o ato a título gratuito praticado 18 (dezoito) meses antes da decretação da falência.

4. (Magistratura-SP 181º 2008) O administrador judicial de falência

A) atua sob fiscalização do juiz e do Comitê de credores e tem por atribuição representar a massa falida, avaliar os bens arrecadados e realizar transações consideradas de difícil recebimento, sem autorização judicial.

B) pratica atos conservatórios de direito, podendo vender antecipadamente bens deterioráveis sujeitos à desvalorização.

C) na qualidade de representante da massa, pode contratar advogado e fixar sua remuneração.

D) é remunerado e seu crédito deve ser satisfeito antes do pagamento dos credores, em dinheiro.

5. (Magistratura-SP 180º 2007) Os principais efeitos da sentença de quebra sobre os direitos dos credores são os seguintes:

A) formação da massa de credores; vencimento antecipado dos créditos; suspensão de todas as ações ou execuções individuais dos credores; suspensão da fluência dos juros contra a massa falida.

B) formação da massa falida subjetiva; vencimento antecipado dos créditos sem implicação fiscal; suspensão das ações individuais dos credores e não suspensão das execuções; suspensão da fluência dos juros contra a massa falida.

C) formação da massa falida objetiva; vencimentos antecipados dos créditos sem implicação contábil; suspensão de todas as execuções individuais dos credores; suspensão da fluência de juros contra a massa falida.

D) formação da massa falida objetiva e subjetiva; vencimento antecipado dos créditos derivados da legislação trabalhista, suspensão da correção monetária e não suspensão da fluência de juros contra a massa falida.

6. (Magistratura-SP 180º 2007) Na falência, são considerados créditos extraconcursais

A) os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho.

B) créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias.

C) custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida.

D) créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado.

7. (Magistratura-PR 2007-2008) Assinale a alternativa INCORRETA:

A) Na recuperação judicial, a verificação dos créditos será realizada pelo administrador judicial, com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores.

B) O juiz, de ofício, poderá determinar a destituição do administrador judicial quando verificar omissão, negligência ou prática de ato lesivo às atividades do devedor ou a terceiros.

C) O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, causas trabalhistas e fiscais.

D) O juiz que adquirir bens de massa falida ou de devedor em recuperação judicial, ou, em relação a estes, entrar em alguma especulação de lucro, quando tenham atuado nos respectivos processos, comete crime de violação de impedimento.

8. (Magistratura-MG 2008) Quanto à falência e à recuperação judicial, é INCORRETO afirmar que:

A) Na falência, os créditos 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 e a data do pedido de habilitação.

B) Após a homologação do quadro-geral de credores, aqueles que não habilitaram seu crédito poderão, observado, no que couber, o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil, requerer ao juízo da falência ou da recuperação judicial a retificação do quadro-geral para inclusão do respectivo crédito.

C) Na recuperação judicial, os titulares de créditos retardatários têm direito a voto nas deliberações da assembleia geral de credores.

D) As habilitações de crédito retardatárias, se apresentadas antes da homologação do quadro-geral de credores, serão recebidas como impugnação.

9. (Ministério Público-PE 2008) Em relação à recuperação judicial de empresa, é correto afirmar:

A) O Ministério Público tem sua atuação restrita à verificação da prática de crimes falimentares ou no curso da recuperação judicial.

B) Os crimes previstos na lei respectiva são de ação penal pública condicionada à representação dos credores.

C) A sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou extrajudicial é condição objetiva de punibilidade das infrações penais respectivas.

D) Na omissão do Ministério Público ao oferecimento de denúncia por crime falimentar, qualquer credor habilitado ou o administrador judicial poderá oferecer ação penal privada subsidiária da pública, observado o prazo decadencial de três meses.

E) A inabilitação para o exercício de atividade empresarial é efeito automático da condenação por crime falimentar.

10. (Ministério Público-CE 2009) Na falência, na recuperação judicial e na recuperação extrajudicial de sociedades, os seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais decorrentes desta Lei, na medida da sua culpabilidade.

Este texto, em face da Lei n. 11.101/2005, é

A) parcialmente verdadeira, pela não abrangência da situação exposta nas recuperações extrajudiciais de sociedades.

B) inteiramente verdadeira.

C) parcialmente verdadeira, pela não abrangência dos conselheiros de sociedades na equiparação ao devedor ou falido para efeitos penais.

D) parcialmente verdadeira, pela não abrangência do administrador judicial na equiparação ao devedor

ou falido para efeitos penais.

E) inteiramente falsa, pois inexiste qualquer equiparação, para efeitos penais, no que concerne ao devedor ou falido.

6

Contratos mercantis

6.1. ASPECTOS GERAIS DOS CONTRATOS

Por aspectos gerais dos contratos (ou teoria geral dos contratos) deve-se entender a disciplina, o regime jurídico básico (regras básicas), para todos os tipos contratuais possíveis: civis ou empresariais, típicos ou atípicos etc.

Neste capítulo, antes de se iniciar o exame dos contratos mercantis em espécie, iremos estudar alguns temas essenciais a eles, como o conceito de contrato, as fases da contratação, a extinção dos contratos, hipóteses de aplicação do Código de Defesa do Consumidor etc.

Os denominados contratos mercantis, comerciais ou empresariais são os contratos celebrados pelos empresários no desenvolvimento de sua atividade econômica, assunto que abordaremos com mais detalhes adiante.

6.1.1. Conceito de contrato

No Brasil não há definição legal de contrato. No entanto, no Direito Italiano, o correspondente Código Civil de 1942, art. 1.321, traz o seguinte conceito:

> "O contrato é acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial".

Apesar de existir ausência de um conceito em nossa norma, no Brasil o conceito de contrato é formulado pela doutrina, que, de certa forma, segue o do Código Civil italiano.

Sobre esse conceito destaca-se que o termo "**acordo**" deve ser entendido como o ato de encontro das vontades. E a palavra "**patrimonial**" significa que a relação jurídica deve ser de direito com conteúdo

econômico, correndo o risco de não ser um contrato.

Por último, é importante situar o contrato, que é uma espécie de obrigação. No entanto, no ordenamento jurídico brasileiro, não existe um conceito legal de obrigação. Porém consta no Direito Português, no seu Código Civil, art. 397:

> "Obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação".

As obrigações, entre outras classificações possíveis, podem ser **unilaterais**, como um título de crédito, ou **bilaterais**, em que o melhor exemplo é o contrato, objeto deste capítulo.

6.1.2. Fases da contratação

É importante ressaltar, ainda que de forma resumida, que a contratação poderia ser divida, via de regra, em três fases (observando que nem sempre essas fases se apresentam separadamente de forma clara): pré-contratação; contratação propriamente dita; e pós-contratação.

Com relação à fase **pré-contratual**, ou de puntuação, esta é constituída pelas negociações/tratativas preliminares, podendo refletir-se em convites para negociar, minutas, protocolos de intenção, estudos, discussões prévias etc., sendo meras avaliações de negócio, que antecedem à conclusão do contrato[281].

Já a fase da **contratação propriamente dita** (ou da conclusão) é a celebração do contrato, por meio do encontro de vontades. É a efetivação deste, que pode ocorrer de forma escrita, verbal e eletrônica.

E, por fim, a fase da **pós-contratação** significa a execução do contrato, ou seja, o cumprimento das prestações assumidas pelas partes.

Contudo, a prestação pode ser o pagamento em dinheiro de uma quantia pelo comprador ou a entrega de um bem pelo vendedor.

Assim, pode-se dizer que a formação do contrato inicia-se com as negociações preliminares, posteriormente ocorre à celebração do contrato, e por fim a execução dele.

6.1.3. Inadimplemento contratual e adimplemento substancial

O contrato é uma relação complexa que, em geral, termina com a sua execução/cumprimento. Entretanto, o contrato pode não ser cumprido quando a parte deixar de efetuar sua prestação, total ou

parcialmente. Isso configura o inadimplemento contratual.

Dessa forma, a responsabilidade contratual decorre do inadimplemento da prestação prevista no contrato. É uma violação da norma contratual fixada pelas partes.

Ressalta-se que o Código Civil de 2002 trata do tema na sua Parte Especial, Livro I – Do Direito das Obrigações, Título IV – Do Inadimplemento das Obrigações, arts. 389 e s.

Também, aqui, é importante fazer referência ao fato de que o inadimplemento contratual compromete o funcionamento da relação existente entre as partes, pois viola o dever de adimplir a obrigação assumida no negócio jurídico estabelecido.

Cuida-se do descumprimento da prestação devida, o que dá ensejo à rescisão do contrato e, se for o caso, à restituição do bem vendido. Quando cabível pedido de indenização, esta deverá ser proporcional ao prejuízo experimentado, não podendo haver enriquecimento de uma parte em detrimento da outra.

Diante do exposto, pela não realização de obrigações espontaneamente firmadas, caberá o cumprimento forçado da obrigação por meio de uma ordem judicial. É a denominada execução forçada, conforme preveem os arts. 497 a 501 do Novo Código de Processo Civil e o art. 463 do Código Civil, quando se tratar de contrato preliminar. Na impossibilidade de cumprimento forçado ou restituição do bem, o devedor responderá pela obrigação por perdas e danos (com acréscimo de juros e correção monetária), em razão do inadimplemento contratual, conforme prevê o art. 389 do Código Civil. Em alguns casos, o cumprimento forçado (ou a restituição do bem) pode ser cumulado com pagamento de indenização por perdas e danos.

Vale ter em conta que o devedor responde com todos os seus bens pelo inadimplemento obrigacional, exceto aqueles restringidos por lei (CC, art. 391, e novo CPC, art. 789).

Quanto ao **adimplemento substancial**, esta teoria leva em conta o fato de o devedor ter cumprido substancialmente (em grande parte) suas prestações. Neste caso não poderia o contrato ser rescindido por inadimplemento, cabendo sim outros remédios jurídicos contra o devedor inadimplente, como perdas e danos, ação de cobrança e, se for o caso, desde que atendida a legislação, execução e protesto da dívida.

Sempre houve dificuldade em estabelecer qual o percentual seria necessário para ser aplicada a teoria do adimplemento contratual, sobretudo em contratos de longa duração.

Especificamente no caso de alienação fiduciária, a redação inicial do Decreto-lei n. 911/69, art. 3º, § 1º, previa que o credor ou proprietário fiduciário poderia requerer a busca e apreensão do bem alienado,

sendo concedida liminar uma vez comprovado o inadimplemento. Porém, se o réu já tivesse pago no mínimo quarenta por cento do preço financiado, poderia requerer o pagamento da dívida (purgação da mora). Ou seja, o devedor pagava o saldo vencido em aberto (não as parcelas vincendas, ou seja, a vencer) e assim continuava na posse do bem, com a continuidade do contrato.

Isso ensejou a edição pelo STJ da Súmula 284, praticamente com o mesmo teor do dispositivo legal referido acima: "A purga da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado".

Posteriormente à edição da Súmula 284, o art. 3º do Decreto-lei n. 911/69 foi alterado pela Lei n. 10.931/2004, sendo que a redação do novo § 2º do art. 3º estabeleceu nova dinâmica para a relação entre credor fiduciário e devedor. A partir da vigência deste dispositivo, deixou-se de exigir a necessidade do pagamento de pelo menos quarenta por cento da dívida para ter direito ao pagamento do valor das parcelas vencidas; porém passou-se a exigir expressamente que o devedor poderia pagar a dívida desde que em sua **integralidade**, conforme os valores apresentados pelo credor, para assim o bem lhe ser restituído livre de qualquer ônus.

Integralidade da dívida significa prestações vencidas e vincendas, pois terá ocorrido o vencimento antecipado de toda a dívida decorrente do contrato de financiamento com alienação fiduciária. A propósito, isso é previsto na redação original e vigente do § 3º do art. 2º do Decreto-lei n. 911/69.

Tendo em vista a alteração promovida ao art. 3º do Decreto-lei n. 911/69 pela Lei n. 10.931/2004, a Súmula 284 passou a não ter mais efeito. Nesse sentido, é a posição do próprio STJ ao julgar o REsp 1.413.388/MS sob o rito dos recursos repetitivos.

Em 14 de novembro de 2014 entrou em vigor a Lei n. 13.043/2014, a qual voltou a efetuar ajustes no Decreto-lei n. 911/69, mas mantendo a impossibilidade de o devedor purgar tão somente a dívida vencida (independentemente da quantia já paga da dívida). Assim, fica mantida a regra de que a única alternativa para o devedor não ser desapossado do bem é quitar **toda a dívida**, sob pena de a propriedade e posse se consolidarem em favor do credor. Ou seja, será preciso pagar a integralidade da dívida pendente (parcelas vencidas e vincendas), conforme os valores apresentados pelo credor na petição inicial, para dessa forma o bem ser restituído ao credor livre de ônus, devendo nesse caso os órgãos competentes expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor.

Não se pode deixar de mencionar que a Lei n. 13.043/2014 também incluiu o § 15º ao art. 3º do

Decreto-lei n. 911/69. De acordo com esse dispositivo, aplicam-se as regras do art. 3º (da alienação fiduciária) aos contratos de *leasing* – arrendamento mercantil –, disciplinados pela Lei n. 6.099/74, sobretudo quanto ao pagamento integral da dívida.

6.1.3.1. Perdas e danos

Perdas e danos envolvem a reparação do prejuízo efetivo (danos emergentes) e tudo aquilo que o prejudicado deixou de ganhar (lucros cessantes). É o dever de indenizar que está previsto nos arts. 402 e 403 do Código Civil.

Na Roma antiga, pelo inadimplemento de obrigação, o devedor deveria pagar inclusive com o seu próprio corpo, tornando-se, muitas vezes, escravo do seu credor. No entanto, no decorrer da história, percebeu-se que esse método era ineficaz.

Mas a solução encontrada pelos ordenamentos passou então a ser de que, pelo não cumprimento das obrigações, o devedor estaria obrigado a pagar uma quantia em dinheiro, alternativa que, na perspectiva do Direito Empresarial, nem sempre se considera satisfatória.

Dessa forma, hipoteticamente, pode acontecer de uma das partes contratantes ser detentora exclusiva de determinado insumo, e assim, ainda que a outra parte receba a indenização, ela não conseguirá obter no mercado, pelo menos a curto prazo, o insumo necessário à sua atividade. No entanto, a indenização é o sucedâneo – uma substituição em dinheiro – que mais se aproxima da coisa pretendida pelo credor.

Salienta-se que o empresário, em especial com o advento do Código Civil de 2002 e suas cláusulas gerais, sempre busca certeza e segurança nas suas relações obrigacionais. Estas, não sendo cumpridas, serão submetidas ao crivo do ordenamento jurídico. Em alguns casos, é perceptível que a indenização nem sempre se apresenta de forma salutar para o empresário.

Nos tempos atuais, o empresário é um profissional que não poderia errar diante de sua *expertise*, devendo sempre proceder de “caso pensado”, uma vez que o mercado é dinâmico e exigente.

Além disso, a mora (configuração da inadimplência) é muito mais desastrosa na vida dos negócios do que na vida comum (os contratos são para a empresa o que o ar é para o ser humano, como ocorre nas montadoras de veículos automotores).

Contudo, na vida comum, poder-se-ia dizer que o prejuízo é de apenas um; na vida dos negócios, as perdas são inúmeras e muitas vezes vêm em efeito cascata (essa é uma das razões do surgimento do

instituto da falência no intuito de inibir a impontualidade/inadimplemento).

Assim, o fornecedor não poderia dar-se ao luxo de ser constituído em mora (uma vez que estaria assumindo implicitamente que não é profissional competente para celebrar contratos empresariais). Com efeito, se assim acontecer, provavelmente as penalidades serão muito mais rigorosas do que as que seriam aplicadas ao civil inadimplente, em especial as do mercado.

A questão das perdas e danos é muito importante para a estabilidade das relações socioeconômicas. Quando ocorrer um dano – prejuízo/diminuição patrimonial – pelo descumprimento da obrigação, total ou parcial, ele poderá ser reparado por meio de uma indenização.

Aqui é importante a consideração de que todos têm liberdade para contratar, porém, uma vez contratado, todos têm a responsabilidade de cumprir o avençado – *pacta sunt servanda* –, não podendo escapar da obrigação, em geral (exceção, por exemplo, é a aplicação da teoria da imprevisão, prevista no art. 478 do Código Civil), sob pena de serem condenados a pagar indenização.

6.1.3.1.1. Danos emergentes

Os danos emergentes serão cabíveis quando houver uma diminuição patrimonial do credor, ou seja, um prejuízo de ordem econômica.

Destaca-se que a demonstração do dano emergente cabe ao credor, isto é, o credor deverá apontar qual foi o prejuízo causado pelo descumprimento da obrigação, que, nesse caso específico, seria a não conclusão do contrato definitivo.

Quando o caso for de prestação em dinheiro, serão acrescidos atualização monetária, conforme índices oficiais, juros, custas e honorários advocatícios, além de multa, se houver previsão contratual, sendo esse o sentido do disposto no *caput* do art. 404 do Código Civil.

6.1.3.1.2. Lucros cessantes

Por sua vez, os lucros cessantes são proporcionais ao credor em relação ao que ele razoavelmente deixou de lucrar pelo não cumprimento da obrigação por parte do devedor.

Um tema sempre presente nos lucros cessantes diz respeito à prova de fato futuro, ou seja, quanto se ganharia se a obrigação fosse devidamente cumprida. No entanto, o legislador foi feliz ao manter a expressão “razoavelmente”, tendo em vista que, a partir daí, se consegue caminhar na busca dos prováveis lucros que seriam auferidos.

Assim, os lucros cessantes são muito relevantes, notadamente no mundo dos negócios, uma vez que a

atividade empresarial tem por escopo o lucro e, sendo este impedido pelo inadimplemento de outrem, a sua reposição por meio desse instituto é questão de plena justiça.

No campo empresarial, muitas vezes será necessária uma perícia especializada para a apuração de quanto se lucraria, diante da complexidade das atividades.

Além disso, será necessário verificar como a afetação da atividade empresarial pelo inadimplemento da obrigação ocorreu, pois poderá haver uma completa ou parcial paralisação do negócio, e os lucros cessantes serão indenizados à medida que o lucro líquido for apurado.

O que efetivamente se perdeu e o que se deixou de ganhar por reflexo direto e imediato do inadimplemento da obrigação serão indenizados, não podendo o credor prejudicado ter "aumento de patrimônio com a indenização", mesmo que seja resultado de dolo do devedor. Poderia também se pensar na possibilidade de indenização por dano moral pelo não cumprimento contratual.

6.1.3.1.3. Dano moral

O dano moral é algo diferente de patrimônio, uma vez que este não é afetado (pelo menos diretamente). O dano moral afeta o lado psíquico e/ou a reputação; porém, muitas vezes, são omissas as posições quanto ao cabimento do dano moral em sede de indenização por inadimplemento obrigacional.

No entanto, entendemos que, se o não cumprimento de um contrato causar prejuízos à reputação/imagem de uma pessoa, inclusive a uma sociedade empresária, seja com clientes, colaboradores etc., tem ela, em tese, o direito de pleitear dano moral ao devedor.

Agostinho Alvim considera que a indenização por dano moral pode ocorrer pela violação do contrato ou pela culpa aquiliana (responsabilidade extracontratual) [282].

Ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça já apreciou a questão da possibilidade de a pessoa jurídica ser suscetível de dano moral, o que pode ser visto na Súmula 227 do STJ: "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral". Também se posicionou acerca da possibilidade de cumulação de danos materiais com morais, pela Súmula 37 do STJ: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato".

6.1.3.1.4. Teoria da perda de uma chance

A teoria da perda de uma chance surgiu na França, e vem sendo adotada no Brasil há alguns anos pelos tribunais. Ela consiste no fato de alguém pagar uma indenização a outrem por ter perdido a chance de obter uma vantagem (ou até mesmo de impedir um prejuízo). Alguns a denominam "teoria da perda da

chance". Preferimos a expressão "teoria da chance perdida".

Há quatro correntes que discutem a teoria da perda de uma chance. A primeira defende que trata-se da mesma natureza do lucro cessante (dano patrimonial). Já a segunda corrente alega que é o mesmo que dano emergente (dano patrimonial). Por sua vez, a terceira entende tratar-se de uma indenização por dano extrapatrimonial (ou moral). Finalmente, a quarta corrente defende ser um terceiro gênero de dano material (lucro cessante *sui generis*); portanto, outra espécie de indenização.

Compreendemos que a chance perdida pode ter cunho patrimonial ou extrapatrimonial quando, por exemplo, se é impedido: (i) de tentar reverter uma decisão judicial por ter o advogado perdido o prazo recursal (patrimônio); ou (ii) de receber uma condecoração honrosa ou um tratamento médico adequado que não deixaria sequelas (extrapatrimônio).

O fato é que uma indenização fundamentada na teoria da perda de uma chance deve considerar que aquela chance era real e possível. Deve ser algo muito provável e certo, não uma mera possibilidade, sem prejuízo da demonstração do nexo de causalidade. Sobre a aplicação ou não da teoria da perda de uma chance no Superior Tribunal de Justiça veja os Recursos Especiais – REsps 1.291.247, 1.104.665, 1.079.185, 788.459, 965.758. Assim, estabelecidos esses pressupostos, teoricamente, seria admissível a aplicação da teoria da perda de uma chance em caso de inadimplemento de um contrato empresarial.

6.1.4. Extinção dos contratos

Como estudado, o contrato é uma relação complexa, sendo finalizada, em geral, pelo seu cumprimento, isto é, pela execução da correspondente prestação.

No entanto, o contrato pode não ser cumprido quando uma das partes deixar de cumprir sua prestação, parcial ou totalmente, tornando-se inadimplente.

Entre outras consequências do inadimplemento, estudadas anteriormente, o contrato poderá ser rescindido.

Nesse caso, ocorrerá a rescisão contratual, que significa desfazimento, finalização, término do contrato. **Rescisão** é um gênero do qual são espécies a **resilição** e a **resolução**.

Resilição é decorrente da vontade das partes, podendo ser *bilateral* ou *unilateral*.

A **resilição bilateral** ocorre quando as partes concordam sobre a rescisão do contrato, sendo este efetivado por um distrato (desfazer o contrato).

A **resilição unilateral** é promovida por uma das partes por meio de denúncia/notificação à outra, avisando sobre o desinteresse em continuar contratado.

Se, devido à peculiaridade do negócio, uma das partes tiver feito investimentos consideráveis para a execução, a denúncia só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com o montante dos investimentos realizados pelo denunciado (CC, art. 473).

Por sua vez, na **resolução,** o não cumprimento do contrato é ocasionado por diversos outros motivos, podendo ser, de acordo com a espécie, **dolosa**, **culposa** ou **involuntária**.

Na **resolução dolosa**, o não cumprimento ocorre voluntariamente por uma das partes.

Porém, na **resolução culposa,** ocorre pela negligência, imprudência ou imperícia da parte.

Por último, na **resolução involuntária**, o inadimplemento acontece por caso fortuito ou força maior.

6.1.5. Unificação dos diplomas obrigacionais

Com a vigência do Código Civil de 2002, aos contratos celebrados entre empresários é aplicável o regime jurídico estabelecido em tal diploma normativo.

No entanto, a partir do Código Civil de 2002, ficou revogada a Parte Primeira do Código Comercial de 1850, passando, então, a existir um único diploma legislativo quanto às obrigações civis e mercantis. Esse fato tem despertado em muitas pessoas o desejo de unificação do direito privado, pois as obrigações civis e comerciais ficariam sob a mesma disciplina normativa.

Também o Direito Obrigacional Empresarial, mesmo antes do Código Civil de 2002, já se socorria das normas do Direito Civil (às ordenações até 1916 e ao Código Civil após 1916), conforme previsão expressa do revogado art. 121 do Código Comercial[283], fazendo com que percebamos – de imediato – que a expressão "unificação do direito privado" pode não ser a mais adequada.

Fábio Konder Comparato afirma que, mesmo antes do Código Civil de 2002, o sistema de direito privado já era unificado, pois havia um regime único de Direito Civil (Código Civil de 1916 ou Ordenações Portuguesas antes de 1916), sendo que o Código Comercial apenas excepcionava determinadas situações específicas – as relações mercantis[284].

Assim, com o advento do Código Civil de 2002, ocorreu a unificação do direito obrigacional, passando a vigorar, então, o mesmo regime jurídico para as obrigações civis e mercantis. O legislador brasileiro seguiu, em sua maior parte, o modelo do Código Civil italiano de 1942, principalmente quanto

às disposições sobre o direito obrigacional e o direito de empresa.

No entanto, cada uma das obrigações (civis ou mercantis) continua guardando suas peculiaridades, considerando que o empresário é um especialista na arte de contratar, diferentemente de um civil, que contrata esporadicamente.

Com relação aos reflexos que esse fato causou à autonomia do Direito Empresarial, é importante verificarmos que a posição da doutrina ocorre no sentido de sua manutenção, não importando o fato de haver um regime unificado para o Direito das Obrigações[285], como exposto no início desta obra (item: "autonomia, importância e conceito de direito empresarial").

Contudo, o Código Civil é importante para o Direito Empresarial, especialmente no que se refere à teoria geral dos contratos, refletida no Título V – Dos Contratos em Geral (arts. 421 a 480), sendo o regime jurídico de todos os tipos contratuais possíveis, típicos ou atípicos, mercantis ou civis etc.

6.1.6. Especificidades dos contratos empresariais

A aplicação da disciplina dos contratos nas relações mercantis, prevista no Código Civil, deve levar em consideração os princípios do Direito Empresarial, à luz do Livro II – Do Direito de Empresa, a partir do art. 966 do mesmo Código.

É preciso ressaltar que o art. 966 do Código Civil dá uma importante diretriz ao prever que o empresário é um **profissional**. Segue a redação do art. 966:

> "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade economicamente organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único – Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa".

Além disso, as relações jurídicas firmadas no âmbito do Direito Empresarial guardam especificidades que não correspondem exatamente aos negócios jurídicos firmados no âmbito do Direito Civil. Os negócios civis são, em geral, praticados isoladamente (p ex., a compra ou a venda de um imóvel) e em ritmo lento (com muita reflexão na maioria das vezes). No caso dos negócios empresariais, estes são firmados reiteradamente (p. ex., as compras de insumos e as vendas dos produtos) e em ritmo acelerado (uma vez que a dinâmica da atividade e o mercado assim exigem), considerando que os negócios

jurídicos são a essência da atividade empresarial.

O empresário (aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços, conforme o art. 966 do Código Civil de 2002) firma negócios jurídicos constantemente (com a mais ampla autonomia da vontade e a mais ampla liberdade de modelagem, principalmente com a utilização de condições e termos), com o intuito de dinamizar sua atividade.

Dessa maneira, os negócios representam para o empresário o que o ar representa para o ser humano, significando dizer que, sem os negócios, a vida empresarial não existe. Pode-se inclusive afirmar que a profissão do empresário é a celebração de negócios jurídicos.

Oscar Barreto Filho, ao se referir sobre o tema da autonomia do Direito Comercial, afirmou que a satisfação das necessidades do mercado exige uma organização especializada e diferenciada, uma atividade criadora que não existe na vida civil comum. Na atividade mercantil, as relações econômicas apresentam-se e são reguladas em razão da sua dinâmica, não sendo estática sua posição[286].

Apesar do advento do Código de 2002, os negócios empresariais devem ser entendidos por uma ótica diferente (com as "lentes" do Direito Empresarial) diante de suas peculiaridades e dinamismo, mesmo com o surgimento de um diploma unificado em relação às obrigações civis e empresariais. Desse modo, se antes de 2002 tínhamos duas leis obrigacionais, uma lei para contrato civil – Código Civil – e outra para contrato empresarial – Código Comercial –, hoje só dispomos de uma, que é o Código Civil, aplicável, no entanto, às duas espécies de contratos.

Pode-se dizer que, se cada uma das leis fosse "um tipo de óculos" para se enxergar as relações contratuais, teríamos os óculos do Direito Civil e os óculos do Direito Empresarial. Hoje, a partir da vigência do Código Civil de 2002, podemos dizer que se passou a ter apenas um único tipo de óculos para vermos as relações civis e empresariais (com lentes bifocais, como aquelas que são usadas para enxergar de perto e de longe).

Assim, com apenas um óculos (mesmo regime jurídico), uma vez identificada a relação que se trata (Direito Civil ou Direito Empresarial), deve-se aplicar e interpretar a relação contratual conforme os princípios pertinentes, em especial quanto à questão da profissionalidade do empresário, dando-lhe a devida carga valorativa.

Como exemplo, em relações empresariais de compra e venda de insumos para a linha de produção, a

princípio, um empresário não poderia invocar indistintamente o instituto da lesão, previsto no Código Civil, dizendo que o contratou sob premente necessidade ou "inexperiência", como pode ocorrer nas relações civis e de consumo.

Nessas relações, muitas vezes, o cidadão ou consumidor se vê obrigado a contratar, ou contrata por inexperiência. O empresário, na celebração de contratos, em geral, é um profissional, não é inexperiente, nem hipossuficiente; porém, em tese, pode ser incompetente.

O mesmo pode ocorrer em referência à "resolução por onerosidade excessiva", prevista no art. 478 do Código Civil. Trata-se aqui da teoria da imprevisão, pois, algumas circunstâncias são perfeitamente previsíveis pelo empresário, como a variação de preço àquele que compra e vende na Bolsa de Valores, uma vez que é um especialista em sempre contratar.

Por isso, a atividade empresarial é de risco. O empresário vive de correr riscos. Logo, o critério para se aferir a imprevisão deve ser diferente no Direito Empresarial.

Contudo, em razão do advento do Código Civil de 2002, a valoração prestada em uma relação negocial empresarial deve ser diferente daquela que é dada em uma relação civil, pois é da essência do empresário (à luz do art. 966) a profissionalidade, com experiência presumida, na organização da atividade econômica, não podendo perder isso de vista ao analisar os institutos nas relações negociais empresariais.

6.1.7. Classificação dos contratos

Uma classificação é resultado de elementos comuns (estruturais e técnico-jurídicos) e é importante para se saber o regime jurídico e a interpretação aplicável, bem como facilitar a compreensão.

É preciso considerar que os contratos podem ser classificados de várias maneiras, por exemplo, quanto:

1) à forma (escrita, verbal, gestual ou eletrônica);
2) à solenidade (consensual, real ou formal);
3) à prestação (unilateral, bilateral-sinalagmático ou plurilateral);
4) ao ônus (oneroso ou gratuito);
5) ao risco (comutativo ou aleatório);
6) à previsão normativa (típico, atípico ou misto);

7) à execução (instantânea-imediata, continuada-sucessiva ou diferida);
8) ao estabelecimento de cláusulas (paritário ou adesão) etc.

Porém, para se poder abstrair do que venha a ser contrato empresarial, a classificação deve feita a partir da qualidade das partes ou direito aplicável. Dentro dessa categoria, considerando apenas o âmbito do privado, os contratos poderiam ser classificados em civis, de consumo e empresariais.

6.1.8. Distinção entre os contratos: civil (c2c), de consumo (b2c) e empresarial (b2b)

Os contratos podem ser classificados de várias maneiras. Para fins deste livro, é imprescindível a diferenciação entre os contratos civil, de consumo e empresarial (mercantil), a fim de evitar confusão entre eles, bem como para conhecer seu regime jurídico.

Contrato civil é aquele em que, independentemente do seu objeto, não há a intenção de lucro com a negociação, nem habitualidade dos contratantes naquela prática, sendo aplicável o Código Civil e/ou lei especial, se for o caso.

Por exemplo, em uma locação imobiliária aplica-se a Lei n. 8.245/1991, e supletivamente o Código Civil. Se fosse o caso de duas pessoas naturais (que são amigas, mas isso não precisa ser regra) que contratassem a compra e venda de um automóvel, a legislação aplicável seria apenas o Código Civil que disciplina o contrato de compra e venda. São os negócios entre civis ou entre consumidores (C2C – *consumer to consumer*).

Já o **contrato de consumo** é aquele celebrado a partir da relação entre consumidor (CDC, art. 2º) e fornecedor (CDC, art. 3º), em que o primeiro efetua o contrato como "destinatário final" do produto ou do serviço, sendo o Código de Defesa do Consumidor a legislação aplicável e, subsidiariamente, o Código Civil.

Nas palavras de Jean Calais-Auloy, contrato de consumo é a ligação entre o consumidor e um profissional, fornecedor de produto ou serviço[287]. O fornecedor é um agente que desenvolve habitualmente uma atividade econômica visando o lucro, um profissional, portanto.

Pode-se exemplificar o contrato de consumo com a compra de automóvel pelo consumidor na concessionária. Trata-se de contratos entre fornecedor e consumidor (B2C – *business to consumer*).

Por sua vez, o **contrato empresarial (mercantil ou comercial)** é aquele celebrado pelo empresário

(empresário individual, sociedade empresária ou empresa individual de responsabilidade limitada) no desenvolvimento de sua atividade (como uma locação mercantil) ou aquele celebrado entre empresários, ou seja, os interempresariais (como a distribuição de produtos) em busca de lucro. A habitualidade do agente e a finalidade lucrativa com o negócio são critérios que qualificarão a operação como empresarial; normalmente são negócios celebrados entre empresários (B2B – *business to business*).

Um bom exemplo é a venda e compra feita entre montadora de veículos automotores e concessionária (que compra para revender); trata-se do contrato de concessão mercantil.

O regime jurídico aplicável aos contratos empresariais será o das leis especiais, quando existir, e subsidiariamente o Código Civil ou, na ausência de norma específica, diretamente pela disciplina contratual do Código Civil (o que vai depender do tipo contratual em questão). Por exemplo: no caso da concessão mercantil, aplicar-se-á a norma que lhe é própria, a Lei n. 6.729/1976, e supletivamente o Código Civil.

José Xavier Carvalho de Mendonça, ao analisar detidamente as obrigações mercantis, conclui que "contrato comercial" é aquele que tem por objeto o ato de comércio[288]. Transportando essa afirmação para a vigência do Código Civil de 2002 e a adoção da teoria da empresa, poder-se-ia dizer que contrato empresarial é aquele que tem por objeto a atividade econômica organizada e exercida profissionalmente.

Waldemar Martins Ferreira expressa a "profissionalidade" como critério de distinção para os contratos, pois será "comercial" todo o contrato celebrado por comerciante no exercício da sua profissão mercantil[289].

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, para efeitos do seu *Curso de direito comercial*, e a margem de outras classificações, propõe que os contratos possam ser tidos como: contratos submetidos ao direito do consumidor; contratos civis *stricto sensu* e contratos comerciais ou empresariais. Os primeiros, contratos submetidos ao direito do consumidor, são aqueles em que se apresenta uma relação de consumo, à luz do Código de Defesa do Consumidor, logo, submetidos ao regimento desta norma legal. Já os contratos civis em sentido estrito são caracterizados pelo fato de as partes não serem empresárias, mas particulares ou prestadoras de serviços intelectuais (literária, artística e científica), por isso, pelo menos teoricamente, encontrando-se em situação de paridade nos planos econômico e jurídico. Por último, os contratos comerciais ou empresariais são os que uma das partes é um empresário no exercício de sua atividade e a outra também pode ser um empresário ou uma pessoa não caracterizada como consumidor. Assim,

excluídos os contratos suscetíveis ao direito do consumidor, os contratos empresariais são todos os que estão relacionados ao exercício de uma atividade econômica organizada (salvo as de natureza intelectual), a não ser que os mesmos contratos sejam firmados para a realização de atividade secundária ao objeto de uma empresa[290].

Cláudia Lima Marques explica que o CDC adveio a partir de mandamento constitucional (CF, arts. 5º, XXXII, e 170, V; e Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 48), como forma de tutelar os interesses dos consumidores. Assim, o Código Civil seria uma norma para relação entre iguais, civis ou empresariais. Exemplifica que as relações civis são entre iguais, pois se dão quando não há a presença de habitualidade e finalidade lucrativa (ou entre empresários, em que ambos atuam com habitualidade visando lucro). Já uma relação entre desiguais ou diferentes se dá quando há um empresário e um "civil", este destinatário final de produto ou serviço, vulnerável, portanto; devendo, neste caso, ser aplicado prioritariamente o CDC, e apenas em caráter subsidiário, no que couber, o Código Civil. Dessa forma, pelo fato de o Código Civil incluir no seu regime a figura do empresário e não a do consumidor (diferenciando-se dos modelos alemão e italiano), o Código de Defesa do Consumidor é a norma reguladora das relações de consumo, aplicando-se com primazia e prioridade, por ser um microcódigo especial que protege situações de desigualdade; devendo o Código Civil, enquanto um Código central, ter aplicação subsidiária[291].

Realizadas estas considerações, aos contratos de consumo aplicam-se às regras do Código de Defesa do Consumidor – CDC, subsidiariamente o regime do Código Civil. Aos contratos civis e mercantis, são empregadas as regras do Código Civil e leis extravagantes, não cabendo, via de regra, a aplicação do CDC.

Contudo, uma questão muito delicada é a da admissibilidade ou não da aplicação do CDC aos contratos empresariais, que se soma ao fato do que se pode compreender do conceito de "consumidor" e sua categorização por meio da expressão "destinatário final". Isso porque, nas relações entre empresários, muitas vezes encontra-se uma das partes em condições de flagrante desigualdade em relação à parte adversa. Dessa forma, coloca-se a questão se a pessoa jurídica, sobretudo quando empresa, pode ou não ser tida como "destinatária final" de um produto ou serviço. Três teorias tratam do assunto no Brasil: a maximalista, a finalista e a finalista mitigada.

6.1.8.1. Hipóteses de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos

contratos empresariais. Teorias

Em linhas gerais, aos contratos de consumo aplicam-se às regras do Código de Defesa do Consumidor – CDC, subsidiariamente o regimento do Código Civil. Aos contratos civis e mercantis, são empregadas as regras do Código Civil, não cabendo, via de regra, a aplicação do CDC. Mas o uso dessa norma passa pela contextualização do que venha a ser uma relação de consumo (elo entre fornecedor e consumidor), e se o destinatário final pode ou não ser uma pessoa jurídica.

Por isso, aqui se faz necessário tecer um breve comentário sobre as teorias que explicam o assunto: maximalista, finalista e finalista mitigada. A teoria **maximalista** considera consumidor todas as pessoas físicas ou jurídicas pelo simples fato de adquirirem um produto ou um serviço como destinatário fático (tirou o bem do mercado), não importando se utilizará o produto para fins pessoais ou em sua linha de produção.

Em contrapartida, a teoria **finalista** leva em conta a intenção do Código de Defesa do Consumidor de proteger o consumidor, que é vulnerável em relação ao fornecedor. Logo, como regra geral, considera o consumidor aquele que adquire produto ou serviço como destinatário final fático (retirou o bem de circulação) e econômico (não vai usar o bem como insumo para atividade profissional), de forma que não pode a pessoa física ou jurídica ser considerada consumidora se adquiriu o produto ou serviço para integrar a sua linha de produção. Ou seja, apenas a pessoa que adquire produto para fins pessoais poderia ser tida como destinatária final.

Nos últimos anos, o Superior Tribunal de Justiça, em boa medida, tem aplicado nos julgamentos a chamada **teoria finalista mitigada** ou **temperada**, que corresponde a uma posição intermediária às anteriores. Essa teoria leva em conta a vulnerabilidade/fragilidade/desigualdade (fática, técnica, jurídica ou informacional [292]) da pessoa física ou jurídica que se relaciona com o fornecedor, para aí considerá-la consumidor, portanto, protegida pelo Código de Defesa do Consumidor. Essa tese mitigou (aliviou) a teoria finalista. Precedentes da Teoria Finalista Temperada: REsps-STJ 1.010.834, 1.080.719 e 716.877.

O art. 51, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor fala que, nas relações de consumo entre fornecedor e consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada em casos justificáveis, o que externa a peculiaridade dessa relação, quando comparada à que tem o consumidor-pessoa física em um dos polos.

6.1.8.1.1. O destinatário final

A pessoa jurídica poderia então ser considerada consumidor se for **destinatária final** do bem, mas, se estiver contratando no exercício da atividade empresarial, estar-se-á diante de um contrato empresarial e não de consumo, o que dá ensejo à aplicação das regras do Código Civil e da legislação extravagante, e não necessariamente do Código de Defesa do Consumidor.

Destinatário final significa o consumo ou a aquisição de bem para si ou para outrem com a apropriação definitiva, diferenciando, portanto, do insumo em que haja uma utilização do bem de forma intermediária para implementar a atividade econômica desenvolvida pelo seu adquirente.

Por isso a aplicação do CDC se dá somente quando houver uma relação de consumo, devendo ser o adquirente do bem ou tomador do serviço tido como destinatário final. Alguns contratos empresariais podem ter a figura do destinatário final, como no caso de um contrato bancário, quando, por exemplo, a empresa contrata o serviço em seu próprio benefício, hipótese em que se aplicaria o CDC. Nesse sentido, REsps-STJ 1.144.825, 488.274 e 235.200.

Mas, se, no contrato celebrado entre empresários um deles adquire bens a fim de revendê-los a terceiros, esse fato não o caracterizará como destinatário final. Logo, não haverá a aplicação do CDC. Nesse sentido, REsps-STJ 861.027, 761.557 e 701.370[293].

Por meio de nossa sugestão durante a Jornada de Direito Comercial, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em outubro de 2012, foi aprovado o Enunciado n. 20: "Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários em que um dos contratantes tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços".

Contudo, a aplicação ou não do CDC às relações empresariais é de extrema relevância, sendo que nas relações contratuais que não sejam de consumo, passíveis de aplicação do Código Civil, as partes podem transigir sobre regras legais de ordem dispositiva. Isso já não pode ocorrer com as relações suscetíveis de aplicação do CDC, pois a transigência de mandamentos legais deste diploma consumerista é inadmissível. Assim, compreendemos que o CDC não deve ser aplicado entre fornecedores, pois, sendo uma relação empresarial, um fornecedor que adquire um produto do outro para reinseri-lo no mercado de consumo não atua como destinatário final, mas sim como um intermediário, sendo que a proteção da referida norma reserva-se aos destinatários finais, e não aos intermediários.

Tecidas essas considerações, e conceituados os contratos civil, de consumo e empresarial, podemos prosseguir o estudo.

6.2. CONTRATOS EM ESPÉCIE

Por “contratos em espécie” entendem-se os vários tipos de contratos mercantis, que a partir de agora serão abordados.

São inúmeros os contratos empresariais, sendo criados a cada dia, em razão da autonomia privada e da liberdade de poder-se criar tipos novos, asseguradas pelo ordenamento jurídico.

No entanto, nesta obra, serão estudados os principais contratos de interesse do estudante, sempre buscando o aprofundamento dos pontos mais relevantes.

Ressalta-se que alguns contratos mercantis têm sua utilidade diminuída nos tempos atuais; outros, ao contrário, têm ganhado cada vez mais importância e utilização pelos empresários. Será mais aprofundado o estudo destes em relação àqueles, que algumas vezes serão tratados mais para efeitos comparativos.

6.2.1. Compra e venda mercantil

Contrato de compra e venda é aquele em que uma das partes se obriga a transferir o domínio de determinada coisa, pela qual a outra parte deverá pagar certo preço (CC, art. 481).

A compra e venda será considerada mercantil (empresarial) quando, além da transferência da coisa e do seu pagamento, as partes envolvidas forem empresários, de acordo com o conceito de empresário do art. 966, *caput*, do Código Civil.

Não se pode esquecer do que foi estudado nos itens sobre as especificidades dos contratos empresariais e do conceito de contrato empresarial. Assim, a compra e venda empresarial é aquela em que o objeto da negociação está relacionado à atividade econômica organizada e exercida profissionalmente pelo empresário.

No campo do Direito Empresarial, é bastante comum a compra e venda estar associada a outros tipos contratuais, como a prestação de serviços.

Também é comum a compra e venda empresarial utilizar-se de condição, termo ou encargo a fim de adaptar as necessidades dos contratantes. Quando não há condição, termo ou encargo, a compra e venda é tida como **pura**.

Sendo pura, a compra e venda é obrigatória e perfeita quando as partes chegarem a um acordo sobre o objeto e o preço do negócio (CC, art. 482).

Quando a compra e venda tiver condição, termo ou encargo será considerada **impura**, devendo assim ocorrer acordo sobre coisa, preço e demais disposições estabelecidas.

Condição é a cláusula que subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto. A condição pode ser suspensiva ou resolutiva. Condição suspensiva é a que suspende os efeitos do negócio durante um período até que o evento futuro aconteça. Condição resolutiva é a que extingue o negócio assim que ocorrer o evento futuro; podendo ser expressa ou tácita. A primeira opera-se de pleno direito; a segunda, mediante interpelação judicial.

Termo significa o acontecimento futuro e certo que subordina o início ou o término da eficácia jurídica de determinado ato negocial. Logo, uma obrigação a termo é aquela em que se estabelece um prazo certo para seu cumprimento, ou seja, tem um prazo definido para produzir ou não efeitos. Há um limite temporal: termo inicial e o termo final.

Encargo ou modo é a forma como uma obrigação é cumprida. Trata-se de um ônus ou dever estabelecido pela obrigação a uma parte do negócio. Assim, a obrigação modal é aquela que se sujeita a encargo, contendo uma vinculação (ou restrição) que diminui a liberalidade de uma parte.

O preço poderá ser fixado pelos contratantes conforme as taxas de mercado ou de bolsa (Bolsa de Valores ou de Mercados e Futuros), citando data e local para a apuração (CC, art. 486).

Essa hipótese é bastante utilizada em compra e venda empresarial, uma vez que os bens negociados, muitas vezes, sofrem oscilações de preço, sendo essa uma alternativa para a fixação do valor de forma justa. Em outras palavras, será paga a quantia que o bem vale em determinada data (p. ex., a compra e venda de gado com preço fixado pelo valor da arroba em determinada bolsa e determinada data).

Da mesma forma, é possível às partes fixarem os preços em função de índices ou parâmetros, desde que existam critérios objetivos para a sua determinação (CC, art. 487).

Esse procedimento, da mesma forma, costuma ser utilizado como modo de correção monetária ao preço, a partir de índices fornecidos pelo governo ou entidades não governamentais (como IGP-M). Sua utilização é possível desde que os critérios para a sua determinação sejam objetivos, livre totalmente de caráter subjetivo, que possa abrir margem à dúvida ou discussão.

Se a fixação de preço ocorrer pela vontade exclusiva de uma das partes, o contrato será nulo (CC, art. 489).

Quando a compra e venda for **à vista,** o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o

preço do comprador (CC, art. 491).

Sem dúvida, essa regra não se aplica à compra e venda **a prazo**, pois nesse caso o vendedor entrega a coisa para receber o preço posteriormente.

Quando existir despesas com escritura e registro, essas ficam a cargo do comprador; já as despesas com a tradição (entrega) do bem ficam a cargo do vendedor. Em ambos os casos, cabe estipulação diversa por meio de cláusula contratual (CC, art. 490).

Compra e venda, com certeza, é o tipo contratual mais utilizado, podendo ser classificada em **mercantil**, **civil** ou **de consumo**. O que vai mudar são somente as regras.

Como já visto, no geral, aos contratos de consumo aplicam-se as regras do Código de Defesa do Consumidor – CDC, subsidiariamente o regimento do Código Civil. Aos contratos civis e mercantis, as regras do Código Civil, não cabendo, via de regra, a aplicação do CDC. A possível aplicação do CDC a um contrato mercantil vai se dar apenas quando o contratante puder ser enquadrado como "destinatário final" do bem ou do serviço.

Não é objetivo desta obra repetir tudo o que a doutrina civilista tem tratado sobre o contrato de compra e venda, que também é aplicável à compra e venda mercantil, considerando a unificação dos diplomas obrigacionais (que foi retratada anteriormente).

Dessa forma, todas as regras previstas no Código Civil, arts. 481 a 532, sobre compra e venda são aplicáveis à compra e venda empresarial, inclusive em relação às cláusulas especiais da retrovenda, venda a contento e sujeita à prova, preempção ou preferência, venda com reserva de domínio e venda sobre documentos.

O que nos parece mais relevante é que, na aplicação do regime jurídico do Código Civil à compra e venda mercantil, deve-se ficar atento sobre as especificidades das relações empresariais.

Em geral, à compra e venda mercantil e aos contratos empresariais, a aplicação das regras deve sempre considerar que as partes são empresários, à luz do art. 966, *caput*, do Código Civil, pois as relações econômicas empresariais são dinâmicas, com ajustes e mudanças aceleradas, de modo diverso das relações civis.

Assim, a legislação a ser aplicada à compra e venda mercantil é a mesma da compra e venda civil (ou seja, o Código Civil), mas deve-se considerar a "expertise" (profissionalidade, experiência) dos empresários na celebração dos contratos.

Muitos contratos de compra e venda mercantil são celebrados por empresas sediadas em países diversos. Nestes casos remetemos o leitor ao item que trata dos contratos internacionais. Mas não é demais explicitar que a ONU tem uma comissão permanente de Direito do Comércio Internacional, a UNCITRAL – *United Nations Comission for International Trade Law* (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional), que motivou a assinatura da Convenção de Viena de 1980, sobre a compra e venda internacional. A Convenção de Viena entrou **em vigor no Brasi**l em razão do Decreto Legislativo n. 538/2012, o qual aprovou o texto do Tratado sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, no âmbito da UNCITRAL.

6.2.2. Prestação de serviço empresarial

Serviço significa qualquer atividade humana prestada licitamente, de forma material ou imaterial.

Contrato de prestação de serviço é aquele em que o objeto do negócio é a realização de um serviço (prestação) material ou imaterial, ou seja, é uma obrigação de fazer, mediante remuneração.

A prestação de serviço será considerada **empresarial** quando as partes contratantes (prestador de serviço e tomador) forem empresários, à luz do art. 966, *caput*, do Código Civil.

Em relação ao regime jurídico aplicável, a prestação de serviço rege-se pelo Código Civil, arts. 593 a 609; porém, se for prestação de serviço de natureza trabalhista, reger-se-á pela regras do Direito do Trabalho (CLT e leis pertinentes); ou, se for de outra natureza específica prevista em lei especial, irá reger-se por essa norma, como seria o caso da representação comercial, cujo regime jurídico é o da Lei n. 4.886/65, pois entendemos ser um tipo de prestação de serviço empresarial específico (produção de serviço).

Todo serviço ou trabalho lícito pode ser objeto de prestação (material ou imaterial) tendo direito à remuneração (CC, art. 594). Se não houver remuneração, o serviço é considerado voluntário.

Se a remuneração não for estipulada pelas partes, e não tendo estas chegado a um acordo posteriormente, será fixada por arbitramento (CC, art. 596). Arbitramento tem o sentido de que o valor da remuneração será decida por um árbitro ou perito.

Para fins de remuneração, a regra é de que esta seja realizada depois da execução do serviço, salvo se as partes estipularem pagamento adiantado ou parcelado (CC, art. 597).

O contrato de prestação de serviço não pode ter prazo superior a **4 anos**. E assim, mesmo que o

contrato tenha por objeto a realização de uma obra/construção, decorrido esse lapso temporal, o contrato é considerado como finalizado (CC, art. 598).

Nos contratos de prestação de serviço por prazo indeterminado, qualquer das partes pode rescindir o contrato mediante aviso prévio, desde que não prejudique a natureza do negócio (CC, art. 599, *caput*).

O parágrafo único do art. 599 do Código Civil fixa os prazos de antecedência em que o aviso prévio deve feito à outra parte:

1) *8* dias para contratos ajustados com remuneração mensal ou tempo maior;
2) *4* dias para contratos ajustados com remuneração semanal ou quinzenal;
3) *1* dia para contratos ajustados com remuneração com periodicidade inferior a uma semana.

Ressalta-se que o tempo em que o prestador de serviço, por sua culpa, deixou de trabalhar não será contabilizado nos prazos (CC, art. 600).

Outro ponto importante: se o contrato tiver como objeto uma obra determinada, não pode o **prestador** rescindir sem terminar a obra, salvo "justa causa", o que também está designado para contratos por prazo determinado (CC, art. 602, *caput*). Por justa causa entenda-se um motivo relevante e justificado.

Nesses casos, quando a justa causa não estiver presente, terá direito à remuneração vencida, mas responderá por perdas e danos (CC, art. 602, parágrafo único).

Se a rescisão ocorrer pelo **tomador**, sem justa causa, deverá pagar a retribuição vencida, bem como a metade da que seria devida até o término do contrato (CC, art. 603)[294].

O tomador do serviço não pode transferir a outrem o seu direito quanto ao recebimento do serviço, tampouco o prestador do serviço poderá transferir a outrem a sua prestação, excetuando-se se houver consentimento da parte contrária (CC, art. 605). Trata-se de uma operação denominada cessão da posição contratual[295], em que muitas vezes o consentimento é ajustado previamente na celebração do contrato.

6.2.3. Locação mercantil

Sem prejuízo do que foi tratado no Capítulo I, no item referente ao "ponto e ação renovatória", aqui iremos abordar o contrato de locação mercantil.

Contrato de locação é acordo pelo qual uma parte se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa, mediante contraprestação (CC, art. 565).

A locação pode ser de coisas **móveis** ou **imóveis**. Quando o objeto da locação for de coisas móveis,

seu regime jurídico é o do Código Civil, arts. 565 a 578. Já para a locação de imóveis, é a Lei n. 8.245/91 – denominada Lei das Locações – que disciplina a matéria.

A locação de imóvel pode ter como objeto imóvel **residencial**, para **temporada** ou **não residencial**.

Locação residencial é aquela cujo imóvel é destinado à moradia dos locatários.

Já **locação para temporada** tem por fim destinar o imóvel à residência temporária do locatário, para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde e outros fatos desde que contratada por prazo não superior a *90* dias, independentemente de ter ou não mobília.

E a **locação não residencial** é aquela cujo imóvel tem qualquer outro fim que não o de moradia, como instalação de: órgão público, associação de classe, comércio etc. Podendo ser-lhe aplicada a denominação **locação mercantil** quando o imóvel tiver destinação empresarial (indústria, comércio ou prestação de serviço).

Aqui tocamos no tema do **contrato de locação mercantil**. Trata-se do contrato que tem por objetivo a locação de um imóvel não residencial destinado ao **comércio** (Lei n. 8.245/91, art. 51). Esse é o objeto de estudo deste tópico (as locações de coisas móveis são estudadas nas obras de Direito Civil).

Segundo a lei, considera-se locação não residencial o contrato em que o locatário for pessoa jurídica e o imóvel se destinar ao uso de seus titulares, diretores, sócios, gerentes, executivos ou empregados (Lei n. 8.245/91, art. 55).

Na legislação que trata do contrato de locação mercantil, Lei n. 8.245/91, há disposições sobre aluguel, direitos e deveres das partes, benfeitorias, garantias etc.

O locatário de um contrato de locação mercantil goza de uma prerrogativa legal que lhe concede a possibilidade de sua renovação independentemente da vontade do locador.

Isso ocorre devido à formação do **fundo de comércio**. Fundo de comércio é o valor adquirido pelo ponto empresarial em razão do desenvolvimento da atividade empresarial e pelo passar do tempo.

Assim, é por isso que existe a proteção para o empresário locatário de imóvel destinado ao exercício de sua atividade empresarial, pois este tem o direito de renovar compulsoriamente o contrato de locação por meio de uma ação judicial renovatória (Lei n. 8.245/91, art. 51).

É cabível a ação renovatória quando: (i) não houver acordo entre locatário e o locador; ou (ii) houver abuso por parte do locador referente ao preço para renovação do contrato de locação.

Ressalta-se que não pode haver cobrança de luvas pela valorização do ponto ou pela mera renovação

da locação, conforme prevê o art. 45 da Lei n. 8.245/91; no mesmo sentido é o REsp-STJ 440.872.

