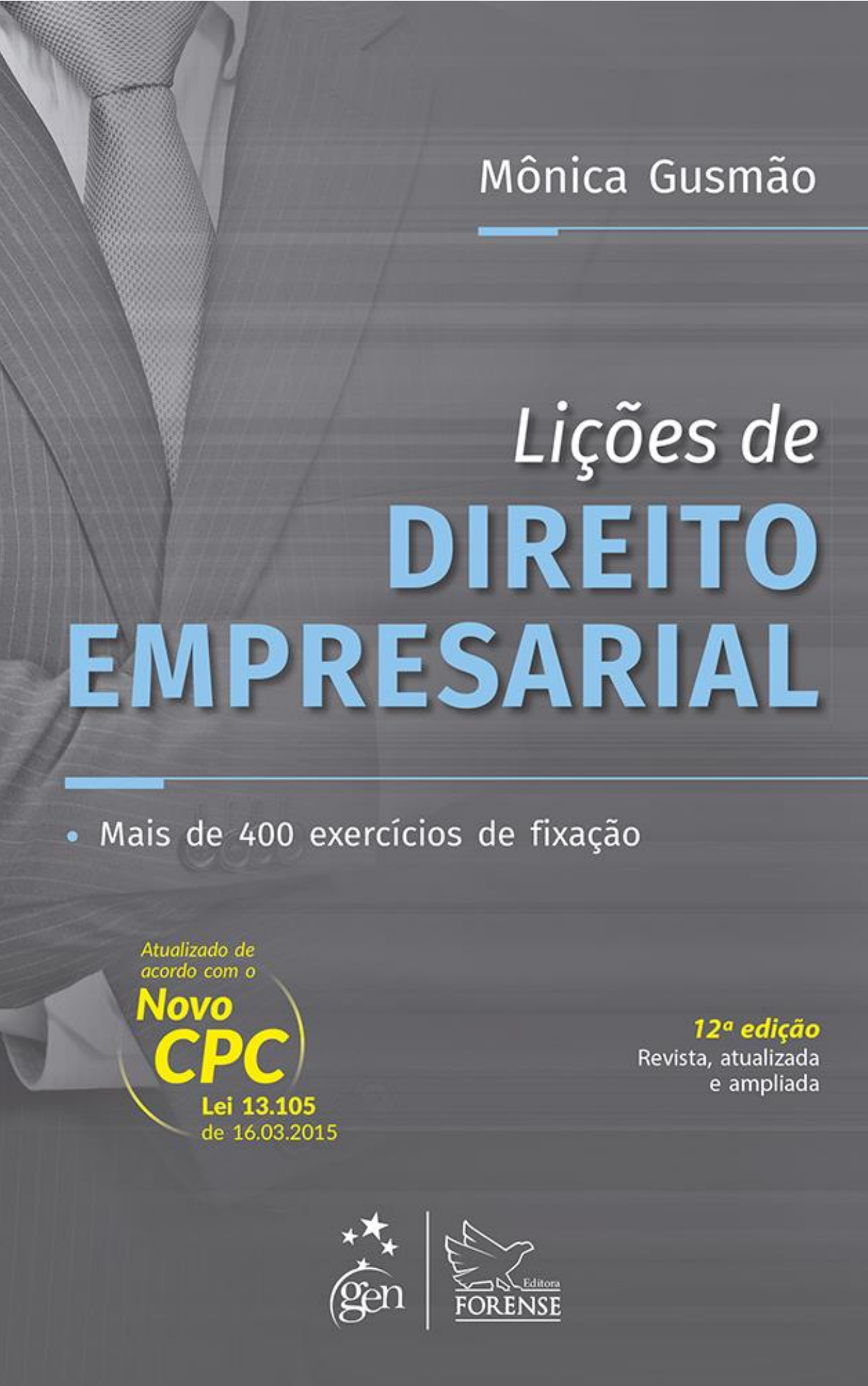


Mônica Gusmão

Lições de DIREITO EMPRESARIAL

- Mais de 400 exercícios de fixação

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

12ª edição
Revista, atualizada e ampliada

gen | Editora FORENSE

Lições de

DIREITO EMPRESARIAL

abdr
Respeite o direito autoral



O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U. e Forense Universitária, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

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

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

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

Mônica Gusmão

Lições de
DIREITO EMPRESARIAL

- **De acordo com o novo Código de Processo Civil**
- Mais de 400 exercícios de fixação

12ª edição
Revista, ampliada e atualizada

Editora FORENSE

Rio de Janeiro

A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.
Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

■Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa
Copyright © 2015 by
EDITORA FORENSE LTDA.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ
Tel.: (21) 3543-0770 – Fax: (21) 3543-0896
forense@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

■O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).
Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

■Capa: Rafael Molotievschi
Produção digital: Geethik

■CIP – Brasil. Catalogação na fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

G99L

Gusmão, Mônica

Lições de direito empresarial / Mônica Gusmão. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN 978-85-309-6582-2

1. Direito empresarial. 2. Sociedades comerciais - Legislação. I. Título.

12-3308. CDU: 347.7

Obra publicada até a 10.ª edição pela Editora Lumen Juris.

“A vida é uma peça de teatro que não permite ensaios. Por isso, cante, chore, dance, ria e viva intensamente, antes que a cortina se feche e a peça termine sem aplausos.”

Charles Chaplin

“O mundo é um lugar perigoso de se viver, não por causa daqueles que fazem o mal, mas sim por causa daqueles que observam e deixam o mal acontecer.”

Albert Einstein

Material Suplementar

Este livro conta com material suplementar.

O acesso é gratuito, bastando que o leitor se cadastre em: http://gen-io.grupogen.com.br

GEN | Informação Online

GEN-IO (GEN | Informação Online) é o repositório de materiais suplementares e de serviços relacionados com livros publicados pelo GEN | Grupo Editorial Nacional, maior conglomerado brasileiro de editoras do ramo científico-técnico-profissional, composto por Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U. e Forense Universitária. Os materiais suplementares ficam disponíveis para acesso durante a vigência das edições atuais dos livros a que eles correspondem.

DEDICATÓRIA

Yan, meu filho, Giovanna e Katherine, sobrinhas, ladrões de coração condenados à pena de amor eterno

Zé, mais do que marido, alma gêmea que encontrei e reencontrei para sempre.

Aos meus alunos por me ensinarem a aprender.

APRESENTAÇÃO

A apresentação de um livro é, para mim, um momento único, de prestar contas e de agradecer. Este livro encaminha-se já para a sua décima segunda edição, e isso aumenta a minha responsabilidade intelectual. Quero, de início, agradecer a boa vontade com que o meu público recebeu as edições anteriores e, por certo, prestigiará também esta.

Depois de um certo número de edições, um livro vai adquirindo um formato ideal, e as alterações serão sempre pontuais, um reparo aqui, um consertinho acolá, uma definição mais bem explicada ali adiante. Isso foi feito aqui. Nesta edição, os textos estão mais incisivos, mais atentos à pressa de quem lê um manual e à linha metodológica do novo Código de Processo Civil, que dentro em breve será posto em vigor. Inseri, ao final de cada capítulo, várias questões para "verificação de aprendizagem". Estou certa de que esse método ajuda a fixar o conteúdo lido ou a provocar no estudante uma releitura. Acrescentei vários temas, dei leitura mais enxuta a temas antigos, desmembrei alguns assuntos em capítulos, itens e subitens, porque, como supus, o tema "ganhou maioridade" e já não cabia num papel coadjuvante.

Ouvi uma vez uma anedota interessante sobre um vendedor de sapatos, e que em certa medida se aplica aos livros de direito empresarial. Um fabricante de sapatos descobriu uma cidade onde ninguém tinha o hábito de usar sapatos, e mandou para lá o seu melhor vendedor. Uma semana depois, o chefe daquele vendedor recebeu um *e-mail* nos seguintes termos: "Chefe, pelo amor de Deus, me tire daqui. Aqui *ninguém* usa sapatos!". O chefe trouxe de volta aquele vendedor e mandou outro para o lugar, não tão competente. Uma semana depois, o chefe recebeu desse novo vendedor outro *e-mail*, nos seguintes termos: "Chefe, pelo amor de Deus. *Nunca* me tire daqui. Aqui *ninguém* usa sapatos!".

Isso talvez explique o porquê de minha insistência em continuar ensinando direito empresarial, escrevendo livros da maneira mais didática possível, dando exemplos, citando jurisprudência atual, fazendo *links* entre esta disciplina e outras correlatas, para que o estudante tenha uma visão sistêmica da doutrina.

Tenho para mim que todo livro é uma obra aberta. Completa-se com a visão do leitor. Por isso, todas as impressões são bem-vindas.

A AUTORA

PREFÁCIO

A unificação do Direito Obrigacional Civil e Comercial é uma das principais inovações do novo Código Civil. Travou-se, entretanto, denso debate sobre o tema e caminhou-se por longa e tortuosa vereda antes de se chegar a esse resultado. Teixeira de Freitas, um dos nossos maiores civilistas, foi o precursor do movimento unificador, antes mesmo de Vivante, que só se manifestou sobre o tema, em 1892, na Universidade de Bolonha, em aula inaugural proferida na Faculdade de Direito.

Enorme resistência à unificação foi prontamente manifestada, tanto por civilistas como por comercialistas. Discutiu-se muito até agora sobre a conveniência de um sistema jurídico descodificado. O Professor Orlando Gomes, com a sua inquestionável autoridade, foi um dos mais destacados opositores da unificação. O Mestre baiano defendia a adoção de um sistema jurídico baseado em microssistemas, em vez de um sistema centralizador.

Diria que a Professora Mônica Gusmão aceitou esse desafio e o vem desempenhando com maestria em todos os níveis. Como Professora de Direito Empresarial, notabilizou-se pela maneira didática, clara, objetiva e profunda como ministra as suas aulas. Na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, onde os alunos avaliam cada aula, a Professora Mônica tem recebido os maiores índices de aprovação. Como jurista, traz a lume uma obra primorosa, dotada dos mesmos atributos das suas aulas – didática, clareza, objetividade, profundidade – e que em muito enriquecerá o Direito Empresarial.

Diante dos ganhos que esta nova obra oferece à comunidade jurídica, pela excepcional qualidade de seu conteúdo, estão de parabéns a autora e a Editora.

Sérgio Cavalieri Filho
Desembargador Presidente do TJ/RJ.

SUMÁRIO

1.DIREITO EMPRESARIAL

1.0.Considerações preliminares
1.1.Teorias do Direito Comercial
1.2.Unificação dos Direitos Civil e Comercial
1.3.Fontes do Direito Empresarial
1.4.Conceito de empresa
1.5.Função social da empresa
1.6.Verificação de Aprendizagem

2.DO EMPRESÁRIO

2.0.Conceito e noções gerais
2.1.Figura do empresário
2.1.1.Empresas de pequeno porte e microempresas
2.1.1.1.Falência e Recuperação Judicial de ME e EPP
2.1.2.Microempreendedor individual
2.1.3.Empresário rural
2.1.4.Empresário individual
2.1.4.1.Conceito e responsabilidade
2.1.4.2.Empresário individual casado
2.1.4.3.Alienação de bens pelo empresário individual casado
2.1.4.4.Regularidade do empresário individual
2.1.4.5.Nome empresarial
2.1.4.6.Capacidade do empresário individual
2.1.4.7.O interdito e o incapaz
2.1.4.8.Falência e recuperação do empresário individual
2.1.5.Sociedade empresária
2.1.6.Empresa Individual de Responsabilidade Limitada
2.2.Impedidos do exercício de atividade empresarial
2.3.Obrigações dos empresários e livros empresariais
2.3.1.Obrigações dos empresários
2.3.2.Livros empresariais
2.3.2.1.Tipos de livros empresariais
2.3.2.2.Exibição dos livros
2.4.Verificação de Aprendizagem

3.EMPRESAS INDIVIDUAIS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

3.0.Noções Gerais
3.1.Natureza jurídica
3.2.Visão Crítica
3.3.Ato Constitutivo
3.4.Objeto Social
3.5.Capital
3.5.1.Titular do capital
3.6.Nome Empresarial
3.7.Constituição e Regularidade
3.8.Administração
3.9.Transformação
3.10.Verificação de Aprendizagem

4.DAS SOCIEDADES

4.0.Conceito e noções gerais
4.1.Sociedades entre cônjuges
4.2.Classificação das pessoas jurídicas
4.3.Classificação das sociedades
4.4.Elementos essenciais
4.5.Atos constitutivos
4.6.Responsabilidade penal das pessoas jurídicas
4.7.Sociedades dependentes de autorização
4.8.Sociedade nacional
4.9.Sociedade estrangeira
4.10.Sociedade cooperativa
4.11.Verificação de Aprendizagem

5.TIPOS DE SOCIEDADES

5.0.Considerações gerais
5.1.Tipos ou Formas
5.1.1.Sociedade em nome coletivo
5.1.2.Sociedade em comandita simples
5.1.3.Sociedade limitada
5.1.4.Sociedade anônima
5.1.5.Sociedade em comandita por ações
5.1.6.Sociedade de capital e indústria

5.2.Verificação de Aprendizagem

6.ESPÉCIES DE SOCIEDADES

6.0.Introdução
6.1.Sociedade empresária
6.2.Sociedade simples
6.2.1.Noções gerais
6.2.2.Constituição das sociedades simples
6.2.3.Responsabilidade dos sócios
6.2.4.Dívidas particulares dos sócios
6.2.5.Direitos dos sócios
6.2.5.1.Participação nos lucros
6.2.5.2.Participação nas deliberações sociais
6.2.5.3.Direito de retirada
6.2.5.4.Participação do acervo da sociedade em caso de liquidação
6.2.5.5.Direito de fiscalização
6.2.5.6.Cessão de quotas
6.2.6.Obrigações dos sócios
6.2.6.1.Sócio remisso
6.2.7.Administração da sociedade
6.2.8.Resolução da sociedade em relação a um sócio
6.2.9.Dissolução da sociedade
6.3.Verificação de Aprendizagem

7.OS PRINCÍPIOS E O DIREITO EMPRESARIAL

7.0.Princípio da Função Social do Ser Humano
7.1.Princípio da justiça contratual
7.2.Função social dos contratos
7.3.Princípio da boa-fé objetiva
7.4.Verificação de Aprendizagem

8.PERSONALIDADE JURÍDICA

8.0.Personalidade jurídica
8.1.Sociedades não personificadas
8.1.1.Sociedades em comum
8.1.2.Sociedade em conta de participação
8.1.3.Sócio oculto e fraude

8.2.Verificação de Aprendizagem

9.DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

9.0.Noções Gerais

9.1.Conceito

9.2.Objetivo

9.3.Abuso do Direito, Ato *ultra vires* e Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica

9.4.Aplicação

9.4.1.A aplicação da teoria no Direito do Trabalho

9.4.2.A aplicação da teoria no Direito Administrativo

9.5.Teoria Maior da Desconsideração

9.5.1.Aplicação incidental da teoria em sede de execução

9.6.Teoria menor da desconsideração

9.7.Teoria invertida da personalidade jurídica

9.8.Teoria da desconsideração indireta da personalidade jurídica

9.9.Teoria da desconsideração expansiva da personalidade jurídica

9.10.A aplicação da teoria em favor da sociedade

9.11.A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e a falência da sociedade empresária

9.12.Verificação de Aprendizagem

10.ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

10.0.Conceito e características

10.1.Natureza jurídica do estabelecimento

10.2.Penhor do estabelecimento

10.3.Penhora do estabelecimento

10.4.Desapropriação do estabelecimento

10.5.Elementos do estabelecimento

10.5.1.Nome empresarial

10.5.1.1.Espécies de nome empresarial

10.5.2.Acessórios do nome empresarial

10.5.2.1.Título de estabelecimento

10.5.2.2.Insígnia

10.5.2.3.Expressão ou sinal de propaganda

10.5.3.Propriedade empresarial

10.5.4.Propriedade industrial

10.5.4.1.Marca
10.5.4.2.Modelo de utilidade
10.5.4.3.Invenção
10.5.4.4.Desenho industrial
10.5.5.Propriedade imaterial
10.5.5.1.Aviamento
10.5.5.2.Freguesia e clientela
10.6.Cessão, alienação ou trespasse do estabelecimento
10.6.1.Créditos tributários
10.6.2.Créditos trabalhistas
10.6.3.Cláusula de não restabelecimento
10.6.4.Sucessão na falência e recuperação
10.7.Principal estabelecimento e sede
10.8.Verificação de Aprendizagem

11.DA TRANSFORMAÇÃO, INCORPORAÇÃO, FUSÃO E CISÃO DAS SOCIEDADES

11.0.Noções gerais
11.1.Transformação da sociedade
11.2.Incorporação
11.3.Fusão
11.4.Cisão
11.5.Verificação de Aprendizagem

12.SOCIEDADE LIMITADA

12.0.Conceito e características
12.1.Natureza jurídica
12.2.Nome empresarial e a expressão "Ltda."
12.3.Aplicação da Lei das Sociedades Anônimas às Sociedades Limitadas
12.4.Responsabilidade dos sócios
12.5.Constituição da sociedade
12.6.Do capital social
12.7.Das quotas
12.7.1.Cessão de quotas
12.7.2.Penhora de quotas
12.7.3.Caução de quotas
12.8.Menor quotista

12.9.Da resolução da sociedade em relação a um sócio
12.10.Administração da sociedade
12.10.1.Ato "*ultra vires*"
12.11.Dos prepostos
12.12.Princípio da maioria
12.13.Deliberações sociais
12.14.Verificação de Aprendizagem

13.DISSOLUÇÃO DAS SOCIEDADES

13.0.Noções gerais
13.1.Fases
13.2.Resolução da sociedade
13.3.Legitimidade passiva
13.4.Verificação de Aprendizagem

14.SOCIEDADE POR AÇÕES-

14.0.Considerações preliminares
14.1.Governança corporativa
14.2.Características das sociedades anônimas
14.3.Responsabilidade dos acionistas
14.4.Objeto social
14.5.Classificação das sociedades
14.6.Nome empresarial
14.7.Companhias abertas e fechadas
14.7.1.Cancelamento de registro de companhia aberta
14.8.Constituição da companhia
14.8.1.Providências preliminares
14.8.2.Constituição propriamente dita
14.8.3.Providências complementares
14.9.Capital social
14.10.Valores mobiliários
14.10.1.Ações
14.10.1.1.Natureza jurídica das ações
14.10.1.2.Valor nominal
14.10.1.3.Indivisibilidade das ações
14.10.1.4.Ações em tesouraria
14.10.1.5.Opção de compra de ações