Além disso, para se obter a renovação do contrato de locação por um prazo igual ao estabelecido, deverão estar presentes os seguintes requisitos, cumulativamente (Lei n. 8.245/91, art. 51, *caput*, incs. I a III):

1) contrato celebrado por **escrito** e com **prazo determinado**;
2) prazo mínimo de locação de **5 anos** – podendo-se somar dois ou mais contratos (nesse sentido, REsp-STJ 693.729); e
3) empresário explorar o mesmo ramo de atividade há pelo menos **3 anos**.

Esse direito de renovação do contrato também é permitido ao inquilino que é comerciante (quem exerce o comércio), estendendo-se ainda às locações em que são locatárias as **indústrias** e as **prestadoras de serviços** (mesmo as sociedades simples, de natureza intelectual) com fins lucrativos, como um escritório de arquitetura ou um consultório médico (Lei n. 8.245/91, art. 51, § 4º).

Um ponto importante é que o período para ajuizar a ação renovatória é do **penúltimo semestre** de vigência do contrato, ou seja, num contrato de **5 anos** (que é composto por dez semestres), a ação deve ser ajuizada durante os meses do nono semestre (Lei n. 8.245/91, art. 51, § 5º).

Quando o contrato de locação mercantil tiver prazo indeterminado, poderá ser denunciado pelo locador por escrito, concedidos ao locatário *30* dias para a desocupação (Lei n. 8.245/91, art. 57).

O locador não estará obrigado a renovar o contrato se (Lei n. 8.245/91, art. 52, incs. I e II):

1) tiver de realizar obras no imóvel por determinação do Poder Público; ou
2) o imóvel for para uso próprio ou para transferência de fundo de comércio existente **há mais 1 ano** (devendo ser detentor da maioria do capital o locador, seu cônjuge, ascendente ou descendente).

Nessa última hipótese, não pode ser para exploração de idêntico ramo econômico do locatário (Lei n. 8.245/91, art. 52, § 1º).

Especificamente sobre o prazo mínimo de *5* anos, que pode ser decorrente da soma de dois ou mais contratos; isso valerá ainda que tenha havido a mudança de inquilino; isto é, inicialmente, o locatário era um empresário, que mais tarde passou o ponto para outro empresário que, por sua vez, continuou explorando o mesmo negócio.

Frise-se que são nulas de pleno direito as cláusulas de um contrato de locação que afastem o direito à renovação prevista no art. 51, ou mesmo que imponham obrigações pecuniárias para tanto; bem como as

que visem burlar os objetivos buscados pela Lei de Locações (Lei n. 8.245/1991, art. 45).

Porém, o art. 13 da Lei n. 8.245/91 prevê que a cessão da locação, a sublocação e o empréstimo do imóvel, total ou parcialmente, dependem do consentimento prévio e escrito do locador, o que, em tese, também é aplicável à locação mercantil. Nesse sentido, REsp 1.202.077.

6.2.4. Shopping center

Shopping center significa centro comercial, um local onde se pode efetuar compras de variados bens e serviços.

Contrato de *shopping center* é um acordo reflexo de uma associação de capitais para exploração própria (pelos seus sócios) ou mediante locação comercial (na forma de um condomínio)[296].

Não há uma lei específica que regule o contrato de *shopping center*. Seu regime jurídico é a teoria geral dos contratos e a ampla liberdade de contratar atipicamente assegurada pelo ordenamento, dependendo da vontade das partes. Entretanto, se há contrato de sociedade, aplicam-se as regras do Código Civil em relação às sociedades, sobretudo a sociedade limitada (art. 1.052 e s.), e/ou da Lei n. 6.404/76, se for o caso de uma sociedade anônima. Havendo a instituição de um Condomínio, aplicam-se as Leis n. 4.591/64 (Lei dos Condomínios), n. 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos) e Código Civil, arts. 1.332 a 1.334, acerca de condomínios.

Em relação ao contrato de locação em *shopping center*, ou seja, aquele celebrado entre lojista (locatário) e empreendedor (locador, proprietário do espaço), o objeto da locação é uma unidade ou espaço utilizável (por exemplo, parte de um corredor para a instalação de quiosque) do *shopping center*.

Nesse tipo de contrato, também prevalecem a livre disposição de cláusulas e condições entre as partes (nesse sentido, REsp-STJ 123.847), respeitando sempre as limitações legais: norma de ordem pública; bons costumes; função social do contrato; boa-fé etc.

Visando preservar a unidade do *shopping* enquanto negócio, é comum contratualmente instituir cláusulas que estabeleçam a necessidade de anuência da administração para se efetivar a locação ou sublocação ou, ainda, alienação do estabelecimento, buscando evitar o ingresso de pessoas estranhas que não se identifiquem com o perfil do *shopping*.

Entretanto, a Lei de Locações, Lei n. 8.245/91, art. 54, prevê algumas disposições mínimas que devem ser respeitadas.

Assim, o locador, ou empreendedor, não poderá cobrar do lojista, no caso, o locatário (Lei n. 8.245/91, art. 54, § 1º):

1) as despesas com obras ou substituições de equipamentos, que impliquem a modificação do projeto ou memorial descritivo da data do habite-se;
2) as despesas com obras de paisagismo nas partes comuns;
3) as seguintes despesas extraordinárias: i – obras de reformas ou acréscimos que interessam à estrutura integral do imóvel; ii – pinturas das fachadas, esquadrias externas, iluminação; iii – indenizações trabalhistas e previdenciárias pela dispensa de empregados, ocorridas em data anterior ao início da locação.

Além disso, as despesas cobradas do locatário devem estar previstas em orçamento, excetuando motivos de urgência ou força maior, podendo o locatário, ou sua entidade de classe, exigir a comprovação dessas a cada *60* dias (Lei n. 8.245/91, art. 54, § 2º).

O locatário de unidade ou espaço utilizável em *shopping center* também tem direito à renovação compulsória do contrato de locação, por via da ação renovatória, aplicando-se, assim, a Lei n. 8.245/91 (nesse sentido, Embargos de Divergência em Recurso Especial – EREsp-STJ 331.365), pois também existe um fundo de comércio a ser protegido (igual sentido, REsp-STJ 189.380).

Salienta-se que, no contrato de locação em *shopping center*, não pode o locador se recusar a renovar o contrato alegando que o imóvel será para uso próprio ou para transferência de fundo de comércio existente há mais de *1* ano (Lei n. 8.245/91, art. 52, § 2º).

Nos contratos de locação entre lojista e *shopping center*, em tese, não há que se pensar na aplicação do Código de Defesa do Consumidor, por ser um contrato empresarial, cujo objeto é um bem que será utilizado para o desenvolvimento de atividade econômica (salvo por uma eventual aplicação da teoria finalista mitigada, que poderá levar em conta a possível vulnerabilidade do locatário frente ao locador) 297.

Um tema já bastante discutido judicialmente é o da responsabilidade do *shopping* pelos veículos estacionados em seu pátio. A este assunto é aplicável a Súmula 130 do STJ: “A empresa responde, perante o cliente, pela reparação do dano ou furto de veículos estacionados em seu estacionamento”. Neste caso, haverá a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação entre cliente e *shopping center*, ainda que o estacionamento não seja remunerado 298.

6.2.5. Leasing/arrendamento mercantil

Leasing é uma palavra de origem inglesa, derivada de *lease*, que pode ser traduzida como alugar ou arrendar.

O contrato de *leasing* foi criado nos EUA. No Brasil, o *leasing* recebeu o nome de arrendamento mercantil.

Trata-se do contrato realizado entre pessoa jurídica-arrendadora e outra pessoa-arrendatária (física ou jurídica), que tem por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, conforme especificações da arrendatária para uso próprio desta (Lei n. 6.099/74, art. 1º).

Destaca-se que o objeto do contrato de *leasing* pode ser bem imóvel ou móvel (veículos, máquinas e equipamentos etc.).

Esse contrato tem como característica a combinação dos seguintes fatores: uma locação associada com uma promessa de venda e uma opção de compra. Na verdade, paga-se um aluguel pelo uso da coisa, sendo que este valor será abatido/amortizado do preço total se, ao final, for exercida a opção de aquisição definitiva do bem.

É um contrato complexo que guarda distinções em relação à locação e à alienação fiduciária.

A locação possui limitações à cessão de uso e gozo do bem. No entanto, na alienação fiduciária o valor pago periodicamente corresponde ao efetivo pagamento do preço, não ao aluguel ou à amortização do preço final, em caso de opção de compra[299].

Assim, o arrendamento mercantil trata-se de um financiamento, em que há um aluguel de bem, sendo um direito do "locatário"/arrendatário, ao final do contrato: optar pela renovação da locação; devolver o bem; ou comprá-lo, pagando então apenas o valor residual previsto no contratual.

Há alguns requisitos específicos do contrato de arrendamento mercantil (Lei n. 6.099/74, art. 5º):

1) prazo de duração: no mínimo 2 anos para bens com vida útil de até 5 anos; no mínimo 3 anos para bens com vida útil superior a 5 anos; no mínimo 90 dias para o *leasing* operacional (conforme o art. 8º da Resolução n. 2.309/96);
2) valor da prestação;
3) faculdade ao arrendatário pela **opção** de compra do bem ou renovação do contrato;
4) preço da opção (ou critério para fixação).

Em geral, ligado a esse tipo contratual, existe um contrato de seguro com o objetivo de dar garantia ao

bem arrendado.

Quando o negócio for celebrado com entidade domiciliada no exterior (p. ex., bem importado), o contrato deve ser registrado no Banco Central.

Conforme foi estudado no item sobre inadimplemento contratual e adimplemento substancial (o qual é importante o leitor conhecer), e por força do § 4º do art. 2º e do § 15 do art. 3º, ambos do Decreto-lei n. 911/69, introduzidos pela Lei n. 13.043/2014, as regras sobre inadimplemento para os contratos com cláusula de alienação fiduciária (contrato a ser estudado a seguir) são aplicáveis aos contratos de arrendamento mercantil.

Essas regras de inadimplemento estão previstas em todo o art. 3º, *caput* e §§, do Decreto-lei n. 911/69. Assim, se houver a ação de reintegração de posse de veículo objeto de *leasing*, citado, o devedor terá cinco dias para pagar a integralidade da dívida (prestações vencidas e vincendas), sob pena de o bem ser retomado pelo devedor[300].

Um ponto interessante reside no fato de que o crédito do arrendador mercantil não é submetido à recuperação de empresas (se o arrendatário for empresário individual, sociedade empresária ou empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI), prevalecendo seu direito de propriedade sobre a coisa e as demais condições contratuais. No entanto, não é permitida a retirada de bens essenciais à sua atividade empresarial do estabelecimento do devedor, pelo período de *6* meses do deferimento da recuperação judicial (Lei n. 11.101/2005, art. 49, § 3º).

Contudo, o contrato de *leasing* tem algumas formatações que podem ser denominadas espécies desse contrato.

6.2.5.1. Leasing financeiro

O leasing financeiro ou bancário ocorre quando o fabricante ou importador do bem não é o arrendador do contrato, ou seja, em geral, o arrendador é um terceiro, uma instituição financeira que adquire o bem do fabricante para, em seguida, "locá-lo"/arrendá-lo ao arrendatário.

Essa espécie de *leasing* é regulada pela Lei n. 6.099/74, que trata, em sua maior parte, do aspecto tributário desse contrato. Também é abordada na Res. n. 2.309/96, do Banco Central, art. 5º.

É forma mais comum, o verdadeiro contrato de *leasing*. Nessa modalidade de *leasing*, os custos com manutenção e assistência técnica correm por conta da arrendatária (Res. n. 2.309/96, art. 5º, inc. II).

Uma das vantagens do contrato de *leasing* é que as despesas operacionais com os pagamentos pela "locação"/arrendamento do bem podem ser objeto de deduções fiscais (Lei n. 6.099/74, art. 11).

6.2.5.2. Leasing operacional

Na sua concepção, o *leasing* operacional ocorre quando o fabricante do próprio bem arrendado é o arrendador, ou seja, não existe a figura do intermediário, a financeira.

Esse tipo de *leasing* ficou mitigado no Brasil pela Resolução n. 2.309/96, do Banco Central.

A partir dessa norma, o *leasing* operacional necessita ser contratado com intermediação de uma instituição financeira, sendo operações privativas dos bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil ou sociedades de arrendamento mercantil (Resolução n. 2.309/96, art. 6º, parágrafo único cc. art. 28, inc. III).

A justificativa residiria no fato de que a arrendatária deve ser instituição financeira, submetida ao controle do Banco Central.

Caso ocorra essa operação, ou seja, caso o *leasing* seja efetuado diretamente com o fabricante, não haverá os benefícios fiscais, seguindo o regime tributário da compra e venda a prazo[301].

6.2.5.3. Lease-back

Lease-back é o contrato pelo qual uma pessoa proprietária de um bem o vende para em seguida recebê-lo do comprador em arrendamento (Lei n. 6.099/74, art. 9º).

Trata-se de um contrato em que o arrendamento é contratado com o próprio vendedor. Arrenda-se o bem para quem anteriormente era o seu proprietário.

Nesse caso, há uma instituição financeira que "refinancia" o bem, e o vendedor pode usar desse instituto para obter liquidez de caixa pela venda do bem; no entanto, permanecerá utilizando-o, além de poder fazer deduções fiscais em razão das despesas operacionais com os pagamentos pela "locação" da coisa.

6.2.5.4. Self leasing

No *self leasing* existem operações realizadas entre empresas coligadas, uma arrendadora e outra

arrendatária.

É o arrendamento mercantil contratado com empresas integrantes do mesmo grupo econômico.

Destaca-se que esse tipo de operação, ou seja, o *self leasing*, não é permitido no Brasil. A vedação está prevista no art. 28 da Resolução n. 2.309/96 e, caso ocorra, não haverá os benefícios fiscais.

6.2.5.5. Valor residual garantido

Valor residual garantido – VRG – é a quantia fixada sobre o valor do bem arrendado, pago pelo arrendatário ao arrendador, ao final do contrato de arrendamento mercantil, ao optar pela compra da coisa.

Discutiu-se se o pagamento antecipado do valor residual garantido (em conjunto com as prestações ou antes do prazo para o exercício da opção de compra) descaracterizaria o *leasing*, tornando-o contrato de compra e venda a prazo.

Essa discussão ocorreu em razão das implicações tributárias, uma vez que, de acordo com o art. 11 da Lei n. 6.099/74, o custo com o *leasing* é uma despesa operacional (o que proporciona uma redução tributária ao arrendatário). Todavia, se houver aquisição do bem pelo arrendatário em desacordo com as disposições legais, será considerado uma operação de compra e venda (não havendo, assim, a redução tributária para este).

Após as divergências jurisprudenciais e doutrinárias, o STJ editou a Súmula 293: "A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil".

6.2.6. Alienação fiduciária

A alienação fiduciária é uma garantia em favor de quem financia a venda de bens a prazo.

O regime jurídico da alienação fiduciária de bens **móveis** é a Lei n. 4.728/65, arts. 66 e 66-A; já, para o regime de bens **imóveis**, é a Lei n. 9.514/97, arts. 22 e s., além do Decreto-lei n. 911/69 que estabelece normas processuais sobre essa alienação.

Dispondo acerca da propriedade fiduciária, o Código Civil expressa que considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor (CC, art. 1.361, *caput*). Na prática, em geral, as minutas contratuais apresentam o título "venda e

compra com alienação fiduciária". Porém, o instituto também é chamado "alienação fiduciária em garantia".

Na verdade, a financiadora empresta recursos ao tomador para que este adquira determinado bem junto ao vendedor, quase sempre uma loja. Assim, a financeira efetua o pagamento ao vendedor e se torna credora do comprador, ficando como proprietária do bem, e este acaba sendo sua garantia.

Dessa forma, o bem é alienado em fidúcia (garantia) em favor do financiador-credor (fiduciário), que passa a ter a posse indireta e o domínio resolúvel, independentemente da tradição do bem; enquanto o comprador-devedor (fiduciante) passa a ser possuidor direto e depositário do bem.

Sendo o domínio resolúvel e havendo inadimplemento, o contrato será resolvido, cabendo ao credor pedir a devolução do bem (à luz do art. 1.359 do Código Civil).

Se houver inadimplemento absoluto ou relativo (mora), o credor fiduciário poderá vender a coisa a terceiros. Para tanto, não precisará haver leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, exceto por expressa previsão contratual que disponha diversamente.

Do recurso obtido com a venda, o credor descontará o valor do seu crédito (correspondente à dívida pendente do devedor) e as despesas decorrentes; devendo entregar o saldo, se houver, juntamente com a prestação de contas ao devedor (Decreto-lei n. 911/69, art. 2º, *caput*, com nova redação dada pela Lei n. 13.043/2014).

Cabe explicitar que o crédito contra o devedor inclui o valor principal da dívida, juros, comissões, taxas, multa (cláusula penal) e correção monetária, quando expressamente pactuados pelas partes. Além disso, a mora derivará do simples vencimento do prazo para pagamento (o que seria mora *ex re*). Entretanto, a legislação expressa que a mora poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento (tecnicamente isso seria mora *ex persona*), porém não é necessária a assinatura do próprio destinatário do aviso referido (Decreto-lei n. 911/69, art. 2º, §§ 1º e 2º, cujas redações foram alteradas pela Lei n. 13.043/2014).

Se o pagamento da dívida for realizado por terceiro interessado ou garantidor (avalista ou fiador), este se sub-rogará, de pleno direito, no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária, para assim cobrar o devedor (Decreto-lei n. 911/69, art. 6º).

Como depositário do bem, o devedor (comprador) torna-se responsável pelo bem. Logo, é comum a exigência da contratação de seguro para o bem alienado fiduciariamente.

Com a quitação do financiamento, o tomador do empréstimo (comprador) passa à condição de proprietário do bem.

Mesmo enquanto depositário do bem, e tendo este perecido ou desaparecido durante seus cuidados, não há mais a possibilidade de prisão civil para o então considerado "depositário infiel", diante da atual posição jurisprudencial[302].

Sem prejuízo do que foi estudado no item sobre inadimplemento contratual e adimplemento substancial (ao qual remetemos o leitor), o art. 3º do Decreto-lei n. 911/69 foi alterado pela Lei n. 10.931/2004, sendo que a redação no novo § 2º do art. 3º estabeleceu nova dinâmica para a relação entre credor fiduciário e devedor. A partir da vigência deste dispositivo, o Decreto-lei n. 911/69 passou a exigir expressamente que o devedor deva pagar a **integralidade da dívida** pendente, de acordo com os valores apresentados pelo credor, para assim o bem lhe ser restituído livre de qualquer ônus.

Por integralidade da dívida devem ser entendidas as prestações vencidas e vincendas, pois terá ocorrido o vencimento antecipado de toda a dívida decorrente do contrato de compra e venda com alienação fiduciária. Esse entendimento é abstraído da redação original e vigente do § 3º do art. 2º do Decreto-lei n. 911/69.

Assim, a Súmula 284[303] perdeu seu efeito, pois seu teor acompanhava a redação inicial do Decreto-lei n. 911/69, sobretudo a do § 2º do art. 3º (posteriormente alterado pela Lei n. 10.931/2004). Em 1969 este previa a necessidade de o devedor ter pago no mínimo quarenta por cento para ter direito a saldar a dívida vencida e assim continuar o contrato e ter a posse do bem. Sobre a revogação da Súmula é a posição do próprio STJ, REsp 1.413.388/MS[304], julgado sob o rito dos recursos repetitivos.

Pela regra vigente, derivada da Lei n. 10.931/2004, não é mais preciso o devedor ter pago quarenta por cento da dívida para ter o direito a saldá-la após o ajuizamento da busca e apreensão; entretanto, o pagamento deve ser de toda a dívida pendente (parcelas vencidas e vincendas).

Vale destacar que a Lei n. 13.043/2014 também efetuou ajustes no Decreto-lei n. 911/69, porém manteve a impossibilidade de o devedor purgar a mora apenas dos valores vencidos (independentemente da quantia já paga da dívida). Assim, fica mantida a regra de que a única alternativa para que o devedor não seja desapossado do bem é quitar **toda a dívida**, sob pena de a propriedade e posse se consolidarem em favor do credor. Ou seja, será preciso pagar a integralidade da dívida pendente, vencida e a vencer, conforme os valores apresentados pelo credor na petição inicial, para dessa forma o bem ser restituído

ao credor livre de ônus, devendo neste caso os órgãos competentes expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor.

Assim, o proprietário fiduciário poderá requerer contra o devedor fiduciante a busca e apreensão do bem alienado, sendo expedida liminar para tanto. Decorridos cinco dias da liminar, consolidam-se 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. Neste mesmo prazo de cinco dias da concessão da liminar, o devedor poderá pagar a integralidade da dívida pendente de acordo com os valores apresentados pelo credor em sua petição exordial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus.

A alienação fiduciária difere da venda com reserva de domínio, em especial pelo fato de que na venda a retomada do bem ocorre pelo rito comum da reintegração de posse e na alienação fiduciária ocorre pelo rito sumário da busca e apreensão.

Ressalta-se que constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no **Registro de Títulos e Documentos** do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na **repartição competente para o licenciamento**, fazendo-se a anotação no certificado de registro (CC, art. 1.361, § 1º).

Como ocorre no *leasing*, o crédito do alienante fiduciário não será submetido à recuperação de empresas (se o devedor for empresário individual, sociedade empresária ou EIRELI), prevalecendo seu direito de propriedade sobre o bem e as outras condições contratuais. Para tanto, é necessário que o contrato de alienação fiduciária esteja registrado no órgão competente, como no caso do Registro de Títulos e Documentos[305]. Todavia, não é permitida a retirada do estabelecimento do devedor de bens essenciais à sua atividade empresarial, pelo período de *6* meses do deferimento da recuperação judicial (Lei n. 11.101/2005, art. 49, § 3º).

Assim, mesmo que o devedor tenha pleiteado pedido de recuperação judicial ou extrajudicial (à luz da Lei n. 11.101/2005), isso não impede que o credor fiduciário ajuíze e promova a busca e apreensão do bem (Decreto-lei n. 911/69, art. 6º-A, incluído pela Lei n. 13.043/2014).

Se for caso de falência do devedor alienante, fica assegurado ao credor fiduciário o direito de pedir a restituição do bem alienado fiduciariamente, conforme a legislação falimentar, ou seja, a Lei n.

11.101/2005, arts. 85 e s. Uma vez concretizada a restituição, o proprietário fiduciário promoverá a alienação do bem por meio do mesmo procedimento disciplinado pelo Decreto-lei n. 911/69, conforme prevê o seu próprio art. 7º.

Foi incluído pela Lei n. 13.043/2014 o art. 7º-A ao Decreto-lei n. 911/69, segundo o qual não serão admitidos bloqueios judiciais de bens constituídos por alienação fiduciária. Por isso, qualquer discussão relacionada a concursos de preferências deverá ser resolvida pelo valor da venda do bem, conforme disciplina o art. 2º do Decreto-lei n. 911/69.

Contudo, sem prejuízo do já exposto no item do *leasing*, a alienação fiduciária dele se distingue em razão de ser uma venda e compra em que o bem é a garantia do pagamento; o *leasing*, por sua vez, aproxima-se de uma locação com a possibilidade de se tornar uma venda e compra.

6.2.7. Factoring/faturização

A palavra *factoring* tem origem inglesa e está relacionada à necessidade de reposição do capital de giro nas empresas, sendo bastante utilizado principalmente pelas empresas pequenas e médias[306].

Trata-se da venda do faturamento de uma empresa para outra, que se incumbe de cobrá-lo, recebendo uma comissão ou juros por isso.

Fábio Konder Comparato propôs a palavra **faturização**[307], que foi aceita pela doutrina e jurisprudência. Muitos chamam o instituto de **fomento mercantil**.

Assim, *factoring* é a compra de direitos creditórios (faturamento) resultantes de vendas mercantis (e de consumo) a prazo ou de prestação de serviços.

No *factoring*, a transferência dos créditos é realizada pela empresa **faturizada** a uma empresa denominada **faturizadora**.

Essa transferência dos créditos ocorre por **endosso** (títulos de crédito) ou **cessão de crédito** (contrato), ambas formas de transferência de crédito, mas que guardam suas peculiaridades (já estudadas no capítulo dos títulos de crédito).

Os direitos de crédito podem estar materializados em títulos de crédito, como cheque e duplicata, ou serem recebíveis decorrentes de contratos em que a faturizada é credora em razão de suas vendas ou prestações de serviço junto a seus clientes.

Em geral a operação de *factoring* está relacionada à assessoria creditícia, gestão de crédito, seleção

de riscos e administração de contas a pagar e a receber.

Chama a atenção o fato de que o *factoring* se assemelha à operação de desconto, sendo também muito utilizada pelos comerciantes que vendem a crédito. Mas não se deve esquecer de que **desconto** significa o recebimento antecipado dos valores de títulos de créditos não vencidos.

Na operação de desconto, a antecipação dos valores é feita pelo banco a quem lhe transferiu os créditos – o comerciante –, ficando sujeita a um deságio, com o objetivo de remunerar o banco que antecipou o valor, os seus custos de cobrança e o risco de inadimplência assumido.

Contudo, a operação de desconto só pode ser realizada por instituição financeira; no *factoring* isso é discutível.

Via de regra, as empresas faturizadoras não são **bancos**, por não se enquadrarem como bancos propriamente ditos, mas algumas são de propriedade dos bancos, em razão da especialidade necessária para realizar essa atividade empresarial.

Um ponto relevante ocorre principalmente pelo fato de que, pela Lei da Usura – Decreto n. 22.626/33 –, somente os bancos podem cobrar juros de mercado; logo, quem não é instituição financeira apenas pode cobrar juros legais, 1% ao mês[308].

A fim de se esquivarem de tal limitação na cobrança de juros, as faturizadoras firmam contratos com a taxa de juros de 1%, mas incluem outras taxas justificando-as com a denominada "assessoria de crédito".

Alguns questionam o fato de o *factoring*, muitas vezes, ser utilizado para lavagem de dinheiro, haja vista a dificuldade em se fiscalizar esse tipo de operação.

Em relação ao regime jurídico, não existe legislação específica sobre o assunto. O que existe é a Lei n. 9.249/95 – sobre tributação do imposto de renda das pessoas jurídicas – que menciona a atividade do *factoring*, porém apenas em relação à alíquota do tributo (quando cumular atividades, será de 32%), não traçando um regime jurídico para este tipo contratual.

Nesse sentido, quanto ao regime jurídico, vale o princípio da autonomia privada e a liberdade de contratar atipicamente, utilizando em sua maioria as disposições sobre endosso e cessão de crédito, em especial no tange às formalidades para a transferência; à necessidade ou não de comunicar o devedor; à responsabilidade pela insolvência etc.

Salienta-se que as empresas de *factoring*, da mesma forma que as instituições financeiras, devem manter sigilo sobre suas operações.

Ressalte-se, ainda, que a faturizada-endossante é responsável pelo inadimplemento do devedor (nesse sentido, REsp-STJ 820.672), ou seja, se o devedor principal do título não pagar, quem transferiu o título à faturizadora é corresponsável pelo pagamento.

Há um questionamento acerca da obrigatoriedade de a faturizadora estar registrada no Conselho Regional de Administração[309].

Há basicamente duas espécies de *factoring*, quais sejam, *maturity factoring* e *conventional factoring*.

6.2.7.1. Maturity factoring

No *maturity factoring* há a negociação dos créditos em que a faturizada resolve cedê-los à faturizadora, que, por sua vez, se encarrega de cobrá-los nos respectivos vencimentos para então repassá-los (pagá-los) à faturizada (cedente ou endossante), mediante comissão.

Nesse caso, a faturizadora é uma empresa de cobrança e administração de crédito. Pode-se dizer que essa é uma forma de o credor terceirizar seu departamento de contas a receber.

6.2.7.2. Conventional factoring

Já no *conventional factoring* existe a negociação dos créditos que são cedidos pela faturizada à faturizadora, a qual se encarregará de cobrá-los. Mas a diferença é que a faturizadora adianta o valor desses créditos à faturizada, mediante cobrança de juros ou deságio.

Dessa forma, a faturizada tem uma antecipação dos créditos, não precisando aguardar os vencimentos para recebê-los.

6.2.8. Contratos bancários e financeiros

Atividade financeira é um gênero do qual a atividade bancária é uma das espécies. Por isso, os contratos bancários são financeiros, mas há contratos financeiros que não são necessariamente bancários, como os contratos celebrados junto às administradoras de cartões de crédito que não pertençam a bancos.

A atividade bancária envolve uma série de operações complexas, denominadas operações bancárias.

A contínua especialização e a expansão dessas operações contratuais dão força ao sub-ramo do Direito Empresarial: o Direito Bancário.

Entre as inúmeras operações bancárias estão as seguintes: contrato de depósito (que pode envolver conta poupança, conta corrente, fundos de investimentos e aplicações financeiras); contrato de financiamento; operação de desconto; aluguel de cofre; crédito documentário etc. Nesta obra serão estudados os principais contratos envolvendo a atividade bancária.

Sem prejuízo do que foi tratado no item sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos mercantis, haja vista a controvérsia existente no passado, vale registrar aqui o texto da Súmula 297 do STJ: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras". Lembrando que o STF mantém a mesma posição acerca da matéria. Importante também é a Súmula 479 do STJ: "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias".

6.2.8.1. Contrato de abertura de crédito

Contrato de abertura de crédito é o acordo pelo qual o banco coloca à disposição do cliente, por prazo certo ou indeterminado, uma importância limitada, facultando a utilização total ou parcial do crédito concedido (nesse sentido, é o art. 1.842, do Código Civil italiano, de 1942), mediante o pagamento de juros (como se fosse uma espécie de mútuo ou empréstimo).

Utilizando-se da linha de crédito, da qual correm juros, o cliente deverá efetuar a sua quitação em determinado prazo fixado no contrato. Por isso, essa operação contratual também poderia ser denominada contrato de mútuo.

José Xavier Carvalho de Mendonça explica que a abertura de crédito é o acordo pelo qual um dos contratantes (creditador) se obriga a colocar à disposição do outro (creditado) fundos até determinado limite, durante certo lapso temporal, mediante cláusulas convencionadas, obrigando o creditado a restituir o creditador no vencimento com juros[310].

Por sua vez, Paulo M. de Lacerda esclarece que o contrato de abertura de crédito aproveita principalmente o creditado, para quem a operação de crédito é ativa, pois atende às suas necessidades econômicas; mas também aproveita o creditador pelas vantagens que obtém em decorrência do contrato, especialmente os juros recebidos. O autor explica que, embora em ambos os casos admita-se que corram juros, a abertura de crédito guarda distinção em relação ao mútuo, pois neste o crédito é dado ao mutuário de uma só vez (do contrário, ter-se-á mútuos sucessivos), o que implica arcar com os juros

mesmo que não use todo o crédito; já na abertura de crédito, este (o crédito) fica à disposição, sendo que o creditador facultativamente utiliza-o conforme sua necessidade, total ou parcialmente, pagando juros apenas pela soma utilizada[311].

Utilizando-se da linha de crédito, a qual fica disponível por meio da movimentação em uma conta bancária, nova ou já existente, correm juros que deverão ser quitados pelo cliente em prazo determinado pelo contrato. O contrato de abertura de crédito é uma das operações bancárias mais utilizadas no comércio, quando empresas se suprem de recursos conforme suas necessidades ao utilizarem os valores colocados à sua disposição pelo banco, devendo ser devolvidos à instituição financeira mediante o pagamento dos juros acordados[312].

De acordo com a decisão da Terceira Turma do STJ, proferida no Agravo Regimental no REsp 623.809, havendo inadimplência, o contrato de abertura de crédito pode ser considerado um título executivo extrajudicial, nos termos do art. 585, inc. II, do CPC [novo CPC, art. 784, III], para efeitos de promover a correspondente execução judicial da quantia devida.

No entanto, cabe destacar o que prevê a Súmula 233 do STJ: “O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato de conta corrente, não é título executivo”, cabendo, assim, ação monitória para a cobrança do débito junto ao cliente correntista. Especificamente sobre a nota promissória atrelada ao contrato de abertura de crédito, é a Súmula 258 do STJ: “A nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou”.

Não havendo proibição legal, a cobrança de taxa de manutenção pode ser convencionada, pois, mesmo que não utilizado a linha de crédito aberta, o banco se compromete a manter a quantia à disposição do cliente. De modo popular essa taxa é denominada “taxa do limite” ou “taxa do cheque especial”.

Discutia-se, no passado, se o contrato de abertura de crédito era o caso de um contrato preliminar de mútuo. E chamava-se contrato preliminar por não ser o contrato definitivo, bem como preliminar por estabelecer apenas as diretrizes de um possível contrato definitivo, pois este se daria somente ao se utilizar o crédito disponível.

O contrato de abertura de crédito também pode ser garantido ou não. Isso vai depender de quais tipos de garantia são admitidas pelo banco. A garantia pode recair sobre um fluxo de recebíveis (direitos creditórios do cliente) mantido permanentemente durante o período do contrato. Também pode ser uma garantia real (p. ex., hipoteca) ou fidejussória (p. ex., fiança, pois aval é para títulos de crédito).

Lembrando que são garantias reais: hipoteca, penhor, anticrese, debênture sobre o ativo da S.A. Trata-se de um direito real sobre a propriedade, um privilégio sobre o bem dado como garantia.

Já as garantias fidejussórias são aval e fiança. É um vínculo subjetivo ou de natureza pessoal, por meio do qual alguém se responsabiliza perante o credor pelo cumprimento da obrigação assumida pelo devedor, em caso de inadimplemento deste.

6.2.8.2. Contrato de depósito bancário

Contrato de abertura de crédito difere do contrato de depósito bancário, pois, no contrato de depósito bancário, a instituição se compromete a guardar os valores que lhes são confiados, por meio do registro em uma conta bancária, podendo ser resgatados nos prazos e períodos ajustados. Trata-se de um depósito chamado de irregular, porque, diferentemente do depósito tratado no Código Civil, arts. 627 a 652, a propriedade dos recursos depositados é transferida ao banco depositário.

Entretanto, frequentemente, na prática bancária, o contrato de depósito bancário acaba sendo celebrado juntamente com o contrato de abertura de crédito, podendo abarcar outros serviços, como fornecimento de talões de cheque em domicílio etc.

É pertinente considerar que o contrato de depósito bancário pode ser de **poupança** ou de **conta corrente**.

6.2.8.2.1. Conta poupança

O contrato de poupança é aquele em que os valores são remunerados por serem depositados em uma conta bancária junto a uma instituição financeira.

Essa remuneração no contrato de poupança se dá conforme os índices oficiais fixados por lei, ou seja, 0,5%, mais a TR (Taxa Referencial) correspondente ao período. De acordo com as regras vigentes para depósitos feitos a partir de 4 de maio de 2012, quando a Taxa Selic (Sistema Especial de Liquidação e de Custódia) ficar igual ou menor que 8,5% ao ano, o rendimento da poupança passará a ser 70% da taxa Selic mais a TR. Isso está de acordo com o art. 12 da Lei n. 8.177/91, com a redação dada pela Medida Provisória n. 567, de 3 de maio de 2012, e art. 7º da Lei n. 8.660/93.

A TR é disciplinada pela Lei n. 8.177/91, cujo art. 1º prevê que o Banco Central do Brasil divulgará a Taxa Referencial, calculada a partir da remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira

comercial ou de investimentos, caixas econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais, de acordo com metodologia estabelecida pelo Conselho Monetário Nacional.

Por sua vez, a Taxa Selic é o índice de base para as taxas de juros cobradas no mercado. Trata-se de um índice utilizado como referência pela política monetária, sendo apurada no Selic (Sistema Especial de Liquidação e de Custódia), mediante o cálculo da taxa média ponderada e ajustada das operações de financiamento, lastreadas em títulos públicos federais. A Taxa Selic é estabelecida pelo Copom – Comitê de Política Monetária – do Banco Central do Brasil.

Os valores depositados ficam sob a custódia da instituição, que acaba aproveitando o montante dos recursos de seus clientes-depositantes para emprestar a outras pessoas, mediante a cobrança de uma taxa de juros maior do que a que é paga aos depositantes. Assim, ganha na diferença entre juros pagos aos depositantes e os juros que recebe dos que tomam empréstimos, o que é denominado ***spread* bancário**. Vale explicar que nos juros que as instituições cobram dos seus clientes estão computados os custos com o risco de inadimplência, a lentidão da Justiça, as despesas administrativas e tributárias etc.

6.2.8.2.2. Conta corrente

No contrato de **conta corrente**, por sua vez, em geral não há remuneração ao saldo positivo (mas pode-se convencionar diferentemente) decorrente dos valores na conta bancária.

A expressão "conta corrente" significa que o banco se compromete a fazer operações de débito e crédito na conta bancária do cliente, conforme suas determinações a partir de: emissão de cheques, saques avulsos, autorização de débito automático, depósitos efetuados etc.

Assim, por exemplo, se o banco fizer um débito em conta sem autorização expressa do correntista, haverá a necessidade de restituí-lo (nesse sentido, REsp-STJ 163.815).

Waldemar Martins Ferreira explica que, na conta corrente bancária, o banco que recebe o dinheiro do depositante fica obrigado a entregar-lhe tão logo seja solicitado, no todo ou em parte. Ou seja, o depositante tem ao seu dispor aquele numerário para levantá-lo sempre que lhe convenha, podendo isso ser feito por ordem escrita, carta, telegrama, e até por meio do telefone[313]. Não podemos deixar de mencionar a internet como importante forma de se movimentar as contas bancárias, seja para pagamento de contas, transferências, aplicações financeiras etc.

A denominação "contrato de conta corrente" acabou se tornando usual na prática bancária, mas é bom lembrar que, na verdade, esse nome é próprio daquele contrato entre empresários em razão de

negociações mercantis recíprocas, em que se formam contas de débito e crédito entre eles, apurando-se os respectivos saldos[314] (que inclusive está previsto no texto da Lei n. 11.101/2005, art. 121).

6.2.8.3. Cartão de débito. "Cheque eletrônico"

Cartão de débito é uma operação de **débito em conta** bancária, tratando-se de um acordo entre cliente e banco para este efetuar débitos da conta bancária daquele com o fim de creditar o valor em favor de terceiro. No caso do cartão de débito, a ordem de pagamento (ou de transferência) é realizada mediante o uso da informática; por isso a expressão "cheque eletrônico", pois se trata de uma ordem de pagamento semelhante ao cheque – mas com o uso da tecnologia da informação no lugar do papel.

Por cheque eletrônico não se deve entender a compensação de cheque por via eletrônica, como os serviços disponibilizados por certas instituições cujo cliente fotografa o título com o *smartphone* enviando a imagem ao banco que credita a quantia em sua conta bancária. O cliente fica responsável pela guarda do cheque original.

Fora da internet, a concretização da operação de débito pode se dar por meio do uso de um cartão magnético ou *smart card* (cartão inteligente), o que tem sido denominado cartão de débito. O cartão de débito é uma facilidade criada pelos bancos, por meio do qual o cliente pode efetuar um pagamento realizando débito em sua conta bancária para ser creditado na conta bancária do seu fornecedor (vendedor de produtos ou prestador de serviços). Essa possibilidade apresenta benefícios, como evitar o porte de dinheiro e de talonário de cheques.

Na verdade, o cartão em si é feito de plástico com uma fita magnética, cuja utilização implica sua passagem por uma leitora conectada ao sistema do banco[315]. Ele pode funcionar para operações de retirada de dinheiro em terminais, transferências entre contas bancárias, autorização de débito etc.

Uma questão importante é alertar sobre a necessidade de segurança nas operações pela transmissão de informações eletronicamente, pois a autorização do débito em conta bancária é feita pelo titular por meio da digitação de uma senha alfanumérica (que, em algumas operações, vem sendo substituída pela leitura biométrica da impressão digital do cliente).

Ainda é importante ressaltar que essa operação foi concebida, inicialmente, para pagamentos à vista (débito da conta do comprador e crédito na conta do vendedor imediatamente), não havendo o efeito *pro solvendo* do cheque nem a possibilidade de sustação por desacordo comercial. Mais tarde surgiu a

possibilidade de pagamentos parcelados e pré-datados (débitos e créditos futuros). Este último se aproxima do cartão de crédito, se não fossem algumas características deste que serão vistas adiante.

6.2.8.4. Cartão de crédito

A palavra “crédito” vem do latim *credere*, que significa confiança. Assim, o crédito possibilita a circulação de riquezas sem a necessidade do pagamento imediato, confiando-se no pagamento futuro.

Dessa forma, o crédito traz a possibilidade de consumo imediato pelo seu tomador, no que diz respeito à compra de produto ou serviço e à espera do vendedor para receber a contraprestação relativa ao bem que vendeu.

Com o cartão de crédito, surge a possibilidade de aquisição imediata do bem para pagamento posterior. O cartão de crédito também está associado à possibilidade de o vendedor não precisar, necessariamente, ter de esperar todo o prazo que esperaria para receber seu crédito. Isso porque pode realizar operação de transferência de seus créditos a instituições financeiras, ou mesmo solicitar a antecipação junto à administradora do cartão, sendo que em ambos os casos mediante taxa de deságio.

A administradora do cartão concede crédito (a ser quitado em data preestabelecida) para que o usuário possa usá-lo da forma que melhor entender, dentro do limite estabelecido, para compras de produtos e serviços junto a qualquer fornecedor que esteja filiado à rede da administradora do cartão, não se caracterizando essa operação como um título de crédito[316]. Para tanto, a administradora emite um cartão inteligente (*smart card*), de plástico e com fita magnética, em favor do titular que o utilizará junto à rede de fornecedores de duas formas: passando o cartão em leitor magnético seguido da digitação de senha alfanumérica ou assinatura de próprio punho, ou fornecendo apenas o número do cartão inteligente ao fornecedor que o retransmitirá à administradora juntamente com o valor da compra, como ocorre nas compras pela internet (na maioria das vezes também é solicitado o número de segurança do cartão e/ou data de validade).

Cabe explicitar que a operação com cartão de crédito é um contrato financeiro decorrente da prática comercial, não tendo um regime jurídico legal específico, sendo regulado pelo teor do contrato, teoria geral dos contratos e princípios gerais do direito, como a função social e a boa-fé.

O cartão de crédito é uma das formas de adimplir uma obrigação. Trata-se de um contrato inominado, derivado da mistura de abertura de crédito e de prestação de serviços. Na operação de cartão de crédito

há duas relações: entre a administradora do cartão e o cliente e entre a administradora do cartão e o fornecedor. Na primeira relação, o cliente tem a abertura de uma linha de crédito que pode ser utilizada na rede filiada da administradora; na segunda, a administradora se compromete a efetuar o pagamento ao fornecedor em razão dos negócios concretizados pelo cliente. Já a relação entre cliente e fornecedor ocorre por meio de um contrato de compra e venda, prestação de serviços ou locação[317].

Criação decorrente da prática utilizada no comércio, o cartão de crédito constitui poderoso instrumento na política da economia popular, sendo sua função primordial a de expandir o acesso ao crédito. Participa da dinâmica negocial, possibilitando ao seu titular relativa liberdade de compra e financiamento de bens e serviços. Na operação com cartão de crédito há três elementos: o emissor do cartão (empresa que explora o negócio – administradora do cartão), o titular do cartão (cliente da administradora) e o vendedor – ou prestador (pessoa que pertence à rede filiada da administradora)[318].

Difere dos **cartões de fidelidade** emitidos por lojas, em que o crédito é concedido para uso exclusivo em sua rede própria, para compras de produtos e serviços que esta tenha à disposição.

Recentemente, as lojas têm transformado seus cartões de fidelidade em cartões de crédito também, por meio de parcerias com administradoras de cartões.

As **vantagens** do uso de cartão de crédito para o comprador são as seguintes:

1) não precisa demonstrar sua capacidade de pagamento a todo o momento;
2) meio alternativo aos títulos de crédito para pagamento das obrigações;
3) segurança quanto à desnecessidade de porte de dinheiro etc.

Já as **vantagens** do cartão de crédito ao vendedor são:

1) não há inadimplência, pois a administradora pagará ao vendedor ainda que o cliente não pague a fatura do cartão (mas há administradoras colocando cláusulas de que não irão pagar quando for caso de clonagem de cartão etc., surgindo então a necessidade de se exigir o documento de identificação do cliente);
2) não precisa de assessoria creditícia, gestão do crédito, seleção de riscos e administração de contas a receber, o que pode diminuir a necessidade de operações de *factoring*;
3) segurança por não ter de manusear dinheiro ou títulos de crédito (às vezes com custo de carro forte etc.).

Entretanto, há algumas **desvantagens** pelo uso do cartão de crédito, quais sejam:

1) ao comprador: em caso de inadimplemento, ou pagamento parcial da fatura, os juros a serem pagos

seguem as taxas de mercado (não se limitando a um por cento ao mês), sem prejuízo dos demais encargos financeiros;

2) ao vendedor: existe uma comissão ou taxa cobrada pela administradora sobre o valor de cada compra, que pode variar dependendo do prazo em que a quantia será repassada ao vendedor (razão pela qual alguns ainda preferem outras formas de pagamento, como ocorre em pequenas pousadas e restaurantes do interior).

6.2.8.5. Aval e fiança bancária

Ainda no campo das operações bancárias, podem existir as de **aval bancário** e **fiança bancária**, em que o banco seria o garantidor de um devedor em certa operação negocial.

Não há dúvida de que a instituição financeira cobra pela emissão, por exemplo, da "carta de fiança" como garantia oferecida pelo devedor ao credor do negócio.

Sem prejuízo do que foi tratado no capítulo dos títulos de crédito, em relação à distinção entre aval e fiança, é bom lembrar que tanto o aval como a fiança são garantias fidejussórias (aval mais voltado a operações com títulos de crédito, fiança relacionada a obrigações civis), em que o banco se responsabilizará diante do credor pelo cumprimento da obrigação assumida pelo devedor, em caso de inadimplemento deste.

Em outros termos, isso quer dizer que o banco será o garantidor de uma operação, ou seja, será o avalista ou o fiador, cobrando uma remuneração para tanto.

Apesar da utilização um tanto quanto limitada dessas operações, observa-se com uma frequência maior a utilização da fiança bancária ao aval bancário. No entanto, havendo uma operação de aval bancário à luz do art. 31 do Decreto n. 57.663/66 (Lei Uniforme), o aval prestado pelo banco deverá ser feito no corpo do próprio título de crédito.

6.2.8.6. Crédito documentário/documentado

Outro contrato bancário, muito importante nas negociações internacionais, é a forma como a obrigação é cumprida em termos de pagamento do negócio.

Para isso, existe o crédito documentário (também denominado crédito documentado), que é um meio de pagamento internacional pelo qual uma instituição financeira (emissora), seguindo as instruções de seu

cliente (ordenante), compromete-se a pagar a um terceiro (beneficiário).

Assim, nas compras e vendas internacionais, o crédito documentário é uma operação pela qual um banco, a pedido do cliente (comprador), atua como intermediário entre as partes ao comprometer-se diante do vendedor da mercadoria (ou prestador de serviço) a efetuar o pagamento sempre que este beneficiário entregar os documentos especificados, no prazo e termos estabelecidos, comprovando assim o envio dos produtos.

O banco pode efetuar o pagamento diretamente ao beneficiário ou pode utilizar-se de outro banco (avisador-intermediário)[319], com quem mantenha acordo para tal, em geral situado no país do vendedor.

A expressão "crédito documentado" significa que o crédito está embasado em documentos, e não sobre mercadorias ou serviços. Assim, é preciso entregar os documentos especificados, no prazo e em condições estabelecidas, comprovando, portanto, a remessa das mercadorias pelo vendedor ao comprador.

Giacomo Molle expressa que a origem do crédito documentado remonta ao século XVIII pela atividade bancária desenvolvida em Londres[320].

Dessa forma, a **finalidade** principal do crédito documentário nos contratos internacionais é a de proporcionar uma dupla segurança:

1) para o exportador, que quer ter a segurança quanto ao recebimento do valor devido no prazo convencionado;
2) para o importador, que quer ter a segurança quanto à entrega das mercadorias e de que não irá pagar ao vendedor até ter a certeza de que este cumpriu suas obrigações, explicitadas no condicionado do crédito (nos documentos).

Além de ter a função de ser um instrumento de pagamento, o crédito documentário pode servir de mecanismo de financiamento de operações internacionais, prestado pelo banco emissor ao importador.

Vale destacar que o crédito documentário é um costume bancário reconhecido pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), sendo constantemente atualizado. Atualmente vigora a Publicação 600, também conhecida como Brochura 600 (*Uniform Customs and Practice for Documentary Credits* – UCP 600)[321]; expressão que pode ser traduzida por "Costumes e práticas uniformes para créditos documentários".

Assim como o comércio internacional é regulado fundamentalmente por usos e costumes (*lex*

mercatoria), o mesmo acontece com o crédito documentado. Isso se deu especialmente a partir do século XX, devido à pulverização de operações entre as pessoas, especialmente as jurídicas, sediadas em diferentes países, associado ao risco e à incerteza para as partes, decorrentes da distância entre elas e da diversidade de ordenamentos jurídicos. Dessa forma, surgiu a necessidade da criação de mecanismos que regulassem essas operações e assegurassem sua efetividade e execução, proporcionando formas de pagamento que garantissem às partes o cumprimento de suas prestações obrigacionais, surgindo dessa forma as publicações sobre crédito documentado da CCI[322].

6.2.8.7. Gestão de pagamento (pagamento caucionado)

Nos últimos anos surgiu uma nova figura que faz a gestão dos pagamentos nas compras pela internet (mas também tem sido utilizado fora dela). São empresas de pagamento caucionado (ou de gestão de pagamentos), cuja atividade é realizar uma prestação de serviço que consiste em intermediar o pagamento do negócio realizado entre o consumidor, a administradora do cartão de crédito e o fornecedor (vendedor do produto ou prestador do serviço). São exemplos o Bcash (antigo Pagamento Digital), o PagSeguro, o PayPal e o MercadoPago.

Vale esclarecer que as empresas que realizam a gestão de pagamento podem ser: empresas autônomas em relação àquelas que realizam a intermediação de compras pela internet, como é o caso do PayPal; ou empresas vinculadas a grupos que possuem intermediários de compras, o que pode ser exemplificado pelo MercadoPago, pertencente ao MercadoLivre.

Este sistema envolve quatro relações: a primeira entre o comprador e o fornecedor do produto ou serviço; a segunda relação se dá entre o comprador e o caucionador; já a terceira trata-se da relação entre o caucionador e o fornecedor; por último, a quarta relação é firmada entre o caucionador e a administradora do cartão de crédito (ou banco, se a operação for realizada por débito em conta bancária).

Nesta operação, o consumidor compra pela internet usando seu cartão de crédito (ou o sistema de débito em conta), sendo que a empresa de pagamento caucionado avalia o negócio e antecipa o repasse do pagamento ao fornecedor antes mesmo de tê-lo recebido da administradora de cartão de crédito. Este repasse é feito normalmente após quatorze dias, pois se neste prazo o consumidor não se manifestar ficará entendido que ele recebeu o bem adquirido e que nenhum vício o acomete, tendo então o

fornecedor atendido às especificações da contratação. Neste caso, a empresa de pagamento caucionado libera antecipadamente o recurso ao vendedor do produto, mediante cobrança de uma porcentagem que lhe remunerará, recebendo o valor da compra junto à administradora de cartão de crédito, conforme o prazo contratual, que pode ser após trinta dias ou data mensal previamente estabelecida.

Há uma situação peculiar que consiste no fato de o caucionador reter o pagamento, que deveria ser feito ao vendedor no prazo contratado, quando houver queixa do comprador. Neste caso, o pagamento fica retido até que haja um desfecho amigável entre as partes, sob pena de devolução ou estorno do valor ao comprador. Com o surgimento da figura desses agentes que operam com o sistema de pagamento caucionado, as compras eletrônicas ganharam mais credibilidade e segurança. Esse mecanismo de pagamento funciona como uma espécie de garantia atípica: para o comprador, por saber que o valor será repassado ao vendedor apenas se este honrar o contrato; já para o vendedor, por saber que receberá a quantia após cumprir sua prestação contratual.

Às vezes os valores são repassados ao vendedor mesmo com o aviso do consumidor que o bem não foi entregue ou que chegou com algum vício. Além disso, pode ser o caso de o consumidor exercer seu direito de arrependimento para assim desfazer o negócio, devendo ser ressarcido integralmente da quantia paga, conforme determina o art. 49 do Código de Defesa do Consumidor.

A remuneração da empresa gestora de pagamento se dá conforme uma tabela estipulada contratualmente que, em geral, consiste em uma porcentagem sobre o valor do bem, observada uma quantia mínima e máxima como contraprestação. Pode a remuneração da gestora ser acrescida por valor descontado da quantia a ser repassada ao vendedor, caso este opte por receber antecipadamente a quantia a que tem direito pela venda (isso porque há uma data mensal preestabelecida para o repasse do caucionador ao vendedor).

Escapa do objeto desta obra investigar se o serviço de gestão de pagamento tem natureza jurídica de **instituição financeira**, ainda que possa haver muita semelhança quanto a este tipo de antecipação e o instituto do desconto bancário. Bem como se haveria possível analogia com a operação de ***factoring***; sendo isso um simples aceno para eventualmente o tema ser abordado em outra oportunidade.

Também não pertence ao foco deste livro o exame da possibilidade de enquadramento das empresas que operam sistemas de pagamento pela internet (gestão de pagamento) nos **arranjos** e nas **instituições de pagamento** criados pela Lei n. 12.865/2013, arts. 6º a 15.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa compreende que não caberiam tais arranjos para as compras no comércio eletrônico, uma vez que na internet o cartão de crédito é o meio de pagamento por excelência[323].

No ano 2000, pioneiramente, o mesmo autor escreveu sobre uma operação decorrente da criatividade dos empresários na busca de melhor eficiência e segurança nas compras de produtos e serviços pela internet. A operação consiste na intermediação de compras pela internet, em que o comprador depositaria o valor em conta bancária do intermediário em vez de pagar diretamente ao vendedor, correndo, assim, o risco de não receber o bem (e o contrário igualmente, de o vendedor enviar a mercadoria e não receber o valor correspondente). Por sua vez, o intermediário avisaria o vendedor que a quantia estava em sua posse, para que assim o vendedor remetesse o bem ao comprador; tendo o comprador recebido o bem conforme o pactuado, avisaria o intermediário a fim de que ele liberasse o valor ao vendedor. Este intermediário foi denominado como “agente fiduciário”, haja vista a semelhança com o agente fiduciário de debêntures, à luz da Lei n. 6.404/1976, art. 68. Trata-se de uma atividade nova, não regulamentada por lei, derivada do princípio constitucional da liberdade das convenções. Conforme o autor, o agente fiduciário deve assumir uma posição favorável a uma das partes, não podendo atuar em favor de comprador e vendedor por não haver neutralidade em sua posição. A neutralidade ocorre em câmaras de compensação, mas não em agentes fiduciários. Neste caso, o agente fiduciário atuará em favor do comprador, defendendo os interesses deste quanto à liberação de recursos quando o vendedor cumprir as prestações derivadas do contrato[324].

Apesar de as empresas que têm operadora neste segmento de gestão de pagamentos não serem necessariamente, até o presente momento, instituições financeiras/bancos, compreendemos que o serviço de gestão de pagamentos é uma evolução do crédito documentado, cujo instituto é um contrato bancário muito importante e utilizado nas negociações internacionais.

6.2.9. Securitização de crédito

Securitização de crédito significa a emissão de valores mobiliários por uma empresa securitizadora, lastreados em recebíveis (faturamento) cedidos por empresas originadoras, que concedem crédito aos seus clientes para que este possa realizar compras a prazo de bens.

A securitização de crédito difere da operação de seguro, porém pode contar com um seguro, em que a

seguradora garante o pagamento dos recebíveis.