14.10.1.6.Negociabilidade das ações

14.10.1.7.Classificação das ações

14.10.1.7.1.Classificação das ações quanto aos direitos

14.10.1.7.2.Classificação das ações quanto à forma

14.10.1.8.Resgate

14.10.1.9.Amortização

14.10.1.10.Reembolso

14.10.1.11.Custódia de ações fungíveis

14.10.2.Partes beneficiárias

14.10.3.Debêntures

14.10.3.1.Espécies de debêntures

14.10.3.2.Agente fiduciário

14.10.3.3.Cédula de debêntures

14.10.4.Bônus de subscrição

14.11.Acionistas

14.11.1.Acionista remisso

14.11.2.Direito de voto

14.11.3.Acionista controlador

14.11.4.Oferta pública na alienação do controle de companhia aberta

14.11.5.Acordo de acionistas

14.11.6.Direito de retirada

14.12.Órgãos da sociedade

14.12.1.Assembleia-geral

14.12.1.1.Competência para a convocação da assembleia-geral

14.12.1.2.Espécies de assembleia

14.12.1.3.Formalidades de convocação

14.12.1.4.*Quoruns* de instalação e deliberação

14.12.2.Administração da companhia

14.12.2.1.Conselho de administração

14.12.2.1.1.Voto múltiplo

14.12.3.Diretoria

14.12.3.1.Normas comuns aos administradores

14.12.3.2.Responsabilidade civil dos administradores

14.12.3.3.Ação de responsabilidade
14.12.4.Conselho fiscal
14.13.Transformação da companhia
14.14.Dissolução da companhia
14.15.Extinção da companhia
14.15.1.Incorporação
14.15.2.Fusão
14.15.3.Cisão
14.16.Sociedades coligadas, controladoras e controladas
14.17.Grupos de sociedades
14.17.1.Noções gerais
14.17.2.Grupo de direito e de fato
14.17.3.Designação
14.17.4.Responsabilidade perante terceiros
14.17.5.Administração
14.17.6.Direitos dos acionistas
14.18.Consórcios
14.19.Subsidiária integral
14.20.Sociedade de economia mista
14.21.Sociedade em comandita por ações
14.22.Verificação de aprendizagem

GLOSSÁRIO DE EXPRESSÕES ESTRANGEIRAS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GABARITOS

ENUNCIADOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CNJ

DIREITO EMPRESARIAL

1.0.CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

É consenso entre os doutos que a história do direito comercial se divide em quatro períodos: no primeiro, entre a segunda metade do século XII e a segunda metade do século XVI, o direito comercial é especial, restrito, separado do direito civil e aplicável apenas aos comerciantes matriculados nas suas respectivas corporações de ofício. Com isso, adota-se um critério subjetivo para a definição do objeto de sua incidência. Assim se diz por que esse ramo do direito, nascido na Idade Média, foi elaborado pelos próprios comerciantes para disciplinar entre os inscritos nas corporações as atividades profissionais a que se dedicavam. Nesse período, o direito comercial já conhece a letra de câmbio, os bancos e o seguro. No segundo, entre os séculos XVI e XVII, o direito comercial ainda é, na Europa Continental, o direito das corporações de comerciantes, mas o desenvolvimento da *Common Law*, na Inglaterra, acentua a superação dessa característica. Nasce, aí, a sociedade anônima. Com o mercantilismo, o prestígio das corporações de ofício declina e o Estado chama a si a primazia de elaborar leis aplicáveis às relações do comércio. Na França, surgem as primeiras codificações comerciais com as Ordenações Francesas. A primeira delas, de 1673, conhecida como *Código Savary*, disciplinava o comércio terrestre. Em 1681, surgiu a Ordenação da Marinha, que regulava o comércio marítimo. No terceiro período, entre o século XIX e a primeira metade do século XX, supera-se o critério subjetivo de identificação do âmbito do direito comercial para defini-lo, com o *Code de Commerce* napoleônico, de 1807, não mais como o direito dos comerciantes, mas como o direito dos atos de comércio.

O *Código Savary* serviu de inspiração para o Código de Comércio Napoleônico de 1807. Com esse Código, o direito comercial abandona, definitivamente, o caráter subjetivista – isto é, de um código feito por comerciantes para comerciantes – e adota um critério objetivo: o direito comercial passa a basear-se na prática de atos de comércio taxativamente enumerados na lei, segundo critérios históricos. Não é mais um direito do comerciante matriculado nas corporações, mas de qualquer pessoa que praticasse regularmente aqueles atos de comércio especificados nas leis. No direito de tradição romanística – ao qual o nosso se filia –, sobressaem dois grandes sistemas de disciplina privada da economia, isto é, o francês e o italiano. O sistema francês precedeu ao italiano.[1] No primeiro, as atividades econômicas qualificavam-se como civis ou comerciais, e excluíam atividades economicamente relevantes, como a pecuária, a agricultura, a

negociação imobiliária e a prestação de serviços. Nesse sistema, o legislador francês classificou como de "natureza comercial" aqueles atos que, tradicionalmente, eram já praticados no seu dia a dia. Não havia nessa regulamentação qualquer critério científico para distinguir o que era e o que não era ato de comércio. O fundamento da doutrina francesa é a **teoria dos atos de comércio**, isto é, o direito comercial deixa de ser direito de uma categoria específica de profissionais, reunidos em corporações, para tornar-se um conjunto de atos disciplinados que poderiam ser praticados por qualquer pessoa. A crítica que se faz à teoria dos atos de comércio do sistema francês é que se resume a uma relação de atividades econômicas, sem que entre elas se possa encontrar qualquer elemento interno de ligação, o que acarretaria indefinição quanto à natureza mercantil de algumas delas.[2] Essa falta de critério científico foi a causa do desprestígio do sistema francês, que, apegando-se apenas ao caráter histórico das atividades do comerciante, para qualificá-las ou não como atos de comércio, deixou de fora a atividade imobiliária, a prestação de serviços e a atividade agrícola, que já então despontavam como novas formas de comércio. No outro sistema – o italiano –, estipula-se um regime geral para as atividades econômicas, relegando tratamento específico a umas poucas (por exemplo, as atividades dos profissionais liberais ou a dos pequenos comerciantes).[3]

A história do direito comercial coincide com a edição, em 1942, na Itália, do *Codice Civile*, que unifica o direito privado italiano, aprovado pelo Rei Vittorio Emmanuele III, que reúne, numa só lei, as normas de direito privado civil, comercial e trabalhista. O objeto central da investigação do direito comercial deixa de ser o ato de comércio, mera relação de atos tradicionalmente praticados pelos comerciantes, e passa a ser a empresa, assim entendida a atividade econômica organizada, cujo fim é a obtenção de lucros com a oferta de bens ou serviços ao mercado mediante organização dos fatores de produção (trabalho, capital, tecnologia e matéria-prima), pouco importando se essa circulação de riquezas advém da atividade imobiliária, da prestação de serviços ou da atividade agrícola. À teoria da empresa não interessa o gênero da atividade mercantil, mas o desenvolvimento da atividade econômica pela organização do trabalho, do capital, da tecnologia e da matéria-prima. Ao contrário da teoria francesa dos atos de comércio, a italiana, centrada no conceito de empresa, não separa as atividades econômicas em dois núcleos – um civil e outro comercial –, mas as agrupa em um regime amplo, aplicável à quase totalidade das atividades econômicas, deixando de fora aquelas que, por suas peculiaridades, mereciam tratamento diferenciado em leis especiais, como as de natureza intelectual, literária, artística ou científica. Segundo a doutrina, é mais correto entender a teoria da empresa como núcleo de um sistema novo de disciplina privada da atividade econômica, e não como expressão da unificação dos direitos civil e empresarial.[4]

O conceito de empresa como atividade organizada voltada ao lucro nem sempre mereceu da doutrina opinião tranquila, como hoje se lê. Não havia consenso sobre a unidade da noção jurídica da empresa, que era tida como produto de vários fatores, objetivos e subjetivos, tanto que Asquini a entendia como um fenômeno econômico poliédrico (v. 1.4. Conceito de Empresa).[5]

Até o advento do Código Civil de 2002, que revogou, expressamente, o Código Civil de 1916[6] e a primeira parte do Código Comercial,[7] o comércio em geral vinha disciplinado na primeira parte do Código Comercial.[8] Embora o Código Comercial brasileiro tenha nítida influência francesa,[9] absteve-se de enumerar os atos de comércio, como se fizera na França, onde a especificação *numerus clausus* dos atos de comércio há muito punha em trincheiras opostas a doutrina e a jurisprudência. O direito comercial era a disciplina jurídica que regulava os atos de comércio, os atos considerados comerciais por força de lei e os direitos e obrigações dos comerciantes. O objeto do direito comercial era o comerciante, assim entendida a pessoa física ou jurídica que praticava atos de comércio em caráter habitual, profissional e oneroso, posto de permeio na relação entre o produtor e o consumidor. Diferentemente do Código Napoleônico, o nosso não trazia o elenco das atividades que entendia mercantis. Os atos de comércio não eram, portanto, definidos pelo Código Comercial, mas pelos arts. 19 e 20 do Regulamento nº 737, editado ainda em 1850, e que vigeu até 1875, quando foram extintos os Tribunais do Comércio.

Considerava-se ato de comércio aquele praticado com habitualidade, profissionalidade e intuito de lucro pelos comerciantes e não comerciantes, mas assim considerados por força de lei.[10] O Regulamento nº 737, de 1850, foi revogado pelo Código de Processo Civil, em 1939. Eram assim classificados:

> *a)subjetivos ou por natureza* – praticados pelos comerciantes no exercício de suas funções;
> *b)objetivos ou por força de lei* – praticados por comerciantes ou não comerciantes (a lei impunha a sua comercialidade, como, por exemplo, o cheque, a nota promissória, a letra de câmbio etc.);
> c)*por dependência, acessórios ou por conexão* – na essência, eram atos civis que se transformavam em comerciais por se destinarem a facilitar o exercício da atividade comercial do empresário, como, por exemplo, a compra de imóveis, o balcão, a vitrine etc.

A história do direito comercial brasileiro começa com a Carta Régia de 28 de janeiro de 1808, por meio da qual D. João VI abriu os portos brasileiros às nações amigas, depois de escapar ao bloqueio continental imposto por Napoleão Bonaparte, com a ajuda providencial da marinha inglesa. Até então, o comércio era regido pelas leis portuguesas e pelos

Códigos Comerciais da Espanha. Nessa época, uma lei portuguesa conhecida como Lei da Boa Razão previa que todas as lacunas das leis portuguesas para o comércio seriam supridas com interpretação das leis comerciais das "nações cristãs, iluminadas e polidas".

1.1.TEORIAS DO DIREITO COMERCIAL

Das teorias que procuravam definir o Direito Comercial, são dignas de nota as que o tratam como

(1ª) direito do comerciante (teoria subjetiva);
(2ª) direito dos atos de comércio (teoria objetiva);
(3ª) direito do comerciante e dos atos de comércio e
(4ª) teoria das empresas.

Para a teoria *subjetiva*, o Direito Comercial era visto como o direito do comerciante; a caracterização do comerciante dependia de quem exercesse a profissão. Era comerciante quem estivesse devidamente autorizado pelas corporações de ofício.

Para a teoria *objetiva*, o Direito Comercial era visto como o direito dos atos de comércio; a caracterização do comerciante não mais dependia de autorização das corporações de ofício. A definição de comerciante não partia do sujeito (teoria subjetiva), mas da prática de atos de comércio. Comerciante era todo aquele que praticasse atos de comércio. A teoria dos atos de comércio ia ao encontro do Código Napoleônico ao instituir, no art. 1º, que comerciantes eram todos aqueles que exerciam atos de comércio em caráter habitual e profissional.

O Código Comercial adotou um critério real para a definição de comerciante. Era comerciante a pessoa física (comerciante individual) ou jurídica (sociedade mercantil) que praticasse atos de comércio, em caráter profissional, habitual e oneroso. O registro da firma individual do comerciante individual ou dos atos constitutivos das sociedades mercantis era irrelevante para a caracterização do comerciante, tendo, apenas, o condão de atribuir-lhes regularidade. Ainda que irregular, o comerciante não perdia sua condição, incidindo, inclusive, em falência, com a possibilidade de pedir sua concordata (preventiva ou suspensiva).

A teoria que tratava o Direito Comercial como o *direito do comerciante e dos atos de comércio* propunha a caracterização do comerciante por dois ângulos: eram considerados comerciantes, tanto aqueles definidos por lei, como os não comerciantes, que praticassem atos de comércio. A teoria abraçava as concepções objetiva e subjetiva de comerciante.

Por fim, a *teoria das empresas* (teoria subjetiva moderna), que caiu no agrado da doutrina brasileira, é a adotada pelo Código Civil italiano (art. 2.082). A teoria da empresa ampliou o tradicional conceito de comerciante. Para essa teoria, é empresário quem exerce atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e prestação de serviços, de forma profissional e onerosa. A tradicional figura do comerciante e a clássica definição de atos de comércio cederam lugar, respectivamente, ao empresário e à empresa. A primazia dessa construção – o direito comercial como direito das empresas – coube à doutrina italiana da década de 40, apoiando-se em um conceito subjetivo moderno do direito comercial, em que a figura do empresário substitui o conceito de comerciante. Segundo essa teoria, qualifica-se a atividade econômica de acordo com a forma pela qual ela é explorada, observada a sua organização, ou seja, a articulação, na atividade, dos quatro fatores de produção: capital, mão de obra, insumos e tecnologia. Surge a empresa, que, na visão de Giuseppe Ferri, é uma atividade, um complexo de bens destinados a um fim econômico.[11] Spencer Vampré[12] define empresa como a organização econômica que se propõe a obter, mediante combinação da natureza, do trabalho e do capital, produtos destinados à troca, correndo os riscos por conta de uma pessoa que reúne e dirige esses elementos.[13]

Há quem sustente que os arts. 51, § 4º, da Lei nº 8.245/1991, e 2º, da Lei nº 8.934/1994, recepcionaram a teoria da empresa antes mesmo de sua adoção pelo atual Código Civil. O art. 966 desse álbum não mais define o comerciante, mas o empresário, assim entendida a pessoa natural ou jurídica que exerce, em caráter profissional e habitual, atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

1.2.UNIFICAÇÃO DOS DIREITOS CIVIL E COMERCIAL[14]

Ainda que contivesse normas de direito público, o direito comercial era considerado um ramo do direito privado, e de muito se propunha sua separação do direito civil. Havia um punhado de bons argumentos a favor da unificação dos dois ramos e outros tantos em prol da separação. Já em 1892, Vivante, em aula inaugural ministrada na Universidade de Bolonha, defendia o fim da autonomia do direito comercial, questionando:

> (1º)a sujeição de não comerciantes a regras elaboradas a partir de práticas mercantis desenvolvidas pelos comerciantes em seu próprio proveito;
> (2º)o Código Comercial era uma lei de classe que perturbava a solidariedade social;

(3º)a autonomia do direito comercial implicava litigiosidade desnecessária na discussão da natureza civil ou mercantil no foro, na definição de prazos, ritos do processo e competência;
(4º)criava-se insegurança, que decorria do caráter meramente exemplificativo dos atos de comércio;
(5º)a duplicidade de disciplinas sobre o mesmo assunto era fonte de dificuldades; e
(6º)a autonomia do direito comercial influía negativamente no progresso científico porque o estudioso perderia a noção geral do direito das obrigações,[15] conquanto ele próprio tenha revisto sua posição para admitir tratar-se de ideal dificilmente alcançável, e que poderia trazer prejuízos ao Direito Comercial.

No Brasil, Teixeira de Freitas foi o seu precursor. O atual Código Civil unificou parcialmente os direitos civil e comercial e revogou, expressamente, a primeira parte do Código Comercial. Claramente inspirado no *Códice Civile*italiano, adota-se, expressamente, a teoria da empresa na disciplina privada da atividade econômica. Sempre sustentei que essa "unificação" fora meramente formal, pois é inegável incoerência manter a dicotomia entre os institutos da falência e da insolvência civil. A unificação é, de fato, a solução desejável, mas somente seria proveitosa se também tivesse unificado os institutos da falência e da insolvência civil. Esse era, por sinal, o entendimento do saudoso Rubens Requião, para quem

"será ilusória a unificação do direito obrigacional se permanecer a falência como instituto especificamente mercantil. Não será possível atingir a verdadeira unificação enquanto persistir a divisão básica no trato do empresário civil e do empresário comercial, da sociedade civil e da sociedade comercial, no que diz respeito à insolvência. (...) Se, portanto, se pretende unificar o direito privado em nosso país, que se proceda racionalmente, com lógica e determinação. Comece-se pela codificação una e, concomitantemente, estenda-se a falência aos não comerciantes. Assim, ao deparar-se com a insolvência, não haveria necessidade de indagar-se se o empresário insolvente é comerciante ou civil. Desapareceria a necessidade da classificação do empresário entre comerciante e civil bem como no que respeita às sociedades".[16]

A utilidade da unificação fica mais evidente a partir do cotejo das diferenças substanciais antes existentes entre o Direito Comercial e o Direito Civil, conforme quadro sinótico abaixo:

DIREITO COMERCIAL	DIREITO CIVIL
1) universalismo, internacionalismo, cosmopolitismo[17]	1) regionalismo
2) individualismo[18]	2) função social
3) onerosidade[19]	3) existência de contratos gratuitos

4) informalismo[20]	4) formalismo
5) fragmentarismo[21]	5) completude
6) solidariedade presumida nas obrigações	6) solidariedade decorrente da lei ou da vontade das partes

Sobre o tema:

E. nº 75 do CJF: "A disciplina de matéria mercantil no novo Código Civil não afeta a autonomia do Direito Comercial".

Para melhor compreensão da matéria:[22]

	FALÊNCIA	INSOLVÊNCIA CIVIL	
CARACTERIZAÇÃO	Impontualidade, execução frustrada e atos de falência[23]	Quando o passivo do devedor superar seu ativo.[24]	
LEGITIMIDADE PASSIVA	Empresário (individual, sociedade empresária, empresa individual de responsabilidade limitada[25]) ou sócios com responsabilidade ilimitada.[26]	Não empresário – pessoa natural e sociedades simples[27]	
LEGITIMIDADE ATIVA	Art. 97 da Lei 11.101/2005	Art. 753 do CPC	
INSOLVÊNCIA	Presumida[28] ou confessada[29]	Real[30]	
RITO PROCESSUAL	Arts. 95, 96 e 98 da Lei 11.101/2005	Arts. 755 e 756 do CPC	
DEPÓSITO ELISIVO	Art. 98, parágrafo único da Lei 11.101/2005	Art. 757 do CPC	
SENTENÇA/DECISÃO	Art. 99 da Lei 11.101/2005	Art. 761 do CPC	
EFEITOS COMUNS			1) Vencimento

			antecipado das dívidas do devedor[31] 2) Arrecadação dos bens do devedor[32] 3) Concurso universal de credores[33]
PRAZO PRESCRICIONAL	Suspensão[34]	Interrupção[35]	
ADMINISTRADOR	Art. 21 da Lei 11.101/2005	Art. 763 do CPC	
VERIFICAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DOS CRÉDITOS	Art. 7º/19 da Lei 11.101/2005	Art. 768 do CPC	
CREDOR RETARDATÁRIO	Art. 10 da Lei 11.101/2005	Art. 784 do CPC	
IMPUGNAÇÃO DOS CRÉDITOS	Art. 8º da Lei 11.101/2005	Art. 768, parágrafo único do CPC	
QUADRO GERAL DE CREDORES	Art. 18 da Lei 11.101/2005	Art. 769 do CPC	
EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES	Art. 158 da Lei 11.101/2005	Art. 778 do CPC	
ACORDO ENTRE DEVEDOR E CREDORES	Recuperação judicial – art. 47 da Lei 11.101/2005	Art. 783 do CPC	

As distinções existentes entre a falência[36] e a insolvência, no atual CPC, somente serão aplicadas até o término da *vacatio legis* do novo CPC.[37]

Como dito, a unificação do direito civil com o direito comercial foi matéria tormentosa na doutrina e jurisprudência. Lembro que o advento do Código Civil provocou inúmeras reações adversas. Alguns diziam que já nasceu "velho", pois demorou mais de vinte anos em tramitação no Congresso; para outros, era atécnico.; e outros tantos defendiam que a autonomia dos dois ramos do direito seria muito melhor que a unificação. Tenho que ser coerente com o que sempre escrevi e prego em sala de aula: o Código Civil causou verdadeiro tumulto na esfera comercial. Vários conceitos imprecisos e lacunas desnecessárias provocaram verdadeira instabilidade jurídica.