Ressalte-se que o termo “securitização” é traduzido da palavra inglesa *securities*, um neologismo criado com o aportuguesamento da expressão. A princípio, após a década de 1970, foi utilizado para indicar os fenômenos sociais dos financiamentos observados na Europa e nos Estados Unidos. Uma terminologia mais adequada seria securitização de recebíveis financeiros, comerciais, bancários ou imobiliários[325].

A securitização é uma forma de captação de recursos pela empresa originadora, por meio da cessão de crédito de seus recebíveis (decorrentes da venda a prazo). A empresa securitizadora irá utilizá-los como garantia para a emissão de novos títulos de dívida/valores mobiliários (p. ex., debêntures, quotas de fundo de investimento etc.). Esses títulos, uma vez colocados no mercado, irão gerar recursos que serão utilizados na aquisição dos novos recebíveis, resultando em um ciclo virtuoso de autofinanciamento para a originadora dos ativos[326].

Assim, a operação inicia-se quando a originadora (financeira) concede empréstimos a tomadores de crédito (p. ex., consumidor para a compra de um automóvel), sendo que o bem adquirido é a própria garantia da instituição financeira.

Dessa forma, o financiador (financeira) cede esses recebíveis (créditos de financiamentos) à empresa securitizadora, que irá emitir valores mobiliários vinculados aos financiamentos dos consumidores.

Os valores mobiliários serão quitados à medida que os empréstimos são pagos pelos seus tomadores.

Ressalta-se que a emissão de valores mobiliários, decorrentes de créditos financeiros, comerciais ou bancários, trata-se de operação atípica, sem um regime jurídico específico.

Já a securitização de crédito decorrente de créditos imobiliários possui um regime jurídico próprio: a Lei n. 9.514/97, arts. 8º e s.

E, especificamente sobre créditos imobiliários, os originadores, que são aquelas empresas que detêm esses créditos, cedem estes às securitizadoras, que os empregam como lastro para emitir Certificados de Recebíveis Imobiliários.

Com referência ao risco, na securitização de crédito, os investidores, ao adquirirem títulos ou valores mobiliários emitidos pelos securitizadores, podem estar, em maior ou menor grau, expostos ao risco dos tomadores do crédito, quando da liquidação do título. Assim, não irão ficar expostos ao risco direto da sociedade emissora dos valores mobiliários ou da sociedade originadora dos créditos.

Quanto mais pulverizado estiver a carteira de tomadores de crédito da originadora, mais diluído estará o risco, sendo que uma porção de tomadores considerada isoladamente não representará parcela expressiva dos recebíveis.

Sobre o risco de crédito, ele ocorre conforme a espécie de recebíveis, não sendo apreciado com base na avaliação individual de cada tomador de crédito. No entanto, a análise é feita atuarialmente, considerando-se os índices históricos de inadimplência de toda a carteira, o que, inclusive, permite que o crédito seja garantido por seguradora.

Trata-se de uma operação financeira que contempla a transferência de crédito e a emissão de valores mobiliários, possibilitando a captação de recursos.

6.2.10. Consórcio

No Brasil, o sistema de consórcios é um instrumento para aquisição de bens e serviços. Atualmente, é regulamentado pela Lei n. 11.795/2008, sem prejuízo de outras normas instituídas pelo Banco Central do Brasil – BACEN.

Há relatos de que a figura do consórcio tenha surgido no Oriente, especialmente na China e no Japão, por meio dos seus antigos sistemas de poupança. Em território nacional, teria surgido na década de 1960[327], inicialmente numa ação entre amigos, a fim de que pudessem adquirir bens, em especial automóveis.

Os consórcios permitiram que uma parcela considerável da classe média pudesse ter acesso a bens de consumo (veículos, eletrodomésticos etc.) que, sem essa operação, teria maior dificuldade. Isso porque o consórcio é uma espécie de poupança, que vai se acumulando e canalizando os recursos com uma finalidade específica: a aquisição de um determinado bem[328].

Uma vantagem do sistema de consórcio se dá quando suas taxas, somadas, ficam abaixo das taxas de juros praticadas em financiamentos de bens em geral. A desvantagem fica por conta de que o acesso ao bem se dá num prazo incerto, a depender de sorteio ou lance.

Mas antes de avançarmos no assunto, vale a pena discorrermos sobre alguns conceitos fundamentais: consórcio, consorciado, grupo de consórcio e administradora de consórcio.

Consórcio é a reunião de pessoas naturais e jurídicas em grupo, com prazo de duração e número de quotas previamente determinados, promovida por administradora de consórcio, com a finalidade de

propiciar a seus integrantes, de forma isonômica, a aquisição de bens ou serviços, por meio de autofinanciamento (Lei n. 11.795/2008, art. 2º).

Já **consorciado** é a pessoa natural ou jurídica que integra o grupo e assume a obrigação de contribuir para o cumprimento integral de seus objetivos (Lei n. 11.795/2008, art. 4º).

Por sua vez, **grupo de consórcio** é uma sociedade não personificada constituída por consorciados visando formar o sistema de consórcio (Lei n. 11.795/2008, art. 4º).

Vale ter em conta que o grupo de consórcio será representado por sua **administradora**, em caráter irrevogável e irretratável, ativa ou passivamente, em juízo ou fora dele, na defesa dos direitos e interesses coletivamente considerados e para a execução do contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão.

E, por último, a **administradora de consórcios** é a pessoa jurídica prestadora de serviços com objeto social principal voltado à administração de grupos de consórcio, constituída sob o tipo societário de sociedade limitada ou sociedade anônima (Lei n. 11.795/2008, art. 5º).

A adesão do consorciado ao grupo se dá mediante proposta de participação, sendo este o instrumento pelo qual o interessado formaliza seu pedido de participação no grupo de consórcio, que se converterá no contrato (Lei n. 11.795/2008, art. 10, § 3º).

Será considerado constituído o grupo com a realização da primeira assembleia, que será designada pela administradora de consórcio quando houver adesões em número e condições suficientes para assegurar a viabilidade econômico-financeira do empreendimento (Lei n. 11.795/2008, art. 16).

Quanto ao bem que se objetiva adquirir com a carta de crédito, poderá ser **bem móvel**, **imóvel** ou **serviço de qualquer natureza** (Lei n. 11.795/2008, art. 12, *caput*). A propósito, dentre a variedade de serviços que podem ser objeto de consórcio, existem grupos de consórcio cujas cartas de crédito visam a realização de cirurgia plástica para fim estético.

Se o objetivo do contrato for aquisição de imóvel, poderá estabelecer a aquisição de imóvel em empreendimento imobiliário, ou seja, de imóvel em construção (Lei n. 11.795/2008, art. 12, parágrafo único).

O contrato de compra e venda de imóvel por meio do sistema de consórcios poderá ser celebrado por instrumento particular. E o registro e a averbação referentes à aquisição de imóvel por meio do sistema de consórcios serão considerados, para efeito de cálculo de taxas, emolumentos e custas, como um único

ato (Lei n. 11.795/2008, art. 45).

Fundamentalmente, o consórcio compreende três fases: a captação dos recursos; a administração dos grupos e dos recursos; e a aquisição e entrega dos bens.

A captação de recursos se dá por meio da **contribuição mensal** paga pelos consorciados, e deverá ser uma fração do valor do bem, dividido pelo número de meses previsto para a duração do grupo a que pertença o consorciado. Além disso, também deverão ser pagas a taxa de administração e a taxa do fundo de reserva, que são porcentagem sobre o valor principal.

Normalmente, o valor do principal será reajustado à medida que o valor do bem sofra variação de preço.

O **fundo de reserva** tem por objeto proteger as finanças do grupo, assegurando o cumprimento das obrigações junto aos contemplados mesmo que haja inadimplemento de alguns consorciados (ou mesmo aumento do valor do bem), consistindo normalmente em uma taxa em torno de **5%** sobre o valor principal.

No que tange à **taxa de administração**, a administradora de consórcio tem direito a essa taxa a título de remuneração pela formação, organização e administração do grupo de consórcio até o encerramento deste. A porcentagem da taxa tem muita variação entre as administradoras de consórcio, mas várias delas cobram em média **10%**, porém, é possível cobrar porcentagem maior[329].

A contemplação do consorciado pode se dar por sorteio (como uma espécie de bingo) ou por lance (abertos ou fechados). No caso de lance, ganha quem der o maior lance.

Contemplado, o consorciado receberá uma **carta de crédito** no valor correspondente ao grupo a que pertence. O prazo para entrega da carta de crédito é de **30 dias**, desde que o consorciado entregue os documentos dentro de *10* dias.

Se houver inadimplemento das prestações, o consorciado poderá ser excluído do grupo.

Além disso, o consorciado pode **desistir** de participar do grupo, devendo ser feita uma solicitação escrita junto à administradora do consórcio. Nesse caso, a jurisprudência tem mantido o entendimento de que o consorciado terá direito à devolução dos valores pagos, abatidas as importâncias previstas no contrato, somente após o encerramento do grupo[330].

É admissível a transferência da condição de consorciado a terceiro, desde que as contribuições estejam pagas e haja anuência da administradora. Essa regra está alinhada com a previsão do art. 13 da

Lei n. 11.795/2008, ao estabelecer que os direitos e obrigações decorrentes do contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão, poderão ser transferidos a terceiros, mediante prévia anuência da administradora.

Quanto às assembleias de contemplação, elas são mensais, com local, data e hora previamente agendados. Nessa ocasião, além das contemplações de consorciados, é possível se obter informações sobre o grupo, exame de documentos etc.

A administradora de consórcio deve figurar no contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão, na qualidade de gestora dos negócios dos grupos e de mandatária de seus interesses e direitos (Lei n. 11.795/2008, art. 5º, § 2º).

Muito importante é a questão de que os **diretores**, **gerentes**, **prepostos** e **sócios** com função de gestão na administradora de consórcio são depositários, para todos os efeitos, das quantias que a administradora receber dos consorciados na sua gestão, até o cumprimento da obrigação assumida no contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão, **respondendo pessoal** e **solidariamente**, independentemente da verificação de culpa, pelas obrigações perante os consorciados (Lei n. 11.795/2008, art. 5º, § 2º). Trata-se de uma hipótese de responsabilidade objetiva, ou seja, que independe de culpa.

O BACEN é órgão regulador e fiscalizador do sistema de consórcios. Entre suas várias atribuições estão as de: conceder autorização para funcionamento das administradoras de consórcio; baixar normas disciplinando as operações de consórcio; fiscalizar as operações de consórcio, as administradoras de consórcio e os atos dos respectivos administradores; aplicar as sanções de: advertência, suspensão do exercício do cargo, cassação de autorização, multa etc. (Lei n. 11.795, arts. 6º, 7º e 42).

6.2.11. Franquia

Também conhecido como *franchising*, o contrato de franquia é o acordo pelo qual um empresário (franqueador) concede a outro empresário (franqueado) o direito de uso de marca do seu produto ou serviço (ou patente de invenção etc.), ocorrendo a prestação de serviço do primeiro ao segundo quanto à organização do estabelecimento empresarial.

O empresário que deseja participar desse tipo de negócio não precisa ter o trabalho de pesquisar o mercado, estruturar seu negócio, podendo ocupar-se com o estudo da área de atuação, treinamento de

funcionários, ações de *marketing* etc. Isso porque, normalmente, esses aspectos são trazidos pelo franqueador que os fornece ao franqueado[331].

Uma característica marcante dessa operação contratual é o fato de que o franqueado tem o direito de utilizar a marca do franqueador, ao passo que o franqueador tem o direito de participação nas receitas do franqueado[332].

No Brasil, a Lei n. 8.955/94 dispõe sobre a franquia empresarial. À luz do seu art. 1º, em conjunto com a cessão da marca ou patente, pode existir para o franqueado o direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços, e, possivelmente, também o direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos pelo franqueador. Tudo isso se dará mediante remuneração, direta ou indireta, sem que haja vínculo empregatício.

É obrigação do franqueador entregar ao interessado em ser franqueado uma **Circular de Oferta de Franquia**. Esse documento deve ser por escrito com linguagem clara e acessível, devendo ter compulsoriamente as seguintes informações (Lei n. 8.955/94, art. 3º):

1) histórico completo do franqueador, bem como o respectivo nome empresarial, forma societária e empresas diretamente ligadas a ele, incluindo os respectivos nomes fantasias e endereços;
2) levantamentos contábeis do franqueador, referentes aos dois últimos exercícios, pendências judiciais do franqueador;
3) descrição detalhada dos negócios que serão desenvolvidos pelo franqueado, bem como o perfil ideal deste quanto à experiência anterior e escolaridade;
4) especificações no que se refere ao total estimado para a aquisição, implantação e início da operação da franquia, bem como o valor da taxa inicial de filiação e valor das aquisições de estoque e equipamentos;
5) informações sobre quais valores, e em que periodicidade, deverão ser pagos pelo franqueado etc.

Ressalte-se que, embora a legislação estabeleça algumas regras sobre a franquia, as relações entre franqueador e franqueado serão regidas pelas normas contratuais firmadas pelas partes; porém, isso não ocorre em um contrato típico[333].

É necessário considerar que a Circular de Oferta deve ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo **10 dias** antes da assinatura do contrato definitivo ou contrato preliminar de franquia, sob pena de anulação (Lei n. 8.955/94, art. 4º, *caput*).

Havendo a hipótese de descumprimento do prazo de *10* dias, o franqueado poderá arguir a

anulabilidade do contrato e exigir a devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e *royalties*, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança e das perdas e danos (Lei n. 8.955/94, art. 4º, parágrafo único).

O contrato de franquia deve ser escrito e assinado na presença de duas testemunhas. Ele valerá independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público (Lei n. 8.955/94, art. 6º).

No entanto, para produzir efeitos diante de terceiros (inclusive em relação aos direitos da propriedade industrial: marcas, patentes etc.), o instrumento contratual deverá ser registrado no INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial –, conforme prevê o art. 211, *caput*, da Lei n. 9.279/96.

6.2.12. Agência e distribuição

Agenciar tem o sentido de negociar ou intermediar; angariar propostas. Distribuir significa propagar, entregar, espalhar, dispor ou dividir.

Agência é o acordo pelo qual uma pessoa assume, de forma permanente, mas sem vínculo de dependência, a obrigação de promover negócios em uma região determinada, a conta da parte contrária, mediante remuneração (CC, art. 710, *caput*, 1ª parte).

Já a **distribuição** ocorre quando, além do descrito acima, o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada (CC, art. 710, *caput*, *in fine*).

Na distribuição, o distribuidor acaba sendo um ponto de venda efetivo, ou seja, o cliente já pode ter acesso ao produto imediatamente em razão da sua disponibilidade.

O distribuidor não é um mero tirador de pedidos ou de propostas; na verdade, é um vendedor e entregador efetivo da mercadoria, no varejo ou no atacado. Na agência os negócios são feitos, por exemplo, pela venda mediante mostruários, catálogos, cartazes, vídeos e outros materiais fornecidos pelo proponente.

Em ambos os contratos, o agente ou o distribuidor é um real promotor de venda, que busca promover negócios para outrem (o denominado preponente).

Esses tipos de contratos facilitam a venda dos produtos do preponente, na medida em que este não precisa abrir filial para a divulgação e comercialização de seus produtos e serviços.

Vale destacar que tanto o agente como o distribuidor são comerciantes, pois realizam intermediação

pela circulação de bens ou serviços entre quem os produz e aqueles que os consomem ou utilizam. Já o preponente normalmente é um fabricante/produtor de bens (podendo ser prestador de serviços), no entanto, pode ser um comerciante distribuidor-atacadista utilizando-se da agência ou da distribuição para vender suas mercadorias.

O agente ou o distribuidor deve agir com toda diligência cabível, seguindo as instruções do preponente (CC, art. 712).

As despesas do agente ou do distribuidor correm por sua própria conta, excetuando-se estipulação diversa (CC, art. 713).

Em relação à remuneração, o agente ou o distribuidor tem direito à remuneração se o negócio foi realizado em sua área de atuação, mesmo que concluídos sem a sua intermediação (CC, art. 714) ou se não foi realizado por culpa do preponente (CC, art. 716).

Se o preponente deixar de atender as propostas feitas pelo agente ou distribuidor, ou se reduzi-las a ponto de inviabilizar a continuidade do negócio entre eles, haverá direito à indenização (CC, art. 715).

É regra legal na agência o preponente concluir (finalizar) o contrato com o comprador da mercadoria, e não o agente, a não ser no caso de este ter recebido poderes para tanto (CC, art. 710, parágrafo único). Na distribuição isso é inerente ao contrato, ou seja, é o distribuidor quem conclui o negócio.

A seguir, algumas regras em que o texto do Código Civil menciona apenas a figura do agente, dando a entender que estas não se aplicariam ao distribuidor. No entanto, em nosso entender, podem também ser aplicadas ao contrato de distribuição se não houver incompatibilidade.

A **exclusividade** é um elemento próprio a esse tipo de negócio, a não ser em pacto diverso, ou seja, o agente não pode representar mais de um preponente de negócios do mesmo gênero ao mesmo tempo; por sua vez, o preponente não pode constituir na mesma zona/região, e ao mesmo tempo, outros agentes (CC, art. 711).

Quando por prazo indeterminado, o contrato pode ser rescindido mediante **aviso prévio** de *90* dias, desde que transcorrido um lapso temporal suficiente para o agente ter recuperado seus investimentos, considerando a natureza e vulto do que foi exigido deste (CC, art. 720).

6.2.13. Representação comercial

A representação comercial é exercida pelo representante comercial autônomo, que pode ser pessoa

física ou jurídica. É o representante comercial autônomo que faz a intermediação da realização de negócios mercantis, de forma não eventual, por conta de uma ou mais pessoas, obtendo propostas ou pedidos, para depois transmiti-los aos representados, podendo ou não praticar atos relacionados com a execução dos negócios (Lei n. 4.886/65, art. 1º, *caput*).

Cabe expressar que a representação comercial é praticada por um comerciante (empresário), com habitualidade e de forma profissional, sendo, portanto, um operador responsável pela circulação de produtos no mercado. O contrato de representação comercial é realizado entre o representado-empresário (normalmente fabricante ou comerciante-distribuidor) e o representante comercial autônomo com o objetivo de este promover a divulgação e venda dos bens daquele.

O representante comercial tem por objetivo angariar propostas para o representado, mas pode ter poderes para concluir e executar o negócio (como no contrato de agência).

Ressalta-se que não há relação de emprego entre representado e representante, ainda que a intermediação para a realização de negócios ocorra em caráter não eventual.

Apesar dessa regra, em caso de falência do representado, as importâncias devidas ao representante (incluindo comissões, indenização e aviso prévio) serão consideradas créditos de natureza trabalhista (Lei n. 4.886/65, art. 44).

O contrato de representação comercial, além de outros elementos, deverá conter obrigatoriamente (Lei n. 4.886/65, art. 27):

1) condições gerais da representação;
2) indicações dos produtos objeto do contrato;
3) prazo, determinado ou indeterminado;
4) indicação da(s) zona(s) de atuação do representante;
5) retribuição e periodicidade do pagamento;
6) obrigações das partes, representado e representante;
7) exercício exclusivo ou não em favor do representado etc.

No regime jurídico estabelecido pela Lei n. 4.886/65, inclusive, se exige o registro do representante comercial autônomo no Conselho Regional dos Representantes Comerciais, à luz do seu próprio art. 2º.

Constituem faltas do representante comercial (Lei n. 4.886/65, art. 19):

1) prejudicar, por dolo ou culpa, os interesses confiados aos seus cuidados;

2) promover negócios ilícitos;

3) violar o sigilo profissional;

4) negar-se a prestar contas ao representado etc.

Alguns afirmam que a atividade do representante comercial está englobada no contrato de agência, ficando cada vez mais sufocada por outras espécies de contrato. Entre outras razões, pela necessidade do registro no Conselho Regional dos Representantes Comerciais, associado ao pagamento de anuidades e à submissão ao regime da Lei n. 4.886/65.

O representante comercial desenvolve uma atividade de intermediação, sendo um tipo específico de representação em que o representante não é mandatário (salvo se tiver acordado com o representado), nem comissário (exceto se cumular ambas as funções), muito menos empregado, mas apenas aquele que recolhe (agencia) propostas ou pedidos para retransmiti-los ao representado. Trata-se de uma representação típica, sem a necessidade de estar vinculada a outros contratos como o mandato[334].

Waldirio Bulgarelli também narra que Fran Martins, Rubens Requião e Orlando Gomes estudam a representação comercial como sinônima de agência[335]. De fato, ao rever a lição de Fran Martins percebe-se que o autor considera que o contrato de representação comercial assemelha-se ao chamado contrato de agência, sendo que representante e agente comercial teriam o mesmo sentido[336]. Ricardo Negrão, por sua vez, expressa que a representação comercial é uma modalidade específica do gênero agência[337].

Carlos Alberto Bittar também considera a agência e a representação a mesma figura, cuja natureza jurídica seria a de aproximação ou intermediação entre os interessados ou a de captação de clientela para posterior concretização da venda diretamente pelo representado. Portanto, trata-se de atividade de intermediação que contribui para a expansão do comércio e alargamento do consumo[338].

Quanto à distinção entre a representação comercial e a comissão (objeto de estudo a seguir), no contrato de representação é proibida a inclusão de cláusula *del credere* (que implica responsabilidade solidária pelo inadimplemento do comprador).

6.2.14. Comissão e mandato mercantis

Ressalta-se que comissão e mandato são dois contratos bem parecidos[339]. O próprio Código Civil, no seu art. 709, expressa que as regras do mandato cabem ao contrato de comissão no que for compatível.

Comissão mercantil é o contrato pelo qual o comissário se obriga a praticar atos (compra ou venda) por conta do comitente empresário, porém em nome próprio (à luz do art. 693, que dispõe sobre comissão, mas não necessariamente mercantil).

Já o **mandato mercantil** é o acordo em que o mandatário recebe poderes para praticar atos em nome e por conta do mandante empresário (conforme o art. 653, que trata do mandato, não necessariamente mercantil).

Vamos seguir o estudo primeiramente pelo mandato mercantil, posteriormente trataremos da comissão mercantil.

Mandato é contrato pelo qual o mandatário recebe poderes do mandante para em nome deste praticar atos ou administrar interesses (Código Civil, art. 653). Dessa forma, os atos praticados pelo mandatário obrigam o mandante perante terceiros. O mandato será mercantil quando o mandante for empresário individual, empresa individual de responsabilidade limitada ou sociedade empresária (à luz do art. 966, *caput*, do Código Civil), outorgando poderes ao mandatário para praticar atos negociais em nome e por conta do mandante.

A parte revogada do Código Comercial de 1850, arts. 140 a 164, disciplinava o contrato de "mandato mercantil". Especificamente, o art. 140 previa que o mandato mercantil se dava quando um comerciante confiava a outrem a gestão de um ou mais negócios mercantis, executando o mandatário e obrigando-se em nome do comitente.

Waldirio Bulgarelli, preferindo empregar a expressão "mandato comercial" em vez de "mandato mercantil", aponta que um elemento distintivo em relação ao mandato civil é o objeto do contrato. No mandato comercial, o objeto é a gestão de negócios mercantis, não tendo grande relevância a qualificação das partes. O autor ressalta a distinção entre o mandato e a comissão (objeto de análise a seguir), em que o primeiro alguém (mandatário) recebe poderes para praticar atos ou administrar interesses em nome de outrem (mandante); na comissão, o objeto é a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu nome próprio, por conta do comitente[340].

Para reforçar essa distinção entre mandato civil e mercantil, podemos aproveitar a explicação de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, pois ao tratar da caracterização da atividade mercantil, explica que a atuação do profissional de aproximação de partes para a realização de negócios pode ser mercantil ou civil. Será mercantil quando o seu objeto também o for; e civil quando o que for realizado tiver natureza

civil. Não há regras que definam pacificamente a atividade mercantil, até porque historicamente o direito comercial surgiu para fazer um contraponto ao direito civil, surgindo, portanto, grandes dificuldades na caracterização de quais atividades possam ser tidas como mercantis[341]. Ainda que o autor não esteja tratando especificamente de mandato, sem dúvida seu raciocínio pode ser aplicado a este contrato a fim de categorizá-lo como mercantil ou civil.

O instrumento pelo qual se concretiza a outorga de poderes do mandante para o mandatário é a procuração, que pode ser por instrumento particular ou público, quando a lei determinar. Fabrício Zamprogna Matiello lembra que o mandato é ato de livre forma em sua constituição, mas algumas vezes a norma jurídica exige forma escrita e pública em razão da necessidade de preservar a segurança dos atos a serem realizados[342].

Tendo em vista o objeto desta tese, precisamos verificar os aspectos da responsabilidade no contrato de mandato. Em razão do contrato de mandato, os negócios realizados pelo mandatário que estipular expressamente o nome do mandante acarretarão responsabilidade tão somente a este. O mandatário apenas se obrigará com quem tenha realizado o negócio se agir em nome próprio, conforme assevera o art. 663 do Código Civil.

Vale ter em conta que, quanto às obrigações do mandatário, caberá ao mandatário atuar com total diligência no cumprimento do mandato, sob pena de ter de indenizar os prejuízos causados por sua culpa – ou daquele a quem substabeleceu poderes sem autorização. Já em relação às obrigações do mandante, ele é compelido a cumprir todos os negócios realizados pelo mandatário, conforme os poderes conferidos a este, nos termos dos arts. 667, *caput*, e 675, ambos do Código Civil.

No mandato há uma submissão do mandatário às instruções do mandante, pois aquele atua como o interessado (mandante), representando-o na relação jurídica que tem por objeto firmar. Por isso, o mandatário deve agir com a diligência normal a todos os homens de negócio ao assumir obrigações em nome do mandante, que posteriormente as honrará. Em contraprestação, tem direito à remuneração e recuperação das despesas, podendo inclusive reter bens que estiver em seu poder em caso de não pagamento[343].

Frise-se que o mandatário não é parte no negócio firmado em nome do mandante, por isso não assume os riscos do negócio, como acontece com o comissário no instituto da comissão, que será objeto de análise a seguir.

Ricardo Negrão ainda pondera que no mandato há a determinação de certos atos no instrumento de procuração que devem ser praticados pelo mandatário, distinguindo-se da agência em que o contrato envolve relacionamento de longo prazo (duradouro), sem a necessidade de poderes inerentes ao mandato, tendo por fim a aproximação indeterminada de clientes ao preponente[344].

Em suma, é o mandante quem responde perante terceiros pelos atos praticados em seu nome pelo mandatário, sendo que, pela regra geral do instituto do mandato, o mandatário não tem obrigações em relação a terceiros, exceto se houver atuação culposa de sua parte ou daquele que substabeleceu sem poderes para tanto.

Já a **comissão** trata do acordo cuja finalidade é a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu nome próprio, mas por conta de outrem (em favor de outra pessoa), cuja denominação é comitente (Código Civil, art. 693).

Frequentemente, a comissão se apresenta no campo empresarial, mas se o seu objeto não for de cunho mercantil, nem qualquer das partes for empresária, será um contrato de natureza civil[345]. No campo civil não estão presentes a habitualidade e a profissionalidade.

Na esfera do direito empresarial, o contrato de comissão mercantil é o contrato pelo qual o comissário se obriga a praticar atos (compra ou venda) por conta do comitente, porém em nome próprio. Na comissão mercantil, ao menos uma das partes é empresária; na maioria dos casos, são ambos. “Por conta do comitente” significa que a atuação do comissário favorece o comitente, ou seja, é em favor dele.

Ressalta-se que comissão e mandato são dois contratos bem parecidos[346]. O próprio Código Civil, no seu art. 709, expressa que as regras do mandato cabem ao contrato de comissão no que for compatível. Antonio Chaves externa que a comissão é uma modalidade (subespécie) de mandato que autoriza o comissário a agir em seu próprio nome e sob sua responsabilidade, podendo designar também a remuneração pela execução de certo negócio. A comissão é mercantil quando ao menos o comissário é comerciante[347].

Entretanto, à luz do art. 653 do Código Civil, o contrato de comissão tem peculiaridades que o difere do mandato, pois o mandatário age em nome e por conta do mandante, praticando atos ou administrando interesses e obrigando o mandante perante terceiros. Assim, o comissário fica diretamente obrigado com as pessoas que contratar (Código Civil, art. 694); já o mandatário não é parte do contrato.

No contrato de comissão existe verdadeiramente uma intermediação, a qual é realizada pelo

comissário perante terceiro em proveito do comitente, por meio da execução de certa atividade, mediante retribuição. O comissário realiza o negócio com o terceiro como parte direta e efetiva do contrato, sem que o comitente fique imediatamente obrigado. A relação do comissário com o comitente (comissão) não se confunde com a relação mantida com terceiro (compra e venda). Por isso, o comissário fica diretamente obrigado perante as pessoas que com ele contratar, respondendo pelas obrigações assumidas e vinculando-se ao cumprimento dos deveres inerentes ao negócio. Esta peculiaridade diferencia a comissão do mandato. Aqueles, terceiros, que contratam com o comissário não poderão pleitear responsabilidade junto ao comitente, pois este nada terá de suportar; bem como não terá o comitente direito de demandar o terceiro que contratou com o comissário visando o cumprimento do negócio, cabendo neste caso ao comissário acionar o terceiro[348]. Esta última passagem corresponde ao que prevê o art. 694 do Código Civil.

A comissão é um negócio jurídico que se diferencia da **consignação**. Frise-se que a consignação também é conhecida por contrato estimatório, sendo que este vocábulo "estimatório" está relacionado com o fato de que o preço do bem a ser vendido pelo consignatário é estimado pelo consignante. À luz do art. 534 do Código Civil, o contrato estimatório é aquele em que o consignante entrega bens móveis ao consignatário a fim de que este os venda, pagando assim àquele o preço acordado, exceto, se preferir restituir-lhe a coisa consignada, no prazo firmado.

Assim, a diferença fundamental em relação à consignação está nas relações entre comitente e comissário e entre consignante e consignatário, isso porque na comissão o comissário está apenas obrigado a tentar vender a mercadoria que lhe foi confiada pelo comitente, conforme as instruções firmadas, não se responsabilizando pela venda ou pela própria devolução do bem se este perecer sem sua culpa; por isso, o comissário venderá a mercadoria em seu próprio nome, mas por conta do comitente, recebendo em razão disso uma comissão, não assumindo, portanto, qualquer risco na operação, ficando obrigado a guardar o bem com cuidado e diligência[349]. Já o art. 535 do Código Civil assevera que o consignatário é responsável por pagar o preço caso a restituição do bem se torne impossível, mesmo que por fato a ele não imputável.

O comissário pode omitir o nome do comitente ou não, a depender do interesse mercadológico[350]. Waldirio Bulgarelli pontua que quanto à relação com terceiros, não age o comissário como representante do comitente, sendo este totalmente estranho ao negócio jurídico realizado pelo comissário com terceiro.

Ao contratar em seu nome, o comissário assume diretamente perante o terceiro (contratante adverso) as obrigações decorrentes [de vendedor] 351.

Paulo Sérgio Restiffe explica que as obrigações do comissário perante terceiros consistem em responder pelos seus atos, sejam as obrigações assumidas ou as perdas e danos em razão do prejuízo que causar 352.

Ademais, o comissário tem direito à remuneração, geralmente uma comissão representada em porcentagem dos valores negociados. No silêncio do contrato de comissão, o comissário não responde pela insolvência das pessoas que com ele contrataram, salvo culpa, nos termos do Código Civil, art. 697. Porém, conforme reza o art. 698, se contratualmente o comissário garantir a insolvência do comprador, estar-se-á diante da denominada comissão *del credere* 353.

Del credere significa responder pelo crédito concedido, ou seja, o comissário se torna garantidor solidário perante o comitente pelo inadimplemento daquele para quem vendeu a mercadoria, por ter concedido crédito a ele (numa venda para pagamento a prazo). Quando convencionada essa responsabilidade, o comissário cobra do comitente uma comissão maior do que a convencional 354.

Vale destacar que o comissário deve agir com diligência e cuidado, devendo cumprir o contrato de comissão seguindo as ordens e as instruções do comitente, sob pena de perdas e danos, conforme preveem os arts. 695 e 696 do Código Civil.

O comissário vende em seu nome, ficando vinculado ao comprador e não havendo obrigação do comitente, apesar de o contrato interessar a este, nos termos dos arts. 693 e 694 do Código Civil. Ou seja, o comissário figura como parte no contrato realizado com o comprador do bem, respondendo pelos problemas daí decorrentes.

Contudo, esses contratos, de comissão mercantil e principalmente os de mandato mercantil, atualmente têm sido menos utilizados no cenário econômico e na dinâmica empresarial, cedendo espaço para o uso em maior escala dos contratos de agência e de distribuição; ou acabam adicionados a outros tipos contratuais, como, por exemplo, uma prestação de serviço com cláusula de mandato.

6.2.15. Corretagem ou mediação

Contrato de corretagem (ou de mediação) é o acordo pelo qual o corretor se compromete a conseguir negócios em favor da parte contrária (sem manter ligação por mandato, prestação de serviços ou

qualquer relação de dependência), mediante remuneração (CC, art. 722).

Trata-se de um intermediário entre o fornecedor (de produtos ou de serviços) e o cliente comprador dos produtos ou tomador dos serviços.

"Praticando habitual e profissionalmente atos de comércio, o corretor é comerciante." Para tanto, é preciso que realize a corretagem em nome próprio, o que constitui ato de comércio; se o corretor silenciar sobre as partes contratantes, torna-se um comissário[355].

Cabe lembrar que o revogado art. 35 do Código Comercial de 1850 considerava corretores, leiloeiros, administradores de armazéns, comissários de transportes como auxiliares do comércio. Atualmente, conforme o Código Civil, art. 966, *caput*, reflexo da teoria da empresa, o corretor é considerado empresário, aquele que circula bens ou serviços – um intermediário, portanto.

Alguns tipos de negócio requerem corretor legalmente autorizado, podendo o corretor ser pessoa física ou jurídica. Assim, pode-se dizer que existem a corretagem típica e a corretagem atípica. A típica são as que requerem corretor legalmente autorizado para realizar a intermediação, como, por exemplo, (i) o corretor de imóvel, que precisa ser habilitado pelo CRECI – Conselho Regional de Corretores de Imóveis; (ii) o corretor de seguro, que requer habilitação concedida pela SUSEP – Superintendência de Seguros Privados.

É preciso ter em conta que nos casos de corretagens típicas, ou seja, aquelas regidas por leis especiais, o regime jurídico será o da norma que regulamenta a profissão e subsidiariamente as regras do Código Civil, arts. 722 a 729. Seguem a legislação especial pertinente a cada categoria regulamentada:

1) corretor de imóvel, Lei n. 6.530/78;
2) corretor de seguro, Lei n. 4.594/64 e Decreto-lei n. 73/66, arts. 122 e s.;
3) corretor de seguro de vida e de capitalização, Lei n. 4.594/64, art. 32, regulamentada pelo Decreto n. 56.903/65.

No que se refere às corretagens atípicas, sem norma específica, é aplicável o regime do Código Civil, arts. 722 a 729, como no caso da corretagem exercida na venda de produtos rurais, em que o corretor recebe amostras dos produtores com o fim de levá-las a possíveis compradores, normalmente indústrias de transformação.

Quanto à remuneração do corretor, será fixada pelas partes, pela lei, ou arbitrada segundo os usos do local (CC, art. 724). Assim, por exemplo, usualmente o corretor de imóvel recebe 6% sobre o valor da

venda do imóvel, mas isso não impede que as partes acertem de forma diferente.

Conforme o art. 725 do Código Civil, a remuneração do corretor também é devida quando tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação; ou mesmo que este não se concretize em virtude de arrependimento das partes.

Mas vale destacar que nenhuma remuneração será devida ao corretor se o negócio foi iniciado e concluído diretamente entre as partes. Mas se, por escrito, for ajustada a corretagem com **exclusividade**, terá o corretor direito à remuneração integral, ainda que realizado o negócio sem a sua mediação, salvo se comprovada sua inércia ou ociosidade (CC, art. 726)[356].

A natureza jurídica da obrigação do corretor é de obrigação de meio, não de resultado, restringindo-se a aproximar as partes para que concluam o negócio. Mesmo que o contrato não seja executado pelas partes, o corretor faz *jus* a sua remuneração.

As obrigações básicas do corretor consistem em: executar a mediação com diligência e prudência; prestar ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento do negócio, atentando-se para o fato de o corretor ter de prestar ao cliente todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência, sob pena de responder por perdas e danos (CC, art. 723).

Na verdade, a norma descreve as obrigações do corretor, o qual deve atuar com presteza em favor do interesse do cliente, fornecendo-lhe, por sua iniciativa, as informações necessárias para o desenvolvimento da mediação, bem como deve externar as questões inerentes à segurança e aos riscos do negócio, devendo, portanto, transmitir todos os esclarecimentos possíveis[357].

6.2.16. Concessão mercantil

Concessão mercantil é o contrato que regula as relações entre produtores (concedentes, montadoras) e distribuidores (concessionárias, revendedores) de veículos automotores de via terrestre.

O objeto da concessão mercantil é a comercialização de veículos automotores e componentes fornecidos pelo produtor; a prestação de assistência técnica a esses produtos; o uso da marca da concedente etc.

O regime jurídico da concessão é regulamentado pela Lei n. 6.729/79 – Lei da Concessão Mercantil – ou Lei Ferrari, como preferem alguns, haja vista o sobrenome do congressista relator do projeto de lei.

Para fins de concessão mercantil há alguns conceitos importantes, pois podem ser objeto do contrato:

Produtor (concedente ou montadora) é a empresa industrial que realiza a fabricação ou montagem de veículos automotores (Lei n. 6.729/79, art. 2º, inc. I).

Já o **distribuidor** (concessionário ou revendedor) é a empresa comercial pertencente à respectiva categoria econômica, que realiza a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes novos, presta assistência técnica a esses produtos e exerce outras funções pertinentes à atividade (Lei n. 6.729/79, art. 2º, inc. II).

Veículo automotor para fins da Lei da Concessão Mercantil deve ser um veículo de via terrestre, como automóvel, caminhão, ônibus, trator, motocicleta e similares (Lei n. 6.729/79, art. 2º, inc. III).

Implemento é a máquina ou petrecho que se acopla a veículo automotor, na interação de suas finalidades (Lei n. 6.729/79, art. 2º, inc. IV).

Diferentemente, **componente** é a peça ou o conjunto integrante de veículo automotor ou implemento de série (Lei n. 6.729/79, art. 2º, inc. V).

Por sua vez, **máquina agrícola** é a colheitadeira, a debulhadora, a trilhadeira e demais aparelhos similares destinados à agricultura, automotrizes ou acionados por trator ou outra fonte externa (Lei n. 6.729/79, art. 2º, inc. VI)

E, por último, **implemento agrícola** diz respeito ao arado, à grade, à roçadeira e aos demais petrechos destinados à agricultura (Lei n. 6.729/79, art. 2º, inc. VII).

O contrato de concessão mercantil tem **prazo indeterminando**, que poderá ser inicialmente ajustado por prazo determinado, não inferior a *5* anos, e se tornará automaticamente de prazo indeterminado se nenhuma das partes manifestar à outra a intenção de não prorrogá-lo, antes de *180* dias do seu termo final, e mediante notificação por escrito devidamente comprovada (Lei n. 6.729/79, art. 21).

A rescisão do contrato de concessão pode se dar: por acordo das partes ou força maior; pela expiração do prazo determinado, estabelecido no início da concessão e sem prorrogação; por iniciativa da parte inocente, em virtude de infração a dispositivo da Lei n. 6.729/79, das convenções (firmadas entre concedente e rede de concessionários) ou do próprio contrato; pelo término das atividades do contraente (Lei n. 6.729/79, art. 22).

Quanto ao alcance do contrato de concessão mercantil, poderá ser estabelecido para uma ou mais classes de veículos automotores. Também poderá proibir a comercialização de veículos automotores

novos fabricados ou fornecidos por outro produtor (Lei n. 6.729/79, art. 3º, § 1º).

O concessionário tem a faculdade de participar das modalidades auxiliares de venda que o concedente promover ou adotar, como, por exemplo, consórcios, sorteios, arrendamentos mercantis e planos de financiamento (Lei n. 6.729/79, art. 3º, § 3º).

Existem algumas questões inerentes à concessão, como: a área demarcada para o exercício das atividades do concessionário, que não poderá operar além dos seus limites (podendo ocorrer de na área demarcada haver mais de um concessionário da mesma rede); as **distâncias mínimas** entre estabelecimentos de concessionários da mesma rede, fixadas segundo critérios de potencial de mercado. Na eventualidade de venda de veículo automotor ou implementos novos a comprador domiciliado em outra área demarcada, o concessionário que a tiver efetuado destinará parte da margem de comercialização aos concessionários da área do domicílio do adquirente. Tudo isso está disposto no art. 5º da Lei n. 6.729/79.

Como concessionário, é assegurado o direito de comercialização de veículos automotores e implementos **usados de qualquer marca**, haja vista que em muitas negociações o adquirente usa como parte de pagamento veículos usados. Também, poderá o concessionário comercializar outros bens e prestar outros serviços, compatíveis com a concessão, como, por exemplo, acessórios esportivos, rádios, películas para vidros etc. (Lei n. 6.729/79, art. 4º).

Os bens objeto da concessão deverão ser vendidos pelo concessionário ao **preço** fixado pelo concedente (Lei n. 6.729/79, art. 13, *caput*). A esses preços poderá ser acrescido o valor do frete, seguro e outros encargos variáveis de remessa da mercadoria ao concessionário e deste para o respectivo adquirente (Lei n. 6.729/79, art. 13, parágrafo único).

Quanto à margem de comercialização do concessionário nas mercadorias objeto da concessão, ela terá seu percentual incluído no preço ao consumidor (Lei n. 6.729/79, art. 14). A norma é clara em expressar que, é proibida a redução pelo concedente da margem percentual de comercialização, salvo casos excepcionais ajustados entre o produtor e sua rede de distribuição (Lei n. 6.729/79, art. 14, parágrafo único).

O concessionário efetuará o pagamento, total ou parcialmente, do preço dos bens fornecidas pelo concedente somente após o faturamento da venda realizada ao cliente comprador, salvo ajuste diverso entre o concedente e sua rede de distribuição (Lei n. 6.729/79, art. 11).

Chega-se a defender a aplicação subsidiária desta lei para a revenda de veículos não terrestres, como embarcações e aeronaves.

Para Fábio Ulhoa Coelho, a concessão mercantil pode ser um contrato **típico** ou **atípico**. Típico quando o objeto da concessão envolver o comércio de veículos automotores terrestres, atípico para os demais casos, cujos direitos e deveres entre concessionário e concedente serão apenas os estabelecidos entre eles[358].

6.2.17. Seguro

Contrato de seguro é aquele em que o segurador, mediante recebimento do prêmio, assume a obrigação de garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou à coisa, contra riscos futuros e predeterminados (CC, art. 757).

Cabe explicitar que há diferenças técnicas importantes entre prêmio, indenização e sinistro. O prêmio é a quantia paga pelo seguro à seguradora como contraprestação pela garantia dada por aquela. Já a indenização é a importância paga pela seguradora ao segurado caso ocorra um sinistro, que se trata da ocorrência de um fato segurado pela apólice ou pela lei.

O seguro, um dos contratos mais antigos da civilização, baseia-se em **probabilidades**, que são as possibilidade de ocorrência de um acontecimento.

É por meio do cálculo das probabilidades que o segurador fixará o prêmio que será pago pelo segurado[359].

Dessa forma, as probabilidades são mensuradas pela “lei dos grandes números”, que, por sua vez, trata-se de um princípio científico (atuarial) em que se estabelecem fenômenos eventuais, determinando o grau de possibilidade de que ocorra determinado acontecimento[360].

Assim, a partir de dados estatísticos, é possível mensurar a ocorrência de eventos, o que possibilita à seguradora avaliar o risco (grau de certeza a respeito de um evento) para aquele bem que será objeto de seguro.

Um aspecto importante do seguro é a formação de mútuo. O mutualismo, no contrato de seguro, ocorre à medida que se consegue repartir entre um grande número de pessoas as consequências do advento de um sinistro (ocorrência do evento segurado).

Nessa união de esforços, em que pessoas estão expostas ao mesmo risco, ocorre uma socialização das

perdas, uma vez que isoladamente não teriam condições de suportar os prejuízos. Na ocorrência do sinistro, todos acabam participando de sua recomposição patrimonial, considerando que contribuíram para a formação de um fundo, com o objetivo de fazer frente às indenizações ocorridas durante a vigência do contrato.

Outro ponto que merece ser destacado é que a "lei dos grandes números" observa a frequência de acontecimentos de situações análogas, pois à medida que aumenta o número de casos verificados, maior será (i) a precisão da mensuração do risco e (ii) a precificação (prêmio) do seguro a ser comercializado, com o intuito de formar um fundo adequado para cobrir as indenizações ocorridas durante a vigência do contrato.

Em relação à sinistralidade, ela é mensurada pelo valor dos prêmios arrecadados *versus* as indenizações pagas. No geral, as indenizações não podem ultrapassar determinada porcentagem (p. ex., 70%) dos prêmios pagos, ou seja, para cada mil reais pagos em prêmios, será possível se indenizar até 700 reais.

Nas seguradoras cada segmento de seguro (vida, automóvel, residência etc.), por ela comercializado, forma uma carteira, sendo que a mutualidade que é formada por ela serve para cobrir os sinistros ocorridos. Mas, na proporção em que os eventos aumentem ou diminuam, os valores dos prêmios a serem pagos, por aqueles que pertençam à carteira, tendem a aumentar ou diminuir.

Aos contratos de seguro também se aplicam as regras previstas no Decreto-lei n. 73/66, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados e regula as operações de seguros.

Ainda, se houver relação de consumo entre o segurador e o segurado, por ser este considerado destinatário final da prestação de serviço, haverá a aplicação do **CDC**, conforme exposto no item "Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos mercantis"[361].

O princípio da **boa-fé** é fundamental no contrato de seguro. Por isso, o segurado e o segurador são obrigados a guardar na negociação, na conclusão e na execução do contrato a mais estrita boa-fé e veracidade a respeito do seu objeto, das circunstâncias e das declarações a ele pertinentes (CC, art. 765).

Caso o segurado (ou seu representante) faça declarações inexatas ou omita circunstâncias que possam influenciar na aceitação da proposta ou o valor do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido. Porém, se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé

(dolo) do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato; ou, mesmo após o sinistro, cobrar a diferença do prêmio (CC, art. 766).

Vale destacar o fato de que o segurado não terá direito a indenização se ocorrer o sinistro enquanto estiver em mora no pagamento do prêmio (CC, art. 763).

O Código Civil, no art. 206, § 1º, II, prevê a prescrição em *1* ano para a pretensão de o segurado haver o pagamento da seguradora, ou desta contra aquele. O prazo é contado da ciência do sinistro (fato gerador da pretensão). Mas nos contratos de responsabilidade civil, para o segurado o prazo é contado 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[362].

Sem prejuízo de outras classificações possíveis, o seguro pode ser dividido em duas grandes categorias: **patrimonial** ou **pessoal**.

6.2.17.1. Seguro patrimonial (de dano)

Seguro patrimonial ou seguro de dano é aquele que visa proteger o patrimônio das pessoas (físicas ou jurídicas).

São exemplos de seguro de dano aqueles que asseguram proteção à residência, aos veículos, aos estabelecimentos empresariais, celular, *notebook* etc.

Uma característica marcante do seguro patrimonial é o fato de que a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do bem objeto do seguro (CC, art. 778), pois, do contrário, pode haver enriquecimento ilícito do segurado ao receber uma indenização maior do que o bem valia.

Nesse tipo de seguro, o risco compreenderá todos os prejuízos resultantes ou consequentes do fato segurado, inclusive os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano ou tentar salvar a coisa (CC, art. 779).

Tendo a seguradora pago a indenização do seguro de dano ao segurado, sub-roga-se, nos limites do valor correspondente, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano (CC, art. 786, *caput*).

Em caso de seguro de responsabilidade civil, a seguradora garante o pagamento das perdas e danos devidas pelo segurado a terceiro (CC, art. 787).

6.2.17.2. Seguro pessoal (de pessoa)

Já seguro pessoal ou seguro de pessoa é aquele que tem por objetivo proteger bens jurídicos relacionados à pessoa, e não necessariamente ao seu patrimônio.

São os seguintes os exemplos de seguro de pessoa: vida, perda de renda, acidente pessoal, acidente do trabalho, previdência privada etc.

A característica marcante do seguro pessoal é a liberdade de contratação quanto ao valor segurado, além da possibilidade de se contratar mais de um seguro para o mesmo interesse (CC, art. 789).

É o que ocorre, por exemplo, com seguro de vida, quando o segurado às vezes tem mais de um. Ao morrer, a família tem direito a receber todos. O motivo dessa regra é o fato de que os bens jurídicos relacionados à vida não tem preço.

Essa regra, no entanto, não é aplicável ao reembolso de despesas médicas do seguro saúde[363] ou plano de saúde. Não se pode pagar uma consulta e pedir reembolso em duas empresas, pois haveria enriquecimento ilícito.

Ressalta-se que o objeto principal do contrato de seguro saúde é o reembolso de despesas médicas, laboratoriais e hospitalares, e para isso existe uma rede referenciada de prestadores apenas para uso facultativo dos segurados. Já os contratos de planos de saúde não têm como objeto principal o reembolso; assim possuem uma rede credenciada para atender seus clientes (nos últimos anos, determinados planos têm assegurado também reembolso em seus contratos).

No seguro de vida por morte, é possível estipular-se um prazo de carência, durante o qual a seguradora não responde pela ocorrência do sinistro. Nesse caso, a seguradora é obrigada a devolver ao beneficiário o montante da reserva técnica já formada (CC, art. 797).

Mesmo que conste restrição na apólice, a seguradora não pode eximir-se ao pagamento do seguro se a morte ou a incapacidade do segurado provier da utilização de meio de transporte mais arriscado, da prestação de serviço militar, da prática de esporte ou de atos de humanidade em auxílio de outrem (CC, art. 799).

Quanto à sub-rogação nos seguros de pessoas, a seguradora não pode sub-rogar-se nos direitos e ações do segurado, ou do beneficiário, contra o causador do sinistro (CC, art. 800).

O seguro pessoal também cobre dano de ordem moral, exceto se este tipo de dano estiver excluído pela apólice de seguro. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 402: “O contrato

de seguro por danos pessoais compreende danos morais, salvo cláusula expressa de exclusão".

6.2.18. Transporte/frete

Contrato de transporte é aquele em que o transportador se obriga a levar, de um local para outro, pessoas ou coisas, mediante remuneração (CC, art. 730). É também chamado contrato de frete.

A remuneração no contrato de transporte é fundamental, sob pena de ser tido como uma mera carona. Mas, sem dúvida, é possível se pensar em um contrato cuja remuneração seria indireta, ou seja, efetua-se um transporte gratuito a fim de fidelizar o cliente ou mesmo por ação de *marketing*.

Se o contrato de transporte enquadrar-se como uma relação de consumo, será aplicável o CDC. Nesse ponto, vale o que expusemos no item sobre as hipóteses de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos mercantis. Mas, sinteticamente, se houver relação de consumo entre o transportador e o tomador do serviço, por ser este considerado destinatário final da prestação de serviço, haverá a aplicação do CDC[364].

O contrato de transporte pode ser de **pessoas** ou de **coisas**, mas também pode ser classificado como transporte **cumulativo**.

6.2.18.1. Transporte de pessoas

O transporte de pessoas envolve o deslocamento, de um local para outro, de pessoas (passageiros) e suas bagagens por um transportador.

Nesse contrato, o transportador responde por danos causados aos passageiros e às suas bagagens, podendo ser exigido declaração de valor da bagagem a fim de fixar o limite de indenização (CC, art. 734).

Além disso, o transportador tem direito de reter a bagagem ou objetos pessoais do passageiro para garantir o pagamento do valor da passagem (CC, art. 742).

No contrato de transporte, a responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não pode ser afastada, por culpa de terceiro, contra o qual a empresa de transporte tem ação regressiva (CC, art. 735)[365].

Em relação ao passageiro, quando for o caso de bilhete com demarcação de lugar, ele faz *jus* a esse

lugar para o trecho adquirido.

É ainda responsabilidade do transportador observar os horários de saída e chegada, quando assim estabelecido para o transporte em questão[366].

6.2.18.2. Transporte de coisas

O transporte de coisas ou de cargas é a operação de conduzir bens, de um lugar para outro, por um transportador.

No contrato de transporte de coisas, deve haver nome e endereço do destinatário, e a coisa deve ser caracterizada pela sua natureza, quantidade, peso, valor etc., a fim de não ser confundida com outras (CC, art. 743).

O transportador não está obrigado a levar coisas cujo transporte ou comercialização sejam proibidos, como drogas (CC, art. 747).

Além disso, o transportador, ao receber a mercadoria, emitirá um **conhecimento de frete/transporte** com as informações da carga (CC, art. 744, *caput*).

Como já visto no capítulo dos títulos de crédito, conhecimento de transporte (também conhecido como conhecimento de frete ou de carga) é um título que representa mercadorias a serem transportadas. Esse título é emitido pela transportadora ao receber a mercadoria a ser transportada, sendo que, ao emiti-lo, ela tem a obrigação de entregar a carga no destino. Vale destacar que aplica-se a Lei n. 11.442/2007 para o transporte rodoviário de cargas.

6.2.18.3. Transporte cumulativo

Transporte cumulativo é aquele em que, para a carga chegar ao seu destino final, é necessário que existam vários transportadores, e cada um se encarregará de determinado trecho.

Cada transportador poderá realizar um tipo de transporte (rodoviário, ferroviário, marítimo ou aéreo) ou não, podendo, por exemplo, o percurso aéreo ser dividido em dois ou mais trechos entre transportadores diversos.

É comum o transporte cumulativo, cujos transportadores respondem, cada qual, pelos danos causados à coisa, no respectivo trecho em que se obrigou (CC, art. 733, *caput*).

Quando o frete envolver mais de uma modalidade de transporte (aéreo, rodoviário, ferroviário e marítimo), dá-se o nome de modal de cargas, aplicando-se a Lei n. 9.611/98. Remetemos o leitor ao item deste livro “conhecimento de transporte” (capítulo dos títulos de crédito).

6.2.19. Contratos eletrônicos

Até bem pouco tempo atrás os contratos eram celebrados basicamente de forma escrita (em papel) ou verbal (inclusive por telefone). Com a disseminação da informática e a chegada da internet, desenvolveu-se mais uma maneira de se contratar, qual seja, a contratação eletrônica, que rompe as fronteiras geográficas, facilitando, ainda mais, a ação dos empresários (que sempre buscaram superar barreiras), em especial dos pequenos e dos médios que tinham alcance limitado para a distribuição de seus produtos ou da prestação de serviços. Eles agora veem nos meios eletrônicos um modo prático e econômico para a expansão de seus negócios[367]. Apenas em 2013, em âmbito brasileiro, os contratos celebrados eletronicamente movimentaram 28 bilhões em vendas no varejo.

Entende-se por contratação eletrônica aquela celebrada via computador, em rede local ou na internet. A princípio, essa contratação ocorre em molde similar ao da contratação “convencional” quanto à capacidade do agente, objeto lícito e a forma válida. No entanto, é a forma que vai variar. É uma contratação na qual a formalidade ocorrerá em ambiente virtual.

Teoricamente a internet seria apenas uma facilitadora na contratação, sendo mais um instrumento pelo qual as pessoas pudessem externar sua vontade. Entretanto, nos contratos eletrônicos celebrados na internet, o objeto do negócio pode ser entregue pelo fornecedor física (quando se tratar de um bem material) ou eletronicamente (quando se tratar de um bem imaterial, como um *software*, o qual é disponibilizado por meio de *download* – transmissão eletrônica do programa), sendo esta última categoria uma espécie de contratação própria dos meios eletrônicos.