Não satisfeitos com as incertezas jurídicas geradas pelo Código Civil, tramitam no Congresso Nacional dois Projetos de Lei que propõem a instituição de um novo Código Comercial. Na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 1.572/2011 conta com 670 artigos, disciplinando as mais variadas matérias. Já o Projeto de Lei nº 487/2013 é ainda mais amplo: com 1.102 artigos, esse projeto, a pretexto de regular o direito comercial, acaba interferindo em diversas outras áreas do Direito, nem sempre primando pela boa técnica.[38]

Comungo do entendimento de Francisco Antunes Maciel Musnich, para quem: "Diante da realidade do mundo dos negócios, extremamente complexa e dinâmica, faz realmente sentido regular as mais diversas matérias de uma determinada área do conhecimento em um Código totalizante? A resposta intuitiva é não. Por mais que se possa defender a noção de Código, tal posição resta extremamente fragilizada quando o ramo do direito tratado é o direito comercial, mutável e flexível por natureza e, assim, avesso à rigidez; e nem a autonomia do direito comercial e a sua principiologia própria justificam a existência de um Código Comercial – até porque a autonomia científica passa longe da autonomia legislativa, a qual pode, muitas vezes (e aqui parece ser justamente o caso), ser enquadrada como verdadeiro fetichismo jurídico. E não é pelo fato de a Constituição Federal, no art. 22, I, arrolar o direito comercial como ramo autônomo que se torna necessária a promulgação de um Código Comercial. A disciplina é autônoma, independentemente da existência de um Código". E continua: "(...) Pelo pouco do que aqui foi exposto, resta patente o completo despropósito de querer instituir, no Brasil, um novo Código Comercial. E isso fica ainda mais evidente quando se analisam os dois Projetos que tramitam no Congresso Nacional, os quais somente aumentarão a insegurança jurídica e afastarão o investimento. Não se nega, aqui, que várias das regras em vigor no País merecem ser revistas, como as normas aplicáveis à sociedade limitada; também não se nega que os Projetos de Lei apresentados possam conter algumas (raras) evoluções, como a redução dos prazos prescricionais. Todavia, os Projetos de Código Comercial estão longe de atender às necessidades da sociedade brasileira, representando verdadeiro retrocesso, uma vez que apresentam regras dissonantes, bem como se omitem em questões extremamente importantes".[39] Em resumo: se aprovado o novo Código Comercial, teremos plena certeza do descaso e descompromisso dos legisladores com a nossa realidade econômica.

1.3.FONTES DO DIREITO EMPRESARIAL

"Fonte" provém do latim *fons* e significa "o local de onde vem ou onde se produz algo"; "procedência", "origem", "providência"; "aquilo que dá

origem"; "matriz", "nascedouro" etc.[40] No sentido legal, fonte é a matriz ideológica da norma de direito. Fontes do direito são a origem, o nascedouro das regras jurídicas. Podem ser formais (regras jurídicas aplicáveis a determinado caso concreto) e materiais (tudo que contribui para elaboração das leis).

As fontes do Direito Empresarial são primárias e secundárias. As primárias (também chamadas diretas ou imediatas) são o Código Civil e as leis especiais; secundárias (também chamadas indiretas ou mediatas), a doutrina, a jurisprudência, a analogia, os princípios gerais do direito, os tratados e convenções internacionais e os usos e costumes.

Os costumes são a primeira fonte do direito. Tiveram sua origem na Idade Média, nos usos dos comerciantes da época. A atividade comercial era muito dinâmica, sendo certo que, na maioria das vezes, a lei não acompanhava a realidade comercial. Os costumes caracterizam-se pela prática reiterada e contínua e pela compreensão uniforme entre os comerciantes, desde que não contrariem a lei e sejam assentados no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins.[41]

Essas práticas surgem de modo espontâneo e as regras fixadas para o uso acabam tornando-se uma relação jurídica observada como norma de direito, insuscetível de ser violada. A mais das vezes, os usos e costumes antecedem a lei, sendo produto de evolução social, econômica e política. Há quem diga que o direito consuetudinário não pode ser tido por fonte do Direito Empresarial, a partir da revogação da primeira parte do Código Comercial pelo Código Civil. É lição que não endosso porque consagra anacronismo que engessa o direito. O direito não é nem pode ser estático. É de sua essência adaptar-se a toda nova realidade. Costumes não se revogam por leis, mas por outros usos ou costumes em sentido contrário.

Moacyr Amaral Santos[42] ensina que os usos e costumes gerais, ou seja, os que se observam nas mais diferentes praças do país, podem ser objeto de prova em juízo, independentemente de certidão expedida pelo órgão competente, ao contrário dos de uso local. O art. 6º do novo CPC dispõe que: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". Comungo desse entendimento porque, ainda que não especificados nos códigos,[43] todos os meios legais e os moralmente legítimos são hábeis a provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa.

Sobre o tema:

> "Processual civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Tempestividade. Legislação estadual. Aplicação do princípio *jura novit curia*. Inteligência do art. 337 do CPC. Matéria constitucional. Impossibilidade.

1. O princípio jura novit curia *aplica-se inclusive às normas do direito estadual e municipal. A parte não está obrigada a provar o conteúdo ou a vigência de tal legislação, salvo quando o juiz o determinar (CPC, art. 337).*

2. Presume-se de conhecimento do STJ a suspensão do expediente forense previsto em norma de direito local, ficando a parte dispensada de juntar prova a respeito no momento da interposição do recurso, salvo se o Tribunal o exigir.

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg nº Ag 698172/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki).

Ainda sobre o costume como fonte secundária do direito, tenha-se como exemplo o teor das cláusulas CIF – *Cost Insurance & Freight* – e FOB – *Free on Board* –. A cláusula CIF impõe ao vendedor a obrigação de suportar as despesas de transporte e de seguro das mercadorias objeto da negociação; a FOB, impõe ao vendedor a obrigação de entregar as mercadorias a bordo da embarcação, ficando a cargo do comprador as despesas com frete e seguro para cobertura dos riscos do transporte. As cláusulas de responsabilidade do transportador foram incorporadas tanto pela convenção internacional para a unificação de certas regras de lei relativas aos conhecimentos de embarque – *Hague Rules 1924* – quanto por aquelas que as seguiram – *Visby Rules 1963; Hague-Visby Rules 1968 e Hamburg Rules 1978.*

O Brasil não foi signatário de qualquer delas. Embora nosso ordenamento jurídico negue validade a qualquer cláusula de não indenizar, observamos a prevalência e a importância do costume na aplicação dessas cláusulas nessa modalidade de contrato. Consagrou-se o uso de siglas nos contratos de compra e venda conhecidas como "incoterms".

Sobre o tema:

"Agravo de instrumento – Agravo regimental – Compra e venda mercantil – 'Cláusula FOB' – Denunciação da lide à empresa exportadora – Impossibilidade – Exegese da cláusula contratual – Súmula nº 5/STJ.

I – Omissis.

II – No contrato de compra e venda mercantil, as partes convencionaram a chamada "cláusula FOB", que limita a responsabilidade do vendedor até o embarque da mercadoria. Demais despesas correrão por conta do comprador. Considerando que na compra e venda mercantil a

transferência da propriedade de seu objeto se dá com o consenso entre as partes, entendo, como entendeu o acórdão recorrido, que a autora, ora agravada, não transportou mercadoria de terceiros, e sim da própria ré, ora agravante. Assim, descabida a hipótese de subsunção do art. 70, III, do CPC, na espécie.

III – Agravo Regimental improvido" (AgRg no Ag nº 136065/DF, Rel. Min. Waldemar Zveiter).

"Responsabilidade civil. Ação ordinária declaratória e indenizatória. Venda de mercadoria. Frete '*fob*', ou seja, a pagar no destino. Responsabilidade do comprador pelo transporte da mercadoria roubada. Apelação desprovida" (Apelação Cível nº 70032473704, 10ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Túlio de Oliveira Martins).

"Responsabilidade civil – Dano moral – Transporte de mercadorias – 'Cláusula CIF' – Ré transportou as mercadorias e emitiu nota fiscal, na qual, equivocadamente, foi anotado que a responsabilidade pelo pagamento do frete era da destinatária – Destinatária não aceitou arcar com o pagamento do transporte e a ré levou o título ao protesto de maneira indevida – Protesto indevido de duplicata enseja indenização por danos morais, sendo dispensável a prova do prejuízo – Recurso da ré não provido" (TJSP – Apelação: APL 990093416913/SP, 17ª Câmara de Direito Privado, Relator Tersio Negrato).

"Tributário. ICMS. Operação interestadual. Descaracterização. Cláusula FOB. *A cláusula* FOB *opera entre as partes, exonerando o vendedor da responsabilidade pela entrega da mercadoria ao destinatário, nada valendo perante o Fisco (CTN, art. 123), que só homologa o pagamento do ICMS pela alíquota interestadual se a mercadoria for entregue no estabelecimento do destinatário em outra unidade da federação; não é a nota fiscal que define uma operação como interestadual, mas a transferência física da mercadoria de um Estado para outro. Embargos de Declaração*

rejeitados" (MEDcl no REsp 37033/SP; Rel. Min. Ari Pargendler).

Por outro lado, podemos citar o exemplo da emissão de cheque pós-datado, que, apesar de costume *contra legem*,[44] pode caracterizar dano moral. Leio a Súmula nº 370 do STJ[45]: "Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado". Na minha opinião, é indispensável a prova do dano moral, pena de banalizar-se o instituto e incentivar a "indústria do dano".