Visando melhor situar o leitor, é cabível expor a distinção entre contrato **eletrônico** e contrato **informático**.

Contrato **informático** é o que tem por “objeto” o equipamento ou o serviço de informática, incluindo o desenvolvimento, a venda e a distribuição de *hardware* ou *software* e outros bens ou serviços relacionados. Todavia, o contrato **eletrônico** tem na sua “forma” a peculiaridade, isto é, a contratação é feita por meio da informática[368].

Ressalta-se que os contratos eletrônicos podem ser considerados contratos entre ausentes ou presentes, no sentido do disposto no art. 428 do Código Civil, especialmente o seu inc. I, dependendo se a contratação está sendo realizada em um sistema com comunicação instantânea ou não.

Contratação eletrônica por comunicação instantânea – *on-line* – pode ocorrer, hipoteticamente, por meio de sistema de comunicação falada (voz sobre IP), salas de conversação em tempo real (*chats*), sistema de comunicação instantânea por escrito (*messenger*) etc.

Por sua vez, a contratação eletrônica por comunicação não instantânea – *off-line* – pode acontecer, exemplificativamente, via *e-mail*, considerando o tempo entre seu envio e recebimento, vinculado ao fato de que a pessoa pode enviar um *e-mail* sem, necessariamente, a outra estar conectada à rede para recebê-lo e respondê-lo de imediato.

No primeiro caso, estamos diante de uma contratação entre presentes; já no segundo, diante de uma contratação entre ausentes.

Assim, a contratação eletrônica proporciona os mais variados tipos de negócio, por diversos agentes, inclusive negócios entre empresários, denominados contratos empresariais.

Dessa forma, aos contratos empresariais, celebrados eletronicamente, é aplicável o regime jurídico do Código Civil, seja a parte dos contratos em geral, seja as regras dos contratos em espécie.

Em relação às regras estabelecidas no Código Civil referentes à manifestação da vontade, oferta, proposta e aceitação, previstas no art. 427 e s., a princípio, são aplicáveis aos contratos empresariais celebrados eletronicamente.

Especificamente sobre a manifestação da vontade na internet, considerando-se a desmaterialização dos instrumentos negociais (em especial o papel), criou-se um sistema de **assinatura digital** e **certificação eletrônica** de documentos, por meio da criptografia, com o fim de evitar fraudes.

Criptografia é um método matemático que cifra uma mensagem em código, ou seja, transforma essa mensagem em caracteres indecifráveis. A criptografia pode ser simétrica ou assimétrica.

A mais utilizada e segura é a criptografia assimétrica. Ela cria um código e uma senha para decifrá-lo, isto é, concebem-se duas chaves: uma chave privada, que codifica a mensagem, e outra chave pública, que decodifica a mensagem. Entretanto, o inverso também pode ocorrer, ou seja, a pública serve para codificar e a privada para decodificar. O emissor da mensagem fica com a chave privada e os destinatários de suas mensagens ficam com a chave pública. Esse sistema dá segurança aos negócios

efetuados na internet, devendo ser controlado por uma terceira entidade, que é a autoridade certificadora, conhecida, de igual modo, como tabelião virtual, que irá conferir a autenticação digital das assinaturas e dos documentos. Por sua vez, a criptografia simétrica cria uma idêntica chave para criptografar e decriptografar.

No Brasil, a Medida Provisória n. 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, criou a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-BRASIL[369] –, com a intenção de garantir autenticidade, integralidade e validade jurídica de documentos eletrônicos. Ela é composta por uma autoridade estatal, gestora da política e das normas técnicas de certificação (Comitê Gestor), e por uma rede de autoridades certificadoras (subordinadas àquela), que, entre outras atribuições, mantém os registros dos usuários e atesta a ligação entre as chaves privadas utilizadas nas assinaturas dos documentos e as pessoas que nelas apontam como emitentes das mensagens, garantindo a inalterabilidade dos seus conteúdos.

Sobre a oferta e a aceitação nos contratos eletrônicos, pode-se dizer que a oferta ocorre no momento em que os dados disponibilizados no *site* ingressam no computador do possível adquirente. Já a aceitação acontece quando os dados são transmitidos por este às máquinas do proprietário do *site*[370].

Não é o momento da disponibilização das informações no *site* que vincula o ofertante, pois, ainda que acessíveis, podem não ser acessadas em razão de problemas técnicos, o que não seria considerada como manifestação de vontade. No entanto, a partir do momento em que as informações chegam ao computador de um usuário, aí sim está realizada a oferta, vinculando dessa forma o ofertante.

De igual modo, se o ato do comprador em manifestar sua vontade (no sentido de concluir o contrato) não chegar ao ofertante, como em razão de problemas técnicos na transmissão dos dados, não será tido como aceitação. A aceitação no contrato eletrônico apenas ocorre quando a transmissão de dados é realizada a ponto de chegar ao ofertante sem nenhum equívoco.

Ricardo Luis Lorenzetti pondera que as informações contidas em um *site* podem ou não ter o caráter de oferta, e assim ser considerada obrigatória. O que vai determinar isso é se nele estão presentes elementos essenciais e suficientes para constituir uma oferta e, assim, torná-la vinculada a ponto de se poder concluir o contrato (p. ex., preço, forma de pagamento, garantia, data de entrega etc.). Em caso positivo, a aceitação será dada pela pessoa que visita o *site*; em caso negativo, o internauta será o proponente e o fornecedor titular do *site* será quem dará a aceitação[371]. Na falta de lei expressa, a solução deverá ser buscada no caso concreto.

O contrato eletrônico pode ser configurado como um contrato de compra e venda, prestação de serviços ou qualquer outro contrato, aplicando nesse caso as regras que forem próprias a cada tipo de negócio.

Além disso, também é aplicável o CDC – Código de Defesa do Consumidor – aos contratos celebrados por meio virtual, mas somente quando houver a configuração de uma relação de consumo, que é o vínculo estabelecido entre fornecedor e consumidor com o objetivo de adquirir produtos ou serviços como destinatário final.

Ressalte-se apenas que, em caso de haver relação de consumo, é aplicável, por analogia, o direito de arrependimento em favor do consumidor, a fim de que este possa desistir do negócio no prazo de *7* dias, a contar da aquisição ou entrega do bem, conforme o art. 49 do CDC.

Em maio de 2013 passou a vigorar o **Decreto n. 7.962/2013**, cuja finalidade é regulamentar o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/2013) quanto à contratação no comércio eletrônico. Sua intenção é promover a disponibilização pelos fornecedores de informações claras sobre si próprios, os produtos e os serviços; bem como a existência de um atendimento facilitado ao consumidor, além do respeito ao direito de arrependimento. É válido destacar que o **Marco Civil da Internet**, Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, não trata especificamente de contratos celebrados pela internet[372].

Desde já é bom frisar que a falta de observância ao teor do decreto ensejará aplicação das sanções previstas no art. 56 do CDC[373] (Decreto n. 7.962/2013, art. 7º). Além disso, o Decreto traz algumas regras que impõem obrigações aos fornecedores com o fim de assegurar a proteção dos consumidores que compram pela internet.

Conforme o art. 2º, para realizar oferta ou conclusão de contrato (cuja relação seja de consumo), os sites (sítios eletrônicos), ou demais meios eletrônicos empregados, devem disponibilizar em local de destaque e de fácil visualização: o nome empresarial e o número de inscrição do fornecedor, quando houver, no CPF – Cadastro Nacional de Pessoas Físicas – ou no CNPJ – Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas; o endereço físico e eletrônico, entre outras informações pertinentes para sua localização e contato; as características essenciais do produto ou do serviço, devendo ser incluídas as informações sobre os riscos à saúde e à segurança dos consumidores; a discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, como as de entrega ou seguros; todas as condições da oferta, incluídas as formas de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou

disponibilização do produto; as informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

Visando garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá apresentar um resumo do teor do contrato antes da efetiva contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, devendo enfatizar as cláusulas que limitem direitos; fornecer ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção imediata de erros ocorridos nas etapas anteriores à finalização da contratação; confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta; disponibilizar o contrato ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução imediatamente após a contratação; manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato; confirmar imediatamente o recebimento das demandas do consumidor pelo mesmo meio utilizado pelo consumidor; utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor (art. 4º, *caput* e incisos).

O Decreto n. 7.962/2013 estabeleceu o prazo máximo de cinco dias para o fornecedor manifestar-se (apresentar resposta) junto ao consumidor quanto às dúvidas, às reclamações, às suspensões ou ao cancelamento do contrato (art. 4º, parágrafo único).

Especificamente sobre o direito de arrependimento previsto no art. 49 do CDC, que como vimos pode ser exercido nas compras pela internet, o art. 5º dispõe que o fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o consumidor exercer o direito de arrepender-se. Seria muito salutar se o Decreto n. 7.962/2013 tivesse estabelecido critérios distintivos quanto às aquisições cujos bens são entregues via *download* ou fisicamente. Isso haja vista a possibilidade de má-fé de certas pessoas que se aproveitam do recebimento virtual do bem para se arrepender após usufruir do produto ou do serviço; ou mesmo continuar usando-o após o exercício do direito de arrependimento (alguns fornecedores estão trabalhando para minimizar essas atitudes).

O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento, sendo que o exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor.

Vale esclarecer que o exercício do **direito de arrependimento** será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito (ou similar), para que a

operação não seja lançada na fatura do consumidor; caso já tenha sido efetivada, que se realize o estorno do valor. E ainda, o consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados.

Por fim, é preciso ater-se ao fato de que o Decreto n. 7.962/2013 não exige que os titulares de sites de *e-commerce* mantenham centrais de atendimento telefônico para o consumidor para suas demandas, sejam reclamações, pedidos de cancelamentos etc. A regulamentação do serviço de atendimento ao consumidor via telefone é o próximo assunto do livro.

Diante do aumento contínuo das operações que são realizadas em ambiente virtual, cada vez mais chegam aos tribunais ações envolvendo litígios decorrentes de contratos celebrados na internet[374].

No que se refere aos contratos eletrônicos celebrados entre partes sediadas em países diversos, deve ser observada a LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC – Lei de Introdução ao Código Civil), cujo art. 9º, *caput* e § 2º, disciplina que se aplica à lei do país onde se constituírem as obrigações. Sob este aspecto, será considerado local da constituição da obrigação o lugar onde residir o proponente, isto é, daquele que estiver ofertando o produto ou o serviço na internet. Neste campo, ainda que não se trate expressamente de comércio eletrônico, poderá ser aplicável a Convenção de Viena, em vigor no Brasil por força do Decreto Legislativo n. 538/2012, que aprovou o texto do Tratado sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional.

6.2.20. Contratos internacionais

Contrato internacional é o acordo efetuado entre duas ou mais partes “sediadas em países diversos” para constituir, regular ou extinguir entre elas relação jurídica patrimonial.

Destaca-se que os contratos internacionais são tradicionalmente estudados em Direito Internacional Privado; no entanto, considerando-se que a maior parte destes são celebrados por empresários (os atores principais do comércio internacional), entendeu-se por bem também abordá-los nesta obra de Direito Empresarial, ainda que sucintamente.

O contrato internacional é um instrumento de suma importância para as negociações entre pessoas, naturais ou jurídicas, públicas ou privadas, que estão em localidades diversas, possibilitando de alguma forma a integração dos povos.

A cada dia as relações estabelecidas internacionalmente se intensificam, principalmente no campo da circulação de mercadorias e de serviços, o que aponta para a importância dos contratos internacionais para o Direito.

Ocorre que o desenvolvimento do comércio internacional, decorrente da prática contratual fundamentada na criatividade (em especial dos comerciantes), exigiu certa padronização dos direitos e deveres das partes contratantes, pois incertezas ou inseguranças quanto às extensões das obrigações assumidas podem comprometer os negócios.

Tal fato levou os comerciantes, no decorrer da história, a criarem e adotarem usos e costumes próprios, buscando solucionar possíveis conflitos entre as partes, servindo como referência de aplicação aos contratos internacionais, pois são aceitos como normas. Esses usos e costumes, no âmbito internacional, formam um conjunto de normas consuetudinárias conhecido como *lex mercatoria*.

6.2.20.1. Lex mercatoria

Lex mercatoria (lei do mercado) é um conjunto de princípios, instituições e regras, com origem em várias fontes, que nutriu e ainda nutre as estruturas, bem como o funcionamento legal específico da coletividade de operadores do comércio internacional.

São fontes da *lex mercatoria*: 1 – os princípios gerais do Direito; 2 – os usos e costumes (os contratos e suas cláusulas especiais e os novos tipos convencionais); 3 – as regras estáveis da jurisprudência arbitral internacional.

Assim, a *lex mercatoria* é a superação encontrada pelas partes contratantes dos obstáculos provenientes das soluções que seriam submetidas aos ordenamentos legais nacionais, trazendo mais segurança aos contratantes e revelando a ampla autonomia da vontade das partes.

Na esfera do comércio exterior, a validade e a eficácia do contrato internacional têm como base a vontade criadora do negócio jurídico, fazendo lei entre as partes.

É importante salientar que a *lex mercatoria* pressupõe a existência de uma comunidade de operadores do comércio internacional, que possui interesses próprios, e que encontra na arbitragem comercial internacional o mecanismo adequado para a aplicação de normas aptas a resolver as pendências instauradas em relação aos contratos celebrados pelas partes internacionalmente. Arbitragem é tema que será visto adiante.

Uma característica interessante é que a área dos contratos internacionais do comércio está mais internacionalizada e uniformizada quando comparada às outras áreas, como o Direito de Família ou Direito das Coisas. Isso é explicável pelo grande desenvolvimento do comércio ao longo da história, bem como pela criação da OMC – Organização Mundial do Comércio (e mais recentemente pelo grande desenvolvimento e avanço do comércio eletrônico).

Isso ensejou várias convenções internacionais no sentido de tentar unificar as normas aplicáveis ao comércio internacional, visando dar maior segurança e estabilidade aos contratos.

Em razão desse fato, entidades têm trabalhado na sistematização, padronização e interpretação de cláusulas utilizadas nos contratos internacionais. Nesse sentido, a CCI – Câmara de Comércio Internacional – divulga desde 1936 o entendimento das cláusulas sobre a distribuição de despesas e riscos entre comprador e vendedor (os INCOTERMS, que serão estudados a seguir) e o funcionamento do crédito documentário (o contrato bancário será tratado em outro item).

Além desse aspecto, a ONU tem uma comissão permanente de Direito do Comércio Internacional, a UNCITRAL – *United Nations Comission for International Trade Law* (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional), que motivou a assinatura da Convenção de Viena de 1980, sobre a compra e venda internacional. A Convenção de Viena entrou em vigor no Brasil em razão do Decreto Legislativo n. 538/2012, o qual aprovou o texto do Tratado sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, no âmbito da UNCITRAL.

6.2.20.2. INCOTERMS

Outro aspecto bastante relevante nos contratos internacionais pode ser encontrado no transporte de mercadorias, pois há despesas e riscos entre a saída do estabelecimento do vendedor e a chegada no estabelecimento do comprador. De acordo com o direito interno brasileiro, as despesas com a tradição do bem são por conta do vendedor; no entanto, cabe estipulação diversa. Porém, no âmbito do comercial internacional, as partes usualmente repartem essas despesas.

Assim, diante da complexidade das operações, com o objetivo de fornecer padrões gerais sobre a distribuição de despesas entre exportador e importador no transporte de mercadorias internacional, a Câmara de Comércio Internacional criou os INCOTERMS.

INCOTERMS é abreviação de *International Rules for Interpretation of Trade Terms*, que recebeu a

tradução de Regras Internacionais para a Interpretação dos Termos Comerciais; ou, simplesmente, Termos Internacionais do Comércio.

Dessa maneira, a CCI, ao criar os INCOTERMS, estabeleceu normas de interpretação de cláusulas utilizadas no comércio internacional, como as cláusulas identificadas pelas siglas FOB, CIF, DAF etc.

Há quatro grupos de INCOTERMS: E, F, C e D, cada um com desdobramentos e subespécies, em que se detalha, por exemplo, (i) se os custos da tradição serão suportados exclusivamente pelo comprador (grupo E); ou (ii) se o transporte principal é pago pelo comprador, ficando o vendedor responsável pela saída da mercadoria das fronteiras de seu país (grupo F) [375].

6.2.20.3. Aplicação da legislação estrangeira e LINDB (antiga LICC)

De acordo com relatos da doutrina especializada, a aplicação da legislação estrangeira aos contratos internacionais é um dos temas mais árduos. Assim, vamos focar sobre os pontos mais relevantes, uma vez que a aplicação da lei estrangeira ocorre para solucionar problemas em todas as relações jurídicas, mas com grande incidência no campo dos contratos, em especial nos mercantis.

Uma boa forma de abordar o tema da aplicação da legislação estrangeira é dividi-lo em duas fases: (i) a fase da determinação da lei aplicável; e (i) a fase da aplicação da lei determinada/eleita para a relação jurídica.

Na primeira fase, determina-se a lei aplicável à relação jurídica por meio das normas do Direito Internacional Privado. Para essa determinação da lei aplicável, é necessário que se faça a qualificação (caracterização, classificação) de qual dispositivo desse ramo do Direito se aplica ao caso, o que é chamado de determinação do **elemento de conexão**.

Elemento de conexão é o critério ou instrumento para estabelecer qual legislação é aplicável, a ligação ou vínculo com o Direito.

Os elementos de conexão têm a função de indicar qual é o direito aplicável, de acordo com circunstâncias que fixam o elemento vinculativo. Esse elemento pode ser: a **autonomia da vontade**, a **nacionalidade**, a **residência ou domicílio**, o **lugar da situação do imóvel**, o **local do delito**, entre outros.

Por isso, se há um caso que deve ser solucionado de acordo com a lei do domicílio, sucessão por morte, o domicílio é o elemento vinculativo. A lei aplicável será aquela que possuir um vínculo mais estreito com a relação jurídica em questão.

Já na segunda fase, acontece a efetiva aplicação da lei indicada pelo Direito Internacional Privado, podendo ser uma lei nacional (*lex fori* – expressão latina que significa a lei do foro/comarca ou a lei do território) ou lei estrangeira.

Assim, no primeiro caso, não há diferença alguma para o juiz, já que se aplica a lei do seu conhecimento (como se fosse uma ação judicial de jurisdição nacional).

Todavia, em caso de aplicação da legislação estrangeira, podem surgir vários problemas, como: o da investigação do teor da lei estrangeira, a prova da vigência dessa lei, a solução a ser dada no caso de má aplicação da lei pelo juiz, a questão da ordem pública do foro etc.

Dessa forma, a aplicação da legislação estrangeira para solucionar problemas em relações jurídicas passa pela sua qualificação e pela determinação tanto do elemento de conexão quanto da legislação com sua respectiva aplicação.

Para o Brasil, por exemplo, quando se tratar de relações jurídicas referentes aos contratos, entende-se que a ligação mais estreita com a relação obrigacional é a do país em que foi constituído o vínculo jurídico, o que está explicitado no *caput* do art. 9º da LICC – **Lei de Introdução ao Código Civil** – cuja nomenclatura foi alterada para **LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**[376]: "Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem" (*lex loci celebrationis*).

Em relação à expressão "as obrigações" (lembrando que contratos são obrigações bilaterais), ela indica a unidade das relações jurídicas; e o "país em que se constituírem" significa o elemento de conexão.

Dessa forma, o lugar da formação ou celebração de um contrato internacional é importante para determinar a legislação aplicável. A **teoria do objetivismo** dá sustentação a esta regra. E, se o contrato for celebrado no Brasil, aplica-se a legislação brasileira.

Entretanto, nos contratos internacionais, é facultado às partes elegerem outra norma que poderá ser aplicada que não seja a do lugar da celebração dos contratos, devido à autonomia da vontade. No Direito Internacional Privado, autonomia da vontade significa a aceitação da livre vontade das partes como elemento de conexão, sobre a constituição e os efeitos dos atos jurídicos obrigacionais, isto é, podem escolher o direito aplicável ao contrato.

O princípio da autonomia da vontade das partes baseia-se na **teoria do voluntarismo** para a escolha

da legislação aplicável, sendo considerado um elemento de conexão subjetivo (os outros já citados seriam elementos de conexão objetivos), o que é adotado pela maioria dos países.

No comércio exterior, a aplicação do princípio da autonomia da vontade das partes é a regra básica, e nesse ponto a Convenção de Haia e a Convenção de Roma são claras.

Apesar disso, o Brasil, de acordo com o disposto no *caput* do art. 9º da LINDB, segue a teoria do **objetivismo**, o que causa grande divergência na doutrina pátria sobre a aceitação ou não da autonomia da vontade no Direito Internacional Privado brasileiro.

Contudo, os que defendem a aplicação do princípio da autonomia argumentam que, se a lei do país em que o contrato foi celebrado admite a autonomia da vontade, o Brasil deve aceitá-la.

Na prática, a inclusão de cláusulas de lei aplicável escolhida pelas partes nos contratos internacionais celebrados por empresários brasileiros é muito comum, o que demonstra a discrepância entre a lei e a realidade.

Esse fato, de certa forma, pode aumentar o custo de transação para o empresário com sede no Brasil, pois o outro contratante pode, em busca de maior segurança, exigir garantias no exterior, evitando assim tanto a jurisdição brasileira quanto a legislação brasileira aplicável.

Para ilustrar tal situação, em muitos contratos internacionais se elege a lei de Nova York como norma aplicável (e, muitas vezes, também como jurisdição competente para apreciação de litígios), deixando claro que a conclusão do contrato ocorreu em Nova York. Isso ocorre para evitar o afastamento dessa cláusula, pelo fato de que o *caput* do art. 9º da LINDB dispõe que se aplica a lei do país onde foi celebrado o contrato (contrato entre presentes).

Além disso, o § 2º do art. 9º da LINDB, tratando de contrato a distância, prevê que se considera constituído o contrato no lugar em que reside o proponente (da proposta), quando este for diferente do lugar onde reside o aceitante.

Considerando que o proponente pode ser o empresário brasileiro ou o empresário sediado em outro país, as partes, para não deixarem nenhuma dúvida quanto à interpretação e não aplicação de tal dispositivo, reúnem-se em Nova York para celebrar o contrato. Um desgaste e um custo desnecessário que uma legislação, de certa forma ultrapassada, provoca.

6.2.20.4. Aplicação do direito material e processual

Mais um ponto relevante, na aplicação da legislação estrangeira, é a controvérsia sobre como o juiz deve aplicar o direito estrangeiro no processo, se de ofício ou não.

A primeira corrente defende a aplicação pelo juiz da legislação estrangeira de ofício, podendo o magistrado exigir das partes a colaboração na pesquisa da legislação estrangeira.

Já a segunda corrente alega que cabe unicamente às partes do processo alegar e provar o direito estrangeiro, não cabendo ao juiz a iniciativa (Inglaterra).

O Direito Brasileiro prevê que o juiz deve aplicar a legislação estrangeira. De acordo com o art. 14 da LINDB: "Não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência".

Além disso, o art. 337 Código de Processo Civil [novo CPC, art. 376] dispõe: "A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim determinar o juiz".

Acontece que a interpretação desses dispositivos ainda é controvertida pela doutrina. A maior parte dos doutrinadores, no entanto, a exemplo de Haroldo Valladão, se posiciona no sentido de que o juiz brasileiro deve aplicar de ofício a legislação estrangeira, não o impedindo de requerer a colaboração das partes e determinando-lhes diligências para apuração do teor, da vigência e da interpretação do direito estrangeiro.

É importante considerar que o acesso à legislação estrangeira pelo juiz ou pelas partes pode ocorrer de várias formas, mas, sem dúvida, isso ficou bastante facilitado em razão da internet. Ainda sim, pode ocorrer, excepcionalmente, do juiz e das partes não terem acesso à norma estrangeira. Nesses casos, em geral aplica-se o direito da *lex fori* (lei do foro/comarca ou a lei do território), substituindo assim o direito estrangeiro desconhecido.

Passando da fase da aplicação do direito material estrangeiro, outra questão relevante reside nos aspectos formais, em especial nas regras processuais cabíveis, ritos, recursos pertinentes etc. De modo diferente de como ocorre em alguns países, no Brasil não há controvérsia nesse sentido na doutrina e na jurisprudência, ou seja, aplica-se o direito processual estrangeiro de acordo com as regras que o juiz daquele país observaria, no interesse da concordância da decisão com o sistema jurídico alienígena.

Diante do exposto, percebe-se que o tema da aplicação da legislação estrangeira aos contratos internacionais é bastante rico e complexo, ainda mais em relação a pontos extremamente relevantes,

como é o caso das disposições da LINDB e suas possibilidades de interpretação.

Por último, vale lembrar que a Convenção de Viena entrou em vigor no Brasil por força do Decreto Legislativo n. 538/2012, que aprovou o texto do Tratado sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, no âmbito da UNCITRAL.

6.2.21. Parceria público-privada

Ressalte-se que a parceria público-privada é um regime jurídico oferecido a determinados contratos administrativos por meio de concessão. Não é na sua integralidade um contrato empresarial; no entanto, optou-se por incluí-lo neste capítulo considerando sua relevância para a atividade empresarial.

Parceria Público-Privada – PPP – é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa (Lei n. 11.079/2004, art. 2º, *caput*) em que há a participação do Estado e da iniciativa privada.

Assim, para melhor situar o instituto da PPP, vamos relembrar agora o que é concessão e suas modalidades.

Concessão (conforme a Lei das Concessões – Lei n. 8.987/95) é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público, em caráter não precário, faculta a alguém: (i) o uso de um bem público; (ii) a prestação de um serviço público; (iii) ou a realização de uma obra pública. Essas são as três modalidades de concessão na forma da Lei n. 8.987/95.

Acontece que a Lei n. 11.079/2004, art. 2º, traz outra classificação das concessões para efeitos de parceria público-privada: concessão patrocinada; concessão administrativa e concessão comum.

A **concessão patrocinada** é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas em que, além da tarifa cobrada do usuário, o Poder Público participa com parte dos recursos para a sua realização (Estado patrocina parcialmente).

Já a **concessão administrativa** é o contrato administrativo de prestação de serviços, da iniciativa privada ao Poder Público, pago por este em razão de ser o usuário do serviço (mesmo que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens).

Por sua vez, **concessão comum** é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas em que não há contraprestação do Poder Público ao parceiro particular (não se enquadra nem na concessão patrocinada nem na administrativa).

Cabe ressaltar que a concessão comum não pode ser objeto de parceria público-privado e, assim, será uma concessão convencional regida pela Lei n. 8.987/95.

Diante disso, o regime jurídico, ou seja, a legislação aplicável às parcerias público-privadas, é a Lei n. 11.079/2004.

Há algumas características que devem estar nas cláusulas contratuais das PPPs (Lei n. 11.079/2004, art. 5º):

1) prazo de duração: de **cinco a 35 anos**, já inclusos eventuais prazos de prorrogação (garantido prazo mínimo compatível com a amortização dos investimentos realizados);
2) formas de remuneração e atualização dos valores (a remuneração poderá ser por ordem bancária; cessão de créditos não tributários etc.);
3) métodos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;
4) fixação de possíveis penalidades a serem aplicadas ao parceiro público ou ao parceiro privado, por inadimplemento, devendo observar a proporcionalidade entre a falta e a obrigação assumida;
5) repartição de riscos entre os parceiros, incluindo hipóteses de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;
6) métodos de avaliação de desempenho do parceiro privado.

É relevante ressaltar que a Lei n. 11.079/2004 é uma norma geral sobre PPP, sendo que os outros entes políticos (Estados e Municípios) podem editar normas especiais sobre o instituto, respeitando as diretrizes da lei geral (Lei n. 11.079/2005).

6.3. ARBITRAGEM

Arbitragem é um tema de ordem prática estudado mais na área processual. Mas, sem sombra de dúvida, o campo em que ela tem maior aplicação no Brasil é o dos contratos empresariais, por isso a importância de constar dessa obra.

O regramento jurídico da arbitragem é a Lei n. 9.307/96 (alterada pela Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015). O Código Civil de 2002, arts. 851 a 853, também prevê o instituto, mas de forma superficial, sem estabelecer um regime jurídico.

Já havia disposição sobre a arbitragem no Código Civil de 1916 e no Código de Processo Civil de 1973. Acontece que a lei especial – Lei n. 9.307/96 – trouxe uma nova roupagem ao instituto da arbitragem, que, por sinal, já existia no Direito Romano. Não se pode perder de vista a Súmula 485 do

STJ: “A Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição”. Também é importante a posição do STF ao declarar constitucional a Lei n. 9.307/96 (por meio da decisão proferida em recurso de processo de homologação de Sentença Estrangeira – SE 5206 no ano de 2001), pois esta não exclui o direito previsto no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal de o cidadão ter acesso ao Poder Judiciário; uma vez que o cidadão facultativamente é quem escolhe a arbitragem como forma de resolver uma lide.

Conceitualmente, arbitragem é um método alternativo (ao Poder Judiciário) de solução de conflitos, que tem sido utilizada como forma de resolver litígios entre pessoas.

Em sua maioria, o uso da arbitragem ocorre para solucionar conflitos entre grandes empresas em contratos relevantes e por agentes que operam no comércio exterior, ou seja, nos contratos internacionais.

É no campo dos negócios internacionais que a arbitragem acaba tendo uma jurisdição predominante nas soluções de litígios, ficando dispensada a atuação estatal nas relações comerciais internacionais, especialmente do Poder Judiciário.

Isso ocorre por não haver uma uniformização plena das legislações dos países, somado ao fato da lentidão (e imprevisibilidade) do Poder Judiciário, que não atende às necessidades das partes, passando, cada vez mais, a se socorrer da arbitragem internacional como forma de decidir seus conflitos.

No Brasil, o uso da arbitragem fica condicionado a litígios que envolvam **pessoas capazes** e **direito patrimonial disponível** (Lei n. 9.307/96, art. 1º, *caput*).

Direito patrimonial disponível diz respeito aos bens que se pode renunciar, que não envolvam questões de família (anulação de casamento, separação, divórcio) ou de Estado (concessão de aposentadoria). Patrimônio é o que tem valor econômico. Às vezes, pode ser direito patrimonial, mas não ser disponível, como os alimentos ou os bens de um processo falimentar.

A partir da reforma da Lei n. 9.307/96, realizada pela Lei n. 13.129/2015, passou a ser expressamente admitida a possibilidade de a Administração Pública, direta e indireta, utilizar-se da arbitragem como forma de solucionar os conflitos derivados de direitos patrimoniais disponíveis (§ 1º do art. 1º da Lei n. 9.307/96, acrescido pela Lei n. 13.129/2015).

Salienta-se que, nas regras sobre parceria público-privada, há a previsão da possibilidade de uso da arbitragem (Lei n. 11.079/04, art. 11, inc. III), mas se discute a constitucionalidade por ser questão de direito público, de Estado.

Contudo, o campo mais fértil para o uso da arbitragem continua sendo o dos contratos privados.

Ainda é pertinente afirmar que a decisão arbitral pode ser exarada com base no ordenamento jurídico ou na equidade, a critério das partes (Lei n. 9.307/96, art. 2º, *caput*).

Em razão disso, as partes podem escolher as bases para a decisão arbitral, se (Lei n. 9.307/96, art. 2º, §§ 1º e 2º):

1) determinadas regras jurídicas (que não contrariem os bons costumes e a ordem pública); ou
2) princípios gerais do Direito (boa-fé, função social, equidade etc.), usos e costumes e regras internacionais do comércio.

Para ser **árbitro**, basta ser pessoa capaz. Não é necessária qualificação ou formação acadêmica (Lei n. 9.307/96, art. 13, *caput*).

Entretanto, quando a arbitragem envolver a administração pública, ela será sempre de direito e deverá respeitar o princípio da publicidade (§ 3º do art. 2º da Lei n. 9.307/96, acrescido pela Lei n. 13.129/2015).

A sentença arbitral não precisa de homologação judicial; é um título executivo judicial (Lei n. 9.307/96, art. 18, e CPC, art. 475-N, IV) [novo CPC, art. 515, VII]. Na verdade, a sentença arbitral deveria estar entre os títulos extrajudiciais, pois não é constituído pela Justiça. Antes da Lei n. 9.307/96, era preciso homologar judicialmente.

Todavia, permanece a necessidade de a sentença arbitral **estrangeira,** para ser reconhecida ou executada no Brasil, precisar ser homologada pela Justiça brasileira. Anteriormente, a homologação se dava junto ao STF, mas a partir da vigência da nova redação do art. 35 da Lei n. 9.307/96, acrescido pela Lei n. 13.129/2015, compete unicamente ao STJ.

Por isso, a decisão arbitral equivale à decisão do juiz; no entanto, o árbitro decide, mas não executa.

A razão para isso é simples: a execução é uma espécie de "violência" ao patrimônio do devedor, que pode ser exercida apenas pelo Estado. Para isso, o juiz pode autorizar o Oficial de Justiça a arrombar a porta da casa do devedor com o intuito de penhorar bens, se o devedor tentar obstar a penhora (CPC, art. 660) [novo CPC, art. 846, *caput*]; o Estado pode usar força policial, e inclusive pode até prender o devedor se resistente (CPC, art. 662) [novo CPC, art. 846, § 2º]. Trata-se de "violências" para garantir o cumprimento da decisão judicial.

Essa violência no Direito Romano era a responsabilidade pessoal, em que o devedor se tornava

escravo de seu credor ou era mutilado. Na Germânia, o devedor era esquartejado em tantos pedaços quanto o número de credores. Com o passar dos tempos, e também com o Estado Democrático de Direito, a responsabilidade passou a ser patrimonial. O devedor não responde mais com o corpo pelas suas dívidas, salvo pelas de caráter alimentício.

No território brasileiro, apenas o Estado pode violentar o patrimônio do devedor (nos Estados Unidos, em alguns Estados, o vendedor pode guinchar o carro não pago pelo comprador). Aqui, o árbitro não pode executar, competindo esta função apenas ao juiz.

Contudo, a arbitragem é adotada pelas partes por meio da **convenção de arbitragem** (Lei n. 9.307/96, art. 3º). A convenção de arbitragem, porém, é um gênero do qual são espécies a **cláusula compromissória** e o **compromisso arbitral**.

6.3.1. Cláusula compromissória

A cláusula compromissória é a convenção estabelecida pelas partes em que ambas se comprometem a resolver eventuais e futuros conflitos por meio da arbitragem (Lei n. 9.307/96, art. 4º).

Destaca-se que a cláusula compromissória deve ser escrita. Porém, pode estar inserida em um contrato ou documento separado (como um aditivo contratual).

Se for caso de contrato de adesão, a cláusula compromissória apenas terá efeitos se for sugerida pelo aderente, ou aceita por este de forma expressa (aceitação que deve ser feita em documento anexo ou com o destaque em negrito da cláusula que deve ser assinada ou vistada).

Sem dúvida, isso deve ser ainda mais claro em arbitragem na relação de consumo, em razão da vulnerabilidade do consumidor. O CDC, art. 51, inc. VII, afirma que é nula a cláusula que determina a utilização compulsória da arbitragem.

Vale salientar que, a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, sendo que, mesmo ocorrendo a nulidade do contrato, isso não implicará a nulidade da cláusula compromissória (Lei n. 9.307/96, art. 8º), o que possibilita, por exemplo, a apreciação por arbitragem do Direito a lucros cessantes pela não realização do negócio.

6.3.2. Compromisso arbitral

Compromisso arbitral é a convenção em que as partes, diante de um litígio já existente, comprometem-se a submetê-lo à decisão arbitral (Lei n. 9.307/96, art. 9º).

O compromisso pode ser firmado: judicialmente, acordado nos autos, perante o juiz ou tribunal em que a demanda esteja em curso; ou extrajudicialmente, celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

As principais diferenças entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são apresentadas a seguir.

Cláusula compromissória	Compromisso arbitral
Litígios eventuais e futuros	Litígios atuais e presentes
Pode ser conhecida de ofício	Réu deve apresentar exceção

6.3.3. Arbitragem na prática

Existem algumas questões práticas interessantes a serem ponderadas sobre o instituto da arbitragem.

Tanto na cláusula compromissória como no compromisso arbitral, o ideal é a imediata fixação do órgão arbitral que decidirá o litígio, pois se tem demonstrado difícil o entendimento posterior das partes na escolha dos árbitros, seus honorários etc.

É notório o fato de que o uso da arbitragem tem sido uma alternativa à morosidade e à imprevisibilidade do Judiciário. Mas é preciso refletir sobre a sua adoção na prática.

Dessa forma, por exemplo, em um contrato de locação seria possível o uso da arbitragem? Sim, pois se trata de um direito patrimonial disponível (o aluguel/remuneração; o imóvel). Muitas imobiliárias têm recomendado o uso da arbitragem, colocando em suas minutas padronizadas a cláusula compromissória de arbitragem. No entanto, como efetuar o despejo do inquilino inadimplente? O árbitro pode fazer isso? O árbitro decidirá, mas a execução será via judicial. Nesse caso, de despejo, talvez fosse mais rápido socorrer-se do Judiciário diretamente.

Já se discutiu o fato de ser a arbitragem inconstitucional, pois, conforme o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, a lei não excluirá lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário. Entretanto, o STF (no ano de 2001, via recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira – SE 5206) já declarou a constitucionalidade da Lei n. 9.307/96, uma vez que ela não está excluindo o

cidadão do acesso ao Judiciário; o cidadão é quem faz a opção de forma facultativa.

QUESTÕES DE EXAMES DA OAB E CONCURSOS PÚBLICOS

1. (OAB Nacional 2009.1) Sobre a representação comercial autônoma, conforme disciplinada na Lei Federal n. 4.886, de 1965, é correto afirmar que

A) a exerce a pessoa física ou jurídica que, sem relação de emprego, desempenhe em caráter não eventual, por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis.

B) pode exercê-la quem não puder ser comerciante.

C) pode exercê-la quem tenha sido condenado, pelo crime de lenocínio, a pena inferior a 2 (dois) anos de reclusão.

D) nos pertinentes contratos, será facultativa a indicação da zona ou das zonas em que será exercida a representação.

2. (**OAB-SP 136º 2008)** Acerca do contrato de franquia, assinale a opção correta.

A) A legislação brasileira confere tratamento detalhado ao contrato de franquia, sendo nela estabelecido, expressamente, o rol dos direitos e deveres do franqueador e do franqueado.

B) A falta da prévia circular de oferta de franquia torna nulo, de pleno direito, o contrato de franquia.

C) O contrato de franquia pode ser verbal, tendo, neste caso, efeito apenas entre as partes.

D) Para produzir efeitos perante terceiros, o contrato de franquia deve ser registrado no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).

3. (OAB-SP 137º 2008) A ação renovatória do aluguel empresarial deve ser

A) ajuizada no penúltimo ano do prazo do contrato em vigor.

B) proposta no interregno de, no máximo, 6 meses, até 2 meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do prazo do contrato em vigor.

C) ajuizada no segundo semestre do penúltimo ano do prazo do contrato em vigor.

D) proposta no interregno de um ano, no máximo, até 6 meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do prazo do contrato em vigor.

4. (OAB-SP 136º 2008) A respeito das licenças para exploração e das cessões de patentes, assinale a opção correta.

A) As cessões de patentes, assim como as licenças para exploração, são legalmente classificadas em voluntárias e compulsórias.

B) Para ter efeito entre as partes, as licenças para exploração de patentes devem ser registradas no INPI.

C) As licenças compulsórias serão concedidas com caráter de exclusividade para a exploração da patente.

D) Tanto o pedido de patente quanto a patente, ambos de conteúdo indivisível, podem ser cedidos, total ou parcialmente.

5. (OAB-SP 135º 2008) Assinale a opção correta no que se refere ao arrendamento mercantil.

A) Arrendamento mercantil, *leasing* e alienação fiduciária são expressões equivalentes.

B) De acordo com a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a cobrança antecipada do valor residual garantido não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil.

C) Segundo a jurisprudência do STJ, no contrato de arrendamento mercantil, é possível a correção monetária pelo dólar norte-americano, atribuindo-se integralmente ao arrendatário o ônus da desvalorização cambial ocorrida em 1999.

D) O contrato de arrendamento mercantil caracteriza-se como uma compra e venda a prestação.

6. (Magistratura-SP 181º 2008) O contrato de distribuição regulado pelo Código Civil

A) é celebrado em caráter eventual e não pressupõe a disponibilização da coisa a ser negociada.

B) em vigor, por prazo indeterminado, pode ser rescindido, dentro de prazo que deve levar em consideração a natureza e o vulto exigidos do agente.

C) não admite convenção das partes no que se refere à possibilidade de se instituir mais de um agente na mesma zona, com mesma incumbência, nem tampouco sobre a distribuição de despesas decorrentes da promoção.

D) todas as afirmações acima são corretas.

7. (Magistratura-SP 180º 2007) No que tange à representação comercial, pode-se afirmar que

A) o contrato de representação comercial é regido por lei especial; a atividade é fiscalizada pelos Conselhos Federal e os Regionais dos Representantes Comerciais; o crédito de representante comercial em processo falimentar é classificado como trabalhista.

B) o contrato de representação comercial é regido pela legislação trabalhista; a atividade é fiscalizada pelas Delegacias Regionais do Trabalho e pela Justiça do Trabalho; o crédito de representante comercial em processo falimentar é classificado como trabalhista.

C) o contrato de representação comercial é regido pelas disposições não revogadas do Código Comercial; a atividade é fiscalizada pela Junta Comercial e pelo Poder Judiciário; o crédito de representante comercial em processo falimentar é classificado como quirografário.

D) o contrato de representação comercial passou a ser regido pelo Novo Código Civil em vigor; a atividade sob a égide do Direito Civil passou a ser fiscalizada pelo Poder Judiciário; o crédito de representante comercial em processo falimentar é classificado como privilégio especial.

8. (Magistratura-SP 180º 2007) O contrato de compra e venda mercantil torna-se perfeito e acabado

A) quando é pago o preço.

B) com o pagamento de 50% (cinquenta por cento) do preço.

C) quando as partes acordam na coisa, no preço e nas condições estabelecidas.

D) quando é entregue a coisa.

9. (Magistratura-SP 180º 2007) O art. 4º da Lei n. 8.955/94 dita que: "A Circular de Oferta de Franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) 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". O não recebimento da circular de oferta de franquia nos termos da referida norma

A) suspende a eficácia do contrato de franquia até que seja sanada a irregularidade.

B) permite ao franqueado o direito de obter a revisão das cláusulas contratuais, desde que demonstre o prejuízo relativo ao negócio.

C) assegura, pelo prazo de um ano, a resolução imotivada do contrato de franquia, por parte do franqueado, e, após esse período, mediante prévia notificação, poderá exigir devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicado, a título de taxa de filiação e *royalties*, devidamente corrigidas, pela variação do IGPM.

D) permite ao franqueado arguir a anulabilidade do contrato e exigir devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e *royalties*, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança mais perdas e danos.

10. (Ministério Público-CE 2009) Em relação a contratos mercantis, é correto afirmar que

A) por sua natureza, o mandato mercantil pode ser oneroso ou gratuito.

B) a compra e venda é mercantil quando o vendedor ou comprador são empresários, podendo uma das partes sê-lo ou não.

C) a alienação fiduciária em garantia tem sua abrangência restrita a bens móveis.

D) as empresas de faturização, ou fomento mercantil, a exemplo das instituições financeiras, devem manter sigilo sobre suas operações.

E) o arrendamento mercantil é a locação caracterizada pela compra compulsória do bem locado ao término da locação.

7

Temas avançados

7.1. LEI ANTICORRUPÇÃO E RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL OBJETIVA

Seguindo a tendência de se responsabilizar objetivamente as pessoas jurídicas (especialmente as que desenvolvem atividade econômica), foi editada a Lei n. 12.846/2013, conhecida como "lei anticorrupção", a qual dispõe acerca da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

A Lei n. 12.846/2013 alcança as sociedades empresárias e as sociedades simples, personificadas ou não, independentemente do tipo societário. Também se estende a outros tipos de pessoas jurídicas, como fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente (art. 1º, parágrafo único).

Frise-se que a anticorrupção está restrita às pessoas jurídicas de direito privado, porém, não alcança outras espécies, como as entidades religiosas e os partidos políticos, previstas no art. 44 do Código Civil. Seu objetivo, sem dúvida, é alcançar as empresas, entretanto, não menciona a empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), nem os empresários individuais. Ainda que os empresários individuais respondam ilimitadamente pelas dívidas da empresa, não havendo menção expressa de responsabilidade objetiva, a sua responsabilidade precisará ser apurada mediante aferição de culpa (responsabilidade subjetiva). O mesmo vale quanto à EIRELI, pois a responsabilidade será subjetiva com a limitação de responsabilidade inerente a este tipo de pessoa jurídica de direito privado.

É difícil compreender por que uma lei que pretenda responsabilizar a pessoa jurídica externa a possibilidade de a pessoa jurídica responder independentemente de ela ser personificada ou não. Talvez

fosse o caso de avisar o legislador que a existência da pessoa jurídica está condicionada à aquisição da personalidade jurídica. Isso é ilustrado, por exemplo, com uma sociedade de fato a qual não é uma pessoa jurídica por não ter seu ato constitutivo registrado no órgão competente, ainda que ela possa ter um patrimônio especial (separado de seus sócios). O adequado seria o teor do art. 1º prever "entes despersonalizados", como fez o CDC no seu art. 3º, ou poderia alcançar situações, como a da massa falida, exemplificativamente.

Cabe alertar para o fato de que a responsabilidade objetiva imposta pela Lei n. 12.846/2013 não se confunde com a desconsideração da personalidade jurídica, cujo instituto tem por efeito a responsabilidade patrimonial dos sócios pelas dívidas da empresa em razão de fraude ou confusão patrimonial (CC, art. 50).

Acerca da responsabilidade civil, é imprescindível ponderar que o instituto jurídico da responsabilidade civil tem seu fundamento na teoria da culpa (doutrina subjetiva) e na teoria do risco (doutrina objetiva). A responsabilidade subjetiva (decorrente da teoria da culpa) consiste no fato de que cabe à vítima o dever de comprovar a culpa do infrator da norma para se buscar a reparação do dano.

No texto do art. 186 do Código Civil, ao prever o que é ato ilícito – base para a responsabilidade civil –, pode-se vislumbrar duas espécies: **dolo** (ação ou omissão voluntária do agente para causar prejuízo) e **culpa** (negligência ou imprudência). Ação significa um ato positivo (ação comissiva – culpa *in comittendo*), um agir ou uma execução; já a omissão um ato negativo (ação omissiva – culpa *in omittendo*), no qual se deixa de praticar um ato que, no fundo, cuida-se de um dever. Negligência é uma falta de cuidado preventivo e anterior a um acontecimento; por sua vez, a imprudência trata-se de um descuido durante a execução de um ato. A culpa em sentido estrito é mensurada com base no comportamento ou grau de diligência considerado comum, do "homem médio". Há uma falta de diligência na observância da norma de conduta.

Ainda não se pode deixar de mencionar a culpa *in eligendo*, derivada da má escolha de representantes, prepostos, empregados ou colaboradores em geral que não tenham aptidão para o ato praticado. Há também a culpa *in vigilando*, quando há ausência ou insuficiência de fiscalização do responsável acerca da conduta de alguém sob seus cuidados.

Outro fundamento da responsabilidade civil é a teoria do risco ou doutrina objetiva, por isso a terminologia muito utilizada "responsabilidade objetiva". A responsabilidade objetiva se dá em razão da

teoria do risco na qual fica abstraída a culpa, sendo, portanto, uma espécie de responsabilidade sem culpa. Dessa forma, haverá a obrigação de alguém reparar o dano a outrem "independentemente de culpa". Assim, se na responsabilidade civil subjetiva a vítima precisa demonstrar a culpa (ação ou omissão), o dano e o nexo de causalidade entre a culpa e o dano, na responsabilidade objetiva a culpa é um elemento dispensável.

Alvino Lima e Rui Stoco informam que a necessidade de maior proteção às vítimas implicou o surgimento da culpa presumida, para assim inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade de quem sofreu um dano em demonstrar a culpa do responsável pelo ato (ação ou omissão). Assim, nos casos previstos em lei, passou-se a desconsiderar a culpa como elemento necessário, surgindo a responsabilidade objetiva, a qual não questiona se o ato é culpável[377].

A responsabilidade objetiva teve suas primeiras aplicações em acidentes do trabalho e transportes ferroviários, sofrendo bastante resistência para sua aplicação[378]. Foram nestes campos, portanto, que surgiram os primeiros preceitos legais sobre a responsabilidade objetiva, estendendo-se para outras áreas no decorrer do século XX, associados ao desenvolvimento de outras atividades consideradas de risco.

Ao tratar do tema do desenvolvimento e da aplicação da teoria do risco, Caio Mário da Silva Pereira afirma que isso se deu em razão da expansão da solidariedade humana, pois a vítima do evento, muitas vezes, não conseguia superar as barreiras processuais, não convencendo o juiz da imputabilidade do agente causador do dano, o que a fazia não obter a efetiva reparação do dano. O autor defende que a regra geral deve ser a da responsabilidade civil fundamentada na culpa, mas, sendo essa insuficiente em razão do progresso, cabe ao legislador fixar as hipóteses em que é cabível a responsabilidade independente de culpa (responsabilidade objetiva), como acontece com outros ordenamentos jurídicos, a exemplo do italiano. Para o autor, no Brasil se caminha para uma inversão, pois se a responsabilidade com culpa era a regra, já se pode afirmar que está se tornando exceção, passando a regra para a responsabilidade sem culpa – isso ao se referir ao Código Civil e ao Código de Defesa do Consumidor[379].

Há um reconhecimento de presunção de culpa pela doutrina objetiva, a qual surgiu por uma razão de ordem prática e social, tendo em vista o risco exacerbado desenvolvido por algumas atividades (teoria do risco do empreendimento), além da dificuldade encontrada muitas vezes pela vítima em demonstrar a

antijuridicidade da conduta do agente. Além disso, o crescimento das oportunidades e causas de danos evidencia que muitas vezes a responsabilidade subjetiva apresenta-se inadequada para alcançar todos os casos de reparação de danos[380].

Álvaro Villaça Azevedo classifica a responsabilidade objetiva em pura e impura. A responsabilidade objetiva pura é aquela que implica o dever de indenizar mesmo que não haja culpa do agente ou de terceiro subordinado a ele, sendo, portanto, uma determinação legal ainda que o ato praticado seja lícito e derive do desenvolvimento de atividade empresarial. Já a responsabilidade objetiva impura é a que há culpa de um terceiro subordinado àquele que deve suportar a indenização em razão do exercício de sua atividade, cabendo, neste caso, o direito de regresso contra o terceiro que ocasionou o dano efetivamente[381].

Cabe destacar que a responsabilidade objetiva tem lugar (i) nos casos específicos em lei, ou (ii) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, o que o torna obrigado à reparação (Código Civil, art. 927, parágrafo único). Uma das hipóteses de previsão em lei da responsabilidade objetiva está no próprio Código Civil, art. 931, ao prever que os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos colocados em circulação. Outra hipótese é a do Código de Defesa do Consumidor, especialmente nos arts. 12 e 14 ao disciplinar a responsabilidade dos fornecedores, independentemente de culpa, pela reparação de danos causados aos consumidores pelos defeitos de produtos e serviços.

Pelo teor da Lei n. 12.846/2013, a pessoa jurídica assume o risco se seus prepostos (dirigentes, administradores etc.) praticarem atos ilícitos em prejuízo da administração pública, sendo por isso responsabilizado civil e administrativamente. Isto é, a pessoa jurídica tem o dever de responder pelos atos de seus prepostos, ainda que tais atos não estejam relacionados com a vontade da pessoa jurídica. Assim, a culpa *in vigilando* e a culpa *in eligendo* da responsabilidade subjetiva dão lugar à responsabilidade objetiva, ou seja, a pessoa jurídica será responsável independentemente de realizada uma boa escolha e de ter treinado e fiscalizado seus prepostos. Porém, a lei irá provocar a melhora na seleção, instrução e vigilância dos prepostos que atuaram em favor da pessoa jurídica. Entretanto, a pessoa jurídica não poderá exonerar-se da responsabilidade, alegando que não houve culpa na escolha do preposto (culpa *in eligendo)* ou na vigilância (culpa *in vigilando)* por não se tratar de hipótese de

exclusão de responsabilidade objetiva, a qual é a opção da lei sob comento.

Estamos diante de uma hipótese de responsabilidade pelo fato de outrem em que faz surgir a obrigação de outra pessoa não causadora do dano diretamente a repará-lo. Trata-se de uma exceção, pois a regra é a pessoa física ou jurídica responder por seus próprios atos. O Código Civil, art. 932, inc. III, prevê a responsabilidade do empregador pelos atos de seus empregados ou prepostos, no exercício do trabalho que lhes compete ou em razão dele. A responsabilidade civil do empregador pelo ato de seu empregado (*lato sensu*) é justificada por seu poder diretivo em relação a ele (no caso, o autor do dano). A responsabilidade só ocorrerá se houver: culpa do empregado, vínculo de trabalho e que o ato tenha sido cometido durante o exercício das funções do empregado ou em razão delas[382].

Diferentemente, a Lei n. 12.846/2013 não exige a necessidade de culpa do preposto da pessoa jurídica, mas sem dúvida é necessário que haja um vínculo entre a pessoa jurídica e a pessoa que praticou o ilícito contra a administração pública. Dessa forma, a pessoa jurídica responderá não apenas pela mera falta de vigilância sobre o preposto, mas, principalmente, pelo risco assumido de que esse fato lesivo possa ocorrer. Nessa hipótese, pouco importa o regime do vínculo entre eles, bastando a existência de relação entre pessoa jurídica e a pessoa que praticou o ato lesivo (dirigente, administrador etc.). Para a lei, não importa se há uma relação jurídica de direito, exemplificativamente, empregador-empregado ou sociedade-administrador. Ou se uma relação de fato, como, no caso de um representante (interposta pessoa, "laranja" ou lobista) que atua informalmente em favor da empresa. O que é levado em conta é o fato de haver atos praticados no interesse ou em benefício da pessoa jurídica.

A Lei n. 12.846/2013 superou a regra geral da exigência de comprovação de culpa impondo a responsabilidade objetiva à pessoa jurídica pelas ações dos seus prepostos pelos atos lesivos, previstos na própria lei, realizados em seu interesse ou benefício, exclusivamente ou não (art. 2º). Ou seja, é preciso que haja favorecimento da pessoa jurídica para que ela seja responsabilizada.

A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica não exclui a responsabilização individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural que tenha participado do ato ilícito, seja como autora, coautora ou partícipe. Porém, a responsabilidade dessas pessoas é subjetiva, necessitando ser aferida a respectiva culpa. Contudo, a pessoa jurídica responderá independentemente da responsabilidade individual das pessoas referidas (art. 3º).

Ainda que a Lei n. 12.846/2013 não preveja expressamente o direito de regresso da pessoa jurídica

contra a pessoa que praticou o ato ilícito, compreendemos que isso é possível em razão da regra geral do Código Civil, art. 283; porém, será preciso haver a comprovação da culpa do preposto, respondendo conforme os atos que praticou.

Conforme o art. 4º, subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária. Sendo caso de fusão ou incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis outras sanções, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.

Os atos lesivos à administração pública para os fins desta Lei n. 12.846/2013 são todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos (art. 5º):

I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV – quanto às licitações e aos contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da

licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V – dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

No plano administrativo, conforme o art. 6º, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos as sanções de: (i) multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e (ii) publicação extraordinária da decisão condenatória.

A Lei n. 12.846/2014 estabeleceu alguns critérios a serem observados para a aplicação das penalidades previstas por ela (art. 7º):

I – a gravidade da infração;

II – a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III – a consumação ou não da infração;

IV – o grau de lesão ou perigo de lesão;

V – o efeito negativo produzido pela infração;

VI – a situação econômica do infrator;

VII – a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

IX – o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

A instauração e o julgamento do processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica caberá à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. O órgão poderá atuar de ofício ou mediante provocação, devendo sempre ser observados os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 8º). No âmbito do Poder Executivo federal, a competência é CGU – Controladoria-Geral da União.

A Lei n. 12.843/2013, art. 14, dispõe sobre a possibilidade de haver a desconsideração da personalidade jurídica em processo administrativo que visa a apuração da responsabilidade de pessoa jurídica. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos (previstos pela própria Lei n. 12.843/2013) ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, sem prejuízo do respeitado ao contraditório e à ampla defesa.

O Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015, regulamenta a responsabilidade objetiva administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, cuja matéria é objeto da Lei n. 12.846/2013. Diga-se que a Lei n. 12.846/2013 trata da responsabilidade no âmbito civil e administrativo; o decreto regulamentador apenas da área administrativa.

Não podemos nos furtar em denunciar que o Decreto n. 8.420/2015 foi promulgado em um período bem complicado do ponto de vista político, sobretudo pelos escândalos de corrupção na empresa Petrobras. Tendo em vista que o Decreto foi elaborado às pressas, visando uma breve resposta à sociedade, ele de certa forma acaba repetindo muito do teor da Lei n. 12.846/2013.

Em suas disposições, o Decreto n. 8.420/2015 prevê: que a apuração da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica será feita por Processo Administrativo de Responsabilização (PAR); as condições para o cálculo de multas e sua forma de cobrança; regras para a celebração de acordo de leniência; a criação do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP).

Estados e municípios estão editando decretos com o intuito de regulamentar a aplicação da “lei anticorrupção” no âmbito de suas competências, estadual ou municipal. Por exemplo, o Decreto n. 55.107/2014 da cidade de São Paulo que disciplina a aplicação, no âmbito municipal, de dispositivos da Lei Federal n. 12.846/2013, como os procedimentos de investigação prévia e a instauração de processos administrativos. Também, o Estado de São Paulo regulamentou a lei pelo Decreto n. 60.106/2014, que estabelece, entre outras coisas, as pessoas competentes para instauração e julgamento de processo administrativo.

Frise-se que apenas com leis não se resolverá os problemas de corrupção no país – tanto é verdade que o nosso ordenamento jurídico antes mesmo da Lei n. 12.846/2013 já tinha o Decreto n. 5.687, de 31

de janeiro de 2006. Este decreto promulgou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003. Com a promulgação do Decreto n. 5.687/2006, o Brasil transformou em norma interna o teor de um tratado internacional sobre o combate à corrupção, o qual nosso país se tornou signatário em 9 de dezembro de 2003. Entre os vários aspectos deste decreto, destacamos as regras sobre cooperação internacional entre os países e a recuperação de ativos.

Contudo, é preciso ter em conta que as sanções civis e administrativas não impedem outras penalidades, especialmente de cunho criminal. Além disso, essa iniciativa vem como uma tentativa de minimizar os inúmeros problemas que o Brasil enfrenta no campo da corrupção e outros crimes relacionados.

Gabarito e comentários das questões

CAPÍTULO I

1-A. Comentário: Independentemente do seu objeto social, as sociedades cooperativas são sempre sociedades simples por força do parágrafo único do art. 982 do Código Civil, o que também está relacionado com a disposição da Lei n. 5.764/71 – Lei das Cooperativas –, art. 4º, que considera a cooperativa uma sociedade de pessoas não sujeita à falência.

2-D. Comentário: A natureza do estabelecimento é uma universalidade de fato, o que significa uma pluralidade bens singulares (aqueles que, embora reunidos, se consideram por si só independentes dos demais) pertencentes à mesma pessoa, tendo uma destinação unitária, à luz do art. 90 do Código Civil. Lembrando que, de fato, os bens que formam a universalidade podem ser objeto de relações jurídicas.

3-D. Comentário: Estabelecimento empresarial é o conjunto de bens utilizados pelo empresário para o desenvolvimento de sua atividade econômica. Por sua vez, trespasse significa alienação do estabelecimento e pode ser negociado. À luz do Código Civil, arts. 966, *caput*, e 1.150, empresário é gênero do qual são espécies empresário individual e sociedade empresária, sendo que, no regime jurídico para o trespasse, não há restrição quanto às espécies de empresário que podem negociar um estabelecimento, podendo envolver empresários individuais e/ou sociedades empresárias.

4-B. Comentário: O serviço do Registro Público de Empresas Mercantis é realizado pelas Juntas Comerciais, das quais são próprios os atos de efetuar o registro de ato constitutivo do empresário (individual e as sociedades empresárias, incluindo a comandita por ações), bem como as alterações e o cancelamento; arquivamento de documentos; autenticação dos instrumentos de escrituração empresarial; assentamento dos usos e das práticas mercantis; matrícula de leiloeiros, administradores de armazéns, tradutores e intérpretes comerciais; elaboração de tabela de preços dos serviços; elaboração dos regimentos internos etc., o que está disposto na Lei n. 8.934/94, art. 8º cc. art. 32.

5-A. Comentário: Existem duas espécies de livros de escrituração empresarial: obrigatórios e facultativos. O livro Diário é obrigatório a todos os empresários, exceto aos pequenos por estarem dispensados. Estes podem fazer uma escrituração simplificada, conforme dispõem os arts. 1.180, 1.179, §

2º cc. a Lei Complementar n. 123/2006 – Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Vale lembrar que o livro Diário pode ser substituído por fichas/folhas impressas por máquina de escrever ou computador (CC, art. 1.180). No caso da adoção de fichas, o livro Diário poderá ser substituído pelo livro Balancetes Diários e Balanços (CC, art. 1.185).

6-C. Comentário: De acordo com o Código Civil, nome empresarial é gênero do qual são espécies firma e denominação (CC, art. 1.155, *caput*). Firma está relacionada ao nome do(s) sócio(s) que consta no nome empresarial. Já na denominação deve constar o objeto da sociedade em seu nome empresarial. A sociedade limitada pode operar por firma ou denominação, devendo ter a palavra "Limitada", ou sua abreviação "Ltda.", sob pena de responsabilidade solidária e ilimitada dos administradores (CC, art. 1.158, § 3º).

7-A. Comentário: Essa possibilidade ocorre por força do art. 1.143 do Código Civil, ao prever que o estabelecimento pode ser objeto de trespasse/alienação, ou seja, objeto unitário de direitos e negócios jurídicos. Destaca-se que o efeito entre as partes ocorre imediatamente e contra terceiros somente após averbado no Registro Público de Empresas Mercantis (CC, art. 1.144). Além disso, pelos débitos anteriores, o alienante continua solidariamente responsável por *1* ano (CC, art. 1.146). E, por fim, o alienante não pode fazer concorrência com o adquirente por *5* anos, salvo autorização expressa no contrato de compra e venda (CC, art. 1.147).

8-B. Comentário: Conforme o art. 3º, inc. I, da Lei Complementar n. 123/2006, microempresa (empresário individual ou sociedade empresária) é aquela que tem receita bruta de até R$ 240.000,00 por ano. Não se deve esquecer que empresa de pequeno porte é aquela que tem receita bruta superior a R$ 240.000,00 até o limite de R$ 2.400.000,00 (art. 3º, inc. II). Essa era a resposta válida até 31-12-2011, após esta data os valores foram alterados para: microempresa – receita bruta anual limitada a R$ 360.000,00; empresa de pequeno porte – receita bruta anual entre R$ 360.000,00 e R$ 3.600.000,00 (LC n. 123/2006, art. 3º).

9-D. Comentário: A desconsideração da personalidade jurídica tem como consequência o fato de que os bens dos sócios podem ser atingidos em razão das dívidas da sociedade. Há uma implicação de responsabilidade pessoal e direta dos sócios pelas dívidas da sociedade, porque a separação patrimonial entre sociedade e seus sócios deixa de existir. Vale destacar que a desconsideração da personalidade jurídica é declarada pelo juiz quando estiver configurado o abuso da personalidade jurídica, conforme dispõe o art. 50 do Código Civil. O abuso da personalidade jurídica se configura pelo desvio de finalidade (com atitudes fraudulentas) ou pela confusão patrimonial.

10-E. Comentário: Incapacidade superveniente do empresário (aquela que ocorre posteriormente ao início da atividade, pois até então ele era capaz) não impede a continuidade do exercício da empresa

pelo agora incapaz. Para tanto, é necessário uma autorização judicial com a nomeação de um representante, seus pais ou autor da herança (CC, art. 974, *caput*). É importante destacar que a autorização judicial deve ser registrada no Registro Público de Empresas Mercantis (CC, art. 976, *caput*).

CAPÍTULO II

1-D. Comentário: Um processo produtivo, isto é, a maneira como o produto é fabricado, pode ser patenteado, o que ocorre por haver exclusividade de uso pelo seu titular, não podendo esse processo ser utilizado por terceiros no prazo concedido à patente, exceto com autorização do titular. Não existe exclusividade naquelas fases do processo de produção não cobertas pela patente. O fundamento para a patente de processo produtivo está no art. 42, inc. II, da Lei n. 9.279/96.

2-C. Comentário: À luz do art. 123, inc. I, da Lei n. 9.279/96, marca de produto ou de serviço é usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, mas que tem uma origem diversa. Já a marca coletiva é usada para identificar produtos ou serviços provenientes de membros de determinada entidade, podendo ser utilizada apenas por estes (Lei n. 9.279/96, art. 123, III). Por sua vez, a marca de alto renome é aquela muito conhecida pelas pessoas, nacional e internacionalmente, o que a faz merecedora de proteção em todos os ramos de atividades, quando registrada no Brasil (Lei n. 9.279/96, art. 125). E, por fim, marca notoriamente conhecida é aquela de conhecimento das pessoas que operam no mesmo ramo de atividade do titular da marca, sendo sua proteção neste ramo específico. Essas marcas têm proteção jurídica independentemente de estarem depositadas ou registradas, isso ocorre em cumprimento ao art. 6º *bis* (I) da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96, art. 126).

3-C. Comentário: Micro-organismo transgênico pode ser patenteado, seja como invenção, seja como modelo de utilidade, desde que preencha os requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial (Lei n. 9.279/96, art. 18, inc. III). O que for contrário à moral, aos bons costumes, à segurança, à ordem e à saúde pública não é patenteável (Lei n. 9.279/96, art. 18, inc. I). Entretanto, o sinal distintivo visualmente perceptível e não compreendido nas proibições legais não é patenteável, mas, sim, objeto de registro de marca (Lei n. 9.279/96, art. 122).

4-A. Comentário: A patente pertence ao empregador, ainda que com participação de empregado na pesquisa, desde que o contrato de trabalho tenha como objeto a pesquisa ou atividade inventiva. Somente pertencerá ao empregado quando ele utilizar recursos próprios e de forma desvinculada do seu contrato de trabalho com a empresa empregadora. Poderá pertencer a ambos, quando o empregado contribuir pessoalmente, mas com recursos do empregador (Lei n. 9.279/96, arts. 88, 90 e 91), pois, nesse caso, o

objeto do contrato de trabalho não é a pesquisa ou atividade inventiva.

5-A. Comentário: Letra, algarismo e data, isoladamente, não são registráveis como marca, conforme o disposto no art. 124, inc. II, da Lei n. 9.279/96. No entanto, poderá ser objeto de marca quando estiverem revestidos de suficiente forma distintiva. A título de exemplo, é o que ocorre com o "M" do McDonald's, passível de registro como marca por ser um "M" estilizado, de forma grande e arredondado, maiúsculo e amarelo.

6-D. Comentário: Lei n. 9.279/96 – Lei da Propriedade Industrial – estabelece as regras protetivas da propriedade industrial no Brasil. Isso ocorre mediante a concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade, registro de desenho industrial, registro de marca, bem como pela repressão à concorrência desleal e às falsas indicações geográficas, conforme dispõe o seu próprio art. 2º.

7-A. Comentário: A marca de produto ou de serviço é usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, mas que possui uma origem diversa, à luz do art. 123, inc. I, da Lei n. 9.279/96. Esse tipo de marca visa distinguir um produto (ou serviço) de outros parecidos que existam no mercado. Não se confundem com as marcas de certificação, ou seja, aquelas que atestam a conformidade com normas ou especificações técnicas, em especial quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada (Lei n. 9.279/96, art. 123, inc. II).

8-D. Comentário: À luz do art. 44, *caput*, da Lei n. 9.279/96, é assegurado ao titular da patente o direito de pleitear indenização contra quem explorou indevidamente o objeto patenteado. Essa proteção ocorre inclusive em relação à exploração realizada entre as datas da publicação do pedido e da concessão da patente, pois, durante esse período, o pedido da patente estava sob análise do INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial –, o que impede o exercício do direito de ação contra quem estava fazendo uso indevido da invenção.

9-C. Comentário: O registro de marca pode ser feito por todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, em conformidade com o previsto no art. 128, *caput*, da Lei n. 9.279/96. Deve-se lembrar que as pessoas jurídicas podem ser de direito público interno e externo (p. ex., União, Estados, Municípios, autarquias, ONU etc.) e de direito privado (associações, fundações, partidos políticos, entidades religiosas e sociedades), à luz dos arts. 40, 41 e 44 do Código Civil.

10-A. Comentário: Conforme o disposto no art. 22 da Lei da Propriedade Industrial – Lei n. 9.279/96 –, para ser aceito pelo INPI, o pedido de patente de invenção terá de se referir a uma única invenção ou a um grupo de invenções inter-relacionadas, de maneira a compreenderem um único conceito inventivo. É importante destacar que não é possível patentear o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança (Lei n. 9.279/96, art. 18, inc. I). O prazo de vigência da patente de invenção também é de *20* anos e o de modelo de utilidade é de *15* anos (Lei n. 9.279/96, art. 40). Por fim, a prescrição é de 5 anos

para reparação de dano causado aos direitos de propriedade industrial (Lei n. 9.279/96, art. 225).

CAPÍTULO III

1-D. Comentário: **X** é o sacado nessa relação cambial, o qual não teria obrigação de aceitar o título de crédito, mas uma vez aceito se torna o devedor principal. Considerando que o título foi circulado várias vezes por endosso, o último endossatário é o credor. Este, não tendo sucesso na cobrança junto ao devedor principal **X**, tem o direito de cobrar dos demais coobrigados, que, por sua vez, têm o direito regressivo contra aqueles que já eram coobrigados anteriormente. Dessa forma, **A**, por ter efetuado o pagamento, poderá cobrar dos coobrigados anteriores, ou seja, de **Y** e **Z**, e não daqueles que se tornaram coobrigados posteriormente, pois esses estão desonerados cambialmente.

2-D. Comentário: Entre os requisitos da nota promissória, previstos no Decreto n. 57.663/66 – Lei Uniforme –, art. 75, está a necessidade de o título ter a expressão "nota promissória". É importante ressaltar que também são requisitos desse título de crédito: nome do beneficiário, data do saque, assinatura do sacador, quantia.

3-B. Comentário: O cheque como título de crédito comporta como regra geral todos os institutos do direito cambial, exceto o que for incompatível com ele, como o aceite. Assim, o aval, como uma garantia fidejussória prestada por terceiro, pode garantir o pagamento de cheque, total ou parcialmente. Ressalte-se que o cheque deve ser apresentado para pagamento em *30* dias da sua data de emissão no caso de cheque da mesma praça/município (mesmo local de emissão e pagamento); já para cheque de outra praça (locais de emissão e pagamento distintos), o prazo é de *60* dias (Decreto n. 57.663/66 – Lei Uniforme –, art. 33). Além disso, ressalta-se o fato de que o sacado não pode endossar devido ao fato de ser devedor, sendo que endosso é ato privativo de quem é credor.

4-A. Comentário: Título de crédito nominativo é aquele que identifica o seu credor. Assim, a mera tradição não basta para a transferência, é necessário, além da tradição, outro ato jurídico. O título nominativo com cláusula à ordem circula mediante tradição e endosso. Se fosse um título nominativo com cláusula não à ordem, circularia mediante tradição e cessão de crédito.

5-C. Comentário: Não é necessário o protesto desse título para garantir o direito de cobrança contra os endossantes e seus respectivos avalistas. Associado a isso, é cabível a transferência da cédula de crédito bancário por endosso, mas desde que endosso em preto, o qual se identifica o endossatário/credor. Esse título somente pode ser emitido em favor de instituição financeira ou entidade a esta equiparada, sendo que, se a instituição estiver domiciliada no exterior, poderá ser emitida em moeda estrangeira.

6-A. Comentário: Duplicata é um título executivo extrajudicial (uma obrigação líquida) que poderá

embasar o pedido de falência, desde que tenha prova de seu protesto e de que a prestação de serviço tenha sido realizada, não necessitando do aceite efetivamente, uma vez que a Lei da Duplicata autoriza o protesto por indicação, não se esquecendo de que protesto é o ato formal que comprova o inadimplemento do devedor. E, por indicação, significa que o cartório efetuará o protesto com base nas indicações/informações fornecidas pelo credor, como pelo canhoto comprovando que o serviço foi prestado (ou, em outra hipótese, que a mercadoria foi entregue). Por último, a falência do devedor será decretada quando não pagar obrigação líquida, materializada em título(s) executivo(s) protestado(s) cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos na data do pedido da falência (combinação: Lei n. 5.474/68, arts. 13, § 1º, e 14; Lei n. 9.492/97, art. 23, parágrafo único; e Lei n. 11.101/2005, art. 94, inc. I).

7-D. Comentário: Com relação ao prazo para se realizar o protesto, a Lei do Protesto expressa que não cabe ao Tabelião de Protesto examinar questões prescricionais dos títulos; logo, o título poderá ser protestado a qualquer tempo, ficando a cargo de a pessoa protestada alegar prescrição ou caducidade. O tabelião avaliará tão somente os aspectos formais necessários ao protesto (Lei n. 9.492/97, art. 9º). Os casos de realização do protesto são por falta de pagamento, de aceite ou de devolução. No entanto, o protesto será necessariamente por falta de pagamento nas hipóteses de duplicata ou triplicata encaminhada a protesto, aceita ou não, depois de vencida (Lei n. 9.492/97, art. 21).

8-B. Comentário: Como título de crédito que é, à duplicata mercantil são aplicáveis os institutos jurídicos do Direito Cambial com suas respectivas regras, incluindo a emissão, o endosso, o aval etc., bem como os princípios norteadores deste sub-ramo do Direito Empresarial, ou seja, os princípios da cartularidade, literalidade e autonomia, à luz do art. 25 da Lei n. 5.474/68.

9-C. Comentário: As notas promissórias comportam quase todos os institutos do Direito Cambiário. A exceção fica por conta fundamentalmente do aceite, em especial pelo fato de que, neste título de crédito, tem-se uma promessa de pagamento em que o devedor promete que ele efetuará o pagamento ao credor, de determinado valor e em determinadas condições. Já em uma ordem de pagamento, como a letra de câmbio, o emissor dá ordem para que o sacado efetue o pagamento ao beneficiário, surgindo desse fato a figura do aceite do sacado como uma concordância à sua obrigação de pagar. Além disso, a nota promissória permite o vencimento a certo termo de vista, no qual o prazo começa a contar do visto do subscritor, devendo o título ser apresentado a este para ser vistado no prazo de um ano, conforme a inteligência do art. 78 cc. o art. 23 do Decreto n. 57.663/66 – Lei Uniforme.

10-E. Comentário: A duplicata é um título de crédito que opera em várias modalidades: duplicata mercantil, duplicata de prestação de serviços ou duplicata rural. Assim, para a emissão da duplicata mercantil, é necessário que tenha havido uma compra e venda mercantil, ou seja, entre empresários

(incluindo aqui a figura do comerciante). Já para emitir duplicata de prestação de serviços, deve ter ocorrido a efetiva prestação, por empresário ou profissional liberal.

CAPÍTULO IV

1-C. Comentário: Ações preferenciais são aquelas ações que têm privilégios aos seus titulares, como na distribuição de lucros. E justamente por conferirem ao acionista uma vantagem, podem limitar ou suprimir o direito de voto dele. Por sua vez, os valores mobiliários são formas de captação de recursos para financiamento de sociedade anônima, único tipo societário que pode emiti-los. Ações, debêntures, bônus de subscrição e partes beneficiárias são espécies de valores mobiliários à luz do art. 2º da Lei n. 6.385/76 e art. 46, § 1º, da Lei n. 6.404/76.

2-A. Comentário: Sociedade simples tem por objeto o desenvolvimento de atividades intelectuais, de natureza artística, científica e literária, à luz do parágrafo único do art. 966 do Código Civil. Por sua vez, sociedade empresária é aquela na qual seu objetivo social é a exploração de qualquer atividade econômica (exceto as intelectuais), ou seja, tem como finalidade desenvolver uma atividade, de forma profissional, economicamente organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, conforme o *caput* do art. 966 do Código Civil.

3-C. Comentário: Sociedade de capital significa que não importam os atributos/qualidades pessoais de cada sócio, pois qualquer pessoa pode ser sócia, como ocorre em geral com a sociedade anônima. Diferentemente, na sociedade de pessoas, os atributos/qualidades de cada sócio têm relevância à sociedade, sendo nesta vedado o ingresso de estranhos, caso um sócio queira vender suas quotas sociais, como regra geral.

4-D. Comentário: Na sociedade limitada, os sócios têm responsabilidade restrita (limitada) ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social. Tal regra está prevista no art. 1.052 do Código Civil.

5-D. Comentário: Quanto às regras jurídicas para o trespasse de estabelecimento empresarial, o alienante não pode fazer concorrência com o adquirente por *5* anos, o que quer dizer que não pode abrir o mesmo tipo de negócio num raio de distância que possa afetar a clientela do adquirente, salvo autorização expressa no contrato de compra e venda, conforme prevê o art. 1.147 do Código Civil.

6-B. Comentário: Os acionistas gozam de alguns direitos que são considerados essenciais, pois não podem ser privados deles, nem por previsão no estatuto social, nem por determinação da assembleia geral. E, entre esses direitos está o de preferência na subscrição de debêntures conversíveis em ações, conforme o que determina o art. 109, *caput*, e inc. IV, da Lei n. 6.404/76.

7-D. Comentário: Na sociedade simples, a nomeação do administrador poderá ser feita no próprio contrato social ou ato separado (procuração), devendo ser averbado no respectivo Registro Civil das Pessoas Jurídicas, de acordo com a redação do art. 1.012 do Código Civil.

8-C. Comentário: (válido até a entrada em vigor da Lei n. 12.431, de 24-6-2014, que alterou a redação do art. 146, *caput*, da Lei n. 6.404/76) Os membros do conselho de administração da sociedade anônima deverão ser pessoas naturais (não podem ser pessoas jurídicas) e acionistas da sociedade anônima. A seu turno, os diretores deverão ser pessoas naturais (não pessoas jurídicas), residentes no território nacional, podendo ser acionistas ou não da companhia, o que está de acordo com o art. 146, *caput*, da Lei n. 6.404/76.

Novo comentário: Os membros do conselho de administração (diretores e conselheiros de administração) deverão ser pessoas naturais, podendo ser acionistas ou não da companhia. Assim, não há mais a necessidade de o conselheiro de administração ser acionista como se exigia até 2011; antes, portanto, da reforma promovida pela Lei n. 12.431/2011, que alterou o *caput* do art. 146 da Lei n. 6.404/76.

9-D. Comentário: O cedente responde solidariamente com o cessionário por "dois" anos, a contar da averbação da modificação do contrato pelas obrigações da época em que era sócio, valendo tanto para responsabilidade perante a sociedade quanto perante terceiros, conforme o disposto no art. 1.003, parágrafo único, do Código Civil.

10-A. Comentário: Sendo um sujeito de direito personificado, a sociedade empresária tem consequentemente nome, patrimônio, domicílio, direitos e deveres próprios, dando-lhe autonomia aos seus sócios. Dessa forma, a sociedade é a responsável direta pelas obrigações e prejuízos causados diante de seus credores. Apenas em casos excepcionais os sócios poderão ser responsabilizados pelos prejuízos em relação a terceiros, mas isso não será de forma direta e solidária.

CAPÍTULO V

1-D. Comentário: Após analisar o pedido da recuperação judicial, o juiz, ao deferir o seu processamento, no mesmo ato, ordenará a suspensão das ações e execuções em curso contra o devedor, ou seja, antes da apresentação do plano aos credores (Lei n. 11.101/2005, art. 52). É a partir da publicação da decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial que o devedor terá o prazo, improrrogável, de *60* dias para apresentar em juízo o plano de recuperação judicial (Lei n. 11.101/2005, art. 53).

2-B. Comentário: O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens e interesses do falido, salvo ações trabalhistas e fiscais (Lei n. 11.101/2005, art. 76). Especificamente sobre o pedido de restituição, este deve ser feito junto ao juízo falimentar, de forma fundamentada e

descrevendo a coisa a ser devolvida (Lei n. 11.101/2005, art. 87, *caput*).

3-B. Comentário: O juiz poderá decretar a falência do empresário individual ou da sociedade empresária por inadimplemento de obrigação não sujeita à recuperação judicial, quando não se tratar de uma das hipóteses albergadas pela norma para fins de composição do plano de recuperação, conforme a dicção do art. 73, parágrafo único cc. o art. 94, ambos da Lei n. 11.101/2005.

4-D. Comentário: O administrador judicial tem direito à remuneração, a qual é fixada pelo juiz. Essa remuneração é considerada como crédito extraconcursal (aquele que não está compreendido na classificação dos créditos da falência), o qual deve ser pago com precedência aos direitos de crédito dos credores do devedor. Inteligência dos arts. 24 e 84 da Lei n. 11.101/2005.

5-A. Comentário: O resultado da decretação da falência do devedor ocorre em relação ao fato de que os credores somente poderão exercer seus direitos sobre os bens do falido nas condições previstas na norma falimentar. Entre os vários efeitos da decretação da falência estão: a formação da massa de credores; o vencimento antecipado dos créditos; a suspensão de todas as ações ou execuções individuais dos credores; a suspensão da fluência dos juros contra a massa falida. Inteligência dos arts. 6º, §§ 1º e 2º, 77, 115, e art. 124, *caput*, da Lei n. 11.101/2005.

6-C. Comentário: Créditos extraconcursais são aqueles que não estão compreendidos na classificação dos créditos da falência, sendo pagos com precedência, como às custas judiciais de processos em que a massa falida foi vencida, conforme prevê expressamente a Lei n. 11.101/2005, art. 84, inc. IV.

7-C. Comentário: Como regra geral, o juízo da falência é universal, quer dizer, é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens e interesses do falido. Às exceções ficam por conta das ações trabalhistas e fiscais, que correm perante órgãos judiciários especializados, quais sejam, varas do trabalho e varas das execuções fiscais, de acordo com o art. 76 da Lei n. 11.101/2005.

8-C. Comentário: Credores retardatários são aqueles que habilitam seu crédito após o prazo estabelecido de *15* dias para a habilitação. Na recuperação judicial, os titulares de créditos retardatários serão aceitos, mas não terão direito a voto nas deliberações da assembleia geral de credores, conforme disposição do art. 10, §§ 1º e 2º, da Lei n. 11.101/2005.

9-C. Comentário: Para fins criminais, a Lei n. 11.101/2005 estabelece, como condição objetiva de punibilidade, a indispensabilidade da sentença do juízo competente (de vara cível ou empresarial) nos autos do processo que: decretou a falência; concedeu a recuperação judicial; ou concedeu a recuperação extrajudicial de todos os credores, à luz do art. 180 da Lei n. 11.101/2005.

10-B. Comentário: Os sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais da Lei n. 11.101/2005, à luz do seu art. 179. São aqueles que podem ser o sujeito ativo de crime em caso de

falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial.

CAPÍTULO VI

1-A. Comentário: A representação comercial é exercida pelo representante comercial autônomo, que pode ser pessoa física ou jurídica, que faz a intermediação da realização de negócios mercantis, de forma não eventual, por conta de uma ou mais pessoas, obtendo propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, podendo ou não praticar atos relacionados com a execução dos negócios. Ressalte-se que não há relação de emprego entre as partes, ainda que a mediação para a realização de negócios se dê em caráter não eventual (Lei n. 4.886/65, art. 1º).

2-D. Comentário: Como regra geral, o contrato de franquia deve ser escrito e assinado na presença de duas testemunhas. Ele valerá independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público (Lei n. 8.955/94, art. 6º). Entretanto, para produzir efeitos diante de terceiros, o contrato deverá ser registrado no INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial, nos termos do previsto pelo art. 211, *caput*, da Lei n. 9.279/96.

3-D. Comentário: A ação renovatória é o instrumento processual para assegurar a proteção do ponto que vem sendo explorado, permitindo ao locatário obter a renovação do seu contrato de locação via judicial. O período para ajuizar a ação renovatória ocorre no penúltimo semestre de vigência do contrato, ou seja, num contrato de *5* anos (que é composto por dez semestres), a ação deve ser ajuizada durante os meses do nono semestre, conforme determinar o art. 51, § 5º, da Lei n. 8.245/91.

4-D. Comentário: O conteúdo da patente é indivisível e, por ser considerada um bem, pode ser objeto de cessão de direitos, total ou parcialmente. Havendo cessão de direitos de patente, ela deve ser registrada no INPI, com a qualificação do cessionário, sem prejuízo de outras informações. Ressalte-se que a cessão apenas produz efeitos diante de terceiros após a sua publicação. Todas essas regras valem para o pedido de patente (Lei n. 9.279/96, arts. 58 a 60).

5-B. Comentário: No passado, foram grandes as divergências jurisprudencial e doutrinária sobre o fato de a cobrança antecipada do valor residual garantido descaracterizar ou não o contrato de arrendamento mercantil, e assim caracterizá-lo como contrato de compra e venda a prazo. Mas o STJ editou a Súmula 293 a respeito da matéria: "A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil".

6-B. Comentário: Quando o contrato de distribuição tiver prazo indeterminado, poderá ser rescindido mediante aviso prévio de 90 dias, desde que transcorrido um lapso temporal suficiente para o agente ter recuperado seus investimentos, considerando a natureza e o vulto do que foi exigido dele, de acordo com

o art. 720 do Código Civil.

7-A. Comentário: Apesar de não haver relação de emprego entre as partes, ainda que a mediação para a realização de negócios se dê em caráter não eventual, em caso de falência do representado, as importâncias devidas ao representante (incluindo comissões, indenização e aviso prévio) serão consideradas créditos de natureza trabalhista, à luz do art. 44 da Lei n. 4.886/65.

8-C. Comentário: A compra e venda quando pura (ou seja, sem condição, encargo ou modo) é obrigatória e perfeita quando as partes chegarem a um acordo sobre o objeto e o preço do negócio, conforme o art. 482 do Código Civil. Não sendo pura, deverá haver acordo sobre coisa, preço e demais disposições estabelecidas.

9-D. Comentário: A circular deve ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo *10* dias antes da assinatura do contrato definitivo ou contrato preliminar de franquia, sob pena de anulação. Ocorrendo tal hipótese de descumprimento do prazo, o franqueado poderá arguir a anulabilidade do contrato e exigir a devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador (ou a terceiros por ele indicados), a título de taxa de filiação e *royalties*, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança, sem prejuízo de indenização por perdas e danos, conforme prevê expressamente o parágrafo único do art. 4º da Lei n. 8.955/94 – Lei de Franquia.

10-D. Comentário: Faturização, também conhecida como fomento mercantil ou *factoring*, significa a compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis (e de consumo) a prazo ou de prestação de serviços, sendo que, geralmente, essa operação está vinculada à: assessoria creditícia, gestão de crédito, seleção de riscos e administração de contas a pagar e a receber. Ressalta-se que as empresas de faturização, da mesma forma que as instituições financeiras, devem manter sigilo a respeito de suas operações.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. *Cartões de crédito e débito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Empresa individual*. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Protesto*: caracterização da mora, inadimplemento obrigacional. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 14. ed. rev. atual. e ampl. por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Cibernética e títulos de crédito. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: RT, n. 19, 1975.

ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas)*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*: de acordo com a Lei n. 11.101/2005. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Direito de empresa no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Teoria e prática dos títulos de crédito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. O pedido de restituição e os embargos de terceiro em face da nova lei de face da nova lei de falências. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ALVES, Jones Figueiredo. Comentários aos arts. 421 a 729. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Código Civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional*: aspectos fundamentais. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

ANDRADE, André Rennó Lima Guimarães de. UCP 600 – A nova publicação da Câmara de Comércio Internacional sobre créditos documentários. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/44895763/UCP-

600-artigo>. Acesso em: 9 abr. 2014.

ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzioni di diritto industriale*. Milano: Giuffrè, 1960.

_____. *Teoria geral dos títulos de crédito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. *Profili dell'impresa, in Rivista del Diritto Commerciale*, 1943, v. 41, I, tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, RT, n. 104, out./dez. 1996.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Jurisprudência não pode criar responsabilidade objetiva, só a lei. Análise das Súmulas 341, 489 e 492, do Supremo Tribunal Federal, e 132 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 743, set. 1997.

_____. Proposta de classificação da responsabilidade civil objetiva: pura e impura. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 698, dez. 1993, p. 10.

BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 3.

_____. Prefácio do livro de Newton Silveira. *Estudos e pareceres de propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1969.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7.

BENETI, Sidnei Agostinho. O processo de recuperação judicial. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falências comentada*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos comerciais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. *Teoria e prática da concorrência desleal*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOITEUX, Fernando Netto. *Títulos de crédito (em conformidade com o novo Código Civil)*. São Paulo: Dialética, 2002.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

_____. *Manual das sociedades anônimas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1984.

_____. *Sociedades comerciais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1987.

_____. *Títulos de crédito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1982.

CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la consommation*. Paris: Dalloz, 1992.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato. *Falência e recuperação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. I.

_____. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. VI.

CASTRO, Aldemário Araújo. Os meios eletrônicos e a tributação. In: Reinaldo Filho, Demócrito (Coord.). *Direito da informática:* temas polêmicos. Bauru: Edipro, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CHAVES, Antonio. *Lições e direito civil* – obrigações – contratos em espécie. São Paulo: RT, 1977. v. IV.

COASE, Ronald H. The nature of the firm. In: *The firm, the market and the Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

_____. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

_____. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

_____. *Manual de direito comercial*: direito de empresa. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. Factoring. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, RT, n. 6, 1972.

_____. *Direito empresarial* – estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COSTA, Leonardo Honorato. Abuso do direito de voto nas sociedades limitadas: remédios judiciais. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 4, jul./ago. 2014.

COSTA, Wille Duarte. *Títulos de crédito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DE LUCCA, Newton. *A cambial-extrato.* São Paulo: RT, 1985.

_____. *Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Da ética geral à ética empresarial*. Tese (Concurso para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DORIA, Dylson. *Curso de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

_____. *Curso de direito comercial*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de falência e recuperação de empresas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de direito comercial* – os contratos mercantis e os títulos de crédito. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. 3.

_____. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 8.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Manual de direito comercial*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Direito empresarial I*: o empresário e seus auxiliares, o estabelecimento empresarial, as sociedades. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; SZTAJN, Rachel. *Direito empresarial II*: sociedade anônima, mercado de valores mobiliários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FRONTINI, Paulo Salvador. Títulos de crédito e títulos circulatórios: que futuro a informática lhes reserva? Rol e funções à vista de sua crescente desmaterialização. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 730, ago. 1996.

GAGGINI, Fernando Schwarz. *A responsabilidade dos sócios nas sociedades empresárias*. São Paulo: LEUD, 2013.

GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*. Padova: CEDAM, 1990.

_____. *Storia del diritto commerciale*. Bologna: Il Mulino, 1976.

GAMA CERQUEIRA, João da. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1946. v. 1.

_____. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1946. v. 2.

GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia universale del diritto commerciale. Prima traduzione italiana a cura di Vittorio Pouchain e Antonio Scialoja*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinense, 1913.

GUERREIRO, Marcelo da Fonseca. *Seguros privados:* doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2004.

HOLTZ, Sérgio Vieira. *Tudo sobre consórcio*. 2. ed. São Paulo: Hermes, 1989.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

JO, Hee Moon. *Moderno direito internacional privado*. São Paulo: LTr, 2001.

LACERDA, Paulo M. de. *Do contrato de abertura de crédito*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1929.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1960.

LOBO, Jorge. Da recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Trad. de Fabiano Menke. São Paulo: RT, 2004.

MACHADO, Silvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

_____. *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. **O direito concursal das sociedades cooperativas e a lei de recuperação de empresas e falência.** Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: títulos de crédito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 3.

_____. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2005.

_____; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Holding familiar e suas vantagens*: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. São Paulo: Atlas, 2011.

MANDEL, Júlio Kahan. *Nova lei de falências e recuperação de empresas anotada*: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. II.

_____. *Curso de direito comercial*: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio. 31. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, João Marcos Brito. *Direito de seguro:* responsabilidade civil das seguradoras. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.

MOLLE, Giacomo. *I contratti bancari*. Aggiornata alle norme bancarie uniformi e alla dottrina e giurisprudenza più recenti. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1973.

NEGRÃO, Ricardo. *Direito empresarial*: estudo unificado. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Manual de direito comercial e de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. II.

NORONHA, Ilene Patrícia de. *Securitização de recebíveis comerciais e industriais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Da recuperação extrajudicial. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PENTEADO, Mauro Rodrigues (Coord). *Títulos de crédito*: teoria geral e títulos atípicos em face do novo Código Civil, títulos de crédito eletrônico. São Paulo: Walmar, 2004.

_____. Disposições preliminares. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*: Lei 11.101/2005. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Alexandre Demetrius. *A empresa individual de responsabilidade limitada*. Disponível em: <http://www.blogdireitoempresarial.com.br/2011/06/empresa-individual-de-responsabilidade.html>. Acesso em: 8 ago. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. III (Fontes das obrigações).

_____. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado:* teoria e prática. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

_____. *Curso de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Manual do novo direito comercial*. São Paulo: Dialética, 2006.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.

_____. *Direito civil*: responsabilidade civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil* – história, direito e economia. São Paulo: Malheiros, 2014.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Estabelecimento, uma universalidade de fato ou de direito?. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 71, ago. 2003.

SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e a nova lei de propriedade industrial*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Estudos e pareceres de propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Licença de uso de marca (e outros sinais) no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982.

_____. *Propriedade intelectual:* propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial. 4. ed. São Paulo: Manole, 2011.

SOARES, José Carlos Tinoco. *Lei de patentes, marcas e direitos conexos*. São Paulo: RT, 1997.

SOUZA, Silney de. *Seguros:* contabilidade, atuária e auditoria. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. Da recuperação extrajudicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*: Lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2003.

_____. *Direito internacional privado*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.

SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa*: atividade empresária e mercados. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A disciplina do aval no novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Malheiros, n. 128, out./dez. 2002.

TEIXEIRA, Tarcisio. *Curso de direito e processo eletrônico*: doutrina, jurisprudência e prática. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Comércio eletrônico*: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Compromisso e promessa de compra e venda*: distinções e novas aplicações dos contratos preliminares. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Aplicação do CDC aos contratos celebrados eletronicamente – uma visão da análise econômica do direito. In: KEMPFER, Marlene; ARAÚJO JÚNIOR, Miguel Etinger (Coords.). *Direito negocial & relações de consumo*. Birigui, SP: Boreal Editora, 2013.

_____. Nome empresarial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 108, São Paulo, 2013.

_____. A recuperação judicial de empresas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 106/107, São Paulo, 2011/2012.

_____. Inadimplemento nos contratos empresariais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 141, São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Arras ou sinal nos contratos empresariais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 142, São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Internet: o conceito da atividade empresarial de provimento de acesso para fins tributários. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo: RT, n. 71, nov./dez. 2006.

_____. Obrigações e contratos empresariais no novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 137. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Cancelamento de contrato de seguro por sinistralidade sazonal – abusividade – aplicação do CDC. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 139, São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Contrato preliminar empresarial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, São Paulo, 2006.

_____. Os interesses das empresas e dos empregados no uso do *e-mail*. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Direito e internet* – aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2.

_____; LOPES, Alan Moreira. *Direito das novas tecnologias:* legislação eletrônica comentada, *mobile law* e segurança digital. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Arbitragem eletrônica. In: MUNIZ, Tânia Lobo; ARAÚJO JÚNIOR, Miguel Etinger (Org.). *Estudos em direito negocial e os mecanismos contemporâneos de resolução de conflitos*. Birigui, SP: Boreal Editora, 2014.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *Direito civil, notarial & registral*. Curitiba: Camões, 2008.

TÔRRES, Heleno. *Direito tributário e direito privado:* autonomia privada, simulação, elusão tributária. São Paulo: RT, 2003.

TZIRULNIK, Luiz. *Empresas & empresários*: no novo Código Civil. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 11.101/2005 (nova Lei de Falências). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983. v. 1.

VALVERDE, Trajano Miranda. *Comentários à lei de falências*. 4. ed. atualizada por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

VASCONCELOS, Justino. *Das firmas e denominações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: contratos em espécie. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. III.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Agente fiduciário do consumidor em compras pela internet: um novo negócio nascido da criatividade mercantil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. n. 118. São Paulo: Malheiros, abr./jun. 2000.

_____. Arranjos e instituições de pagamento (regulamentação e crítica). *Revista de Direito Empresarial*. n. 1. São Paulo: RT, jan./fev. 2014.

_____. Atividade mercantil. Ato de comércio. Mercancia. Matéria de comércio. Comerciante. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. n. 47. São Paulo: RT, jul./set. 1982 (Nova série).

_____. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.

_____. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 2.

_____. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2008. v. 3.

_____. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2011. v. 4. t. I.

_____. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. Falência – desconsideração da personalidade jurídica. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, Malheiros, n. 120, out./dez. 2000.

VIVANTE, Cesare. *Elementi di diritto commerciale*. Milano: Ulrico Hoepli, 1936.

Índice alfabético-remissivo

a

Abuso do poder de controle, 4.8.6.3.3.
Ação de anulação/substituição cambial, 3.2.8.3.
Ação de regresso, 3.2.8.2.
Ação monitória, 3.2.8.4.
Ação renovatória, 1.5.5.
Ação revocatória, 5.6.8.1.
Aceite, 3.2.2.
Acionista, 4.8.6.; minoritário, 4.8.6.2.; controlador, 4.8.6.3.
Ações cambiais, 3.2.8.; meios de defesa, 3.2.8.5.; prescrição, 3.2.8.5.1.
Ações: valores mobiliários, 4.8.3.; 4.8.4.; de fruição/gozo, 4.8.4.3.; ordinárias, 4.8.4.1.; preferenciais, 4.8.4.2.
Administração: sociedade, 4.4.3.; 4.7.3.; sociedade anônima, 4.8.7.2.; Governança corporativa, 4.8.10
Administrador judicial, 5.4.6.; 5.4.8.
Administradores: deveres, 4.8.7.2.3.; responsabilidade, 4.8.7.2.4.
Agência: contrato, 6.2.12.
Alienação de controle, 4.8.9.
Alienação fiduciária, 6.2.6.
Apuração de haveres, 4.4.5.7.
Arbitragem, 6.3.
Arranjos e instituições de pagamento, 6.2.8.7.
Arrecadação, avaliação e custódia dos bens, 5.6.6.
Arrendamento mercantil, 6.2.5.
Assembleia: sócios, 4.7.5.1.
Assembleia geral: sociedade anônima, 4.8.7.1.
Assembleia geral de credores, 5.4.9.
Assinatura digital, 3.9.; 6.2.19.
Atividade: artística, 1.2.5.1.; científica, 1.2.5.1.; empresarial, 1.2.4.; intelectual, 1.2.5.; literária, 1.2.5.1.; negocial, 1.1.3.1.
Atos de comércio, 1.1.1.1.
Atos *ultra vires*, 4.4.3.1.
Autofalência, 5.6.5.2.1.
Autonomia patrimonial (separação patrimonial), 1.2.8.
Auxiliares (do comércio/do empresário), 1.7.3.
Aval, 3.2.4.; recuperação de empresas, 5.4.2.1.
Aval bancário, 6.2.8.5.
Aviamento, 1.5.1.

B

Baixa (extinção): sociedade, 4.1.5.
Balanço de resultado econômico, 1.8.1.1.
Balanço patrimonial, 1.8.1.1.
Boleto bancário, 3.4.3.
Bolsa de Valores, 4.8.3.1.
Bônus de subscrição, 4.8.3.6.

C

CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), 4.12.1.; 2.7.1.
Capital integralizado, 4.7.1.
Capital social, 4.7.2.; aumento e redução, 4.7.2.
Capital subscrito, 4.7.1.
Cartão de crédito, 6.2.8.4.
Cartão de débito, 6.2.8.3.
Cédula de crédito: imobiliário e bancário, 3.7.4.
Cédula de produto rural (CPR), 3.7.5.
Cédula e nota de crédito: rural, industrial, comercial e à exportação, 3.7.4.
Central de balanços (CB), 1.8.5.1.7.
Certificação eletrônica, 3.9.; 6.2.19.
Certificado de depósito agropecuário, 3.7.2.
Certificado de depósito bancário, 3.7.6.
Cessão de quotas, 4.4.2.2.; 4.4.5.2.; 4.7.2.
Cessão de crédito, 3.2.3.1.
Cessão de marca, 2.6.4.
Cessão de patente, 2.6.2.
CGSIM, 1.4.4.
Cheque, 3.3.; sustação e revogação, 3.3.3.
Cheque eletrônico, 3.3.10.
Cisão, 4.12.5.
Classificação dos créditos: falência, 5.6.2.
Cláusula compromissória, 6.3.1.
Clientela, 1.5.2.
Código Comercial de 1850, 1.1.1.3.1.
Código Comercial (Projeto de Lei), 1.1.8.
Código de Defesa do Consumidor (CDC), 6.1.8.1.
Comércio, 1.1.3.1.
Comércio eletrônico, 1.1.3.1.1.; 6.2.19.
Comissão de Valores Mobiliários (CVM), 4.8.3.3.
Comissão mercantil, 6.2.14.
Comitê de credores, 5.4.7.; 5.4.8.
Comitê Gestor do Simples Nacional, 1.4.4.
Commercial papers, 4.8.3.8.
Companhia, 4.8.; 4.8.2.
Compra e venda mercantil, 6.2.1.
Compromisso arbitral, 6.3.2.
Concessão mercantil, 6.2.16.
Concordata: preventiva, 5.2.2.; suspensiva, 5.2.1.
Concorrência desleal, 2.6.
Cônjuges: sociedade, 1.3.2.
Conhecimento de depósito, 3.7.1.
Conhecimento de transporte/frete/carga, 3.7.3.; eletrônico (CT-e), 1.8.5.1.5.
Conselho de administração, 4.8.7.2.1.
Conselho fiscal, 4.7.4.; 4.8.7.3.
Consórcio, 6.2.10.
Constituição Federal, 1.1.5.
Conta-corrente, 6.2.8.2.2.
Conta poupança, 6.2.8.2.1.
Contabilidade eletrônica, 1.8.5.
Contabilidade empresarial, 1.8.
Contabilista (contador), 1.7.2.; responsabilidade, 1.7.2.1.
Contrato de abertura de crédito, 6.2.8.1.
Contrato de depósito bancário, 6.2.8.2.
Contrato eletrônico, 6.2.19.
Contrato empresarial, civil e de consumo: conceitos e distinções, 6.1.8.
Contrato empresarial: espécies, 6.2.; peculiaridades, 6.1.6.

Contrato social, 4.4.1.; pacto separado, 4.4.1.2.
Contrato: classificação, 6.1.7.; conceito, 6.1.1.; extinção, 6.1.4.; fases da contratação, 6.1.2.; teoria geral, 6.1.
Contratos bancários, 6.2.8.
Contratos internacionais, 6.2.20.
Controlador: acionista, 4.8.6.3.
Controle Fiscal Contábil de Transição (FCONT), 1.8.5.1.6.
Cooperativas, 4.10.; falência e recuperação de empresas, 5.3.3.2.
Corporações de Ofícios e de Artes, 1.1.1.
Corretagem, 6.2.15.
Cotas (quotas) sociais, 4.7.2.
Cram down, 5.5.1.5.3.
Crédito documentário, 6.2.8.6.
Créditos extraconcursais: falência, 5.6.3.
Credores retardatários, 5.4.4.1.
Criptografia, 6.2.19.
Crimes concursais falimentares, 5.7.
CUP – Convenção da União de Paris, 2.1.

D

Dano moral, 6.1.3.1.3.
Danos emergentes, 6.1.3.1.1.
Debêntures, 4.8.3.5.
Decisões sociais, 4.4.3.3.; 4.7.5.; quóruns de votação, 4.7.5.2.
Decretação da falência, 5.6.5.; efeitos, 5.6.7.
Decreto-lei n. 7.661/45, 5.2.
Demonstrações contábeis, 1.8.1.
Denominação, 1.6.2.
Denominação de origem, 2.5.2.
Desacordo comercial, 3.3.3.
Desconsideração da personalidade jurídica, 4.1.4.1.; inversa (ou invertida), 4.1.4.1.1.
Desconto: operação, 3.2.9.
Desenhos industriais, 2.3.
Destinatário final, 6.1.8.1.1.
Devedor do INSS, 1.3.1.4.
Direito Comercial, 1.1.1.4.
Direito de regresso, 3.2.8.2.
Direito de retirada, 4.4.5.2.
Direito Empresarial: conceito, 1.1.2.;sub-ramos, 1.1.6.
Diretoria, 4.8.7.2.2.
Dissolução: sociedade, 4.1.5.; 4.4.6.; 4.7.7.
Distribuição: contrato, 6.2.12.
Dividendos, 4.4.5.2.; 4.8.6.1.
DNRC, 1.4.1.
Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica (DANFE), 1.8.5.1.3.1.
DREI, 1.4.1.
Duplicata, 3.4.
Duplicata virtual, 3.4.3.

E

E-marcas, 2.1.1.1.
E-patentes, 2.1.1.1.
EIRELI (Empresa individual de responsabilidade limitada), 1.2.9.
Elemento de empresa, 1.2.5.3.
Empreendedor individual, 1.2.11.
Empresa, 1.1.1.2.; 1.2.3.; 1.2.4.; Crise, 5.3.1.; preservação, 4.1.5.5.; 5.3.2.
Empresário, 1.2.; inscrição, 1.2.6.; individual, 1.2.7.; irregular, 1.2.13.; rural, 1.2.12.; capacidade, 1.3.; conceito, 1.2.1.; estrangeiro, 1.3.1.5.; impedimentos, 1.3.1.; incapacidade, 1.3.1.; incapacidade superveniente, 1.3.1.6.; 4.4.5.4.; microempresa, 1.2.10.; obrigações, 1.2.6.
Endosso, 3.2.3.

EFD-Contribuições (PIS/COFINS), 1.8.5.1.2.1.
EFD-Social, 1.8.5.1.2.2.
EPP (empresário de pequeno porte), 1.2.10.; recuperação judicial, 5.5.2.
Escrituração contábil, 1.8.; a prova, 1.8.3.
Escrituração Contábil Digital (ECD), 1.8.5.1.1.
Escrituração Fiscal Digital (EFD), 1.8.5.1.2.
Estabelecimento, 1.5.
Estabelecimento virtual, 1.5.6.
Estabelecimento: trespasse/alienação, 1.5.3.
Estrangeiro: empresário, 1.3.1.5.
Exclusão de sócio, 4.4.5.; 4.7.6.
Execução judicial: títulos de crédito, 3.2.8.1.
Extinção (baixa): sociedade, 4.1.5.

F

Factoring, 6.2.7.
Falência, 5.6.; encerramento, 5.6.11.; juízo competente, 5.4.; cooperativa, 5.3.3.2.
Falência de sócio, 4.4.5.5.
Falido: direitos e deveres, 5.6.5.9.; extinção das obrigações, 5.6.12.; falido não reabilitado, 1.3.1.1.
Faturização, 6.2.7.
Fiança, 3.2.4.1.; recuperação de empresa, 5.4.2.1.
Fiança bancária, 6.2.8.5.
Filial: abertura, 4.4.1.5.
Firma, 1.6.1.
Fontes: Direito Empresarial, 1.1.4.
Fórum Permanente das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, 1.4.4.
Franquia, 6.2.11.
Frete (contrato), 6.2.18.
Função social da empresa, 4.1.5.5.; 4.8.6.3.2.
Funcionário público, 1.3.1.2.
Fundo de comércio, 1.5.4.
Fusão, 4.12.4.

G

GATT – Acordo Geral de Tarifas e Comércio, 2.1.
Gerente, 1.7.1.
Gestão de pagamento (pagamento caucionado), 6.2.8.7.
Gestor judicial, 5.5.1.8.1.
Governança corporativa, 4.8.11.

H

Habilitação de créditos, 5.4.4.
Haveres (apuração), 4.4.5.7.
Holding, 4.11.1.

I

Impugnação de créditos, 5.4.5.
Inabilitação empresarial, 5.6.5.8.
Inadimplemento contratual, 6.1.3.
Incapacidade superveniente: empresário, 1.3.1.6.; 4.4.5.4.; exclusão de sócio, 4.4.5.4.
Incorporação, 4.12.3.
INCOTERMS (Termos Internacionais do Comércio), 6.2.20.2.
Indicação de procedência, 2.5.1.
Indicação geográfica, 2.5.
Infração da ordem econômica, 2.7.1.
INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial, 2.1.1.
Inscrição do empresário, 1.2.6.
Insígnia, 1.6.4.
Internet, 1.1.3.1.1.; 6.2.19.
Invenções, 2.2.1.

J

Joint venture, 4.12.6
Junta Comercial, 1.4.1.

K

Know-how: contrato, 2.6.

L

Leasing, 6.2.5.; valor residual garantido, 6.2.5.5.
Lei anticorrupção, 7.1.
Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), 6.2.20.3.
Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), 6.2.20.3.
Legislação estrangeira: aplicação, 6.2.20.3.
Letra de câmbio, 3.5.
Letra imobiliária, 3.7.7.
Lex mercatoria, 6.2.20.1.
Licença para exploração de patente, 2.6.1.
Licença para uso de marca, 2.6.3.
Limitação de responsabilidade, 1.2.8.
Liquidação: sociedade, 4.1.5.
Livre-iniciativa, 1.1.5.
Livro de Apuração do Lucro Real Eletrônico (E-LALUR), 1.8.5.1.8.
Livros obrigatórios e facultativos, 1.8.2.
Locação mercantil, 6.2.3.
Lucros cessantes, 6.1.3.1.2.
Lucros: participação, 4.4.2.2.1.

M

Mandato mercantil, 6.2.14.
Marcas, 2.4.; prazo, 2.4.; e-Marcas, 2.1.1.1.; marca sonora, olfativo-aromática, tátil e gustativa, 2.4.1.
Marca de referência (consagrada), 2.4.9.
Marca tridimensional, 2.4.7.
Marca virtual, 2.4.8.
Marco Civil da Internet, 1.1.3.1.1.; 6.2.19.
Massa falida, 5.6.1.
ME (microempresa), 1.2.10. ; recuperação judicial, 5.5.2.
Mediação, 6.2.15.
MEI (microempreendedor individual), 1.2.11.
Mercado, 1.2.3.
Mercado de Balcão, 4.8.3.2.
Microempresário, 1.2.10.; recuperação judicial, 5.5.2.
Militar, 1.3.1.3.
Minoritário: acionista, 4.8.6.2.
Modelos de utilidade, 2.2.2.
Monopólio, 4.12.1.
Monopsônio, 4.12.1.
Morte de sócio, 4.4.5.1.