Sobre o tema:

"Responsabilidade civil. Cheque pós-datado. Costume mercantil. Apresentação antes do prazo avençado. Devolução do cheque por falta de provisões de fundos. Dano moral.

Critérios para sua fixação de prudente arbítrio e razoabilidade do juiz. Culpa da empresa ao descontar o cheque como sendo contrato, em certas e determinadas condições de negócio, restando desfigurada sua característica, quando verificada a situação. Daí entender-se que o cheque se considera passado no dia marcado para apresentação ao banco sacado, não podendo o saque ser operado antes do termo estabelecido. Fato ensejador de dano moral, que atingiu a honra do correntista. Sucumbência recíproca em razão de decaimento quanto ao valor pedido a título de danos morais na inicial. Valor meramente enunciativo. Recurso de apelação improvido. Recurso adesivo provido em parte" (TJRS, Apelação Cível n.º 70004922357, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Tamarindos Palavreado).

Em sentido contrário:

"Agravo Regimental – Agravo de Instrumento – Recurso Especial – Ação de Indenização por danos morais em razão da apresentação antecipada de cheques pré-datados, ensejando a inscrição do nome do emitente no Banco Central – Procedência – Prova do dano – Desnecessidade – Incidência do enunciado n. 83/STJ – Recurso improvido" (AgRg no Ag 1135190/RS, Rel. Min. Massami Uyeda).

Em relação ao prazo prescricional do cheque pós-datado:

"Agravo regimental. Agravo de instrumento. Título de crédito. Cheque pós-datado. Prazo para apresentação com reflexo no prazo prescricional. Dilação. Impossibilidade. Ação executiva. Prescrição. Interpretação. Arts. 32, 33 e 59 da Lei n. 7.357/85. Recurso Improvido.

1. O cheque é ordem de pagamento à vista a ser emitida contra instituição financeira (sacado) para que pague ao beneficiário determinado valor conforme a suficiência de recursos em depósito, não sendo considerada escrita qualquer cláusula em contrário, conforme dispõe o art. 32 da Lei n. 7.357/85.

2. Cheque pós-datado. Modalidade consagrada pela prática comercial. Dilação do prazo de apresentação. Impossibilidade. A pós-datação da cártula não altera as suas características cambiariformes. O ajuste celebrado não tem o condão de modificar preceito normativo específico de origem cambial, sob pena de descaracterizar o título de crédito.

3. Nos termos dos arts. 33 e 59 da Lei n. 7.357/85, o prazo prescricional para propositura da ação executiva é de 6 (seis) meses, a partir do prazo de apresentação que, por sua vez, é de 30 (trinta) dias, a contar do dia da emissão, quando sacado na praça em que houver de ser pago.

4. A alteração do prazo de apresentação do cheque pós-datado implicaria na dilação do prazo prescricional do título, situação que deve ser repelida, visto que infringiria o artigo 192 do Código Civil. Assentir com a tese exposta no especial seria anuir com a possibilidade da modificação casuística do lapso prescricional em razão de cada pacto realizado pelas partes.

5. *Agravo regimental a que se nega provimento*" (AgRg no Ag 1159272/DF, Rel. Min. Vasco Della Giustina).

"Ainda que a emissão de cheques pós-datados seja prática costumeira, não encontra previsão legal. Admitir-se que do acordo extracartular decorra a dilação do prazo prescricional importaria na alteração da natureza do cheque como ordem de pagamento à vista e na infringência do art. 192 do CC, além de violação dos princípios da literalidade e abstração.

Precedentes. 4. O termo inicial de contagem do prazo prescricional da ação de execução do cheque pelo beneficiário é de 6 (seis) meses, prevalecendo, para fins de contagem do prazo prescricional de cheque pós-datado, a data nele regularmente consignada, ou seja, aquela oposta no espaço reservado para a data de emissão" (REsp 1.068.513/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi).

1.4.CONCEITO DE EMPRESA[46]

O Código Civil não trouxe um conceito legal de empresa. Continuamos com o conceito econômico. Empresa é uma atividade econômica organizada que reúne capital, trabalho, insumos e tecnologia para a produção e circulação de bens ou prestação de serviços. Reconheço a dificuldade de encontrar uma definição precisa do que venha a ser a empresa sob o prisma jurídico. A expressão é utilizada sob diversos enfoques, nos mais variados diplomas legais.[47] Empresa é uma realidade econômica,[48] centro de decisão capaz de adotar estratégia voltada à produção de bens e serviços,[49] uma combinação de fatores de produção – *terra*, *capital*, *trabalho* – ou unidade de produção que trabalha para o mercado.[50] O fim da empresa resulta da atuação de três fatores: dissociação entre propriedade e controle, interferência sindical e intervencionismo estatal. A dissociação entre a propriedade e controle da empresa moderna gerou o que GALBRAITH chamou de tecnoestrutura,[51] isto é, controle e administração da empresa por técnicos, longe das mãos dos "donos". A intervenção dos sindicatos também altera a face da empresa porque pulveriza o poder do empresário, já que os delegados de empresa, delegados de pessoal, comissões internas, delegados sindicais e representantes dos trabalhadores participam, de uma ou de outra forma, dos órgãos de administração, da divisão de lucros, dos desígnios do negócio.[52] Por último, como a atividade econômica é exercida sob a forma de empresa, é sobre ela que recai a gula do intervencionismo estatal, seja impondo restrições à própria forma de atividade, à característica dos produtos ou serviços ou às garantias do consumidor, seja estipulando um estatuto mínimo de direitos, abaixo do qual não se pode transigir.[53]

Para os direitos do trabalho, empresarial, tributário e econômico, empresa é categoria jurídica.[54] O caráter tuitivo do direito do trabalho empresta à noção de empresa outro formato, tanto que a CLT ora se refere a ela como a atividade do empresário, ora como estabelecimento, ora como grupo econômico. Quando o legislador celetista diz que "empregador é a empresa",[55] empresta ao conceito a funcionalidade que esse ramo especializado do direito reclama, na medida em que acentua a importância

do fenômeno da despersonalização da figura do empregador, de modo a antecipar que qualquer modificação da estrutura da empresa ou a alteração do seu titular em nada será relevante para os direitos do empregado e para a sorte do contrato de trabalho, premissas, aliás, ditas, com todas as letras, nos arts. 10 e 448 da CLT[56]. Discordo de boa parte da doutrina quando diz que o conceito de empresa do Direito do Trabalho é atécnico. Como dito, a figura do empregador tem de ser despersonalizada em atendimento a um princípio maior que permeia as relações de trabalho: a tutela dos direitos dos empregados. Entendo, contudo, que no art. 2º da CLT, o legislador acabou por baralhar os conceitos de empresa e de empresário. A empresa é atividade econômica organizada, exercida pelo empresário. Não pode ser partida, cindida; é unitária. Logo, não pode ser individual ou coletiva, pois é única e indivisível. O empresário é que pode ser individual, se pessoa física, ou sociedade empresária ou empresa individual de responsabilidade limitada, se pessoa jurídica.

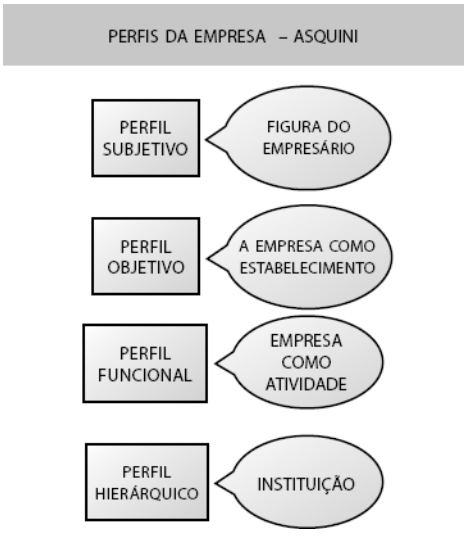
Para o direito do trabalho, empresa é sociedade hierarquizada, não dotada de personalidade, e que tem por objetivo realizar o bem comum da comunidade em que se insere.[57] Essa ideia de sociedade hierarquizada é que legitima na pessoa do empresário o direito potestativo sobre o contrato de trabalho e os poderes disciplinar e de direção.[58] Para os direitos empresarial e econômico, empresa é a atividade que deflui da organização do empresário.[59]

Na lição de Alberto Asquini,[60] o conceito de empresa é o de um fenômeno jurídico poliédrico, que tem vários perfis em relação aos elementos que o informam. A empresa deveria ser encarada a partir dessa diversidade de perfis.

Vejamos:

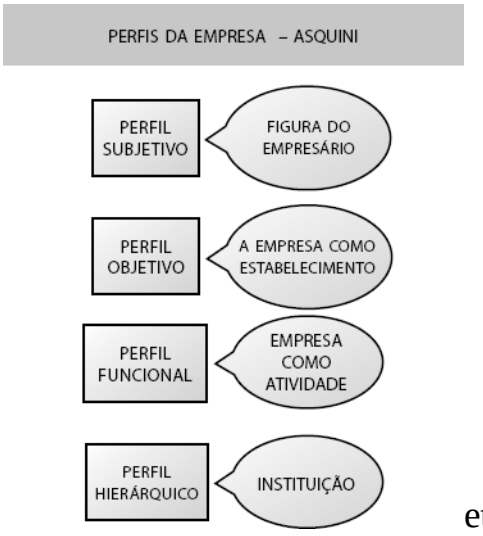
> *a)perfil subjetivo* – A empresa se identificaria com o empresário. Segundo Asquini, o empresário poderia ser visto como a "cabeça e alma"[61] da empresa;
> *b)perfil funcional* – A empresa se identificaria com a atividade empresarial e representaria um conjunto de atos tendentes a organizar os fatores da produção para a distribuição ou produção de certos bens ou serviços. A empresa seria aquela *"particular força em movimento que é a atividade empresarial dirigida a um determinado escopo produtivo*". A empresa não seria um fim em si mesma, mas uma atividade destinada à organização de bens ou serviços;
> *c)perfil objetivo ou patrimonial* – A empresa se identificaria como o conjunto de bens destinado ao exercício da atividade empresarial. Em outras palavras, um patrimônio afetado a uma finalidade específica; e
> *d)perfil corporativo ou hierárquico* – A empresa seria a *instituição* que reúne o empresário e seus colaboradores,

"(...) *aquela especial organização de pessoas que é formada pelo empresário e por seus prestadores de serviço, seus colaboradores (...) um núcleo social organizado em função de um fim econômico comum"*, ou seja, *"o empresário e seus colaboradores dirigentes, empregados e operários não são apenas uma pluralidade de pessoas vinculadas entre elas por uma soma de relações individuais de trabalho, com fins individuais; formam, ao contrário, um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundam os fins individuais do empresário e de cada colaborador, considerado individualmente, e a consecução do melhor resultado econômico da produção*".[62]



Opondo-se a essas considerações, Nicole Catalã afirma que a empresa não pode ser concebida a partir de um perfil corporativo, em razão de interesses contrapostos entre dirigentes e empregados.[63] Sustento tese diversa. O aparente antagonismo de interesses entre os titulares da empresa e seus empregados não retira o perfil funcional da empresa. Interesses contrários das partes (credor e devedor) são da essência de qualquer contrato bilateral.