N

Nome empresarial, 1.6.
Nome fantasia, 1.6.3.
Nota Fiscal Eletrônica, 1.8.5.1.3.; estadual, 1.8.5.2.1.; municipal, 1.8.5.2.2.
Nota promissória, 3.6.
Novação (recuperação de empresa), 5.5.1.5.3., 5.4.2.1.

O

Obrigações do empresário, 1.2.6.
Obrigações do falido: extinção, 5.6.12.
Offshore, 4.11.1.
Oligopólio, 4.12.1.

Oligopsônio, 4.12.1.
OMC – Organização Mundial do Comércio, 2.1.
OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual, 2.1.
OPA – oferta pública de aquisição do controle, 4.8.10.

P

Pagamento, 3.2.6.
Pagamento caucionado (gestão de pagamento), 6.2.8.7.
Pagamento dos credores: falência, 5.6.10.
Pipeline (patentes), 2.2.4.
Par conditio creditorum (princípio), 5.6.2.
Parceria público-privada, 6.2.24.
Partes beneficiárias, 4.8.3.7.
Partilha: sociedade, 4.1.5.4.
Patentes, 2.2.; prazo, 2.2.1.1.; 2.2.2.1.; e-patentes, 2.1.1.1.; *pipeline*, 2.2.4.
Pedido de restituição, 5.6.4.
Penhora (quotas, ações, empresa, estabelecimento, faturamento e lucro), 4.1.6.
Pequeno empresário, 1.2.10.
Perdas e danos, 6.1.3.1.
Perfis da empresa, 1.2.3.
Personalidade jurídica, 4.1.4.
Poder de controle, 4.8.6.3.1.; abuso, 4.8.6.3.3.
Ponto, 1.5.4.
Prejuízos: participação, 4.4.2.2.1.
Prepostos, 1.7.
Prestação de serviço empresarial, 6.2.2.
Preservação da empresa (princípio), 4.1.5.4.; 5.3.2.
Pro labore, 4.4.5.2.
Projeto de Código Comercial, 1.1.8.
Propriedade industrial, 2.1.
Protesto, 3.2.7.

Q

Quotas (cotas) sociais, 4.7.2.

R

Realização do ativo, 5.6.9.
Recuperação de empresas, 5.5.; juízo competente, 5.4.; cooperativa, 5.3.3.2.
Recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte, 5.5.2.
Recuperação extrajudicial, 5.5.3.
Recuperação judicial, 5.5.1.
REDESIM, 1.4.3.
Registro, 1.4.
Registro Civil das Pessoas Jurídicas, 1.4.2.; 4.4.1.3.
Registro Público de Empresas Mercantis, 1.4.1.
Reorganização societária, 4.12.
Representação comercial, 6.2.13.
Resolução de contratos bilaterais e unilaterais, 5.6.7.1.
Responsabilidade pessoal de sócio, 5.6.10.1.
Reunião: sócios, 4.7.5.1.

S

Saque, 3.2.1.
SCPC, 3.3.3.
Securitização de crédito, 6.2.9.
Segredo empresarial, 2.1.2.
Segredo industrial, 2.1.2.
Seguro, 6.2.17.; patrimonial, 6.2.17.1.; pessoal, 6.2.17.2.
Separação patrimonial (autonomia patrimonial), 1.2.8.
Serasa, 3.3.3.

Shopping center, 6.2.4.
Sinais distintivos, 2.4.1.
Sociedade anônima, 4.8.; aberta, 4.8.5.2.; fechada, 4.8.5.1.
Sociedade controlada, 4.11.2.
Sociedade controladora (*holding*), 4.12.1.
Sociedade de simples participação, 4.11.4.
Sociedade dependente de autorização, 4.13.
Sociedade em comandita por ações, 4.9.
Sociedade em comandita simples, 4.6.
Sociedade em comum, 4.2.
Sociedade em conta de participação, 4.3.
Sociedade em nome coletivo, 4.5.
Sociedade empresária, 1.2.8.
Sociedade entre cônjuges, 1.3.2.
Sociedade estrangeira, 4.13.2.
Sociedade filiada, 4.11.3.
Sociedade limitada, 4.7.
Sociedade nacional, 4.13.1.
Sociedade simples, 4.4.
Sociedades, 4.1.; classificação, 4.1.7.; resolução, 4.4.5.
Sociedades coligadas, 4.11.;
Sócios: direitos e obrigações, 4.4.2.; falta grave, 4.4.5.3.; morte de sócio, 4.4.5.1.; responsabilidade pessoal, 5.6.10.1.
Software: contrato, 2.6.5.
SPE – Sociedade de propósito específico, 4.12.7.
SPED – Sistema Público de Escrituração Digital, 1.8.5.1.
Subsidiária integral, 4.8.8.
Spread bancário, 6.2.8.2.1.
Sucessão tributária, trabalhista e acidentária: falência, 5.6.9.3.

T

Tag along, 4.8.9.
Take over, 4.8.10.
Teoria da aparência, 4.4.3.2.
Teoria da perda de uma chance, 6.1.3.1.4.
Teoria poliédrica, 1.2.3.
Teoria *ultra vires*, 4.4.3.1.
Termo legal da falência, 5.6.5.7.
Termos Internacionais do Comércio (INCOTERMS), 6.2.20.2.
Título de crédito eletrônico, 3.9.
Título de estabelecimento, 1.6.3.
Títulos de crédito, 3.1.; classificação, 3.1.7.; Código Civil, 3.8.; prescrição, 3.2.8.5.1.; princípios, 3.1.6.
Transferência de tecnologia, 2.6.
Transformação, 4.12.2.
Transgênicos, 2.2.3.
Transporte, 6.2.18.; cumulativo, 6.2.18.3.; de coisas, 6.2.18.2.; de pessoas, 6.2.18.1.
Trapicheiro, 1.7.3.
Triplicata, 3.4.1.; 3.2.7.
TRIPs – Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, 2.1.

U

Unificação dos diplomas obrigacionais, 6.1.5.
Usos e costumes, 1.1.4.1.

V

Valores mobiliários, 4.8.3.
Vencimento, 3.2.5.
Verificação de créditos, 5.4.3.

W

Warrant: título de crédito, 3.7.1.

Warrant agropecuário, 3.7.2.

1 Levin Goldschmidt. *Storia universale del diritto commerciale*: prima traduzione italiana a cura di Vittorio Pouchain e Antonio Scialoja. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinense, 1913, p. 20-24.

2 Conforme Fábio Ulhoa Coelho, que credita a notícia a Tullio Ascarelli. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 12.

3 Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1, p. 29-39.

4 Ricardo Negrão. *Direito empresarial*: estudo unificado. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 3.

5 Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 139.

6 Rubens Requião. *Curso de direito comercial*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 18 e s.

7 Cesare Vivante. *Elementi di diritto commerciale*. Milano: Ulrico Hoepli, 1936. p. 1.

8 Levin Goldschmidt. *Storia universale del diritto commerciale*. p. 7.

9 Rubens Requião. *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 20-22.

10 Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 28.

11 Rubens Requião. *Curso de direito comercial,* v. 1, p. 25.

12 Levin Goldschmidt. *Storia universale del diritto commerciale*. p. 5.

13 Alfredo Rocco. *Princípios de direito comercial*. São Paulo: Saraiva & Cia., 1931 *apud* Rubens Requião. *Curso de direito comercial,* v. 1, p. 4.

14 Cesare Vivante. *Elementi di diritto commerciale*. Milano: Ulrico Hoepli, 1936. p. 1.

15 Para um estudo mais aprofundado acerca do comércio eletrônico, veja Tarcisio Teixeira. *Curso de direito e processo eletrônico*: doutrina, jurisprudência e prática. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015; e Tarcisio Teixeira. *Comércio eletrônico*: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do *e-commerce* no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015.

16 Top 20 countries with the highest number of internet users. Disponível em: <www.internetworldstats.com/top20.htm>. Acesso em: 21 maio 2014.

17 Evolução da internet e do e-commerce. Disponível em: <http://www.e-commerce.org.br/stats.php>. Acesso em: 6 fev. 2015. Estes números não consideram as vendas de automóveis, passagens aéreas e leilões on-line.

18 Sobre *e-commerce* e aplicação da legislação à contratação eletrônica, veja Tarcisio Teixeira. *Curso de direito e processo eletrônico*: doutrina, jurisprudência e prática. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 201 e s.

19 Para um estudo sobre o Marco Civil da Internet, veja Tarcísio Teixeira, *Comércio eletrônico* (no

prelo).

20 A seguir transcrevemos a ementa de uma decisão do STJ muito ilustrativa a respeito dos usos e costumes: Comercial. Recurso especial. Ação de cobrança. Prestação de serviço de transporte rodoviário. Cargas agrícolas destinadas a embarque em porto marítimo. Cobrança originada por atraso no desembaraço das mercadorias no destino. Discussão a respeito da responsabilidade do contratante pelo pagamento das 'sobrestadias'. Requerimento de produção de prova testemunhal para demonstração de costume comercial relativo à distribuição de tal responsabilidade. Natureza dos usos e costumes mercantis. Sistema de registro dos costumes por assentamento nas Juntas Comerciais. Costume *contra legem*. Conflito entre duas fontes subsidiárias de direito comercial (Lei civil e costume comercial) no contexto relativo à vigência do Código Comercial de 1850 e do Código Civil de 1916. Atualmente, a Lei n. 8.934/94 atribui competência às Juntas Comerciais para proceder ao assentamento dos usos e práticas mercantis. Impertinente, portanto, a alegação da recorrente no sentido de que nenhum regulamento portuário indica ser de responsabilidade da contratante do serviço de transporte o pagamento das eventuais 'sobrestadias', pois não cabe a tais regulamentos consolidar usos e costumes mercantis relativos ao transporte terrestre de bens. Há desvio de perspectiva na afirmação de que só a prova documental derivada do assentamento demonstra um uso ou costume comercial. O que ocorre é a atribuição de um valor especial – de prova plena – àquela assim constituída; mas disso não se extrai, como pretende a recorrente, que o assentamento é o único meio de se provar um costume. – Não é possível excluir, de plano, a possibilidade de que a existência de um costume mercantil seja demonstrada por via testemunhal. Da simples autorização para produção de prova testemunhal não decorre, automaticamente, qualquer imputação de responsabilidade a uma das partes. Trata-se apenas de, uma vez demonstrada a existência do costume, tomá-lo como regra jurídica para a solução do litígio. Tal solução, porém, dependerá ainda da verificação da subsunção do suporte fático àquele comando, em atividade cognitiva posterior. A adoção de costume *contra legem* é controvertida na doutrina, pois depende de um juízo a respeito da natureza da norma aparentemente violada como sendo ou não de ordem pública. Na hipótese, não se trata apenas de verificar a imperatividade ou não do dispositivo legislado, mas também analisar o suposto conflito entre duas fontes subsidiárias do Direito Comercial – quais sejam, a lei civil e o costume mercantil, levando-se em conta, ainda, que a norma civil apontada como violada – qual seja, o art. 159 do CC/16 – não regula, de forma próxima, qualquer relação negocial, mas apenas repete princípio jurídico imemorial que remonta ao *neminem laedere* romano. Especialmente em um contexto relativo ao período em que não havia, ainda, ocorrido a unificação do direito privado pelo CC/02, é impossível abordar o tema de forma lacônica, como se fosse possível afirmar, peremptoriamente e sem maiores aprimoramentos, a invalidade apriorística de todo e qualquer costume comercial em face de

qualquer dispositivo da Lei civil, ainda que remotamente aplicável à controvérsia. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. REsp 877.074/RJ, *DJe* 17-8-2009.

21 Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7, p. 16.

22 Para mais detalhes: Tarcisio Teixeira. *Compromisso e promessa de compra e venda*: distinções e novas aplicações dos contratos preliminares. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

23 Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 118-140.

24 Alberto Asquini. Perfis da empresa. Profili dell'impresa. *Rivista del Diritto Commerciale*, 1943, v. 41, I, tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, RT, n. 104, out./dez. 1996. p. 109 e s.

25 Ronald H. Coase. The nature of the firm. In: *The firm, the market and the Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988. p. 7.

26 Rachel Sztajn. *Teoria jurídica da empresa*: atividade empresária e mercados. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 89-90.

27 Isso é ilustrado pela seguinte decisão judicial do Tribunal de Justiça de São Paulo: Falência. Empresa ré que alega ser sua atividade civil (prestação de serviços de subempreiteira de obras para construção civil). Atividade profissional economicamente organizada que não é de ser considerada civil. Submissão à Lei de Falências. Atual Código Civil (art. 966) que adotou a "Teoria da Empresa" em substituição à antiga conceituação de comerciante e de atos do comércio. Falência decretada. Decisão mantida. Recurso desprovido. Ag 9036760-53.2004.8.26.0000, *DJe* 5-1-2005.

28 Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 142.

29 Francesco Galgano. "L'impresa". In: *Trattato di diritto commerciale e di diritto publico dell'economia*. Pádua: Cedam, 1978. v. II, p. 30 *apud* Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 143.

30 Sylvio Marcondes. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 11 *apud* Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 143.

31 Quanto ao reenquadramento de uma atividade intelectual em empresarial, segue a transcrição parcial de uma decisão do STJ muito pertinente, cujo relator fundamentando seu voto transcreve parte do voto do Desembargador relator do julgamento da apelação no Tribunal de 2ª instância: "TRIBUTÁRIO – ISS – Reenquadramento – Cobrança no mesmo exercício financeiro – Não ocorrência – Princípio da anterioridade respeitado – Art 150, III, *b*, da Constituição Federal – Sociedade empresária – Se o profissional intelectual, para o exercício de sua profissão, investir capital, formando uma empresa,

ofertando serviços mediante atividade econômica, organizada, técnica e estável, deverá ser, então, considerado como empresário (...)". "Sustenta, outrossim, que 'o fato de haver colaboradores ou de haver equipamentos não desconfigura o caráter de sociedade simples da recorrente' (...). 'A v. sentença, com muita propriedade e louvando-se em tranquila jurisprudência do STJ, demonstrou que a sociedade não possui caráter pessoal, onde os sócios assumem a responsabilidade pessoalmente, mas possui 87 servidores, biólogos, biomédicos, auxiliares de enfermagem, técnicos de patologia, técnicos de laboratório, o que lhe marca o caráter empresarial. Não cabe sua exclusão de empresária, pois todo o exercício desenvolvido da profissão constitui elemento de empresa (art. 966, parágrafo único, do CC/02)' (...)". REsp 1.124.618/SP, Min. Humberto Martins, *DJe* 1º-3-2010.

32 Sérgio Campinho. O direito de empresa à luz do novo Código Civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 12.

33 Alexandre Demetrius Pereira. *A empresa individual de responsabilidade limitada*. Disponível em: <http://www.blogdireitoempresarial.com.br/2011/06/empresa-individual-de-responsabilidade.html>. Acesso em: 8 ago. 2011.

34 A questão de vincular a quantia mínima para a constituição da EIRELI com o valor do salário mínimo pode ser tida como inconstitucional, haja vista a vedação de sua vinculação para qualquer fim, conforme prevê o art. 7º, inc. IV, da Constituição Federal. A propósito, este tema já está *sub judice* no Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI n. 4.637/2011, Rel. Min. Gilmar Mendes, ajuizada pelo PPS – Partido Popular Socialista. Essa ação também fundamenta seu pedido sob o prisma de que esse valor fere o princípio da livre-iniciativa, estampada na Constituição Federal, art. 170, *caput*, uma vez que inviabiliza a criação da EIRELI por pequenos empreendedores. Além disso, feriria o princípio da igualdade, haja vista que uma sociedade empresária pode ser constituída sem a exigência de capital social mínimo. Portanto, a exigência contraria a própria finalidade da lei que a criou, sendo, além de inconstitucional, incompreensível tal exigência.

Coadunamos com a fundamentação da referida ação, mas quanto à incompreensão da exigência ela pode ser explicada pelo fato de que o patrimônio da empresa é sempre uma garantia aos seus credores em caso de inadimplemento obrigacional. E, ainda que se possa aplicar a desconsideração da personalidade jurídica, deve-se ter em conta que ela é cabível, em tese, nos termos da lei, mas não em mero caso de insuficiência patrimonial; daí a exigência de um capital social mínimo de valor considerável. A título de curiosidade, tem-se notícia de que o valor mínimo em Portugal é de *5.000* euros.

Diante do exposto, parece-nos que exigir um capital mínimo tão elevado para a EIRELI, e não para a sociedade empresária (seja uma sociedade limitada ou anônima), irá provocar a continuidade da constituição de sociedades de fachadas com capital social de valor inferior.

Contudo, vale destacar que o STF, ao apreciar a ADI n. 3.934/2007, entre outras coisas, discutia a constitucionalidade do art. 83, I, da Lei n. 11.101/2005, que limita o crédito trabalhista na falência a 150 salários mínimos, posicionou-se no sentido de que não há inconstitucionalidade. Segue trecho do voto do relator Ministro Ricardo Lewandowski "(...) o que a Constituição Federal veda é a sua utilização como indexador de prestações periódicas, e não como parâmetro de condenações e indenizações, de acordo com remansosa jurisprudência desta Suprema Corte (...)".

35 O CGSIM está vinculado ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, sendo composto de representantes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e demais órgãos de apoio e de registro empresarial, na forma definida pelo Poder Executivo, para tratar do processo de registro e de legalização de empresários e de pessoas jurídicas, conforme prevê o art. 2º, inc. III, da LC n. 123/2006.

36 Art. 4º Para os efeitos desta Lei, definem-se: I – "Imóvel Rural", o prédio rústico, de área contínua, qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada;

(...)

Art. 24. As terras desapropriadas para os fins da Reforma Agrária que, a qualquer título, vierem a ser incorporadas ao patrimônio do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária, respeitada a ocupação de terras devolutas federais manifestada em cultura efetiva e moradia habitual, só poderão ser distribuídas: (...) III – para a formação de glebas destinadas à exploração extrativa, agrícola, pecuária ou agroindustrial, por associações de agricultores organizadas sob regime cooperativo;

37 Segue a ementa de uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo a esse respeito: Agravo de Instrumento. Recuperação Judicial. Produtores rurais. Inexistência de prévia inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis. Impossibilidade de equiparação a empresário. Produtor rural não pode beneficiar-se nem ser prejudicado pela disciplina da recuperação judicial e das falências se não estiver inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis. Tampouco pode beneficiar-se da recuperação judicial em relação a operações realizadas antes de inscrever-se naquele registro, pois sua equiparação a empresário só ocorre com a referida inscrição. Todo e qualquer titular de crédito sujeito aos efeitos da recuperação judicial tem legitimidade para contraminutar agravo de instrumento interposto pela recuperando. Agravo desprovido. Ag 9031524-47.2009.8.26.0000, Rel. Des. Lino Machado, j. em 6-7-2010.

38 Nesse sentido, é a decisão a seguir do Tribunal de Justiça de São Paulo: Embargos à execução. Impugnação à penhora realizada por incidência sobre bens alheios. Atuação durante todo o processo como representante legal da empresa que impede a posterior alegação em sentido contrário. *Venire*

contra factum proprium. Elementos que indicam tratar-se de empresa irregular. Responsabilidade da empresa de fato que permite a constrição de bens do proprietário, independentemente de desconsideração da personalidade jurídica. Recurso desprovido. Ap. 9209697-98.2006.8.26.0000, Rel. Des. Edgard Rosa, j. em 25-8-2010.

39 Waldemar Martins Ferreira. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1962, v. 2, p. 109-113.

40 Nesse sentido, é a decisão do STJ transcrita a seguir: Direito Empresarial e Processual Civil. Recurso especial. Violação ao art. 535 do CPC. Fundamentação deficiente. Ofensa ao art. 5º da LICC. Ausência de prequestionamento. Violação aos arts. 421 e 977 do CC/02. Impossibilidade de contratação de sociedade entre cônjuges casados no regime de comunhão universal ou separação obrigatória. Vedação legal que se aplica tanto às sociedades empresárias quanto às simples. (...). REsp 1.058.165/RS, Min. Nancy Andrighi, *DJe* 21-8-2009.

41 Nesse sentido, Gladston Mamede. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 33.

42 Adauto de Almeida Tomaszewski. *Direito civil, notarial & registral*. Curitiba: Camões, 2008. p. 216.

43 Ainda, pode-se acrescer a OAB – Ordem dos Advogados do Brasil – ao sistema de registro, uma vez que as sociedades entre advogados adquirem personalidade jurídica pelo arquivamento dos seus atos constitutivos nas respectivas Seccionais da OAB, funcionando assim como um órgão registral (Lei n. 8.906/96, art. 15, § 1º).

Um efeito desse registro perante a OAB é o de haver um impedimento para que o exercício da advocacia possa ser considerado elemento de empresa, não podendo assim ser suscetível de registro na Junta Comercial.

44 Compreendemos que, embora seja competência do Presidente da República a organização dos órgãos da Administração Pública, não pode um decreto se sobrepor a uma lei ordinária quanto à alteração do nome do órgão federal. Parece-nos que tal norma (Decreto n. 8.001/2013) foi além do que poderia e dessa forma o seu teor, no todo ou em parte, poderá ser discutido no plano de sua **inconstitucionalidade**. Isso porque um decreto tem função de regulamentar e não de normatizar, sendo que o decreto pode ter extrapolado seus limites ao criar regras que possam conflitar com as previstas, sobretudo pela Lei n. 8.934/1994. Gerou-se um conflito entre um decreto e uma lei ordinária; tanto é que o Decreto n. 8.001/2013 não faz menção expressa de revogação total ou parcial da Lei n. 8.934/1994. Neste caso, qual deve prevalecer? A função regulamentadora pertence ao Poder Executivo, a normatizadora ao Legislativo, sob pena de infração ao equilíbrio dos Poderes previstos na Constituição Federal.

Entre as atribuições que foram adicionadas ao DREI está a de auxiliar na integração para o registro e legalização de empresas (Decreto n. 8.001/2013, art. 8º do Anexo I), o que é salutar. Entretanto, no Brasil, imagina-se que a mudança da nomenclatura de um órgão pode fazer grande diferença, quando na

verdade o que é preciso é vontade política e investimento para o setor funcionar adequadamente.

45 Oscar Barreto Filho. *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1969. p. 73.

46 Marcos Paulo de Almeida Salles. Estabelecimento, uma universalidade de fato ou de direito? *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 71, ago/2003. p. 79.

47 Oscar Barreto Filho. *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 169 e 179-180.

48 Sérgio Campinho. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*, p. 341.

49 Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 248.

50 Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 250.

51 É bem verdade que, em certos segmentos, como, por exemplo, entre corretores de seguros, ocorre a denominada venda de "carteira de clientes", em que se negocia a transferência tão somente dos clientes de certo empresário a outro.

52 Amador Paes de Almeida. *Direito de empresa no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 49.

53 O art. 1.147 do Código Civil é fruto de uma polêmica disputa judicial ocorrida no início do século XX, o famoso *case* da "Casa de Juta". Em 1913, na cidade de São Paulo, o Conde Álvares Penteado, após constituir a Companhia Nacional de Tecidos de Juta, proprietária da Fábrica de Juta Santana, transferiu o fundo de comércio. Um ano mais tarde o vendedor, Álvares Penteado, fundou outra fábrica no mesmo bairro onde funcionava a anterior, objeto da alienação. Dessa feita, o comprador, sentindo-se prejudicado e considerando que a venda do estabelecimento comercial implicaria a transferência da clientela e o não restabelecimento do vendedor no mesmo ramo de negócio, contratou o comercialista José Xavier Carvalho de Mendonça para ajuizar a ação pleiteando indenização ao Conde. O autor venceu a demanda nas instâncias inferiores, sendo que, quando a ação chegou ao STF, o Conde Álvares Penteado contratou o jurista Rui Barbosa, o qual conseguiu reverter a decisão, em sede de embargos, com a tese de que a renúncia ao direito de exercício de certo ramo de atividade econômica precisa ser expressa no contrato de alienação, o que não havia ocorrido.

Hoje tal decisão afrontaria o que dispõe o art. 1.147 do Código Civil. Porém, mesmo à época, não havendo disposição equivalente no ordenamento jurídico, a decisão foi equivocada, pois, do ponto de vista concorrencial, acabou promovendo uma concorrência desleal pelo desvio indevido de clientela, uma injustiça, portanto; além disso, não respeitou o princípio da boa-fé nem a obrigação do vendedor de fazer boa a coisa vendida.

54 Isso pode ser demonstrado pela seguinte decisão do STJ: Recurso Especial. Transferência do Fundo de Comércio. Trespasse. Contrato de locação. Art. 13. da Lei n. 8.245/91. Aplicação à locação comercial. Consentimento do locador. Requisito essencial. Recurso provido. 1. Transferência do fundo

de comércio. Trespasse. Efeitos: continuidade do processo produtivo; manutenção dos postos de trabalho; circulação de ativos econômicos. 2. Contrato de locação. Locador. Avaliação de características individuais do futuro inquilino. Capacidade financeira e idoneidade moral. Inspeção extensível, também, ao eventual prestador da garantia fidejussória. Natureza pessoal do contrato de locação. 3. Desenvolvimento econômico. Aspectos necessários: proteção ao direito de propriedade e a segurança jurídica. 4. Afigura-se destemperado o entendimento de que o art. 13 da Lei do Inquilinato não tenha aplicação às locações comerciais, pois, prevalecendo este posicionamento, o proprietário do imóvel estaria ao alvedrio do inquilino, já que segundo a conveniência deste, o locador se veria compelido a honrar o ajustado com pessoa diversa daquela constante do instrumento, que não rara às vezes, não possuirá as qualidades essenciais exigidas pelo dono do bem locado (capacidade financeira e idoneidade moral) para cumprir o avençado. 5. Liberdade de contratar. As pessoas em geral possuem plena liberdade na escolha da parte com quem irão assumir obrigações e, em contrapartida, gozar de direitos, sendo vedada qualquer disposição que obrigue o sujeito a contratar contra a sua vontade. 6. Aluguéis. Fonte de renda única ou complementar para inúmeros cidadãos. Necessidade de proteção especial pelo ordenamento jurídico. 7. Art. 13 da Lei n. 8.245/91 aplicável às locações comerciais. 8. Recurso especial provido. REsp 1.202.077/MS, Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), *DJe* 10-3-2011.

55 Para mais detalhes, veja nosso: Tarcisio Teixeira. *Compromisso e promessa de compra e vend*a: distinções e novas aplicações dos contratos preliminares. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

56 Justino Vasconcelos. *Das firmas e denominações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 241.

57 Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 245.

58 Sérgio Campinho. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*, p. 328.

59 A seguir, duas decisões sobre responsabilidade do contador: Apelação cível. Alteração de contrato social de empresa. Serviço de contador. Má execução. Ressarcimento das despesas. Comprovada a execução defeituosa da alteração do contrato social de empresa, responde o contador pela falha ocorrida, ressarcindo as despesas havidas. Recurso improvido. Unânime. AC 70007681034, TJRS, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos, j. em 31-3-2004.

Responsabilidade Civil. Ausência de “baixa” da sociedade junto à Receita Federal. Danos advindos da referida omissão. Responsabilidade do contador. Falha na prestação do serviço de contabilidade. Inadimplemento contratual. Danos materiais e morais reclamados por ambas as autoras. Sanções fiscais impostas à parte por conta da omissão do réu. Obrigação de restituir o valor recebido como pagamento pelos serviços não prestados e de ressarcir as autoras dos danos que lhes foram causados. Honra objetiva da segunda autora. Ausência de mácula indenizável. Descumprimento contratual que gerou

simples aborrecimentos e transtornos que não chegaram a atingir bens personalíssimos das partes. A correção monetária, que retrata mera atualização do capital, deve ser contada desde o desembolso dos valores perseguidos. Os juros de mora, tratando-se de inadimplemento contratual, contam-se da citação válida. Recursos parcialmente providos. AC 2005.001.32363, TJRJ, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Fernando Cabral, j. em 13-12-2005.

60 Súmula 8 do CFC – Conselho Federal de Contabilidade: A elaboração de balanço ou de qualquer outro trabalho contábil de responsabilidade similar, sem lastro em documentação hábil e idônea, configura a infração ao disposto no art. 27 do Decreto-Lei n. 9.295/46, com o enquadramento na letra *d*, se dolosa, e na letra *c*, se culposa.

61 Silvio Rodrigues. *Direito civil*: responsabilidade civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4. p. 75.

62 Sobre o tema é a Súmula 341 do STF: "É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto".

63 Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade* civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 96; Silvio Rodrigues. *Direito civil*: responsabilidade civil, p. 72.

64 A seguir, uma decisão ilustrativa: Penal. Tributário. Crime contra a ordem tributária. Autonomia das esferas penal e administrativa. Ausência de registro nos livros fiscais e de recolhimento do ICMS. Delito configurado. "Não se exige, no crime de sonegação fiscal, como condição de procedibilidade, a prévia apuração do tributo sonegado na instância administrativa" (STJ). Agem com dolo comerciantes que, livre e conscientemente, deixando de registrar nos livros fiscais operações relativas à circulação de mercadorias, se eximem do pagamento dos respectivos impostos. "A autoria, da mesma forma, restou configurada pelos interrogatórios dos recorrentes (fl. 131v. e fl. 182v.), muito embora um apelante tenha justificado que agiu daquela maneira orientado 'verbalmente' pela própria exatoria estadual, e o outro atribuiu a responsabilidade ao contador da empresa. Impossível acolher as justificativas apresentadas pelos recorrentes, pois evidente que a responsabilidade de cada empresa é pessoal, e não de quem presta serviço para ela, pelo menos no campo fiscal e criminal, tornando inviável a suposta pretensão de transferir a responsabilidade ao contador, e pior, alegar que a própria coletoria estadual orientou-os neste sentido". Apelação Criminal 97.012867-3, TJSC, Rel. Des. Amaral e Silva, j. em 16-6-1998.

Trata-se do crime de sonegação fiscal por parte dos preponentes comerciantes, que tentaram incriminar o profissional contador para atenuar suas penas.

65 Trapicheiro é aquele que trabalha em trapiche (armazém onde se guardam mercadorias a serem embarcadas ou que foram desembarcadas).

66 Nesse sentido, Vera Helena de Mello Franco. *Manual de direito comercial*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 79.

67 *Receita recomenda aos contribuintes a certificação digital*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/arquivo/economia/2006/not20061116p39791.htm>. Acesso em: 3 jan. 2011.

68 Nesse sentido, é a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: Sistema Público de Escrituração Digital. Emissão de nota fiscal eletrônica. Pedido de prazo suplementar para adequação. Agravante que alega ser insuficiente o prazo conferido pela Fazenda. Afirma deter particularidades em sua atividade que merecem consideração, como a necessidade de baixa automática de seus produtos em estoque. Tutela Antecipada indeferida em 1ª instância. Decisão que deve ser mantida. Agravo improvido. Ag 0262831-91.2009.8.26.0000, Rel. Leonel Costa, j. em 2-2-2010.

69 Ana Cristina de Faria; João Ricardo Finatelli; Cecília Moraes Santostaso Geron; Maria do Carmo Romeiro. *SPED – Sistema Público de Escrituração Digital*: percepção dos contribuintes em relação aos impactos da adoção do SPED. Universidade Municipal de São Caetano do Sul. Sem data. Disponível em: <http://www.congressousp.fipecafi.org/artigos102010/248.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2011.

70 A MP n. 2.200-2/2001 (em sua segunda edição) ainda está em vigor, pois foi publicada em 24 de agosto de 2001, logo, antes da Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, a qual alterou alguns artigos da Constituição Federal, especialmente o art. 62, quanto ao regime jurídico das medidas provisórias.

71 *SPED – Sistema Público de Escrituração Digital. NFe – EFD – ECD*. Disponível em: <http://www.iobsolucoes.com.br/pdf/IOB_SPED_Uninove_VMA.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2011.

72 Disponível em: <http://www.notafiscal-paulista.com/>. Acesso em: 10 dez. 2010.

73 Disponível em: <http://www.tudoemfoco.com.br/nota-fiscal-carioca.html>. Acesso em: 10 dez. 2010.

74 Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial*: direito de empresa, v. 1, p. 134.

75 Nesse sentido, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 294-295.

76 Nesse sentido, é a decisão do STJ: Propriedade Industrial. Licença Para Uso De Marca. Registro No INPI. Medida Cautelar. Liminar. Deferimento. O contrato de licença para uso de marca, para valer contra terceiros, precisa estar registrado no INPI. Assim, não ofende o artigo 140, § 2º, da Lei n. 9.279/96, a decisão que defere liminar em autos de ação de busca e apreensão, proposta pelo licenciado, cujo contrato está devidamente registrado, contra o antigo usuário da marca, que não o registrou. Recurso especial não conhecido. REsp 606.443/SP, Rel. Min. Castro Filho, *DJ* 25-2-2004.

77 Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial*: direito de empresa, v. 1, p. 140-141.

78 O que pode ser confirmado com a seguinte decisão do STJ: Processual Civil. Competência. Ação de abstenção de uso indevido de bem patenteado c/c indenização. Aplicação dos arts. 94 e 100, IV, "*A*", do CPC. Foro do domicílio da ré. Tratando-se de ação fundada em direito real sobre bem móvel, qual seja,

a patente do autor (art. 5º da Lei de Propriedade Industrial), incidem as regras dos arts. 94 e 100, IV, "*a*", do CPC, sendo competente para o julgamento da lide o foro do domicílio da ré, que no caso de pessoa jurídica é o local da sua sede. Recurso especial conhecido e provido. REsp 715.356/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* 6-3-2006.

79 Isso é demonstrado pela decisão judicial adiante do Tribunal de Justiça do Paraná: Propriedade Industrial. Patente. Privilégio de invenção. INPI. Reprodução do sistema construtivo privilegiado. Contrafação. Não caracterização. Ideia de invenção que não coincide com o objeto da patente. Conclusão da perícia judicial realizada sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Apelação não provida. Verificando-se que a ideia de invenção entre os projetos confrontados possui finalidade diversa, conforme laudo apresentado por perito judicial, cuja conclusão passou pelo crivo do contraditório e da ampla defesa, não resta caracterizada violação ao direito protegido pelo privilégio de invenção emitido pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial, porquanto a contrafação se aperfeiçoa no momento em que é violado o objeto do direito do inventor, ou seja, a denominada "ideia de invenção ou de solução". Apelo conhecido e não provido. AC 4257732 (PR 0425773-2), 6ª Câmara Cível, Rel. Luiz Cezar Nicolau, j. em 16-10-2007.

80 Rubens Requião, citando as lições de João da Gama Cerqueira. *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 303.

81 Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial*: direito de empresa, v. 1, p. 137.

82 A seguir, duas decisões sobre esse tema, a primeira do STJ, a segunda do Tribunal de Justiça do Paraná: Propriedade Industrial. Modelo de utilidade. Máquina de fatiar batatas. Contrafação. Coincidência de características afirmadas pelo tribunal *a quo*. Matéria de natureza fática. Ausência do requisito do prequestionamento. Recurso especial inadmissível. (...) REsp 159.342/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* 24-11-2003.

Ação de indenização por perdas e danos cumulada com declaratória e condenatória. Propriedade industrial. Lei n. 9.279/96. Carta patente de modelo de utilidade. Prova pericial comprovando a contrafação. Perdas e danos decorrentes do desrespeito ao direito do titular do privilégio. Presunção do prejuízo. Comercialização do produto desinfluente. Prescrição quinquenal. Inocorrência. Recurso pugnando por danos morais não requeridos na inicial. Inovação recursal que impõe seu não conhecimento. Reparação por perdas e danos que não se vincula ao valor atribuído à causa. Responsabilidade do vencido pelos honorários do assistente técnico, por integrarem a sucumbência. Agravo retido desprovido. Recurso da autora parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. Desprovido o recurso da ré. AC 1627849 PR 0162784-9, 5ª Câmara Cível, Rel. Clayton Camargo, j. em 23-11-2004.

83 Veja a decisão do STJ acerca deste assunto: Agravo Regimental. Recurso Especial. Propriedade Industrial. Patente *pipeline*. Prazo de validade. Contagem. Termo inicial. Primeiro depósito no exterior. Ocorrência de desistência do pedido. Irrelevância. Interpretação restritiva e sistemática de normas. Tratados internacionais (TRIPS e CUP). Patente correspondente no exterior. Concessão sob o regime norte-americano de continuações (*continuation, divisional* ou *continuation-in-part*). Princípio da independência das patentes. Soberania nacional. Recurso Desprovido. (...) Este Tribunal Superior pacificou o entendimento de que, quando se tratar da vigência da patente *pipeline*, o termo inicial de contagem do prazo remanescente à correspondente estrangeira, a incidir a partir da data do pedido de revalidação no Brasil, é o dia em que foi realizado o depósito no sistema de concessão original, ou seja, o primeiro depósito no

exterior, ainda que abandonado, visto que a partir de tal fato já surgiu proteção ao invento (v.g.: prioridade unionista). Interpretação sistemática dos arts. 40 e 230, § 4º, da Lei 9.279/96, 33 do TRIPS e 4º bis da CUP. (...) AgRg no REsp 1.131.808/RJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), *DJe* 10-5-2011.

84 Quanto à legitimidade ativa para ajuizar ação judicial, veja a decisão do STJ: Recurso Especial. Propriedade Industrial. Legitimidade ativa. Prejudicado. Arts. 207, 208 e 209 da Lei n. 9.279/96. Efetivação do registro no órgão competente. 1. O prejudicado que detém legitimidade para ingressar com ação para proteger direitos relativos à propriedade industrial sobre produtos criados deve ser aquele que efetivamente os levou a registro no órgão competente. Interpretação dos arts. 207, 208 e 209 da Lei n. 9.276/96. REsp 833.098/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 1º-3-2010.

85 Conforme demonstra a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: Ação Ordinária. Registro de desenho industrial no INPI. Contrafação. Móveis comercializados pelas partes. Similaridade. Ônus da prova da imitação. O pedido de registro de desenho industrial no INPI dispensa o exame da novidade e da originalidade previamente à outorga do direito de exclusividade. Com isso, o sistema, ao dispensar o exame prévio, dá ensejo à concessão do mesmo direito industrial a duas pessoas diferentes. Cada parte deve arcar com o ônus de provar suas alegações, cabendo ao autor o ônus de provar o fato constitutivo do direito por ele pleiteado e ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Em não havendo prova cabal da existência de imitação do conjunto de móveis negociado pela apelada em relação ao produzido e comercializado pela apelante, deve-se negar provimento ao recurso, pois a simples similaridade não revela que o ato seja rechaçado pela Lei n. 9.279/96, mormente em se tratando de registro de desenho industrial. AC 1.0024.03.886524-2/001(1), Rel. Des. Nilo Lacerda, *DJ* 25-11-2006.

86 Newton Silveira. *A propriedade intelectual e a nova lei de propriedade industrial*. São Paulo:

Saraiva, 1996. p. 24.

87 As decisões adiante do STJ auxiliam no estudo do tema: Propriedade Industrial. Ação de nulidade de registro de marca comercial. Marca fraca ou evocativa. Possibilidade de convivência com outras marcas. Impossibilidade de conferir exclusividade à utilização de expressão de pouca originalidade ou fraco potencial criativo. 1. Marcas fracas ou evocativas, que constituem expressão de uso comum, de pouca originalidade ou forte atividade criativa, podem coexistir harmonicamente. É descabida, portanto, qualquer alegação de notoriedade ou anterioridade de registro, com o intuito de assegurar o uso exclusivo da expressão de menor vigor inventivo. 2. Marcas de convivência possível não podem se tornar oligopolizadas, patrimônios exclusivos de um restrito grupo empresarial, devendo o Judiciário reprimir a utilização indevida da exclusividade conferida ao registro quando esse privilégio implicar na intimidação da concorrência, de modo a impedi-la de exercer suas atividades industriais e explorar o mesmo segmento mercadológico. Aplicação da doutrina do *patent misuse*. Recurso Especial a que se nega provimento. REsp 1.166.498/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 30-3-2011.

Nome. Registro da expressão "Cultura Inglesa". Palavra comum. "Cultura". Sua utilização pela ré em seu nome de fantasia. Inadmissibilidade. Registrada a marca, não pode outra empresa industrial, comercial ou de serviços utilizá-la, ainda que parcialmente, na composição de seu nome comercial, em havendo similitude de atividades. Precedentes da Quarta Turma. Recurso especial conhecido e provido. REsp 198.609/ES, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* 30-8-2004.

88 A seguir uma decisão do STJ sobre marca de produto: Direito Comercial. Propriedade Industrial. Uso de marca com elementos semelhantes. Nomes que, embora comuns, distinguem marca de produto específico consagrado no mercado. Exclusividade de uso. Provimento. I – A exclusividade da marca "Leite de Rosas" é violada pelo uso da expressão "Desodorante Creme de Rosas", mormente em embalagem semelhante. II – Embora composta por palavras comuns, a marca deve ter distinção suficiente no mercado de modo a nomear um produto específico. Marcas semelhantes em produtos da mesma classe induzem o consumidor a erro e violam direito do titular da marca original. III – Recurso Especial provido. REsp 929.604, STJ, Rel. Min. Sidnei Beneti. *DJe* 6-5-2011.

89 Newton Silveira. *Licença de uso de marca (e outros sinais) no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982, p. 25-26.

90 A esse respeito é a decisão do STJ: Processual Civil e Propriedade Industrial. Agravo Regimental em Recurso Especial. Marca registrada. Alto renome. Proteção especial. Art. 125 da Lei n. 9.279/1996. Exceção ao princípio da especialidade. Recurso Provido. 1. Desde que devidamente registrada no Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, tem proteção especial em todos os ramos de atividade (art. 125 da Lei da Propriedade Industrial) a marca de alto renome se comprovado que é

possível a sua confusão com outra marca, ainda que as áreas de atuação das empresas sejam distintas, tenham elas clientela específica e os respectivos produtos não se identifiquem. 2. É assegurada à marca de alto renome, em relação a classes e segmentos mercadológicos diversos, a extensão dos efeitos do seu registro no território nacional, porquanto a Lei da Propriedade Industrial, fundando-se na defesa das ideias e criações, da propriedade e dos consumidores, excepciona a aplicação do princípio da especialidade. (...) AgRg no REsp 954.378/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 3-5-2011.

91 João da Gama Cerqueira. *Tratado de propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1946. v. 1. p. 383.

92 Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 326.

93 Adiante, há uma decisão judicial que ilustra a importância da marca tridimensional e sua distinção com relação ao modelo de utilidade: Direito da Propriedade Industrial. Teoria da equivalência entre marca tridimensional e modelo de utilidade. I – Constitui *aberratio finis legis* guardar correspondência entre os efeitos do registro de uma marca tridimensional e de um modelo de utilidade de um aparelho elétrico de barbear. II – A inovação tecnológica agregada ao *corpus mechanicus* do barbeador elétrico PHILISHAVE, consistente em um privilégio clausulado com prazo de validade por força de lei, não pode se transmudar em benefício perpétuo, sob a forma de proteção de marca tridimensional válida e regularmente obtida. III – O registro de marca tridimensional é ato em si válido, que se outorga ao titular para a exclusiva finalidade de distinguir os produtos de uma fábrica e os objetos de um comércio, ou para garantir sua procedência ou origem industrial ou comercial, e que por esse motivo recebe o seu beneficiário a termo, o poder de evitar a sua indevida utilização por qualquer um que dela queira se aproveitar. IV – O equilíbrio entre a contribuição inventiva incorporada pela sociedade e o privilégio outorgado ao inventor é sempre determinado pelo tempo e nenhuma técnica protetiva conjugada, sustentada em um ilusório hibridismo jurídico entre a tutela marcária e modelo de utilidade, pode resultar na perpetuação da novidade. V – Vencido o prazo de proteção, o desenho se torna *res communi omnium*, e isso ocorre mesmo que signifique o esvaziamento da tutela da marca, que se tornará, sob esse único efeito, um mero título jurídico, por conta da equivalência entre o modelo de utilidade e a marca tridimensional, que continuará a manter-se sob o registro e protegida nos demais efeitos. VI – Agravo desprovido. Agravo 141895 RJ 2005.02.01.011707-0, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Segunda Turma Especializada, Rel. Des. Federal André Fontes. *DJU* 13-3-2007.

94 Para mais detalhes como o conflito entre marca e nome de domínio, veja Tarcisio Teixeira. *Curso de direito e processo eletrônico*: doutrina, jurisprudência e prática. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 350 e s.

95 DOMÍNIO DE **MARCA VIRTUAL** – OBRIGAÇÃO DE FAZER. Procedência. Apelada que sempre

ostentou em seu nome comercial a expressão SERVGAS, registrada perante o INPI. Adoção, por parte da apelante, da mesma expressão, junto à Internet (com registro de domínio da expressão www.servgas.com.br). Possibilidade de gerar confusão aos consumidores. Evidenciada a prática de concorrência desleal, diante da amplitude de usuários da internet. Prevalência do registro da marca junto ao INPI sobre registros de domínio junto à internet. Precedentes (inclusive desta Câmara). Honorários advocatícios corretamente arbitrados de forma equitativa, consoante dispõe o art. 20, § 4º, do CPC. Descabida tal fixação com base no § 3º do mesmo dispositivo legal ou nos limites percentuais ali previstos (ante a ausência de condenação). Sentença mantida. Recurso improvido (TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, Apelação n. 994.05.043361-5, Rel. Desembargador Salles Rossi). (Grifo nosso.)

96 CIVIL E COMERCIAL. COMÉRCIO ELETRÔNICO. SITE VOLTADO PARA A INTERMEDIAÇÃO DE VENDA E COMPRA DE PRODUTOS. VIOLAÇÃO DE MARCA. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DO EXAURIMENTO DA MARCA. APLICABILIDADE. NATUREZA DO SERVIÇO. PROVEDORIA DE CONTEÚDO. PRÉVIA FISCALIZAÇÃO DA ORIGEM DOS PRODUTOS ANUNCIADOS. DESNECESSIDADE. RISCO NÃO INERENTE AO NEGÓCIO. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. REMOÇÃO IMEDIATA DO ANÚNCIO. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. 1. O art. 132, III, da Lei n. 9.279/96 consagra o princípio do exaurimento da marca, com base no qual fica o titular da marca impossibilitado de impedir a circulação (revenda) do produto, inclusive por meios virtuais, após este haver sido regularmente introduzido no mercado nacional. 2. O serviço de intermediação virtual de venda e compra de produtos caracteriza uma espécie do gênero provedoria de conteúdo, pois não há edição, organização ou qualquer outra forma de gerenciamento das informações relativas às mercadorias inseridas pelos usuários. 3. Não se pode impor aos sites de intermediação de venda e compra a prévia fiscalização sobre a origem de todos os produtos anunciados, na medida em que não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado. 4. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. 5. Ao ser comunicado da existência de oferta de produtos com violação de propriedade industrial, deve o intermediador virtual de venda e compra agir de forma enérgica, removendo o anúncio do site imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. 6. Ao oferecer um serviço virtual por meio do qual se possibilita o anúncio para venda dos mais variados produtos, deve o intermediador ter o cuidado de propiciar meios para que se possa

identificar cada um dos usuários, a fim de que eventuais ilícitos não caiam no anonimato. Sob a ótica da diligência média que se espera desse intermediador virtual, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*. 7. Recurso especial a que se nega provimento. REsp 1.383.354-SP, STJ, Terceira Turma, Rel. Fátima Nancy Andrighi, *DJe* 26-9-2013.

97 São frequentes as demandas judiciais envolvendo o registro de marcas, conforme demonstram as decisões a seguir: Recurso Especial. Proteção à marca. Art. 124, XIX, da Lei n. 9.279/96. Conflito entre os signos "DAVE" e "DOVE". Inegável semelhança gráfica e fonética. Produtos destinados ao mesmo segmento mercadológico. Impossibilidade de coexistência. Prevalência do registro mais antigo. Recurso Improvido. 1. Art. 124, XIX, da Lei n. 9.279/96. Interpretação. 2. Conflito entre os signos "DAVE" e "DOVE". Utilização em produtos idênticos, semelhantes ou afins. Marcas registradas na mesma classe perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI. 3. Semelhança gráfica e fonética entre as expressões. Inadmissível a coexistência de ambas no mesmo ramo de atividade comercial, sob pena de gerar indesejável confusão mercadológica. 4. Registro da expressão mais moderna – "DAVE" – invalidado, em face da anterioridade do registro da marca "DOVE". 5. Recurso especial improvido. REsp 1235494, STJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS, *DJe* 21-3-2011.

Propriedade Industrial. Mandado de Segurança. Recurso Especial. Pedido de cancelamento de decisão administrativa que acolheu registro de marca. Reprodução de parte do nome de empresa registrado anteriormente. Limitação geográfica à proteção do nome empresarial. Art. 124, V, da lei 9.279/96. Violação. Ocorrência. Cotejo analítico. Não realizado. Similitude fática. Ausência. 1. Apesar de as formas de proteção ao uso das marcas e do nome de empresa serem diversas, a dupla finalidade que está por trás dessa tutela é a mesma: proteger a marca ou o nome da empresa contra usurpação e evitar que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto. (...) 4. Disso decorre que, para a aferição de eventual colidência entre denominação e marca, não se pode restringir-se à análise do critério da anterioridade, mas deve também se levar em consideração os dois princípios básicos do direito marcário nacional: (i) o princípio da territorialidade, ligado ao âmbito geográfico de proteção; e (ii) o princípio da especificidade, segundo o qual a proteção da marca, salvo quando declarada pelo INPI de "alto renome" (ou "notória", segundo o art. 67 da Lei 5.772/71), está diretamente vinculada ao tipo de produto ou serviço, como corolário da necessidade de se evitar erro, dúvida ou confusão entre os usuários. 5. Atualmente a proteção ao nome comercial se circunscreve à unidade federativa de jurisdição da Junta Comercial em que registrados os atos constitutivos da empresa, podendo ser estendida a todo território

nacional se for feito pedido complementar de arquivamento nas demais Juntas Comerciais. Precedentes. 6. A interpretação do art. 124, V, da LPI que melhor compatibiliza os institutos da marca e do nome comercial é no sentido de que, para que a reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciado de nome empresarial de terceiros constitua óbice ao registro de marca – que possui proteção nacional –, necessário, nessa ordem: (i) que a proteção ao nome empresarial não goze somente de tutela restrita a alguns Estados, mas detenha a exclusividade sobre o uso do nome em todo o território nacional e (ii) que a reprodução ou imitação seja "suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos". Não sendo essa, incontestavelmente, a hipótese dos autos, possível a convivência entre o nome empresarial e a marca, cuja colidência foi suscitada. (...) REsp 1.204.488, STJ, Min. Nancy Andrighi. *DJe* 2-3-2011.

98 Sobre esse tema: Direito Civil. Direito Empresarial. Recurso Especial. Nome empresarial. Lei 8.934/94. Proteção. Nome previamente registrado. Termo que remete a localização geográfica. Ausência de direito de uso exclusivo. Marca. Lei 9.279/96. LPI. CDC. CF. CC/02. Nome geográfico. Possibilidade de registro como sinal evocativo. Impossibilidade de causar confusão ou levar o público consumidor a erro. Ausência de violação ao direito de uso exclusivo da marca. (...) – O registro de termo que remete a determinada localização geográfica no nome empresarial, por se referir a lugar, não confere o direito de uso exclusivo desse termo. – É permitido o registro de marca que utiliza nome geográfico, desde que esse nome seja utilizado como sinal evocativo e que não constitua indicação de procedência ou denominação de origem. – A proteção da marca tem um duplo objetivo. Por um lado, garante o interesse de seu titular. Por outro, protege o consumidor, que não pode ser enganado quanto ao produto que compra ou ao serviço que lhe é prestado. – Para que haja violação ao art. 129 da LPI e seja configurada a reprodução ou imitação de marca pré-registrada, é necessário que exista efetivamente risco de ocorrência de dúvida, erro ou confusão no mercado, entre os produtos ou serviços dos empresários que atuam no mesmo ramo. (...) REsp 989.105/PR, STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 28-9-2009.

99 Carlos Alberto Bittar. *Contratos comerciais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 222-223.

100 Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar. *Contratos comerciais*, p. 213.

101 Carlos Alberto Bittar. *Contratos comerciais*, p. 215.

102 Abaixo uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acerca do tema: Civil. Processo Civil. Comercial. Constitucional. Internet. Sítios de busca. Marketing. Provedora de acesso e empresa comercial poderosas. Multinacionais. Empresa nacional de porte significativamente inferior. Publicidade. Abuso de direito. Concorrência desleal. Desvio de clientela. A Internet passou a preencher e ocupar um importante espaço na vida das pessoas. Pouco falta para que não se a encare, mais, como um "mundo virtual", mas real, tantas as implicações e ressonâncias na vida moderna. A autora é uma

sociedade empresária especializada em comércio eletrônico, detentora de loja exclusivamente virtual que disponibiliza produtos para crianças e adolescentes, tais como brinquedos, livros, DVD, jogos eletrônicos etc. A segunda ré, de muito maior porte, comercializa os mesmos produtos, dentre uma enorme gama de outros artigos. A primeira ré, empresa multinacional, das mais poderosas do planeta, tem, dentre outras atividades industriais e científicas na área da informática, um sítio de buscas para assinantes e clientes. Contrato celebrado entre as rés que insere no âmbito da publicidade da segunda ré, o domínio da autora, fazendo com que os clientes e usuários em geral cheguem aos mesmos produtos e ao próprio domínio da autora através apenas do domínio da primeira ré, concorrente específica daquela. Embora o domínio da autora faça alusão à figura do "Saci Pererê", do folclore nacional, tornando-a insusceptível de dominação exclusiva, a menção no domínio existente no âmbito da Internet garante proteção ao titular do domínio cujo depósito, ademais, já foi depositado junto ao INPI. Quadro probatório. Recusa das rés quanto ao fornecimento de cópia do contrato celebrado entre as mesmas. *Sites* patrocinados. Alegação de contrato verbal. Inconsistência. Prática evidente de marketing abusiva. A análise mais razoável do esquema engendrado pelas rés demonstra a ocorrência da abusividade, a mais evidente. A vinculação do domínio da autora ao sítio da poderosa multinacional que com ela concorre, de forma quase subalterna, certamente angaria a clientela já potencialmente da autora, de menor porte e a causar maiores dificuldades no enfrentamento desigual. Desvio de clientela inegável. Constitui concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial e comercial. A livre concorrência consubstancia um princípio geral da atividade econômica, constitucionalmente assegurado (cf. art. 170, IV, CRFB/88). Recurso a que se nega provimento. Apelação n. 0147301-07.2004.8.19.0001 (2008.001.60797), 3ª Câmara Cível, Des. Mario Assis Goncalves, j. em 7-4-2009.

103 Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial*: direito de empresa, v. 1, p. 189.

104 No mesmo sentido, Carlos Alberto Bittar. *Teoria e prática da concorrência desleal*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 77-78.

Essa também é a posição da jurisprudência: Direito Comercial e Processo Civil. Recurso Especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Propriedade Industrial. Marca. Contrafação. Danos materiais devidos ao titular da marca. Comprovação. Pessoa Jurídica. Dano moral. Na hipótese de contrafação de marca, a procedência do pedido de condenação do falsificador em danos materiais deriva diretamente da prova que revele a existência de contrafação, independentemente de ter sido, o produto falsificado, efetivamente comercializado ou não. – Nesses termos considerados, a indenização por danos materiais não possui como fundamento tão somente a comercialização do produto falsificado, mas também a vulgarização do produto, a exposição comercial (ao consumidor) do produto falsificado e a depreciação

da reputação comercial do titular da marca, levadas a cabo pela prática de falsificação. A prática de falsificação, em razão dos efeitos que irradia, fere o direito à imagem do titular da marca, o que autoriza, em consequência, a reparação por danos morais. – Recurso especial a que se dá provimento. REsp 466.761, STJ. Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 4-8-2003.

105 Paulo Sérgio Restiffe. *Manual do novo direito comercial*. São Paulo: Dialética, 2006. p. 203.

106 Amador Paes de Almeida. *Teoria e prática dos títulos de crédito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 2.

107 Wille Duarte Costa. *Títulos de crédito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 3.

108 Fábio Ulhoa Coelho. *Manual de direito comercial*: direito de empresa. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 231-232.

109 Fábio Ulhoa Coelho. *Manual de direito comercial*: direito de empresa, p. 232.

110 Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho. *Manual de direito comercial*: direito de empresa, p. 236-238.

Mas existem outros critérios. Alguns classificam os títulos de crédito em *próprios* (letra de câmbio, nota promissória, cheque, duplicata) e *impróprios* (os demais).

111 Preferimos a expressão “cessão de crédito”, por ser essa a nomenclatura do instituto no Código Civil, arts. 286 e s.; já a Lei Uniforme, art. 11, o denomina “cessão ordinária de crédito”; por sua vez parte da doutrina, como Fábio Ulhoa Coelho chama de “cessão civil de crédito”.

112 Paulo Sérgio Restiffe. *Manual do novo direito comercial*, p. 219.

113 No mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho. *Manual de direito comercial*: direito de empresa, p. 246-247.

114 Apesar de haver disposições no ordenamento jurídico brasileiro prevendo hipóteses de prisão administrativa e/ou civil, o Supremo Tribunal Federal vem mantendo o entendimento de que, após o Brasil ter aderido ao tratado internacional denominado “Pacto de São José da Costa Rica”, não é mais admissível este tipo de prisão, salvo dívidas de caráter alimentar.

115 Nesse sentido, Amador Paes de Almeida. *Teoria e prática dos títulos de crédito*, p. 43.

116 No que se refere à autonomia da obrigação firmada pelo aval, a seguir a ementa de um recurso especial do STJ sobre o tema: Processual Civil e Comercial. Nota Promissória. Execução de Sócio-Avalista. Empresa Avalizada com Falência Decretada. Suspensão da Ação. Não Cabimento. Inexistência de Solidariedade entre Sócio e Sociedade Falida. Como instituto típico do direito cambiário, o aval é dotado de autonomia substancial, de sorte que a sua existência, validade e eficácia não estão jungidas à da obrigação avalizada. Diante disso, o fato de o sacador de nota promissória vir a ter sua falência decretada, em nada afeta a obrigação do avalista do título, que, inclusive, não pode opor em seu favor

qualquer dos efeitos decorrentes da quebra do avalizado. O art. 24 do DL 7.661/45 determina a suspensão das ações dos credores particulares de sócio solidário da sociedade falida, circunstância que não alcança a execução ajuizada em desfavor de avalista da falida. Muito embora o avalista seja devedor solidário da obrigação avalizada, ele não se torna, por conta exclusiva do aval, sócio da empresa em favor da qual presta a garantia. Mesmo na hipótese de o avalista ser também sócio da empresa avalizada, para que se possa falar em suspensão da execução contra o sócio-avalista, tendo por fundamento a quebra da empresa avalizada, é indispensável, nos termos do art. 24 do DL 7.661/45, que se trate de sócio solidário da sociedade falida. Recurso especial a que se nega provimento. REsp 883.859/SC, STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 23-3-2009.

117 Segue decisão do STJ sobre o tema: Comercial e Processual. Agravo Regimental. Ação Declaratória e Cautelar. Duplicata aceita. Endosso antes do protesto. Pagamento ao endossante em documento em separado. Oposição ao endossatário de boa-fé. Inadmissibilidade. Súmula n. 7 do STJ. Incidência. I. A jurisprudência desta Corte, centrada na exegese do art. 9º, § 1º, da Lei n. 5.474/1968, entende que a circulação da duplicata impõe ao sacado o dever de pagar ao endossatário o valor representado no título de crédito, descabendo falar-se em recibo em separado ao endossante, quando presente a anterioridade do endosso e a inexistência de má-fé na circulação cambial. (...). AgRg no REsp 556.002/SP, STJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJe* 26-4-2010.

118 Nesse sentido: Processual Civil. Recursos. Inovação não admitida. Direito cambiário. Títulos de crédito. Nota promissória. Execução proposta contra avalista. Desnecessidade de protesto. (...) II – Não é necessário o protesto para se promover a execução contra o aceitante da letra de câmbio ou contra o emitente da nota promissória, bem como contra seus respectivos avalistas. Isso porque, nesses casos, tem-se uma ação direta, e não de regresso. Agravo Regimental improvido. AgRg no Ag 1.214.858/MG, Min. Sidnei Beneti. *DJe* 12-5-2010.

119 Acerca do direito de regresso, veja a decisão do STJ: Processual Civil. Recurso Especial. Negativa de prestação jurisdicional. Inexistência. Direito Comercial. Título de crédito. Protesto indevido. Banco endossatário. Legitimidade passiva. (...) II – Embora seja assegurado ao endossatário de boa-fé levar o título a protesto para preservar seu direito de regresso contra o emitente endossante, tendo ele conhecimento prévio e inequívoco de que a duplicata não tem causa ou que o negócio jurídico foi desfeito, deverá responder, juntamente com o endossante, por eventuais danos que tenha causado ao sacado, em virtude desse protesto. Recurso especial não conhecido. REsp 188.996/SP, STJ, Rel. Min. Castro Filho, *DJ* 10-9-2007.

120 Nesse sentido: Recurso Especial. Ação de anulação de título cambial cumulada com indenização por danos morais. Prova do prejuízo. – Reconhecido como indevido o aponte a protesto, sustado por força do

ajuizamento de medida cautelar, e admitida a responsabilidade do recorrido, que agiu com imprudência, há de ser acolhido o pedido de danos morais. (...) REsp 802.645/RS, STJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* 4-9-2006.

121 Civil e Processual Civil. Cheque prescrito. Ação monitória. Prazo prescricional. A ação monitória fundada em cheque prescrito está subordinada ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no artigo 206, § 5º, I, do Código Civil. Recurso Especial improvido. REsp 1.038.104, STJ, Rel. Sidnei Beneti, *DJe* 18-6-2009.

122 Confirmando o prazo prescricional: Direito Processual Civil e Comercial. Agravo Regimental. Omissão. Inexistência. Reexame de provas em sede de recurso especial. Inviabilidade. Ação monitória com lastro em cheque. Prazo prescricional quinquenal. Cheque. Atualização monetária. Termo inicial. Data de emissão. (...) 3. "A ação monitória fundada em cheque prescrito está subordinada ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos de que trata o artigo 206, § 5º, I, do Código Civil". (AgRg no REsp 1.011.556/MT, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª Turma, j. em 18-5-2010, *DJe* 27-5-2010). 4. A data de emissão do cheque é o termo inicial de incidência de atualização monetária. 5. Agravo regimental não provido. AgRg no REsp 1.197.643/SP, STJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 1º-7-2011.

123 Nesse sentido: Direito Comercial. Recurso Especial. Cheque. Ordem de pagamento à vista. Caractere essencial do título. Data de emissão diversa da pactuada para apresentação da cártula. Costume *contra legem*. Inadmissão pelo direito brasileiro. Considera-se a data de emissão constante no cheque. 1. O cheque é ordem de pagamento à vista e submete-se aos princípios cambiários da cartularidade, literalidade, abstração, autonomia das obrigações cambiais e inoponibilidade das exceções pessoais a terceiros de boa-fé, por isso que a sua pós-datação não amplia o prazo de apresentação da cártula, cujo marco inicial é, efetivamente, a data da emissão. (...) REsp 875.161/SC, STJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 22-8-2011.

124 Wille Duarte Costa. *Títulos de crédito*, p. 337-338.

125 A maioria dos dispositivos da Lei n. 8.884/94, inclusive seu art. 92, a partir de 1º-6-2012 foram revogados pela Lei n. 12.529/2011 – Lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

126 A seguir uma ilustrativa decisão judicial acerca de sustação de cheque e aplicação do princípio da inoponibilidade das exceções pessoais ao terceiro de boa-fé; e, posteriormente, outra decisão sobre a necessidade de contraordem para a inexigibilidade de cheque: Comercial. Civil. Título de crédito. Circulação. Cheque. Sustado. Inoponibilidade das exceções pessoais ao terceiro de boa-fé. O cheque é título de crédito que pode circular mediante endosso e é dotado das características comuns aos títulos de crédito em geral, dentre elas a autonomia e abstração. Daí decorrendo na inoponibilidade das exceções

pessoais ao terceiro de boa-fé, conforme previsão do artigo 17 da Lei Uniforme e artigo 25, da Lei 7.357/85. No caso examinado, a emitente sustou o cheque porque este foi dado em pagamento de serviço não prestado. Essa circunstância, no entanto, não serve para excluir a responsabilidade pelo pagamento à legítima detentora do título e do crédito nele representado. (...) AC 20090710262790. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 6ª Turma Cível, Rel. Des. César Loyola. *DJ* 17-3-2011.

Direito Comercial. Títulos de crédito. Embargos à execução. Cheques revogados pelo emitente. Possibilidade de discussão da *causa debendi*. Cheques que não entraram em circulação. Art. 35, Parágrafo único da Lei nº 7.357/85. 1. É cabível na hipótese a discussão da *causa debendi* do cheque emitido, pois o mesmo não entrou em circulação, não havendo que se falar em prejuízos a terceiros alheios à negociação havida entre as partes. 2. Para que seja declarada a inexigibilidade de cheque revogado pelo emitente, é necessária a comprovação de que tal ato foi precedido de contraordem endereçada à instituição financeira sacada, nos termos da lei do cheque. Tal requisito não resta demonstrado nos autos. (...) AC 20040410160862, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 4ª Turma Cível, Rel. Leila Arlanch, *DJU* 19-6-2007.

127 Segue decisão do STJ a respeito de cheque cruzado: Cheque cruzado. Pagamento feito pelo banco sacado diretamente ao legítimo portador, e não ao banco indicado no cruzamento em preto. O objetivo do cruzamento é proteger o legítimo titular do cheque, dificultando seu pagamento a quem o detenha por meio ilícito. O cruzamento não confere ao banco, indicado entre as linhas paralelas, a propriedade do cheque. O banco sacado não pode ser responsabilizado se pagou o cheque cruzado ao seu legítimo portador. Ao banco indicado no cruzamento não assiste, portanto, pretensão indenizatória contra o banco sacado. (...) REsp 14.446/SC, STJ, 4ª Turma. Rel. Min. Athos Carneiro, *DJ* 5-10-1992.

128 A seguir uma antiga, mas muito ilustrativa, decisão do Supremo Tribunal Federal sobre cheque visado: CHEQUE VISADO. CHEQUE MARCADO. EFEITOS DIVERSOS. COSTUME COMERCIAL. 1) O USO DO CHEQUE VISADO, ADMITIDO POR ASSENTO COMERCIAL, Reforça o crédito do beneficiário. Não equipara, em seus efeitos, o cheque visado ao cheque marcado. 2) Na insolvência do banco sacado, que visou o cheque, permanece inalterada a responsabilidade do emitente em face do beneficiário. 3) Exame de precedentes: RE 22.796 (1953) e RE 37.587 (1958) RE (Recurso Extraordinário) n. 57717, STF, Min. Victor Nunes, j. em 1º-1-1970.

129 Como pode ser vislumbrado na decisão do STJ: *Habeas Corpus*. Estelionato. Emissão de cheques sem fundos e encerramento da conta bancária. Condutas descritas na denúncia que sugerem a existência de fraude. Art. 171, *caput*, do Código Penal. Trancamento de ação penal. Falta de justa causa não configurada. Ordem denegada. 1. Na hipótese, o denunciado, durante um curto período de tempo (entre os dias 28/3/1995 e 8/4/1995), emitiu cinco cheques (quatro pós-datados e um como ordem de pagamento à

vista), em estabelecimentos comerciais diversos, evadindo-se da cidade antes que eles fossem apresentados à cobrança, oportunidade em que todos foram devolvidos por insuficiência de fundos e por se encontrar a conta encerrada. 2. A denúncia encontra-se escorreita quanto à tipificação delitiva, haja vista que enquadrou as condutas do paciente no *caput* do art. 171 do Código Penal, pois é certo que a emissão de cheques pós-datados, e não como ordem de pagamento à vista, exclui a conduta específica descrita no inciso VI do § 2º do art. 171 do Estatuto Repressivo (fraude no pagamento por meio de cheque), porém não afasta a fraude prevista no estelionato em sua forma fundamental. (...) HC (*habeas corpus*) n. 57502/RS, STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJ* 23-10-2006.

130 Paulo Salvador Frontini. Títulos de crédito e títulos circulatórios: que futuro a informática lhes reserva? Rol e funções à vista de sua crescente desmaterialização. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 730, ago. 1996. p. 62.

131 Sobre a prova quanto à entrega das mercadorias: Civil e Comercial. Apelação Cível. Declaratória de inexigibilidade de título de cr**é**dito. Duplicata. Alegação consubstanciada na inexistência de causa subjacente. Suposta ausência de entrega da mercadoria. Nota fiscal. Assinatura não reconhecida. Saque indevido. É de se declarar a inexigibilidade da duplicata se não há prova satisfatória nos autos da efetiva entrega das mercadorias; ônus que competia ao réu. Apelação cível não provida. AC 7318898 PR 0731889-8, Tribunal de Justiça do Paraná, 15ª Câmara Cível, Rel. Jucimar Novochadlo, *DJ* 2-2-2011.

132 Nesse sentido, Newton De Lucca. *A cambial-extrato.* São Paulo: RT, 1985. p. 23 e s.

133 Fernando Netto Boiteux. *Títulos de crédito* (em conformidade com o novo Código Civil). São Paulo: Dialética, 2002. p. 50-51.

134 Paulo Salvador Frontini. Títulos de crédito e títulos circulatórios: que futuro a informática lhes reserva? Rol e funções à vista de sua crescente desmaterialização. *Revista dos Tribunais*. p. 60.

135 No mesmo sentido, Gladston Mamede. *Direito empresarial brasileiro*: títulos de crédito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 3, p. 240.

136 Nesse sentido: Direito Cambial e Processual Civil. Nota promissória. Descumprimento de requisitos essenciais. Descaracterização como título executivo. A ausência de requisitos essenciais (no caso, nome do sacador, local do pagamento e data de emissão) descaracteriza a nota promissória como título executivo. (...) AgRg no Ag 1.281.346/ES, STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 31-3-2011.

137 Gladston Mamede. *Direito empresarial brasileiro*: títulos de crédito, p. 239-240.

138 Como faz Fábio Ulhoa Coelho. *Manual de direito comercial*: direito de empresa, p. 299.

139 A seguir, uma decisão sobre *warrant* e conhecimento de depósito: Ação de depósito. Armazém geral. Preliminar de cerceamento de defesa – rejeitada. Alegada inexistência de contrato de depósito. Títulos de *warrant* e conhecimento de depósito que representam a mercadoria depositada. Cabimento da ação de

depósito. Bens fungíveis. Soja. Possibilidade. Produtos agrícolas guardados em armazém geral. Honorários fixados com base no valor atribuído à causa. Mantidos. Recurso não provido. AC 16200, MS 2007.016200-2, Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul**,** 2ª Turma Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, 22-8-2007.

140 A cédula rural não deve ser confundida com a "cédula de produto rural". Esta última é um título que pode ser emitido por produtores rurais (ou suas cooperativas de produção e associações) com a finalidade de obtenção de recursos para desenvolver sua produção ou empreendimento pecuário ou agrícola. Ela pode ser emitida em qualquer fase do empreendimento: pré-plantio, pré-colheita ou após o produto ter sido colhido. Este título é regulado pela Lei n. 8.929/1994 – Lei que institui a cédula de produto rural e dá outras providências.

141 Vale lembrar que a MP n. 2.200-2/2001 (em sua segunda edição) ainda está em vigor, pois foi publicada em 24 de agosto de 2001, logo, antes da Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, a qual alterou alguns artigos da Constituição Federal, especialmente o art. 62, quanto ao regime jurídico das medidas provisórias.

142 Newton De Lucca. *A cambial-extrato*. São Paulo: RT, 1985. p. 23 e s.

143 Rubens Requião. *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 372.

144 Nesse sentido, Paulo Sérgio Restiffe. *Manual do novo direito comercial*, p. 91.

145 Rubens Requião credita a informação sobre a origem dessa doutrina ao Prof. Piero Verrucoli, em sua obra *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali* (A superação da personalidade jurídica da sociedade de capital – tradução livre). No episódio, a justiça inglesa teve de decidir a respeito do caso "Aaron Salomon *versus* Salomon & Companhia". O comerciante Aaron Salomon havia constituído uma companhia com outros seis membros da família, transferindo para um fundo de comércio seu já existente. Ele ficou titular de 20 mil ações da sociedade e cada um dos familiares ficou com apenas uma ação. Logo a seguir, a sociedade demonstrou fragilidades econômicas, não conseguindo fazer cumprir as suas obrigações. Em primeiro e em segundo graus, o Poder Judiciário inglês considerou que o "Sr. Aaron Salomon" usou a sociedade para blindar seu patrimônio pessoal, por dívidas já contraídas anteriormente, enquanto era comerciante individual, devendo então ser responsabilizado pessoalmente pelas dívidas da "Salomon & Companhia", sociedade da qual era sócio majoritário (praticamente único e absoluto sócio). A decisão acabou sendo reformada pela Casa dos Lordes, em terceira instância, mas a tese acabou tendo grande repercussão, em especial nos Estados Unidos, onde formou tal jurisprudência. In: Rubens Requião. *Curso de direito comercial*. v. 1, p. 392-393.

146 Rubens Requião. *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 392.

147 Incidente é uma questão acessória que surge durante o trâmite do processo e precisa ser resolvida.

148 Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. Falência – desconsideração da personalidade jurídica. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Malheiros, n. 120, out./dez. 2000. p. 171.

149 Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraira, 2008. v. 2, p. 36 e s.

150 Fábio Konder Comparato. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 346.

151 Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2, p. 37 e s.

152 Na jurisprudência brasileira, podemos encontrar alguns casos sobre a aplicação da desconsideração invertida. Há um muito interessante e ilustrativo, julgado pelo STJ, que vale transcrever a decisão: Processual Civil e Civil. Recurso Especial. Execução de título judicial. Art. 50 do CC/02. Desconsideração da personalidade jurídica inversa. Possibilidade. (...) III – A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. IV – Considerando-se que a finalidade da *disregard doctrine* é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma. V – A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é recomendada quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/02. Somente se forem verificados os requisitos de sua incidência, poderá o juiz, no próprio processo de execução, "levantar o véu" da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens da empresa. VI – À luz das provas produzidas, a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, entendeu, mediante minuciosa fundamentação, pela ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente, ao se utilizar indevidamente de sua empresa para adquirir bens de uso particular.(...). REsp 948.117, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 3-8-2010.

153 Quanto à efetiva extinção da personalidade jurídica, veja a seguir a decisão do STJ: Processo Civil. Execução de sentença. Coisa julgada. Nada importa a revelação, em execução de sentença, de que a respectiva autora, pessoa jurídica, já fora dissolvida à data da propositura da ação de conhecimento; a

coisa julgada se sobrepõe a esse fato, porque abrange as alegações e defesas deduzidas e, também, aquelas que poderiam ter sido deduzidas (CPC, art. 474). Comercial. Dissolução e liquidação da sociedade. A dissolução da sociedade não implica a extinção de sua personalidade jurídica, circunstância que se dá apenas por ocasião do término do procedimento de liquidação dos respectivos bens; se, todavia, o distrato social eliminou a fase de liquidação, partilhando desde logo os bens sociais, e foi arquivado na Junta Comercial, a sociedade já não tem personalidade jurídica nem personalidade judiciária. Recurso especial conhecido e provido. REsp 317.255/MA, STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, *DJe* 22-4-2002.

154 Sociedade limitada. Dissolução parcial. Reembolso. Apuração de haveres. Valor apurado com base na situação patrimonial da sociedade. Recurso improvido. A doutrina e a jurisprudência têm se manifestado no sentido de que, na hipótese de dissolução parcial da sociedade, o valor de reembolso do sócio excluído deve ser estimado com base na real situação patrimonial da sociedade empresária, vale dizer, ele deve ser reembolsado de acordo com o real valor patrimonial da sua participação na sociedade empresária, a fim de se evitar o enriquecimento ilícito da própria sociedade e dos sócios remanescentes. AP 9154404-51.2003.8.26.0000/SP, TJSP, Rel. Jesus Lofrano, *DJ* 25-5-2010.

155 Cumprimento de sentença. Bloqueio de valores em conta de sócios de empresas cujas personalidades jurídicas foram desconsideradas. Extensão da medida a todos os sócios que integraram o quadro social após o evento danoso. Inadmissibilidade. Sócios que se retiraram da sociedade há mais de dois anos. Ausência de responsabilidade por dívidas, ainda que preexistentes. Artigos 1.003 e 1.032 do Código Civil. Descumprimento da lei pelos sócios. Reconhecimento por decisão até o momento não impugnada pelos interessados. Medida constritiva que deve abranger os ativos financeiros dos sócios atuais, bem como daqueles que se retiraram da sociedade há menos de dois anos. Recurso provido em parte. Ag 9003753-94.2009.8.26.0000/SP, TJSP, Rel. Roberto Bedaque, *DJ* 16-12-2009.

156 Sociedade limitada composta por dois sócios. Pedido de dissolução total baseado na quebra da *affectio societatis*. Sentença de procedência. Reforma. Hipótese que é de dissolução parcial da sociedade limitada, em consagração ao princípio da preservação da empresa, mantida a continuidade da sociedade, ainda que com apenas um sócio, mas pelo período de 180 dias (artigo 1.033, V, do Código Civil). Sentença reformada. Recurso provido. AP 9159588-17.2005.8.26.0000/SP, TJSP, Rel. Paulo Alcides, *DJ* 16-9-2010.

157 A fim de evitar repetições das palavras “quotas” e “ações", vamos empregar apenas “quotas” deixando o uso de ações apenas quando tratarmos especificamente de sociedades anônimas, cujo capital social é dividido em ações, não em quotas como as demais sociedades.

158 “Balancete” ou “balancete de verificação” é um demonstrativo contábil que elenca diversos saldos

operacionais da empresa. A partir das informações dos balancetes se formam o Balanço Patrimonial e o Balanço de Resultado Econômico.

159 Rubens Requião. *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 411.

160 Sobre a necessidade da existência do *affectio societatis* para a qualificação da sociedade como sendo de pessoas, é a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a seguir: Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Sociedade de pessoas. *Affectio societatis*. Não cabe ao estado determinar a inclusão de sócio em sociedade de quotas de responsabilidade limitada por se tratar de sociedade de pessoas, sendo necessária a existência da *affectio societatis*. ACJ 20070820058070001/DF, TJDF, Rel. Carlos Pires Soares Neto, *DJe* 10-7-2007.

161 Confira-se abaixo uma decisão a respeito da prova de existência da sociedade: Agravo de Instrumento. Demonstração da existência de sociedade não personificada. Comprovação apenas através de prova documental. Observância do disposto no art. 987 do Código Civil. Inadmissibilidade da produção de prova testemunhal a respeito. Desnecessidade de se aguardar a produção de provas em audiência para o exame da alegação de impossibilidade jurídica do pedido formulada com lastro no citado art. 987 do CC. Tema que exige pronta apreciação. Agravo provido. Ag 0087084-93.2010.8.26.0000/SP, TJSP, Rel. Donegá Morandini, *DJ* 15-6-2010.

162 Confirma o fato de que os sócios de sociedades não personificadas respondem de forma solidária e ilimitada a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: Apelação Cível. Embargos à execução fiscal. Ilegitimidade passiva *ad causam*. Reconhecimento. Extinção da execucional. Sentença mantida. Recurso desprovido. A teor do art. 990, do Código Civil, nas sociedades não personificadas, diga-se, sociedades sem registro ou sociedades de fato, os sócios é quem respondem, de forma, solidária e ilimitada, pelas obrigações da sociedade. AC 170304/SC, TJSC, Rel. Pedro Manoel Abreu, *DJ* 29-7-2009.

163 Paulo Sérgio Restiffe. *Manual do novo direito comercial*, p. 102.

164 Quanto à responsabilidade do sócio ostensivo, veja a seguir a decisão do STJ: Comercial. Sociedade em conta de participação. Responsabilidade para com terceiros. Sócio ostensivo. Na sociedade em conta de participação o sócio ostensivo é quem se obriga para com terceiros pelos resultados das transações e das obrigações sociais, realizadas ou empreendidas em decorrência da sociedade, nunca o sócio participante ou oculto que nem é conhecido dos terceiros nem com estes nada trata. Hipótese de exploração de flat em condomínio. (...) REsp 168028/SP, STJ, 4ª Turma. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJe* 22-10-2001.

165 Art. 3º Todas as pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, inclusive as equiparadas pela legislação do Imposto sobre a Renda, estão obrigadas a inscrever no CNPJ cada um de seus estabelecimentos

localizados no Brasil ou no exterior, antes do início de suas atividades.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem possuir uma inscrição no CNPJ, na condição de estabelecimento matriz, que os identifique como pessoa jurídica de direito público, sem prejuízo das inscrições de seus órgãos públicos, conforme disposto no inciso I do art. 4º.

§ 2º No âmbito do CNPJ, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, móvel ou imóvel, próprio ou de terceiro, onde a entidade exerce, em caráter temporário ou permanente, suas atividades, inclusive as unidades auxiliares constantes do Anexo VII desta Instrução Normativa, bem como onde se encontram armazenadas mercadorias.

§ 3º Considera-se estabelecimento, para fins do disposto no § 2º, a plataforma de produção e armazenamento de petróleo e gás natural, ainda que esteja em construção.

§ 4º No caso previsto no § 3º, o endereço a ser informado no CNPJ deve ser o do estabelecimento da pessoa jurídica proprietária ou arrendatária da plataforma, em terra firme, cuja localização seja a mais próxima.

166 A respeito da necessidade de o Direito Tributário respeitar os conceitos do Direito Privado, veja a obra: TÔRRES, Heleno. *Direito tributário e direito privado*: autonomia privada, simulação, elusão tributária. São Paulo: RT, 2003. p. 11 e s.

167 Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

168 O Simples Nacional foi instituído pelo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte – Lei Complementar n. 123/2006, especialmente o art. 12. Sua finalidade é diminuir e simplificar a carga tributária das atividades que tenham menor faturamento, bem como minimizar a burocracia contábil, previdenciária e trabalhista.

169 Paulo Sérgio Restiffe. *Manual do novo direito comercial*, p. 89-90.

170 Nesse sentido: Citação. Pessoa jurídica. Sociedade simples que adota o tipo de responsabilidade limitada. Alteração contratual não averbada. Impossibilidade de oposição a terceiros. Locação não residencial. Contrato assinado por representante legal devidamente citado. Transcurso do prazo prescrito para oferta de contestação, considerados o termo inicial fixado pelo artigo 241, II, do Código de Processo Civil. Legitimidade. Matéria de ordem pública. Possível conhecimento de ofício e, por isso,

arguição por simples petição, sem prejuízo. Agravo não provido. AI 0068046-32.2009.8.26.0000/ SP, TJSP, Rel. Sá Moreira de Oliveira, *DJ* 29-6-2009.

171 Rubens Requião. *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 411.

172 Sobre a contagem do prazo de *2* anos é a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a seguir: Direito Empresarial. Agravo de Instrumento. Cessão de quotas. Averbação no registro competente. Efeitos. Bloqueio de valores. Responsabilidade dos sócios. Legitimidade à luz do artigo 1.003, parágrafo único, do Código Civil. (...) 2. Responsabilidade dos sócios legítima, até dois anos após a averbação da modificação do contrato no registro competente, pois solidários o cedente e o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio, nos exatos termos do artigo 1.003, **§ único**, Código Civil. (...) Ag 57890432010819000O/RJ, TJRJ, Rel. Des. Adolpho Andrade Mello, *DJ* 2-3-2011.

173 Nesse sentido: Prestação de contas. Primeira fase. Propositura contra sócio administrador da empresa. Possibilidade. Falta de interesse de agir. Inocorrência. Administrador que não comprova ter prestado contas como lhe incumbia. Administração, ademais, que obriga à prestação de contas. Ação procedente. Sentença mantida. Recurso improvido. AP 0102529-26.2007.8.26.0011/SP, TJSP, Rel. Vito Guglielmi, *DJ* 27-5-2010.

174 Veja a seguir a decisão do STJ acerca de responsabilidade solidária: Tributário. Execução fiscal. Responsabilidade solidária dos sócios. Lei 8.620/93. Art. 1.016 do CC e Art. 135 do CTN. I – O sócio somente pode ser responsabilizado se ocorrerem concomitantemente duas condições: a) exercer atos de gestão e b) restar configurada a prática de tais atos com infração de lei, contrato ou estatuto ou que tenha havido a dissolução irregular da sociedade. (...) AgRg no REsp 809640/DF, STJ, 1ª Turma, Rel. Francisco Falcão, *DJe* 4-5-2006.

175 Ricardo Negrão. *Direito empresarial*: estudo unificado, p. 35.

176 Sobre a teoria da aparência: Direito Comercial. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Garantia assinada por sócio a empresas do mesmo grupo econômico. Excesso de poder. Responsabilidade da sociedade. Teoria dos atos *ultra vires*. Inaplicabilidade. Relevância da boa-fé e da aparência. Ato negocial que retornou em benefício da sociedade garantidora. (...) REsp 704.546/DF, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 8-6-2010.

177 Nesse sentido, Rubens Requião. *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 436.

178 Sobre a diferenciação entre sócios comanditários e comanditados, é a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal: Processo Civil e Empresarial. Documentos. Prescindibilidade. Juntada a qualquer tempo. Inexistência de preclusão. Ação monitória. Cheque sem força executiva. Prova do crédito. Sociedade em comandita simples. Litigância de má-fé. Alteração da verdade dos fatos. Constatação. Honorários advocatícios. Redução. Correção monetária. Alteração de março inicial. Inexistência de

reformatio in pejus. (...) 2. A sociedade em comandita simples caracteriza-se por possuir duas categorias de sócios: os comanditados, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, e os comanditários, obrigados somente até o valor de sua quota-parte. Essa reflete a exegese do artigo 1.045 do código civil. O autor, na qualidade de sócio-investidor, ou seja, comanditário, contribuía, apenas, para formação do capital social da empresa. (...) AP 8309257200780700 01/DF, TJDF, Rel. Flavio Rostirola, *DJ* 10-3-2010.

179 Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3, p. 366.

180 Nesse sentido: Sociedade limitada. Responsabilidade dos sócios perante os credores. Integralização do capital social. 1 – Na sociedade limitada, o limite da responsabilidade dos sócios, perante os credores, é o total do capital social subscrito e não integralizado (art. 1.052, CC). 2 – Se ficar provado que os sócios não aportaram, de fato, o valor formalmente referido como capital integralizado, eles poderão ser responsabilizados pela diferença. 3 – Não há, no direito brasileiro, a obrigação do sócio de manter ou reintegrar o capital social, na hipótese de exaurimento do patrimônio da limitada. (...) Ag 20906932010807000 0/DF, TJDF, Rel. Jair Soares, *DJ* 9-2-2011.

181 Tratando do tema sob a perspectiva da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, segue trecho de uma decisão do STJ: Comercial, Civil e Processo Civil. Embargos de declaração para fins de prequestionamento. Necessidade de que o acórdão recorrido padeça de omissão, contradição ou obscuridade. Declaração de desconsideração da personalidade jurídica. Necessidade de comprovação de abuso. Encerramento de atividade sem baixa na junta comercial. Circunstância insuficiente à presunção de fraude ou má-fé na condução dos negócios. Arts. 592, II, e 596 do CPC. Normas em branco, que não devem ser aplicadas de forma solitária. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Ausência de administração irregular e do capital social integralizado. Sócios não respondem pelo prejuízo social. Precedentes. (...) – A excepcional penetração no âmago da pessoa jurídica, com o levantamento do manto que protege essa independência patrimonial, exige a presença do pressuposto específico do abuso da personalidade jurídica, com a finalidade de lesão a direito de terceiro, infração da lei ou descumprimento de contrato. – O simples fato da recorrida ter encerrado suas atividades operacionais e ainda estar inscrita na Junta Comercial não é, por si só, indicativo de que tenha havido fraude ou má-fé na condução dos seus negócios. (...) – Os sócios de empresa constituída sob a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada **não respondem pelos prejuízos sociais, desde que não tenha havido administração irregular e haja integralização do capital social.** Recurso especial não conhecido. REsp 876.974/SP, STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 27-8-2007.

182 Paulo Sérgio Restiffe. *Manual do novo direito comercial*, p. 123-124.

183 Esse fato também é lembrado por Amador Paes de Almeida. *Direito de empresa no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 136.

184 No mesmo sentido, Leonardo Honorato Costa. Abuso do direito de voto nas sociedades limitadas: remédios judiciais. *Revista de Direito Empresarial*, n. 4, São Paulo: RT, jul./ago. 2014. p. 99-110.

185 Sociedade empresarial. Destituição de sócio. Quebra da *affectio societatis*. Justa causa para a exclusão extrajudicial de sócio minoritário. Contrato social em que observadas as regras disciplinadoras da sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Impossibilidade de convivência pacífica entre os sócios, havendo risco de inviabilizar a empresa. Suspensão dos efeitos de deliberação de cotistas afastada. Recurso provido, com observação. Ag 0463806-95.2010.8.26.0000/SP, TJSP, Rel. Elliot Akel, *DJ* 7-12-2010.

186 Veja a decisão judicial sobre a previsão no contrato social para a exclusão do sócio: Apelação Cível. Dúvida. Jurisdição voluntária. Registros públicos. Suscitação de dúvida pelo oficial do cartório de títulos e documentos. Possibilidade. Inteligência dos arts. 198 e art. 296, da Lei 6.015/73. Transmutação de entidade empresarial para sociedade simples, regida pelo novo Código Civil. Alteração de contrato social. Inclusão de previsão de exclusão extrajudicial de sócio. Ausência de previsão contratual. Pretensão de alteração deliberada pela maioria dos sócios. Impossibilidade. Interpretação erigida dos arts. 1.030 e 1.085 do atual Código Civil. Recurso não provido. (...) 2 – A maioria societária somente poderá deliberar sobre a exclusão extrajudicial de sócio, quando constante do estatuto social da empresa (art. 1.085 do CC). AC 5319419 PR 0531941-9, TJPR, Rel. Rafael Augusto Cassetari, *DJ* 20-5-2009.

187 Comercial. Recurso especial. Dissolução integral e liquidação de sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Pedido de sócios minoritários. Argumentos que conduzem, no máximo, à dissolução parcial, com a saída dos dissidentes e apuração dos haveres. Improcedência da pretensão. 1. Julga-se improcedente o pedido de dissolução integral e liquidação da sociedade se requerido por sócios minoritários sem razões robustas, que demonstrem no mínimo o desvio da finalidade social. 2. A estes sócios, insatisfeitos com a administração da sociedade, assiste o direito de retirada, com a devida apuração de haveres. REsp 453.423/AL, STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJe* 15-5-2006.

188 Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial*: direito de empresa, v. 3, p. 62.

189 Waldirio Bulgarelli. *Títulos de crédito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1982. p. 85-88.

190 Vera Helena de Mello Franco; Rachel Sztajn. *Direito empresarial II*: sociedade anônima, mercado de valores mobiliários. São Paulo: RT, 2009. p. 44.

191 Paulo Sérgio Restiffe. *Manual do novo direito comercial*, p. 171.

192 Comercial. Valor patrimonial de ações. Valor a pagar a acionista. Deliberação da assembleia geral extraordinária. Inteligência do art. 121 da Lei n. 6.404/76. O valor patrimonial de cada ação da companhia é "a parcela do patrimônio líquido da sociedade anônima correspondente a cada ação. É obtido pela divisão do valor em reais do patrimônio líquido pelo número de ações." A Assembleia Geral de acionistas, como dispõe o art. 121 da Lei n. 6.404/76, tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento. Tendo a Assembleia decidido que após o grupamento o pagamento dos sócios pelas frações de ação que possuírem será pelo valor patrimonial, não há que se cogitar que este se faça pelo valor de mercado das ações. AC 1.0024.04.262098-9/001, Comarca de Belo Horizonte, Rel. Des. Nilo Lacerda, *DJ* 2-11-2006.

193 Direito Comercial. Sociedade Anônima. Distribuição de dividendos. Ações preferenciais com direito a dividendos mínimos. Distribuição dos lucros remanescentes em igualdade de condições com as ações ordinárias. Divergência não configurada. Subscrição de ações emitidas para aumento do capital social em razão de incentivos fiscais. Direito de preferência inexistente. (...) A Lei n. 6.404/76 comanda, no § 2º do art. 17, a repartição dos lucros remanescentes também para as ações com dividendo mínimo. Assim, somente por disposição estatutária expressa é que tal direito dos acionistas preferenciais poderia ser legalmente afastado. No caso, de acordo com o que se extrai do acórdão hostilizado, não há vedação expressa à percepção dos dividendos remanescentes para os acionistas preferenciais, mas apenas a regulamentação do percentual a ser auferido, permanecendo incólume o comando legal de distribuição dos lucros remanescentes às ações com dividendo mínimo, em igualdade de condições com as ações ordinárias. (...) REsp 267.256/BA, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* 5-11-2001.

194 Nesse sentido: Recurso Especial. Direito Processual Civil e Direito Societário. Art. 117, § 1º, da Lei n. 6.404/76 (Lei das Sociedades). Modalidades de abuso de poder de acionista controlador. Forma exemplificativa. Caracterização do abuso de poder. Prova do dano. Precedente. Montante do dano causado pelo abuso de poder do acionista controlador. Fixação em liquidação de sentença. Possibilidade. O § 1º, do art. 117, da Lei das Sociedades Anônimas enumera as modalidades de exercício abusivo de poder pelo acionista controlador de forma apenas exemplificativa. Doutrina. A Lei das Sociedades Anônimas adotou padrões amplos no que tange aos atos caracterizadores de exercício abusivo de poder pelos acionistas controladores, porquanto esse critério normativo permite ao juiz e às autoridades administrativas, como a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), incluir outros atos lesivos efetivamente praticados pelos controladores. Para a caracterização do abuso de poder de que trata o art. 117 da Lei das Sociedades por ações, ainda que desnecessária a prova da intenção subjetiva do acionista controlador em prejudicar a companhia ou os minoritários, é indispensável a prova do dano. Precedente.

(...) REsp 798265/SP, STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 16-4-2007.

195 Art. 466-B. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

196 Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2008. v. 3. p. 411.

197 Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. *Curso de direito comercial*. v. 3, p. 412.

198 Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2. p. 229.

199 Direito Empresarial. Negócio jurídico celebrado por gerente de sociedade anônima. Ausência de poderes. Ato conexo com a especialização estatutária da empresa. Limitação estatutária. Matéria, em princípio, *interna corporis*. Terceiro de boa-fé. Teoria da aparência. Aplicabilidade. 1. No caso em exame, debatem as partes em torno de aditivo que apenas estabeleceu nova forma de reajuste do contrato original – em relação ao qual não se discute a validade –, circunstância a revelar que o negócio jurídico levado a efeito pelo então Gerente de Suprimentos, que é acessório, possui a mesma natureza do principal – prestação de serviços –, o qual, a toda evidência, poderia ser celebrado pela sociedade recorrente por se tratar de ato que se conforma com seu objeto social. 2. Na verdade, se a pessoa jurídica é constituída em razão de uma finalidade específica (objeto social), em princípio, os atos consentâneos a essa finalidade, não sendo estranho ao seu objeto, praticados em nome e por conta da sociedade, por seus representantes legais, devem ser a ela imputados. 3. As limitações estatutárias ao exercício de atos por parte da Diretoria da Sociedade Anônima, em princípio, são, de fato, matéria *interna corporis*, inoponíveis a terceiros de boa-fé que com a sociedade venham a contratar. 4. Por outro lado, a adequada representação da pessoa jurídica e a boa-fé do terceiro contratante devem ser somadas ao fato de ter ou não a sociedade praticado o ato nos limites do seu objeto social, por intermédio de pessoa que ostentava ao menos aparência de poder. 5. A moldura fática delineada pelo acórdão não indica a ocorrência de qualquer ato de ma-fé por parte da autora, ora recorrida, além de deixar estampado o fato de que o subscritor do negócio jurídico ora impugnado – Gerente de Suprimento – assinou o apontado "aditivo contratual" na sede da empresa e no exercício ordinário de suas atribuições, as quais, aliás, faziam ostentar a nítida aparência a terceiros de que era, deveras, representante da empresa. 6. Com efeito, não obstante o fato de o subscritor do negócio jurídico não possuir poderes estatutários para tanto, a circunstância de este comportar-se, no exercício de suas atribuições – e somente porque assim o permitiu a companhia –, como legítimo representante da sociedade atrai a responsabilidade da pessoa jurídica por negócios celebrados pelo seu representante putativo com terceiros de boa-fé. Aplicação da teoria da

aparência. 7. Recurso especial improvido. REsp 887.277/SC, STJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 9-11-2010.

200 Quanto à necessidade de prévia anuência da assembleia, veja a decisão do STJ: Civil e Processual Civil. Sociedade Anônima. Ação da companhia contra administrador. Necessidade de prévia autorização da assembléia-geral. Aplicação do *caput* do art. 159 da Lei 6.404/67. Ilegitimidade ativa da companhia por falta de autorização. Extinção do feito sem julgamento do mérito mantida. Art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil aplicação. Recurso especial improvido. I – O art. 159 da Lei 6.404/76 estabelece, com clareza, em seu *caput*, a necessidade de prévia autorização da assembleia geral para que a companhia possa mover ação contra um de seus administradores. II – O fato de o requerido ter, segundo a requerente, indevidamente se intitulado diretor-presidente, quando era somente diretor-tesoureiro, e outorgado procuração para venda de bem da empresa, não retira a necessidade de prévia deliberação da assembleia geral autorizando a companhia a ingressar com ação contra ele. III – Não havendo prova de tal autorização por parte da assembleia geral, correto o entendimento do egrégio Tribunal *a quo*, ao extinguir o feito sem julgamento do mérito, por ausência de legitimidade ativa (art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil). IV – Recurso especial improvido. REsp 882.782/RN, STJ, 3ª Turma, Rel. Massami Uyeda, *DJe* 6-5-2010.

201 Ação Cominatória. Obrigação de fazer. Instauração de assembleia geral extraordinária. Eleição de conselho fiscal da companhia. Previsão legal. Art. 161, § 4º, da Lei n. 6.404/76. Redução do valor das astreintes. Art. 461, § 6º, do CPC. Os acionistas minoritários com direito a voto da Sociedade Anônima têm direito a um representante no Conselho Fiscal da S.A., consoante dispõe o art. 161, § 4º, da Lei n. 6404/76. Restando irrecorrida a decisão que deferiu liminar, a ser cumprida sob pena de multa diária e, confirmada esta na sentença, devida é a referida astreinte, que pode ser reduzida de ofício (art. 461, § 6º, do CPC), sempre que se verificar onerosidade excessiva ou enriquecimento ilícito. AC 2.0000.00.461088-4/000, TJMG, Des.(a) Valdez Leite Machado, *DJ* 27-8-2007.

202 Conforme nota do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa: Disponível em: <http://www.ibgc.org.br>. Acesso em: 14 out. 2011.

203 Newton De Lucca afirma que a empresa ética poderá contribuir decisivamente para um futuro solidário na história da humanidade. Newton De Lucca. *Da ética geral à ética empresarial*. Tese (Concurso para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 414.

204 Paulo Sérgio Restiffe. *Manual do novo direito comercial*, p. 202.

205 Nesse sentido, Amador Paes de Almeida. *Direito de empresa no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 179.

206 Normalmente, as taxas de juros das cooperativas de crédito são menores do que as praticadas pelos bancos.

207 Gladston Mamede; Eduarda Cotta Mamede. *Holding familiar e suas vantagens*: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. São Paulo: Atlas, 2011. p. 2.

208 Gladston Mamede; Eduarda Cotta Mamede. *Holding familiar e suas vantagens*: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. p. 70.

209 Nesse sentido: Execução de título extrajudicial. Alteração no polo passivo da execução para incluir empresa que se beneficiou de transformação da sociedade executada. A transformação da empresa não pode prejudicar credores. Aplicação do art. 1.115 do Código Civil. Recurso desprovido. Ag 191586120118260000/SP, TJSP, Rel. Sérgio Shimura, *DJ* 29-6-2011.

210 Carlos Alberto Bittar. *Contratos comerciais*, p. 198-199.

211 Administrativo. Transportador responsável e legitimado *ad causam*. Contrato de *joint venture*. Liberação de mercadorias e contêineres. Ingresso irregular no país. Visita e busca aduaneira. Ausência do manifesto de carga e do conhecimento ou documento equivalente. Expedição posterior à atracação do navio. Admissibilidade para liberação dos contêineres. Admitidos no país por regime autônomo. O contrato de *joint venture* apenas possibilita, por comodidade das contratantes, que seus serviços sejam inseridos em novos mercados, mediante a associação e cooperação mútua entre as contratantes. É acordo que, por conveniência das interessadas, não necessita de um vínculo societário, inferindo-se das razões e documentos apresentados pela impetrante que o referido armador apenas se incumbiu de prestar-lhe um serviço, sem qualquer responsabilidade ou vínculo, trazendo os contêineres de que a impetrante admite ser a transportadora. AMS 7451 SP 2000.61.04.007451-2, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Rel. Juíza Eliana Marcelo, *DJU* 29-11-2006.

212 Nesse sentido, Sérgio Campinho. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 287.

213 Este clausulado é meramente sugestivo, devendo ser avaliado o caso concreto a fim de melhor estabelecer suas regras e interesses contratuais.

214 Este clausulado é meramente sugestivo, devendo ser avaliado o caso concreto a fim de melhor estabelecer suas regras e interesses contratuais.

215 Nesse sentido, Waldo Fazzio Júnior. *Lei de falência e recuperação de empresas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 24.

216 Paulo Sérgio Restiffe. *Manual do novo direito comercial*, p. 374.

217 Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial*: direito de empresa, v. 3, p. 231-232.

218 Jorge Lobo. Da recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 176-178.

219 Nesse sentido, Mauro Rodrigues Penteado. Disposições preliminares. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*: Lei 11.101/2005. São Paulo: RT, 2005. p. 101.

220 Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 18-19.

221 Esse tema é controvertido, por isso, optamos por tratá-lo em um item específico, a seguir.

222 Nesse sentido, Waldo Fazzio Júnior. *Lei de falência e recuperação de empresas*, p. 47.

223 Recuperação judicial. Ação ajuizada por produtores rurais que não estão registrados na Junta Comercial. "O empresário rural será tratado como empresário se assim o quiser, isto é, se se inscrever no registro das empresas, caso em que será considerado um empresário, igual aos outros". "A opção pelo registro na Junta Comercial poderá se justificar para que, desfrutando da posição jurídica de empresário, o empresário rural possa se valer das figuras da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial, que se apresentam como eficientes meios de viabilizar a reestruturação e preservação da atividade empresarial, instrumentos bem mais abrangentes e eficazes do que aquele posto à disposição do devedor civil (Concordata Civil – Código de Processo Civil, artigo 783)". Só a partir da opção pelo registro, estará o empresário rural sujeito integralmente ao regime aplicado ao empresário comum. Sentença mantida. Apelação não provida. AC 994092930317, TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Romeu Ricupero, *DJ* 16-4-2010.

224 A seguir, um trecho da referida decisão do juízo de Alpinópolis: (...) Assim, ao invocar a Lei 11.101/2005, ainda que somente como referência analógica, em conduzir o processamento dos atos através da ordem delineada naquela norma, salientando que através de seu artigo 2º, que veda aplicabilidade desta norma através de um rol exaustivo, onde figura expressamente as "Cooperativas de Crédito", não relacionando, porém, as cooperativas agropecuárias ou agroindustriais. Entende-se assim que o legislador, ao editar a referida Lei, quis diferenciar as cooperativas de crédito das demais, vedando aplicação somente a elas, inexistindo impedimento de aplicabilidade da Recuperação Judicial às cooperativas agropecuárias. Portanto, entendo perfeitamente adequado juridicamente o pedido da parte autora, quanto a sua regularidade e adequação, adotando, assim, a aplicabilidade da Lei 11.101/05, bem como por analogia adotar as regras para acolher o pedido prefacial da recuperação judicial, comungando, pois, de igual identidade de entendimento com o nobre colega que decidiu situação semelhante no Estado do Rio Grande do Sul, na forma descrita às fls. 23, no processo 11000045060, que

deferiu à COCEAGRO a recuperação judicial, como medida judicial plausível e coerente à situação da aludida cooperativa (...).

225 Emanuelle Urbano Maffioletti. *O direito concursal das sociedades cooperativas e a lei de recuperação de empresas e falência.* Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 152 e s.

226 Mauro Rodrigues Penteado. Disposições preliminares. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*: Lei 11.101/2005. São Paulo: RT, 2005. p. 110.

227 Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 109-110.

228 Conflito positivo de competência. Vasp. Empresa em recuperação judicial. Plano de recuperação aprovado e homologado. Execução trabalhista. Suspensão por 180 dias. Art. 6º, parágrafos da Lei 11.101/05. Manutenção da atividade econômica. Função social da empresa. Incompatibilidade entre o cumprimento do plano de recuperação e a manutenção de execuções individuais. Precedente do caso varig – cc 61.272/Rj. Conflito parcialmente conhecido. Conflito de Competência – CC n. 73.380/SP, STJ, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, *DJ* de 21-11-2008.

Conflito positivo de competência. Comercial. Lei 11.101/05. Recuperação judicial. Processamento deferido. 1. A decisão liminar da justiça trabalhista que determinou a indisponibilidade dos bens da empresa em recuperação judicial, assim também dos seus sócios, não pode prevalecer, sob pena de se quebrar o princípio nuclear da recuperação, que é a possibilidade de soerguimento da empresa, ferindo também o princípio da '*par conditio creditorum*'. 2. É competente o juízo da recuperação judicial para decidir acerca do patrimônio da empresa recuperanda, também da eventual extensão dos efeitos e responsabilidades aos sócios, especialmente após aprovado o plano de recuperação. 3. Os créditos apurados deverão ser satisfeitos na forma estabelecida pelo plano, aprovado de conformidade com o art. 45 da Lei 11.101/2005. 4. Não se mostra plausível a retomada das execuções individuais após o mero decurso do prazo legal de 180 dias. Conflito conhecido para declarar a competência do juízo da 3ª vara de Matão/SP. CC n. 68.173/SP, STJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJ* de 4-12-2008.

229 Manoel Justino Bezerra Filho. *Nova lei de recuperação e falências comentada*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 59-60.

230 Nesse sentido: Agravo de instrumento. Decisão que, em ação indenizatória, em fase de execução, determinou o prosseguimento da ação, uma vez decorrido o prazo de 180 dias, contados do deferimento da recuperação judicial e, portanto, findo o período de suspensão determinado pelo art. 6º da Lei n.

11.101/05. Reforma. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. O prazo disposto no parágrafo 4º do artigo 6º da Lei n. 11.101/05 não pode receber uma interpretação isolada, e dissociada do espírito reestruturador criado pela própria norma. Se há plano de recuperação em curso regular, devidamente aprovado e homologado, todos os créditos devem se submeter a ele, até mesmo porque o pagamento aos credores se fará nos termos do referido plano que foi votado em assembleia de credores, não havendo como privilegiar um credor em uma execução individual. Impossibilidade de preterição dos demais credores e quebra no planejamento financeiro da devedora. Precedentes Jurisprudenciais do Eg. Superior Tribunal de Justiça: "Deve-se interpretar o art. 6º desse diploma legal de modo sistemático com seus demais preceitos, especialmente à luz do princípio da preservação da empresa, insculpido no artigo 47, que preconiza: 'A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica'. No caso, o destino do patrimônio da empresa-ré em processo de recuperação judicial não pode ser atingido por decisões prolatadas por juízo diverso daquele da Recuperação, sob pena de prejudicar o funcionamento do estabelecimento, comprometendo o sucesso de seu plano de recuperação, ainda que ultrapassado o prazo legal de suspensão constante do § 4º do art. 6º da Lei n. 11.101/05, sob pena de violar o princípio da continuidade da empresa. (CC 79170/SP, Ministro Castro Meira, *DJe* 19/09/2008). Provimento do recurso para suspender a execução a qual deverá se submeter aos ditames do processo de Recuperação Judicial, de acordo com decisão do Eg. STJ acima. Agravo de Instrumento 0007562-46.2009.8.19.0000, TJRJ, 15ª Câmara Cível. Rel. Des. Helda Lima Meireles. *DJ* 19-5-2009.

231 Agravo. Habilitação de crédito em recuperação judicial. Crédito representado por cheque de emissão da recuperanda em favor de empresa de fomento mercantil. Credora que é sociedade limitada regularmente inscrita na junta comercial. Inteligência do art. 9O, II, da Lei n. 11.101/2005. Não havendo indícios de afronta à ordem jurídica, nem alegação da devedora de falta de causa, incabível exigir-se do credor a prova da origem do cheque que ostenta todos os requisitos cambiais e configura título executivo extrajudicial. Precedentes do stj. Agravo provido para deferir a habilitação do crédito na classe dos quirografários. AI n. 0501202-09.2010.8.26.0000, TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Pereira Calças, *DJ* 1-4-2011.

232 Nesse sentido: Empresarial e Processual Civil. Agravo de Instrumento. Recuperação judicial. Ausência de inclusão de crédito pelo administrador geral no "quadro geral de credores". Créditos

indicados pela própria empresa em recuperação. Inexistência de elementos que elidam sua veracidade. Inclusão. Deferimento. Provimento da irresignação. Inteligência dos arts. 7º e 175, ambos da Lei n. 11.101/2005. Se o administrador judicial, após a verificação dos instrumentos contábeis da empresa em recuperação judicial e ciente dos créditos apresentados pelos credores, eis que constantes do pleito vestibular apresentado pela recuperanda, não encontrou qualquer impedimento ou vícios de sua existência, imprescindível sua inclusão no "Quadro Geral de Credores", mormente, porque o novo ordenamento legal considera crime, com pena de reclusão e multa, a apresentação, em recuperação judicial, de relação de crédito falsa. AI 1.0079.07.348871-4/001, TJMG, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, *DJ* 11-6-2008.

233 A decisão que segue foi proferida considerando ainda o regime jurídico anterior, que sobre credores retardatários na falência praticamente não mudou. Optamos por estampá-la em vista do seu caráter pedagógico acerca do tema estudado: Direito Falimentar. Habilitação de crédito trabalhista retardatário. Intempestividade. Processo de falência encerrado. Conclusão do rateio do ativo da massa falida. Falta de interesse de agir do credor. Apelação improvida. 1. O artigo 98 da antiga lei de falências prevê a possibilidade de habilitação do credor retardatário. Contudo, o seu § 4º é expresso no sentido de que "os credores retardatários não têm direito aos rateios anteriormente distribuídos", de modo que os atos pretéritos não poderão ser desconstituídos, ainda que o crédito retardatário seja trabalhista e goze de privilégio na ordem de recebimento. 2. O processo de falência não se pode eternizar no tempo a espera de eventuais credores retardatários. Dessa forma, embora a lei não determine o termo *ad quem* para a habilitação retardatária, este deve ser identificado como o momento da distribuição do último rateio. 3. Portanto, sendo intempestiva a habilitação retardatária, deve-se reconhecer a carência de ação do credor, por falta de interesse processual, visto que o provimento jurisdicional pleiteado seria inócuo e ineficaz, já que não trará qualquer resultado útil ao credor desidioso. 4. Apelo improvido. AC 1139091220048070001, TJDF, 3ª Turma Cível, Rel. José de Aquino Perpétuo, *DJ* 8-3-2007.