Foi-se o tempo em que a Justiça do Trabalho pendia somente para o lado do empregado, em razão de sua hipossuficiência. O compromisso do magistrado do trabalho é maior, pois tem de ir além do esperado; tem de ponderar interesses ao julgar, pois o compromisso com o paternalismo acabaria por impactar a empresa, fonte geradora do próprio trabalho. O



papel da Justiça do Trabalho é determinante para que abusos sejam coibidos, e as empresas, preservadas. Não há mais lugar para o romantismo paternal do Direito do Trabalho. Outra realidade se impôs a partir de uma nova consciência de que a proteção incontida ao empregado levaria a uma situação irreversível: a extinção da fonte produtiva do emprego. O juiz do trabalho tem o dever de ponderar dois interesses: o individual, do empregado, o social e a manutenção da empresa.

Ainda na lição de Asquini,[64] "traduzir os termos econômicos em termos jurídicos é tarefa do intérprete; mas, defronte ao direito, o fenômeno econômico da empresa se apresenta como possuidor de diversos aspectos, em relação aos diversos elementos que para ele concorrem. O intérprete não deve agir com o preconceito de que o fenômeno econômico da empresa deva, forçosamente, entrar num esquema jurídico unitário. Ao contrário, é necessário adequar as noções jurídicas de empresa aos diversos aspectos do fenômeno econômico".

Para Tullio Ascarelli,[65] a noção de empresa trazida pelo Código Civil italiano deve ser concebida como a atividade exercida profissionalmente na azienda (estabelecimento).

Para Fábio Ulhoa Coelho,[66] "a teoria da empresa é, sem dúvida, um novo modelo de disciplina privada da economia, mais adequado à realidade do capitalismo superior. Mas através dela não se supera, totalmente, certo tratamento diferenciado das atividades econômicas. O acento da diferenciação deixa de ser posto no gênero da atividade e passa para a medida de sua importância econômica. Por isso, é mais apropriado entender a elaboração da teoria da empresa como o núcleo de um sistema novo de disciplina privada da atividade econômica e não como expressão da unificação dos Direitos Comercial e Civil".

Como observa Alfredo de Assis Gonçalves Neto,[67] o simples exercício de uma atividade econômica não basta para caracterizar a empresa, sendo imperioso que ela seja exercida em caráter profissional, ficando afastado do

conceito quem a exerce por amadorismo, por puro diletantismo ou em caráter eventual. Entendo que a profissionalidade está atrelada à habitualidade, hipótese em que o empresário tem de fazer do exercício da empresa sua atividade profissional em caráter habitual. O ato isolado, eventual, não tem o condão de caracterizar o empresário.

Como visto, o Código Civil positivou a teoria da empresa ao definir empresário como todo aquele que exerce atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, em caráter habitual e profissional.[68] A empresa é a atividade do empresário, e não se confunde com o seu estabelecimento, com a pessoa jurídica, com a sociedade, ponto empresarial ou com os seus sócios. A empresa não é dotada de personalidade jurídica, nem considerada sujeito de direitos. Quem exerce direitos e contrai obrigações é o empresário, e não a empresa. A empresa é a atividade por ele desenvolvida.

A existência do empresário não presume necessariamente o exercício da empresa, como, por exemplo, nas sociedades inativas, mas a recíproca não é verdadeira. O exercício da empresa pressupõe a existência do empresário, seja pessoa natural (empresário individual) ou jurídica (sociedade empresária e empresa individual de responsabilidade limitada) que exerça essa atividade, salvo nas hipóteses do rural[69] e das cooperativas.[70] Convém ressaltar a hipótese da continuação da empresa pelo incapaz, mediante autorização judicial (v. Capítulo 2, item 2.1.4.7).

Como dito, a teoria da empresa substituiu a figura do comerciante por empresário. O conceito de empresário engloba os antigos comerciantes (comerciante individual e sociedade mercantil), as antigas sociedades civis que exerciam atividade econômica e os prestadores de serviços, exceto as atividades descritas no parágrafo único do art. 966 do Código Civil, salvo prova do elemento de empresa. É importante destacar que a Teoria da Empresa torna mais abrangentes as atividades praticadas por empresários ao admitir a prestação de serviços, atividade que, de acordo com o Código Civil revogado, era restrita aos profissionais liberais e sociedades civis. O comerciante era aquele que praticava atos de comércio, sendo vedada a prestação de serviços.

Sobre o tema:

E. nº 53 do CJF: "Art. 966 – deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa".

E. nº 54 do CJF: "É caracterizador do elemento de empresa a declaração da atividade-fim, assim como a prática de atos empresariais".

E. nº 193 do CJF: "O exercício de atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa".

E. nº 194 do CJF: "Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores da produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida".

E. nº 195 do CJF: "Art. 966 – a expressão '*elemento de empresa*' demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores de organização empresarial".

1.5.FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Não há como enfrentar o tema sem que se tenha uma visão sistêmica do direito de propriedade. Inegável que o conceito de função social da propriedade é, de certa forma, ainda recente em nosso ordenamento, e tenha recebido relevantes contribuições da Igreja medieval e sua doutrina. Conforme explicado por Telga de Araújo, no seu excelente "Função Social da Propriedade" (*Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 39, p. 7, 1977)[71],

"desde Santo Ambrósio, propugnando por uma sociedade mais justa com a propriedade comum, ou Santo Agostinho, condenando o abuso do homem em relação aos bens dados por Deus, e Santo Tomás de Aquino, que vê na propriedade um direito natural que deve ser exercido com vistas ao *bonum commune*, até aos sumos pontífices que afinal estabeleceram as diretrizes do pensamento católico sobre a propriedade, sempre em todas as oportunidades, a Igreja apreciou a questão objetivando humanizar o tratamento legislativo e político do problema".

A Constituição Federal, nos artigos 5º, *caput*, e inciso XXII, e 170, inciso II, garantem o direito à propriedade privada, mas esse direito não é unitário, isolado, absoluto. Cada vez mais esse direito assume caráter publicista. O exercício do direito de propriedade, quer seja móvel ou imóvel, deve atender à sua função social. Os interesses coletivos, em regra, devem preponderar sobre os individuais, hipótese em que a propriedade deve atender à sua função social. Com isso, a empresa, como atividade econômica organizada, deve ser preservada por ser fonte geradora de empregos, tributos, negócios, riquezas etc.

O art. 1.228 do Código Civil dispõe:

"Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores."

Léon Duguit já concebia a função social da propriedade sustentando a transformação dessa instituição jurídica como uma socialização da noção de propriedade. Para o notável francês, a propriedade deixa de ser um direito do indivíduo para verter-se em função social, em que alguém na situação jurídica de proprietário teria a incumbência de empregá-la no incremento da riqueza e do bem comum. O ilustre Pontes de Miranda já afirmava que o termo *propriedade* tem sentido lato, significando "qualquer direito patrimonial", razão pela qual se pode dizer que abrange a empresa[72].

Não se pode dissociar o direito de proteção constitucional conferido à propriedade do direito de proteção à empresa. Como dito, empresa é uma atividade econômica organizada, exercida pelo empresário em seu estabelecimento. É fator determinante do equilíbrio social, econômico e político. É correta a lição prevalente na doutrina no sentido de que o art. 47 da Lei nº 11.101/2005 positivou os princípios da preservação e função social da empresa.[73]

O citado diploma legal traz inúmeros mecanismos para que a empresa (atividade econômica organizada) possa superar eventual e transitória crise econômica e financeira. Seduzidos por esses altos propósitos legislativos, muitos veem na preservação das empresas e de sua função social um valor absoluto. Para esses, toda empresa deve ser recuperada, a qualquer custo. Não é bem assim. Preserva-se a empresa que possa e deva ser preservada, e essa seleção implica juízo de valor *a priori*. Indiscutivelmente, para manter o equilíbrio social, econômico e político, é *dever do Estado* incentivar e empenhar-se em preservar as empresas, fontes geradoras de tributos e de empregos. A aplicação indiscriminada do princípio da preservação acabaria por permitir que a continuação de uma empresa economicamente inviável trouxesse prejuízos que refletiriam de forma desastrosa na coletividade,

gerando instabilidade em vez de harmonia social, e violando, inclusive, o princípio da função social.

É importante lembrar que, mesmo antes de a Lei de Recuperação e Falência positivar os princípios da preservação e função social da empresa, a Lei nº 6.404/1976 já previa a aplicação do princípio da preservação das empresas nos seguintes artigos:

> a)Art. 116, parágrafo único: "O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender".
> b)Art. 154: "O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa".
> c)Art. 165: "Os membros do conselho fiscal têm os mesmos deveres dos administradores de que tratam os arts. 153 a 156 e respondem pelos danos resultantes de omissão no cumprimento de seus deveres e de atos praticados com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto".