234 Recuperação Judicial. Impugnação de crédito. Multa contratual aplicada sobre parcelas inadimplidas, anteriores ao pedido. Abusividade não configurada. Eventual modificação de crédito a ser objeto de deliberação pela assembleia de credores. Recurso desprovido. AI 28925262011826000, TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Elliot Akel. *DJ* 31-5-2011.

235 A propósito, a decisão adiante também menciona o síndico, mas o fundamento é mesmo para o atual administrador judicial quanto à responsabilidade tributária: Tributário. Responsabilidade pessoal. Síndico. Arts. 134, V, e 135, I, do CTN. 1. A responsabilidade pessoal e solidária pode ser imputada a síndico de massa falida em relação aos atos em que intervier ou pelas omissões de que é responsável (art. 134, V, do CTN), assim como em relação aos créditos correspondentes a obrigações tributárias

resultantes de atos por ele praticados com excesso de poderes ou infração de lei (art. 135, I, do CTN). Precedentes do e. STJ e deste Regional. 2. Configura hipótese de responsabilidade pessoal e solidária o fato de o síndico ter infringido à lei, pois há omissão quanto à correta arrecadação dos bens da massa falida, quanto à contratação de empregados e à realização de obras de construção civil. Descurou-se, portanto, do dever legal de, na época, levar a falência a bom termo. 3. Sentença mantida. AC 8795 SC 2000.72.00.008795-1, TRF4, 2ª Turma, Rel. Vânia Hack de Almeida, *DJ* 5-5-2010.

236 Processual Civil. Falência. Pedido da massa falida para destituição do administrador judicial nomeado. Indeferimento – agravo de instrumento. Nega provimento. 1. Não se extrai da leitura do artigo 21 da Lei n. 11.101/2005 nenhuma disposição no sentido da proibição do exercício do encargo de administrador judicial por algum dos credores do falido, pois o dispositivo se limitou a traçar diretrizes gerais para nortear a nomeação do administrador judicial pelo Juiz, não definindo o que seja uma "pessoa jurídica especializada", o que permite no caso específico a manutenção da agravada como administradora judicial, pois sendo ela uma entidade que administra planos de benefício de natureza previdenciária, tem experiência na administração de bens alheios, além do que ela é a única credora dos falidos (e exatamente por isso tem ela o melhor dos interesses em bem administrar a Massa para poder haver o seu crédito) e os agravantes não apontaram nenhum ato concreto que pudesse rotular a agravada como administradora incompetente, além do que a agravada foi nomeada há mais de dois anos, mas somente agora os agravantes se lembraram do artigo 21 da Lei n. 11.101/2005 e da pública inimizade entre o patrono da agravada e o 2º agravante. 2. A jurisprudência já pacificou há mais de uma década o entendimento de que a inimizade entre uma parte e o patrono da outra não tem nenhuma consequência jurídica no processo, da mesma forma que a inimizade entre o Juiz e o advogado de uma das partes não é causa de impedimento do Magistrado, de forma que a eventual inimizade existente entre o 2º agravante e o patrono da agravada, ainda que pública, não tem o condão de gerar o impedimento da agravada patrocinada para funcionar como administradora judicial na falência das firmas da qual o 2º agravante era sócio controlador. (...) AI 371818420108190000, TJRJ, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Miguel Angelo Barros, *DJ* 3-12-2010.

Direito Processual Civil. Falência. Destituição de administrador judicial. Sanção grave. Ponderação do caso concreto. Manutenção do administrador. Homologação da avaliação de imóvel. Contraditório. Ausência. Necessidade. Parcial provimento. 1. A desobediência aos preceitos da Lei 11.101/2005, o descumprimento de dever, omissão, negligência ou a prática de ato lesivo à atividade do devedor ou a terceiros por parte do administrador judicial que ensejam a sua destituição (art. 31) devem ser tão graves quanto à sanção imposta, que leva a perda do direito à remuneração e o impedimento de ser nomeado durante os próximos cinco anos para atividade semelhante, não se caracterizando quando o próprio falido

não fornece nos autos os elementos necessários para a escorreita atuação do auxiliar do juízo. 2. Em respeito ao contraditório é indispensável a prévia concessão de oportunidade para manifestação de ambas as partes e interessados antes das homologação da avaliação de determinado bem a ser levado a leilão. (...) AI 0.678.195-9, TJPR, 17ª Câmara Cível, Rel. Francisco Jorge, *DJ* 30-3-2011.

237 Agravo de Instrumento. Recuperação judicial. Remuneração do administrador judicial. Na recuperação judicial, o administrador judicial, auxiliar do juiz, não administra a empresa em recuperação, que continua a ser gerenciada pelo empresário ou pelos administradores estatutários ou contratuais da sociedade recuperanda. Compete ao juiz fixar o valor e a forma de pagamento da remuneração do administrador. O juiz deve observar a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes. Sendo o administrador judicial um auxiliar do juiz, nesta condição deve ser remunerado, observado o teto dos servidores do poder judiciário. Inaplicabilidade da reserva do § 2º do art. 24 da Lei n. 11.101/05 em se tratado de recuperação judicial. Princípios da proporcionalidade, razoabilidade, equidade e modicidade devem ser aplicados no arbitramento da remuneração do administrador judicial. Agravo provido. AI 994092733511, TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Pereira Calças, *DJ* 29-1-2010.

238 Paulo Sérgio Restiffe. *Manual do novo direito comercial*, p. 381.

239 Amador Paes de Almeida também alerta para a facultatividade do comitê. *Curso de falência e recuperação de empresa*: de acordo com a Lei n. 11.101/2005. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 210.

240 Agravo de Instrumento. Recuperação Judicial. Objeção ao plano de recuperação. Exclusiva atribuição da assembleia geral de credores. Se a assembleia geral de credores aprovou o plano de recuperação judicial, não cabe ao juiz, apreciando objeção de credor, sobrepor-se a essa decisão. Agravo desprovido. AI 0372579-58.2009.8.26.0000, TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Lino Machado. *DJ* 10/2/2011.

Agravo. Recuperação Judicial. Plano aprovado pela assembleia geral de credores. Plano que prevê o pagamento do passivo em 18 anos, calculando-se os pagamentos em percentuais (2,3%, 2,5% e 3%) incidentes sobre a receita líquida da empresa, iniciando-se os pagamentos a partir do 3º ano contado da aprovação. Previsão de pagamento por cabeça até o 6º ano, acarretando pagamento antecipado dos menores credores, instituindo conflitos de interesses entre os credores da mesma classe. Pagamentos sem incidência de juros. Previsão de remissão ou anistia dos saldos devedores caso, após os pagamentos do 18º ano, não haja recebimento integral. Proposta que viola os princípios gerais do direito, os princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da propriedade, da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial o princípio da *pars conditio creditorum* e normas de ordem pública. Previsão que permite a

manipulação do resultado das deliberações assembleares. Falta de discriminação dos valores de cada parcela a ser paga que impede a aferição do cumprimento do plano e sua execução específica, haja vista a falta de liquidez e certeza do *quantum* a ser pago. Ilegalidade da cláusula que estabelece o pagamento dos credores quirografários e com garantia real após o decurso do prazo bienal da supervisão judicial (art. 61, *caput*, da Lei n. 11.101/2005). Invalidade (nulidade) da deliberação da assembleia geral de credores declarada de ofício, com determinação de apresentação de outro plano, no prazo de 30 dias, a ser elaborado em consonância com a Constituição Federal e Lei n. 11.101/2005, a ser submetido à assembleia geral de credores em 60 dias, sob pena de decreto de falência. AI 0136362-29.2011.8.26.0000, TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Pereira Calças, *DJ* 29-2-2012.

241 Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial*: direito de empresa, v. 3, p. 381.

242 Jorge Lobo. Da recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. p. 173-176 e 179.

243 Bens de capital são os recursos utilizados para que a empresa possa desenvolver sua atividade fim, ou seja, produzir ou circular bens ou serviços, como, por exemplo, máquinas, equipamentos, tecnologia etc.

244 Armando Castelar Pinheiro; Jairo Saddi. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 201.

245 AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE EXCLUIU OS CRÉDITOS GARANTIDOS POR CESSÃO FIDUCIÁRIA DOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, CLASSIFICANDO-OS COMO EXTRACONCURSAIS. PRETENDIDA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DAS DUPLICATAS OBJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA, PELO PRAZO DE 180 DIAS, NOS TERMOS DO ART. 49, § 3º, PARTE FINAL, DA LEI N. 11.101/2005, SOB O ARGUMENTO DE QUE CONSTITUEM BEM ESSENCIAL À ATIVIDADE EMPRESARIAL DA EMPRESA RECUPERANDA. OBJETIVADO, AINDA, O RECONHECIMENTO DA INEXISTÊNCIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DOS CRÉDITOS QUE NÃO FORAM TRANSFERIDOS ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS ATRAVÉS DE ENDOSSO OU CESSÃO DE CRÉDITO, COM A SUSPENSÃO DA APROPRIAÇÃO DOS RESPECTIVOS VALORES, SOB PENA DE MULTA. (...) CONTRATOS GARANTIDOS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA OU CESSÃO FIDUCIÁRIA QUE NÃO FORAM REGISTRADOS NO OFÍCIO DE REGISTRO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS DO DOMICÍLIO DA EMPRESA DEVEDORA. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO § 1º DO ART. 1.361 DO CC/2002.

PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA, PORTANTO, NÃO CONSTITUÍDA. INVIABILIDADE DE ENQUADRAMENTO DOS RESPECTIVOS ATIVOS NA HIPÓTESE DE EXCLUSÃO CONTIDA NO ART. 49, § 3º, PRIMEIRA PARTE, DA LEI N. 11.101/2005. CRÉDITOS QUIROGRAFÁRIOS. SUJEIÇÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL. (...) O objeto do presente recurso está consubstanciado na possibilidade de o crédito decorrente de penhor ou cessão fiduciária se sujeitar aos efeitos da Recuperação Judicial, nos termos da Lei n. 11.101/2005. Note-se que os créditos garantidos por penhor e cessão fiduciária se sujeitam à recuperação judicial quando não levados a registro, pois nesta hipótese classificam-se como quirografários. Agravo de Instrumento n. 70052805256, TJSC, 2ª Câmara de Direito Comercial, Rel. Des. Luiz Fernando Boller, j. 30-9-2014.

246 Jorge Lobo. Da recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. p. 176-184.

247 Sidnei Agostinho Beneti. O processo de recuperação judicial. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 226.

248 Nesse sentido: Agravo. Recuperação judicial convolada em falência em razão da não apresentação do plano no prazo de 60 dias. Desídia da empresa devedora. Prazo improrrogável. Sentença de quebra mantida. Agravo improvido. AI 990101050528, TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Pereira Calças, *DJ* 16-4-2010.

249 Luiz Fernando Valente de Paiva. Apresentação do plano de recuperação pelo devedor e a atuação dos credores. *Revista do Advogado*, n. 83, São Paulo: AASP, 2005. p. 74.

250 DIREITO EMPRESARIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO EM ASSEMBLEIA. CONTROLE DE LEGALIDADE. VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. CONTROLE JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Cumpridas as exigências legais, o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano tenha sido aprovado em assembleia (art. 58, *caput*, da Lei n. 11.101/2005), não lhe sendo dado se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa, uma vez que tal questão é de exclusiva apreciação assemblear. 2. O magistrado deve exercer o controle de legalidade do plano de recuperação – no que se insere o repúdio à fraude e ao abuso de direito –, mas não o controle de sua viabilidade econômica. Nesse sentido, Enunciados n. 44 e 46 da I Jornada de Direito Comercial CJF/STJ. 3. Recurso especial não provido. REsp n. 1.359.311-SP, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 30-9-2014.

251 De forma diversa, é posição estampada no seguinte acórdão: Recuperação judicial. Concessão. Pedido de suspensão e cancelamento dos apontamentos restritivos ao crédito dos nomes das empresas e sócios dos títulos sujeitos à recuperação judicial em face da novação operada. Indeferimento. Novação

que somente se tornará definitiva após o prazo de 2 (dois) anos, desde que cumpridas as obrigações do plano. Decisão mantida. Recurso desprovido. 1. Ainda que homologado o plano de recuperação judicial, enquanto não satisfeitas todas as obrigações, não é assegurado ao devedor – que inclui a empresa e os sócios – excluir ou retirar o nome de cadastros de inadimplentes, cuja inscrição apenas reflete a situação da empresa e de seus sócios. A novação operada por meio do deferimento da recuperação judicial é condicional ao cumprimento do plano (Lei n. 11.101/05, art. 59, *caput*), cuja inexecução assumida no referido Plano de Recuperação Judicial, pode convolar o pedido em falência e os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas (Lei n. 11.101/05, art. 61, § 2º). Agravo de instrumento 18.297/2011, TJMT, Rel. Des. Guiomar Teodoro Borges, *DJ* 7-6-2011.

252 Empresarial, Tributário e Processual Civil. Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Deferimento. Ausência de certidão fiscal negativa. Possibilidade. Inexistência de lei complementar sobre parcelamento do débito tributário. Risco de lesão ao princípio norteador da recuperação judicial. Improvimento da irresignação. Inteligência dos arts. 47, 57 e 68 todos da Lei n. 11.101/2005 e art. 155-A, §§ 2º e 3º do CTN. A recuperação judicial deve ser concedida, a despeito da ausência de certidões fiscais negativas, até que seja elaborada Lei Complementar que regule o parcelamento do débito tributário procedente de tal natureza, sob risco de sepultar a aplicação do novel instituto e, por consequência, negar vigência ao princípio que lhe é norteador. Provimento negado. AI 1.0079.06.288873-4/001, TJMG, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, *DJ* 6-6-2008.

253 Confirma nossa posição a seguinte decisão judicial: Agravos de instrumento. Recuperação judicial. Aprovação do plano de recuperação judicial pela assembleia geral de credores. Inviabilidade de reforma pelo juiz. Aprovado o plano de recuperação judicial pela assembleia geral de credores, não pode o juiz reformar a decisão por considerar inviável a sua execução. A lei não veda tratamento diferenciado dos credores em conformidade com o valor de seus créditos, que venha a ser corroborado pela assembleia geral de credores. O plano de recuperação judicial pode prever prazo superior a dois anos para ser cumprido. Descabida a exigência de quitação dos tributos enquanto não aprovada lei especifica de adaptação de sua cobrança às finalidades do benefício legal impugnado. Agravos desprovidos. Agravo de Instrumento 3205188920108260000, TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Lino Machado, *DJ* 10-2-2011.

No mesmo sentido, Manoel Justino Bezerra Filho. Nova lei de recuperação e falências comentada, p. 172-173.

254 Recuperação judicial. Plano especial de recuperação judicial de microempresa. Desatendimento das condições impostas pelo art. 71 da Lei 11.101/05. Atraso no pagamento da primeira parcela. Decretação da falência. Recurso desprovido, cassado imediatamente o efeito suspensivo concedido. AI

23451364201082600000, TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Boris Kauffmann, *DJ* 4-1-2011.

255 Nesse sentido: Execução de título extrajudicial. Suspensão do feito pelo prazo de 180 dias. Plano de recuperação extrajudicial homologado. Irrazoabilidade. O § 4º, do art. 161, da Lei n. 11.105/05, Estabelece que o pedido de recuperação extrajudicial, não acarretará suspensão de direitos, ações ou execuções, nem a impossibilidade do pedido de decretação de falência pelos credores não sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial. Hipótese que não se confunde com a recuperação judicial. Decisão reformada. Deram provimento ao recurso. AI 7303155500, TJSP, 18ª Câmara de Direito Privado, Rel. Jurandir de Sousa Oliveira, *DJ* 9-1-2009.

256 Processual civil e falimentar. Demanda visando reparação por dano moral. Protesto de título. Polo passivo formado por sociedade empresária falida. Ajuizamento do feito após a decretação da falência. Competência do juízo falimentar para processo e julgamento do feito. Acerto da decisão de primeiro grau. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido (art. 76 da Lei n. 11.101/05). Todas as ações referentes aos bens, interesses e negócios da massa falida serão processadas e julgadas pelo juízo perante o qual tramita o processo de execução concursal por falência. É a chamada aptidão atrativa do juízo falimentar, ao qual conferiu a lei a competência para conhecer e julgar todas as medidas judiciais de conteúdo patrimonial referentes ao falido ou à massa falida. (...) AC n. 92477-30/2006-0001-RJ, TJRJ, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Lindolpho Morais Marinho, *DJ* 27-6-2011.

257 Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. Falência – desconsideração da personalidade jurídica. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, p. 171.

258 Nesse sentido, Waldo Fazzio Júnior. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*, p. 34.

259 Atrelar essa quantia com o valor do salário mínimo poderia ser considerado inconstitucional, haja vista a vedação de sua vinculação para qualquer fim, conforme prevê art. 7º, inc. IV, da Constituição Federal. A propósito, tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Direita de Inconstitucionalidade – ADI – n. 4.637/2011, relator Ministro Gilmar Mendes, ajuizada pelo Partido Popular Socialista – PPS, que questiona o salário mínimo como referência para o capital social mínimo da empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI.

No entanto, vale destacar que o STF posicionou-se no sentido de que não há inconstitucionalidade, ao apreciar a ADI n. 3.934/2007, que entre outras coisas, discutia a constitucionalidade do art. 83, inc. I, da Lei n. 11.101/2005. Segue trecho do voto do relator Ministro Ricardo Lewandowski "(...) o que a Constituição Federal veda é a sua utilização como indexador de prestações periódicas, e não como parâmetro de condenações e indenizações, de acordo com remansosa jurisprudência desta Suprema Corte

(...)". A seguir a ementa da decisão:

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 60, parágrafo único, 83, i e iv, *c*, e 141, ii, da Lei n. 11.101/2005. Falência e Recuperação judicial. Inexistência de ofensa aos artigos 1º, iii e iv, 6º, 7º, i, e 170, da Constituição Federal de 1988. Adi julgada improcedente. I – Inexiste reserva constitucional de lei complementar para a execução dos créditos trabalhistas decorrente de falência ou recuperação judicial. II – Não há, também, inconstitucionalidade quanto à ausência de sucessão de créditos trabalhistas. III – Igualmente não existe ofensa à Constituição no tocante ao limite de conversão de créditos trabalhistas em quirografários. IV – Diploma legal que objetiva prestigiar a função social da empresa e assegurar, tanto quanto possível, a preservação dos postos de trabalho. V – Ação direta julgada improcedente.

260 Amador Paes de Almeida. *Curso de falência e recuperação de empresa*: de acordo com a Lei n. 11.101/2005, p. 210.

261 Falência. Classificação de créditos. Crédito resultante da aplicação da multa do art. 477, § 8º, da clt. Decisão classificando-o como subquirografário. Inadmissibilidade. Crédito que tem privilegio do art. 83, I, da Lei n. 11.101/05. Orientação atual desta câmara e do stj. Valores que não excedem o limite previsto para tais créditos. Recurso provido. AI 994093235088, TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Boris Kauffmann, *DJ* 22-4-2010.

Falência. Classificação de créditos. Multa ajustada para o descumprimento de acordo celebrado em reclamação trabalhista. Decisão classificando o crédito como subquirografário. Inadmissibilidade. Orientação da câmara reservada à falência e recuperação. Recurso provido. AI 36816313201082600000, TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Boris Kauffmann, *DJ* 1º-4-2011.

262 Direito falimentar. Apelação cível. Habilitação de crédito. Honorários de advogado. Privilegio geral. Artigo 24 da Lei n. 8.906/94. Art. 83, V, letra "c", da lfr. Sentença mantida. Recurso negado. 1. Em que pese sua natureza alimentar, o art. 24 do Estatuto da OAB não confere privilégio especial aos honorários advocatícios, taxativamente enumerados no art. 83, inciso IV, da Lei n. 11.101/2005 (LFR), classificando-se como créditos com privilégio geral na falência, na forma do inciso V, letra "c", desse mesmo dispositivo/LFR. (...) AC 6651574, TJPR, 17ª Câmara Cível, Relator Francisco Jorge, *DJ* 26-1-2011.

Falência. Habilitação de crédito – honorários advocatícios. Crédito com privilégio geral. Se salário e honorários advocatícios são figuras afins em sua natureza alimentar, a Lei de Falências deveria estender a estes algum privilégio, porquanto é exatamente a garantia de subsistência trazida por qualquer parcela de natureza alimentar que ela deve proteger. Razão ao apelante, devendo ser seus **créditos** equiparados aos **créditos** trabalhistas. (...) AC 1.0210.97.002077-7/001, TJMG, 2ª Câmara Cível, Relator do

Acórdão Des. Carreira Machado, *DJ* 7-5-2009.

263 Ilustra essa situação a decisão judicial a seguir: Agravo de instrumento. Falência. Créditos tributários. Fazenda Pública Nacional. Quadro-geral de credores. Impugnação. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Impossibilidade. Inocorrência de habilitação. Arts. 187 do CTN e 29 da Lei n. 6.830/80. Recurso desprovido. (Unânime). 1. Nos termos do artigo 187 do CTN e 29 da Lei n. 6.830/80, a cobrança judicial do crédito tributário não se sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, eis que possui procedimento próprio, a execução fiscal. Segundo tal premissa, basta que a Fazenda Pública, Nacional, Estadual ou Municipal comunique ao Juízo da Falência o seu montante e o Administrador Judicial o inclua no Quadro-Geral, para que dele tenham conhecimento os demais credores. 2. A mera informação referente ao crédito não implica em pedido de habilitação no processo falimentar, sob pena de violação ao direito de opção conferido ao ente público que, conforme moderna jurisprudência, poderá escolher entre a habilitação de seus créditos na falência, hipótese em que a competência para eventual impugnação será atraída pelo Juízo Falimentar, ou intentar a ação executiva fiscal, de competência da Justiça Federal ou das Varas de Fazenda Pública. (...) Agravo de Instrumento n. 21917120088070000, TJDF, 5ª Turma Cível, Rel. Lecir Manoel da Luz, *DJe* 4-9-2008.

264 Falência (Lei 11.101/2005). Decretação após concessão da recuperação judicial. Crédito resultante de obrigação assumida com escritório de advocacia contratado para ajuizar o pedido de recuperação judicial. Classificação, pelo administrador judicial, como crédito extraconcursal. Impugnação feita por sócio da falida sustentando ser crédito quirografário, por ter sido o contrato celebrado antes do ajuizamento do pedido de recuperação judicial. Sentença acolhendo a impugnação. Recurso. Crédito que decorreu de contrato celebrado para prestação de serviços visando a superação da crise econômico financeira da devedora. Interpretação da expressão "durante a recuperação judicial" do art. 67 da Lei 11.101/2005. Recurso provido para restaurar a classificação atribuída pelo administrador judicial em seu rol de credores. ED 990.10.196753-7, TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Boris Kauffmann, *DJ* 29-3-2011.

265 Trajano de Miranda Valverde. *Comentários à lei de falências*. 4. ed. atualizada por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 457.

266 Apelação cível. Falência. Pedido de restituição de mercadorias ou equivalente em dinheiro. Inteligência do art. 78, § 2º, do Decreto-lei n. 7.661/45. Recurso provido. Não havendo mais as mercadorias alienadas a crédito, a restituição correspondente se dá pela entrega do equivalente em dinheiro, sem que o terceiro seja incluído no rol de credores da massa. AC 86400/2010, TJMT, *DJ* 8-2-2011.

267 Manoel Justino Bezerra Filho. *Nova lei de recuperação e falências comentada*, p. 227.

268 Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial*: direito de empresa, v. 3, p. 251.

269 Como já apontado, a vinculação da quantia mínima com o valor do salário mínimo poderia ser considerada inconstitucional, em razão da proibição de sua vinculação para qualquer fim, conforme prevê art. 7º, inc. IV, da Constituição Federal. Mas vale lembrar que o STF, ao apreciar a ADI n. 3.934/2007, que entre outras coisas, discutia a constitucionalidade do art. 83, inc. I, da Lei n. 11.101/2005, que vincula o crédito trabalhista ao salário mínimo, posicionou-se no sentido de que não há inconstitucionalidade.

270 Nesse sentido, Amador Paes de Almeida. *Curso de falência e recuperação de empresa*: de acordo com a Lei n. 11.101/2005, p. 99.

271 Falência. Apelação. Ação de adjudicação compulsória de imóvel objeto de compromisso de compra e venda. Imóvel em construção objeto de dação em pagamento para credora de empresa do mesmo grupo econômico da falida. Negócio realizado muitos anos antes da falência e do termo legal da quebra. Transferência da posse do imóvel ocorrida diversos anos antes da falência. Não caracterização da ineficácia pretendida pela massa falida. Registro imobiliário do compromisso realizado anteriormente à falência e ao termo legal, procedência da adjudicação compulsória mantida. Apelo improvido. AC 125299620108260100, TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Pereira Calças, *DJ* 15-3-2011.

272 Ricardo Negrão. *Direito empresarial*: estudo unificado, p. 256-257.

273 Nesse sentido: Recurso especial. Direito empresarial. Negativa de prestação jurisdicional. Inexistência. Alienação de imóveis após a decretação da sentença falimentar. Nulidade absoluta. Ajuizamento da ação revocatória. Medida desnecessária. Nulidade reconhecida *ex officio*. Alegações incognoscíveis. Súmula n. 7 do stj. Recurso improvido. (...) 2. O falido não tem o poder de dispor de seus bens, por isso qualquer alienação realizada após a decretação da falência, salvo as exceções legais, é considerada nula, pois infringe os princípios norteadores da *par conditio creditorum*, motivo pelo qual pode ser reconhecida *ex officio*. 3. *In casu*, a alienação dos imóveis ocorreu após a existência de sentença falimentar, circunstância que torna nulo o ato de disposição patrimonial. 4. O ajuizamento de ação revocatória, para atacar a aludida alienação, mostra-se desnecessário, tendo em vista que este remédio processual visa à desconstituição de negócio jurídico realizado dentro do termo legal, ou seja, antes da decretação da falência. (...) REsp 809501/RS, STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), *DJe* 26-4-2011.

274 Falência. Ação revocatória. Legitimidade passiva. Alienação de estabelecimento comercial dentro do termo legal da falência. Incidência das súmulas 5 e 7. Prazo decadencial. Estabelecimento comercial. Alienação de bens incorpóreos. Ineficácia em relação à massa. (...) 3. O “estabelecimento comercial” é

composto por patrimônio material e imaterial, constituindo exemplos do primeiro os bens corpóreos essenciais à exploração comercial, como mobiliários, utensílios e automóveis, e, do segundo, os bens e direitos industriais, como patente, nome empresarial, marca registrada, desenho industrial e o ponto. 4. Assim, a alienação dos direitos de exploração de posto de combustível equivale à venda do ponto comercial, elemento essencial e constitutivo do estabelecimento, transação que, sem a autorização dos credores da alienante, rende ensejo à declaração de ineficácia em relação à massa falida (...). REsp 633.179/MT, Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 1º-2-2011.

275 Amador Paes de Almeida. *Curso de falência e recuperação de empresa*: de acordo com a Lei n. 11.101/2005, p. 193.

276 Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. Falência – desconsideração da personalidade jurídica. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, p. 171.

277 Manoel Justino Bezerra Filho. *Nova lei de recuperação e falências comentada*, p. 340.

278 No mesmo sentido, Manoel Justino Bezerra Filho. *Nova lei de recuperação e falências comentada*, p. 343.

279 Manoel Justino Bezerra Filho. *Nova lei de recuperação e falências comentada*, p. 344-345.

280 Crime falimentar. Falta de apresentação de livros obrigatórios e de balanço contábil ao juiz competente. Caracterização do ilícito. Por ser o crime falimentar ilícito de natureza formal, suficiente é, para sua configuração, a simples falta de apresentação dos livros obrigatórios ou de balanço contábil ao juízo competente, para sua rubrica. Apelação Criminal 1.0024.02.856002-7/001, TJMG, Rel. Des. Hyparco Immesi, *DJ* 16-3-2006.

281 Sobre formação dos contratos, veja Tarcisio Teixeira. *Compromisso de compra e venda (contrato preliminar):* de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 55 e s.

282 Agostinho Alvim. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 240.

283 Código Comercial, art. 121: “As regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código”.

284 Fábio Konder Comparato. A cessão de controle acionário é negócio mercantil? In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 251.

285 Nesse sentido: Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 100-101; Rubens Requião. *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 20-22; Waldirio Bulgarelli. *Contratos mercantis*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1993. p. 48 e s.

286 Oscar Barreto Filho. *Teoria do estabelecimento comercial*, p. 17-18.

287 Jean Calais-Auloy. *Droit de la consommation*. Paris: Dalloz, 1992, p. 1-2.

288 José Xavier Carvalho de Mendonça. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. VI, p. 449.

289 Waldemar Martins Ferreira. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 8, p. 10 e s.

290 Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2011. v. 4. t. I. p. 42-43.

291 Cláudia Lima Marques. Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 92-95.

292 Leonardo Roscoe Bessa. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: RT, 2009. p. 57.

293 Adiante, transcrevemos duas ementas do STJ que explicitam a questão de uma pessoa jurídica (empresa) poder ser ou não considerada destinatária final: Consumidor. Recurso especial. Pessoa jurídica. Seguro contra roubo e furto de patrimônio próprio. Aplicação do CDC. – O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços. – Se a pessoa jurídica contrata o seguro visando a proteção contra roubo e furto do patrimônio próprio dela e não o dos clientes que se utilizam dos seus serviços, ela é considerada consumidora nos termos do art. 2º do CDC. (...) REsp 733.560/RJ, STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrigui, *DJ* 2-5-2006.

Processo civil. Conflito de competência. Contrato. Foro de eleição. Relação de consumo. Contratação de serviço de crédito por sociedade empresária. Destinação final caracterizada. – Aquele que exerce empresa assume a condição de consumidor dos bens e serviços que adquire ou utiliza como destinatário final, isto é, quando o bem ou serviço, ainda que venha a compor o estabelecimento empresarial, não integre diretamente – por meio de transformação, montagem, beneficiamento ou revenda – o produto ou serviço que venha a ser ofertado a terceiros. – O empresário ou sociedade empresária que tenha por atividade precípua a distribuição, no atacado ou no varejo, de medicamentos, deve ser considerado destinatário final do serviço de pagamento por meio de cartão de crédito, porquanto esta atividade não integra, diretamente, o produto objeto de sua empresa. CC 41056/SP, STJ, 2ª Seção, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJ* 20-9-2004.

294 Contrato de prestação de serviços de consultoria empresarial. Rescisão contratual antes do advento do termo final do prazo pactuado. Discussão sobre a culpa pela rescisão, para fins de cobrança de multa. Rescisão precedida da destituição de sócio-administrador dos quadros da empresa ré, contratante dos

serviços de consultoria. Empresa de consultoria contratada para a assessoria das atividades do administrador junto à ré. Destituição motivada por rompimento da 'affectio societatis', sem ensejar indenização em favor da empresa autora. Contrato de consultoria atrelado à pessoa do administrador posteriormente destituído. Esvaziamento do contrato de prestação de serviços de consultoria. Inviabilidade de cumprimento do contrato, sem culpa de qualquer das partes. Improcedência dos pedidos de cobrança de multa pela rescisão, formulados na ação e reconvenção. Sucumbência recíproca. Recurso da ré reconvinte desprovido. AC 992050586679, TJSP, 30ª Câmara de Direito Privado, Rel. Edgard Rosa, *DJ* 16-4-2010.

295 Sobre cessão da posição contratual veja Tarcisio Teixeira. *Compromisso e promessa de compra e venda*: distinções e novas aplicações dos contratos preliminares. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

296 Carlos Alberto Bittar. *Contratos comerciais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 181.

297 Agravo regimental em agravo de instrumento. Locação. *Shopping Center*. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078/90. Inaplicabilidade. Incidência da Lei do Inquilinato. Lei n. 8.245/91. 1. Esta Corte firmou compreensão de que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos locativos. 2. Aos contratos de *shopping center* aplica-se a Lei do Inquilinato (art. 54 da Lei n. 8.245/91). (...) AgRg no Ag 706211/RS, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, *DJ* 5-11-2007.

298 A título ilustrativo, segue abaixo decisão do STF sobre a inconstitucionalidade de leis municipais acerca da exigência de seguro em estacionamento de *shopping cente*r e outros estabelecimentos empresariais:

LEIS N. 10.927/91 E 11.262 DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. SEGURO OBRIGATÓRIO CONTRA FURTO E ROUBO DE AUTOMÓVEIS. SHOPPING CENTERS, LOJAS DE DEPARTAMENTO, SUPERMERCADOS E EMPRESAS COM ESTACIONAMENTO PARA MAIS DE CINQUENTA VEÍCULOS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O Município de São Paulo, ao editar as Leis n. 10.927/91 e 11.362/93, que instituíram a obrigatoriedade, no âmbito daquele Município, de cobertura de seguro contra furto e roubo de automóveis, para as empresas que operam área ou local destinados a estacionamentos, com número de vagas superior a cinquenta veículos, ou que deles disponham, invadiu a competência para legislar sobre seguros, que é privativa da União, como dispõe o art. 22, VII, da Constituição Federal. 2. A competência constitucional dos Municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição das competências, atribui à União ou aos Estados. O legislador constituinte, em matéria de legislação sobre seguros, sequer conferiu competência comum ou concorrente aos Estados ou aos Municípios. 3. Recurso provido. RE 313060, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 29-11-2005.

299 No mesmo sentido, Carlos Alberto Bittar. *Contratos comerciais*, p. 97.

300 EMENTA: "RECURSO ESPECIAL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. VEÍCULO. INADIMPLEMENTO. PAGAMENTO DA DÍVIDA. INTEGRALIDADE. RESP REPETITIVO N. 1.418.593/MS. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. ART. 3º, § 2º, DO DECRETO-LEI N. 911/69. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTE A REINTEGRAÇÃO DE POSSE DO BEM ARRENDADO. 1. Aplica-se aos contratos de arrendamento mercantil de bem móvel o entendimento firmado pela Segunda Seção desta Corte Superior, segundo o qual, 'nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão [no caso concreto, de reintegração de posse do bem arrendado], pagar a integralidade da dívida – entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial –, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária' (REsp n. 1.418.593/MS, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, *DJe* de 27/5/2014, julgado sob o rito dos recursos repetitivos). 2. Entendimento jurisprudencial que já vinha sendo acolhido por Ministros integrantes da Segunda Seção desta Corte Superior e que culminou com a edição da Lei n. 13.043/2014, a qual fez incluir o § 15 do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/69, autorizando expressamente a extensão das normas procedimentais previstas para a alienação fiduciária em garantia aos casos de reintegração de posse de veículos objetos de contrato de arrendamento mercantil (Lei n. 6.099/74). 3. Recurso especial provido para julgar procedente a reintegração de posse do bem arrendado". REsp 1.507.239/SP, 3ª Turma, Rel. Marco Aurélio Bellizze, *DJe* 11-3-2015.

301 Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial*: direito de empresa, v. 3, p. 145-146.

302 Nesse sentido: *Habeas corpus*. Prisão civil de devedor em contrato garantido por alienação fiduciária. Ilegalidade. Precedentes. 1. Está sedimentado no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, na hipótese de contratos garantidos por alienação fiduciária, não existe relação de depósito típico, sendo, portanto, ilegal a prisão civil. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-SP, decidiu que só o devedor de alimentos está sujeito à prisão civil. (...) 3. Ordem concedida. HC 101964 DF 2008/0054695-9, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 9-3-2009.

303 Súmula n. 284 do STJ: "A purga da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado".

304 EMENTA: "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI N. 911/1969. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI N. 10.931/2004. PURGAÇÃO DA MORA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DO TOTAL DA DÍVIDA (PARCELAS VENCIDAS E

VINCENDAS). DECISÃO MANTIDA. 1.‘Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida – entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial –, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária’ (REsp n. 1.418.593/MS, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14-5-2014, *DJe* 27-5-2014.). Precedente representativo da controvérsia (art. 543-C do CPC). 2. Agravo regimental a que se nega provimento”. AgRg no REsp 1.413.388/MS, 3ª Turma, Rel. Antonio Carlos Ferreira, *DJe* 12-12-2014.

305 AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE EXCLUIU OS CRÉDITOS GARANTIDOS POR CESSÃO FIDUCIÁRIA DOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, CLASSIFICANDO-OS COMO EXTRACONCURSAIS. PRETENDIDA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DAS DUPLICATAS OBJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA, PELO PRAZO DE 180 DIAS, NOS TERMOS DO ART. 49, § 3º, PARTE FINAL, DA LEI N. 11.101/05, SOB O ARGUMENTO DE QUE CONSTITUEM BEM ESSENCIAL À ATIVIDADE EMPRESARIAL DA EMPRESA RECUPERANDA. OBJETIVADO, AINDA, O RECONHECIMENTO DA INEXISTÊNCIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DOS CRÉDITOS QUE NÃO FORAM TRANSFERIDOS ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS ATRAVÉS DE ENDOSSO OU CESSÃO DE CRÉDITO, COM A SUSPENSÃO DA APROPRIAÇÃO DOS RESPECTIVOS VALORES, SOB PENA DE MULTA. (...) CONTRATOS GARANTIDOS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA OU CESSÃO FIDUCIÁRIA QUE NÃO FORAM REGISTRADOS NO OFÍCIO DE REGISTRO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS DO DOMICÍLIO DA EMPRESA DEVEDORA. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO § 1º DO ART. 1.361 DO CC/02. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA, PORTANTO, NÃO CONSTITUÍDA. INVIABILIDADE DE ENQUADRAMENTO DOS RESPECTIVOS ATIVOS NA HIPÓTESE DE EXCLUSÃO CONTIDA NO ART. 49, § 3º, PRIMEIRA PARTE, DA LEI N. 11.101/05. CRÉDITOS QUIROGRAFÁRIOS. SUJEIÇÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL. (...) O objeto do presente recurso está consubstanciado na possibilidade de o crédito, decorrente de penhor ou cessão fiduciária, se sujeitar aos efeitos da Recuperação Judicial, nos termos da Lei n. 11.101/2005. Note-se que os créditos garantidos por penhor e cessão fiduciária se sujeitam à recuperação judicial quando não levados a registro, pois nesta hipótese classificam-se como quirografários. Agravo de Instrumento n. 70052805256, TJSC, 2ª Câmara de Direito Comercial, Rel. Des. Luiz Fernando Boller, j. 30-9-2014.

306 Waldirio Bulgarelli. *Contratos mercantis*, p. 528 e 530.

307 Fábio Konder Comparato. Factoring. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e*

Financeiro, São Paulo, RT, n. 6, 1972, p. 59.

308 Agravo regimental. Contrato de aquisição de créditos. Empresa de *factoring*. Juros remuneratórios. Limitação. 1. As empresas de *factoring* não integram o Sistema Financeiro Nacional, de tal modo que a taxa de juros remuneratórios está limitada em 12% ao ano. (...) AgRg nos EDcl no Ag 887676/SP, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 27-5-2010.

309 Em posição favorável sobre a obrigatoriedade do registo é seguinte decisão do STJ: Processo civil e administrativo. Registro profissional. Conselho Regional de Administração. Empresa de *factoring*. Exigência reconhecida. Pretendida reforma. Alegação de que não restou observada matéria fática. Incidência das Súmulas 5 e 7 do stj. Precedentes. Recurso especial não conhecido. (...) 2. A Segunda Turma já consignou que "as empresas que desempenham atividades relacionadas ao factoring não estão dispensadas da obrigatoriedade de registro no Conselho Regional de Administração, porquanto comercializam títulos de crédito, utilizando-se de conhecimentos técnicos específicos na área da administração mercadológica e de gerenciamento, bem como de técnicas administrativas aplicadas ao ramo financeiro e comercial" (REsp 497.882/SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 03.05.2007, DJ 24.05.2007 p. 342). (...) REsp 914.302/RJ, STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* 10-11-2008.

310 José Xavier Carvalho de Mendonça. *Tratado de direito comercial brasileiro*. v. VI. p. 190.

311 Paulo M. de Lacerda. *Do contrato de abertura de crédito*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos – Editor, 1929. p. 51-52.

312 Waldirio Bulgarelli. *Contratos Mercantis*, p. 575.

313 Waldemar Martins Ferreira. *Instituições de direito comercial* – os contratos mercantis e os títulos de crédito. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. 3. p. 188-189.

314 Nesse sentido, Waldirio Bulgarelli. *Contratos mercantis*, p. 586.

315 Nesse sentido, Wille Duarte Costa. *Títulos de crédito*, p. 88.

316 No mesmo sentido, Waldirio Bulgarelli. *Contratos mercantis*, p. 657-659.

317 Waldirio Bulgarelli. *Contratos mercantis*, p. 647 e 654-657.

318 Sergio Cavalieri Filho. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 423.

319 Nelson Abrão. *Direito bancário*. 14. ed. rev. atual. e ampl. por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 186.

320 Giacomo Molle. *I contratti bancari*. *aggiornata alle norme bancarie uniformi e alla dottrina e giurisprudenza più recenti*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1973. p. 475.

321 Disponível em: <http://www.iccwbo.org/news/brochures/>. Acesso em: 8 abr. 2014.

322 André Rennó Lima Guimarães de Andrade. *UCP 600* – A nova publicação da Câmara de Comércio Internacional sobre créditos documentários. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/44895763/UCP-600-artigo>. Acesso em: 9 abr. 2014.

323 Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. Arranjos e instituições de pagamento (regulamentação e crítica). *Revista de Direito Empresarial*, n. 1, São Paulo: RT, jan./fev. 2014. p. 77-121.

324 Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. Agente fiduciário do consumidor em compras pela internet: um novo negócio nascido da criatividade mercantil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. N. 118. São Paulo: Malheiros, abr./jun. 2000. p. 88-90 e 93.

325 Ilene Patrícia de Noronha. *Securitização de recebíveis comerciais e industriais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 5.

326 Ilene Patrícia de Noronha. *Securitização de recebíveis comerciais e industriais*, p. 4.

327 Sérgio Vieira Holtz. *Tudo sobre consórcio*. 2. ed. São Paulo: Hermes, 1989. p. 35.

328 Sérgio Vieira Holtz. *Tudo sobre consórcio*, p. 41.

329 Embargos de divergência. Consórcio de bens móveis. Taxa de administração. Fixação. Limite superior a 10% (dez por cento). Possibilidade. Ausência de ilegalidade e abusividade. 1 – O cerne da controvérsia cinge-se à possibilidade de limitação da taxa de administração de consórcio de bens móveis, prevista no Decreto n. 70.951/72. Consoante recente entendimento consignado pela Eg. Quarta Turma, as administradoras de consórcio possuem total liberdade para fixar a respectiva taxa de administração, nos termos do art. 33 da Lei n. 8.177/91 e da Circular n. 2.766/97 do BACEN, não sendo considerada ilegal ou abusiva, portanto, as taxas fixadas em percentual superior a 10% (dez por cento). 2 – Embargos de divergência acolhidos. EREsp 927.379/RS, STJ, 2ª Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJe* 19-12-2008.

330 Consórcio de bens imóveis. Devolução das parcelas pagas. Taxa de administração. 1. A devolução das parcelas pagas deve obedecer ao que assentado na jurisprudência para o consórcio de automóveis, ou seja, far-se-á até trinta dias após o encerramento do plano, correndo os juros dessa data e a correção monetária de cada desembolso. 2. Não havendo regra específica limitando os valores da taxa de administração, diversamente do que ocorre no consórcio de automóveis, deixada para o contrato, a modificação deste somente caberia em caso de abuso, despropósito ou falta de moderação, o que não ocorre neste feito. (...) REsp 612.438/RS, STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, *DJ* 19-6-2006.

331 Fábio Ulhoa Coelho. *Manual de direito comercial*: direito de empresa, p. 439-440.

332 Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar. *Contratos comerciais*, p. 207.

333 Fábio Ulhoa Coelho. *Manual de direito comercial*: direito de empresa, p. 441.

334 Waldirio Bulgarelli. *Contratos mercantis*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1993, p. 503-504.

335 Waldirio Bulgarelli. *Contratos mercantis*, p. 502.

336 Fran Martins. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. II, p. 335.

337 Ricardo Negrão. *Manual de direito comercial e de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. II, p. 291.

338 Carlos Alberto Bittar. *Contratos comerciais*, p. 71-72.

339 Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial*: direito de empresa, v. 3, p. 111.

340 Waldirio Bulgarelli. *Contratos mercantis*, p. 463.

341 Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. Atividade mercantil. Ato de comércio. Mercancia. Matéria de comércio. Comerciante. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, RT, n. 47, jul./set. 1982 (Nova série), p. 30-31.

342 Fabrício Zamprogna Matiello. *Código Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 414.

343 Carlos Alberto Bittar. *Contratos comerciais*, p. 61.

344 Ricardo Negrão. *Manual de direito comercial e de empresa*, p. 298.

345 Nesse sentido, Fabrício Zamprogna Matiello. *Código Civil comentado*, p. 437-438.

346 Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial:* direito de empresa. v. 3, p. 130.

347 Antonio Chaves. *Lições e direito civil* – obrigações – contratos em espécie. São Paulo: RT, 1977. v. IV, p. 326-328.

348 Fabrício Zamprogna Matiello. *Código Civil comentado*, p. 437.

349 Waldirio Bulgarelli. *Contratos mercantis*, p. 264.

350 Sílvio de Salvo Venosa. *Direito civil:* contratos em espécie. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 3, p. 289.

351 Waldirio Bulgarelli. *Contratos mercantis*, p. 496 e 499.

352 Paulo Sérgio Restiffe. *Manual do novo direito comercial*. São Paulo: Dialética, 2006, p. 325.

353 Sílvio de Salvo Venosa. *Direito civil:* contratos em espécie, p. 297-298.

354 Waldirio Bulgarelli. *Contratos mercantis*, p. 485.

355 José Xavier Carvalho de Mendonça. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v. 1. p. 479-480.

356 Civil e empresarial. Intermediação ou corretagem para a venda de imóvel. Aproximação útil das partes. Venda após o prazo estipulado em contrato. Comissão devida. (...) – Para que seja devida a comissão, basta a aproximação das partes e a conclusão bem-sucedida de negócio jurídico. A participação efetiva do corretor na negociação do contrato é circunstância que não desempenha, via de

regra, papel essencial no adimplemento de sua prestação. Portanto, esse auxílio, posterior à aproximação e até a celebração do contrato, não pode ser colocado como condição para o pagamento da comissão devida pelo comitente. Se após o término do prazo estipulado no contrato de corretagem vier a se realizar o negócio jurídico visado, por efeitos dos trabalhos do corretor, a corretagem ser-lhe-á devida. (...) REsp 1.072.397/RS, STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 9-10-2009.

357 No mesmo sentido, Jones Figueiredo Alves. Comentários aos arts. 421 a 729. In: Regina Beatriz Tavares da Silva. *Código Civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 586-587.

358 Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial*: direito de empresa, v. 3, p. 106-107.

359 Silvio Rodrigues. *Direito civil*: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3, p. 333.

360 Nesse sentido, Silney de Souza. *Seguros:* contabilidade, atuária e auditoria. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 148.

361 Consumidor. Recurso especial. Pessoa jurídica. Seguro contra roubo e furto de patrimônio próprio. Aplicação do CDC. O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços. Se a pessoa jurídica contrata o seguro visando a proteção contra roubo e furto do patrimônio próprio dela e não o dos clientes que se utilizam dos seus serviços, ela é considerada consumidora nos termos do art. 2º do CDC. (...) REsp 733.560/RJ, STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrigui, *DJ* 2-5-2006.

362 Civil. Seguro de vida. Não renovação de contrato de seguro de vida em grupo por deliberação da seguradora. Ação de indenização por danos morais e restituição de prêmios. Prescrição ânua. CC anterior, art. 178, Parágrafo 6º, ii; cc atual, art. 206, Parágrafo 1º, ii. Súmula n. 101-STJ. I. Prescreve em um ano a ação que postula indenização por danos morais e restituição de prêmios pagos pelo segurado participante de apólice de seguro de vida em grupo cujo contrato não foi renovado, por vontade da seguradora, ao término do prazo. (...) REsp 759.221/PB, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJe* 18-5-2011.

363 Alguns enquadram o seguro-saúde como seguro pessoal. Mas poder-se-ia dizer que o seguro-saúde é uma mistura de seguro pessoal e seguro patrimonial. Por sua vez, o art. 802 dispõe que não se compreende nas disposições do Código Civil para o seguro pessoal (arts. 789 a 801) a garantia do reembolso de despesas hospitalares ou de tratamento médico, nem o custeio das despesas de luto e de funeral do segurado.

364 Contrato de transporte de mercadoria. Desvio da carga. Indenização ação regressiva. Seguradora. Sub-rogação. Prescrição. Termo inicial. Aplicação do decreto n. 2.681/1912. Vigente à época dos fatos.

Precedentes do STF. Protesto interruptivo. Incidência do artigo 171, I e II, do Código Civil. Precedentes deste STJ. Recurso especial provido. 1. A Seguradora, ao efetuar o pagamento da indenização decorrente do prejuízo advindo pelo desvio da carga, ocorrido por culpa da transportadora, sub-rogou-se nos direitos da segurada em se ressarcir dos valores, acrescidos de juros e correção monetária. A Seguradora assume o lugar de sua cliente, pois honrou integralmente com o pagamento da indenização devida. Nestes termos, recebe os mesmos direitos e deveres da sub-rogada, nos limites da sub-rogação. 2. Em regra, para os contratos de transporte, aplica-se o Código Civil e o CDC; e no que não for incompatível ou houver lacuna, a legislação especial. Quando se tratar de transporte de carga, deverá se averiguar a existência de relação de consumo. Se ausente a relação consumerista, afasta-se o CDC e aplicam-se as regras não revogadas do Código Comercial, as gerais do C. Civil e a legislação específica. (...) REsp 705.148/PR, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 1º-3-2011.

365 Agravo regimental. Responsabilidade civil por acidente automobilístico. Contrato de transporte de passageiros. Fato de terceiro conexo aos ricos do transporte. Responsabilidade objetiva não afastada. Súmula 187/STF. Interesse processual. Súmula 07. Agravo improvido. 1. Esta Corte tem entendimento sólido segundo o qual, em se tratando de contrato de transporte oneroso, o fato de terceiro apto a afastar a responsabilidade objetiva da empresa transportadora é somente aquele totalmente divorciado dos riscos inerentes ao transporte. 2. O delineamento fático reconhecido pela justiça de origem sinaliza que os óbitos foram ocasionados por abalroamento no qual se envolveu o veículo pertencente à recorrente, circunstância que não tem o condão de afastar o enunciado sumular n. 187 do STF: a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva. (...) AgRg no Ag 1083789/MG, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 27-4-2009.

366 Civil e processual civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Contrato de transporte aéreo de passageiros. Atraso. Descumprimento contratual. Dano moral. Súmula 7/STJ. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor em detrimento da Convenção de Varsóvia. Valor indenizatório. Razoabilidade. I – Esta Superior Corte já pacificou o entendimento de que não se aplica, a casos em que há constrangimento provocado por erro de serviço, a Convenção de Varsóvia, e sim o Código de Defesa do Consumidor, que traz em seu bojo a orientação constitucional de que o dano moral é amplamente indenizável. II – A conclusão do Tribunal de origem, acerca do dano moral sofrido pelos Agravados, em razão do atraso do voo em mais de onze horas, não pode ser afastada nesta instância, por depender do reexame do quadro fático-probatório (Súmula 7/STJ). III – Tendo em vista a jurisprudência desta Corte a respeito do tema e as circunstâncias da causa, deve ser mantido o quantum indenizatório, diante de sua razoabilidade, em R$ 3.000,00 (três mil reais). (...) AgRg no Ag 903969/RJ, STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 3-2-

2009.

367 Para um estudo mais aprofundado acerca do contrato eletrônico, veja Tarcisio Teixeira. *Curso de direito e processo eletrônico*: doutrina, jurisprudência e prática. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 189 e s.

368 Newton De Lucca. *Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 93.

369 Não é demais ressaltar que a MP n. 2.200-2/2001 (em sua segunda edição) ainda está em vigor, pois foi publicada em 24 de agosto de 2001, logo, antes da Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, a qual alterou alguns artigos da Constituição Federal, especialmente o art. 62, quanto ao regime jurídico das medidas provisórias.

370 Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial*: direito de empresa, v. 3, p. 40.

371 Ricardo Luis Lorenzetti. *Comércio eletrônico*. Trad. de Fabiano Menke. São Paulo: RT, 2004. p. 308-309.

372 Para um estudo sobre o Marco Civil da Internet, veja Tarcisio Teixeira. *Comércio eletrônico*, 2015.

373 "Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I – multa; II – apreensão do produto; III – inutilização do produto; IV – cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V – proibição de fabricação do produto; VI – suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII – suspensão temporária de atividade; VIII – revogação de concessão ou permissão de uso; IX – cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X – interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI – intervenção administrativa; XII – imposição de contrapropaganda. Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo."

374 Compra e venda pela "internet". Desistência manifestada no prazo do artigo 49 do CDC. Cabimento da restituição do valor debitado pela operadora de cartão de crédito. Descabimento, porém, de indenização pelo dano moral atribuído a desgastes e dissabores, já que pessoa jurídica não sofre tal sorte de repercussão psíquica, assim como de aluguéis pela sala na qual os bens ficaram guardados até retirada pelo vendedor. Apelação parcialmente provida. AC 11719097200882601 00 SP 0117190-97.2008.8.26.0100, TJSP, 36ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Arantes Theodoro, *DJ* 9-2-2011.

Responsabilidade civil. Relação de consumo. Comércio eletrônico. Compra de produto. Preço pago e produto não entregue. Fraude incontroversa. Empresa que não observou o dever de cuidado. Falha na prestação de serviço. Responsabilidade objetiva. Solidariedade. Dano moral configurado. Honorários

advocatícios reduzidos para 10%. Recurso parcialmente provido. AC 0004150-49.2007.8.19.0042, TJRJ, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Claudia Telles de Menezes, *DJ* 16-11-2010.

Responsabilidade Civil. Ação de Indenização por danos materiais e morais. Relação consumerista. Compra de mercadoria na internet que chegou avariada no domicílio da Consumidora. Transportadora que não recolheu o produto para devolução e substituição. Troca frustrada. Responsabilidade civil objetiva. Alegação de fato de terceiro. Não caracterização de causa excludente de responsabilidade. Notória falha na prestação de serviço. Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços, tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independentemente de culpa. Fortuito Interno. Inteligência da Súmula 94 do Tribunal de Justiça. Inquestionável que é inerente à atividade da Companhia, especializada no comércio eletrônico de mercadorias, fazer chegar incólume o produto nas mãos da consumidora. Dano Moral não caracterizado. Inadimplemento contratual que não gera o dever de indenização moral. (...). AC 0011557-13.2009.8.19.0212, TJRJ, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria Henriqueta Lobo, *DJ* 3-8-2010.

375 Sobre um detalhamento dos INCOTERMS, veja Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial*: direito de empresa, v. 3, p. 77-83.

376 A Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010, altera a ementa do Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, que passa a vigorar com a seguinte redação:"Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro".

377 Alvino Lima. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1960, p. 117 e s.; Rui Stoco. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 157.

378 José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. I, p. 82.

379 Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. III (Fontes das obrigações), p. 560-563.

380 Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 24 e 283.

381 Álvaro Villaça Azevedo. Proposta de classificação da responsabilidade civil objetiva: pura e impura. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, v. 698, dez. 1993, p. 10; e Álvaro Villaça Azevedo. Jurisprudência não pode criar responsabilidade objetiva, só a lei. Análise das Súmulas 341, 489 e 492, do Supremo Tribunal Federal, e 132 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*. v. 743. São Paulo: RT, set. 1997, p. 111-112.

382 Silvio Rodrigues. *Direito civil*: responsabilidade civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4. p. 75.

(* Os números referem-se aos itens e/ou subitens.)