A empresa, tal qual a concebemos hoje, não é mais uma mera produtora ou transformadora de bens que coloca no mercado. É, antes de tudo, um poder. Representa uma força socioeconômica e financeira determinada, com uma enorme potencialidade de emprego e expansão que pode influenciar, de forma decisiva, o local em que se encontra.[74]

Apesar de já consolidado o princípio da função social da empresa, acho que não deve ser aplicado unicamente às sociedades empresárias. Há um princípio maior que deve tutelar a preservação da atividade econômica em si, seja a exercida pelo empresário, de forma organizada, ou pelo não empresário. Preservar-se a atividade organizada somente pela presença do elemento de empresa, implica conferir tratamento diferenciado às sociedades simples, que exercem, da mesma forma, atividade econômica, só que de forma não organizada. É negar a relevância de sua função social. É dever do Estado preservar e fomentar atividades econômicas viáveis, independentemente de sua organização.

Como bem observa Maria Helena Diniz[75], "A empresa (atividade econômica organizada) é o centro da economia democratizada, tendo por base a governança corporativa, a produção e a circulação de bens e serviços, beneficiando empresários, empregados, sociedade de consumo, e por diretriz os princípios constitucionais (CF, art. 170, I a IX): soberania

nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor e do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, constituídas e sediadas no Brasil". Segundo a renomada autora, "empresa tem responsabilidade social e desempenha uma importante função econômica e social, sendo elemento de paz social e solidariedade, constituindo um instrumento de política social e promoção da justiça social". Aplaudo a lição. Acrescento, apenas, que toda atividade econômica, independentemente de sua organização, tem sua função social, e, como dito pela citada autora, tem sua responsabilidade social, sendo fator determinante para a paz e equilíbrio social.

Sou da opinião de que a Lei 11.101/2005 deveria ser aplicada às sociedades que exerçam atividade econômica, independentemente da organização. Este era o propósito do Projeto de Lei nº 4.376, de 1993, de autoria do Poder Executivo, em sua redação original[76]. A exclusão das sociedades simples impossibilita o pedido de autofalência, bem assim o benefício da recuperação judicial. Na verdade, a lei confere tratamento mais benéfico às sociedades empresárias, com a possibilidade de superarem eventual crise econômica através da recuperação judicial, unicamente pelo fato de exercerem atividade organizada, enquanto marginaliza sociedades simples que, da mesma forma, exercem atividade econômica e cumprem sua função social, faltando-lhes, somente, organização. Entendo possível o pedido de recuperação pelas sociedades simples, com pedido de declaração de inconstitucionalidade incidental do art. 1º da lei de falências, por ferir os princípios da isonomia, razoabilidade e da tutela da propriedade. A única forma de uma sociedade simples beneficiar-se do pedido de recuperação, caso não exerça efetivamente uma atividade econômica organizada, é valer-se do art. 983 do Código Civil, que permite que as sociedades simples adotem um dos tipos regulados nos arts. 1.039/1.092, e entre eles está a forma de sociedade anônima. Ora, impor-se a uma sociedade a sua descaracterização como sociedade simples, apenas para que possa ser considerada sociedade, em razão de lei, e tentar a recuperação de sua atividade econômica, é, no mínimo, irrazoável (V. Cap. 6, item 6.2).

Sobre o tema:

E. nº 53 do CJF: "Art. 966 – Deve se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa".

Em resumo:

EMPRESA	EMPRESÁRIO	ESTABELECIMENTO
- o conceito não é jurídico,	- pessoa física ou jurídica (sociedade	- conjunto de bens corpóreos e incorpóreos

e sim econômico - atividade econômica organizada - para o Direito do Trabalho equivale à figura do empregador[77]	empresária e empresa individual de responsabilidade limitada) que exercem atividade economicamente organizada: produção ou circulação de bens ou prestação de serviços[78]	utilizados pelo empresário no exercício de sua empresa[79]
- não é dotada de personalidade jurídica	- personalidade do empresário: a) individual – nascimento com vida[80] b) sociedade – registro dos atos constitutivos[81] c) empresa individual de responsabilidade limitada – registro do ato constitutivo	- não é dotado de personalidade jurídica
- não é sujeito de direitos e obrigações	- é sujeito de direitos e obrigações	- pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza[82]
- o titular da empresa é o empresário	- o empresário exerce a atividade econômica organizada	- o estabelecimento tem valor patrimonial; os bens podem ser vendidos isoladamente ou em conjunto (trespasse)

1.6.VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

Analise as proposições abaixo e diga se são verdadeiras ou falsas:

1)O Código Comercial, sancionado em 1850, foi parcialmente revogado, mantendo-se vigentes apenas os dispositivos que regem os contratos e obrigações mercantis e o comércio marítimo.

2)As sociedades comerciais passaram a ser reguladas pelo novo Código Civil e, quanto à figura do empresário, não se distingue da figura da empresa.
3)Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.
4)As sociedades simples e as empresárias têm por objeto social a exploração e o desenvolvimento de atividade econômica com organização profissional voltada à produção ou circulação de bens ou serviços. Essas sociedades podem ou não ter personalidade jurídica.
5)Não se considera empresário quem exerce profissão de natureza intelectual, literária, científica ou artística, ainda que realizada com o concurso de colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.
6)É considerado empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.
7)A recepção do instituto empresa pelo Código Civil resultou na criação de novo sistema de análise da atividade econômica.
8)No conceito de empresário, o elemento básico é a organização de equipes de colaboradores ou auxiliares.
9)Com a entrada em vigor do novo Código Civil (Lei nº 10.406/2001), o exercício de atividade intelectual será considerado empresarial desde que tenha elemento(s) da empresa que é(são) organicidade das operações.
10)Qualificar uma pessoa como empresária depende de a pessoa aceitar os riscos derivados de participar de um mercado como consumidor.
11)Empresa é o conjunto organizado de bens, administrado pelo empresário, visando à produção ou circulação de bens e serviços.
12)O art. 195, I, da Constituição, estabelece que a seguridade social será custeada por contribuições sociais "do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei". De acordo com a terminologia empregada pelo Código Civil, a palavra "empresa", no texto constitucional, está usada de modo incorreto, devendo ser substituída por "estabelecimento".
13)O instituto da falência está para o empresário assim como o da recuperação judicial está para a empresa.
14)A sociedade simples exerce atividade econômica, mas não exerce uma empresa.
15)Não há empresa sem a figura do empresário, mas pode haver empresário sem a existência de empresa.

16)As sociedades simples jamais podem exercer atividade econômica organizada.
17)As sociedades simples são as antigas sociedades civis.
18)O Código Civil , ao revogar o Código Comercial, determinou a unificação do Direito Civil e Comercial.
19)O exercício de atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresas.
20)Na interpretação das normas relativas à empresas, deve ser levado em consideração o princípio da função social.
21)O estabelecimento é sinônimo de ponto empresarial.
22)É caracterizadora do elemento de empresa a declaração da atividade-fim, assim como a prática de atos empresariais.
23)A teoria da empresa substituiu a figura do comerciante individual e sociedade mercantil pelo empresário individual e sociedade empresária.
24)O Código Civil não positivou a teoria da empresa, pois manteve as sociedades sem fins lucrativos.
25)Com o advento do Código Civil, os usos e costumes não são mais considerados fontes do Direito Empresarial.
26)A pessoa física não pode ter sua falência decretada; incide em insolvência civil.
27)O conceito de empresa admite várias concepções, como, por exemplo, a subjetiva e a objetiva.
28)A responsabilidade dos sócios depende do tipo societário adotado; a responsabilidade das sociedades é sempre ilimitada.
29)O exercício de atividades de natureza exclusivamente artística está excluído do conceito de empresa.

---

[1]COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. I, p. 12.

[2]COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 13/17

[3]COELHO, Fabio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 17/18.

[4]COELHO, Fabio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 18.

[5]COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 19 registra que dos quatro perfis da empresa apontados por Asquini, apenas o funcional corresponde a um conceito jurídico próprio. Os perfis objetivo e subjetivo seriam denominações novas dos institutos de sujeito de direito e de estabelecimento comercial. O corporativo sequer corresponderia a algum dado de realidade.

[6]Lei nº 3.071, de 1º/01/1916.

[7]Lei nº 556, de 25/06/1850.

[8]No Código Civil de 2002, toda a matéria de natureza comercial é tratada em 229 artigos no capítulo denominado Direito de Empresa.

[9]COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 22.

[10]**Regulamento nº 737**, de 1850

Art. 19. Considera-se mercancia:

§ 1º A compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes, para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso;

§ 2º As operações de câmbio, banco e corretagem;

§ 3º As empresas de fábrica, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públi públicos;

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

§ 5º A armação e expedição de navios".

[11]FERRI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Commerciale*, Turim: Ed. UTET, 1994, p. 33: "attività è come un complesso di beni destinati a uno scopo produttivo".

[12]VAMPRÉ, Spencer. *Tratado Elementar de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Unione Tipografico-Editrice (UTET) , 1921.

[13]VAMPRÉ, Spencer. *Op. cit.*

[14]Projeto de Lei 1572/2011, de autoria do Deputado Vicente Candido (PT-SP).

[15]COELHO, Fabio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 16/17.

[16]REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva.

[17]De cosmópole, cidade caracterizada por vultosa dimensão e pelo grande número de habitantes. Significa "aquele que recebe influência cultural de grandes centros urbanos", ou, sob ótica estritamente jurídica, a possibilidade de aplicação de leis e convenções internacionais ao direito comercial.

[18]O lucro é a preocupação imediata do interesse individual.

[19]O objetivo do comerciante é o lucro; a atividade comercial gratuita é estranha ao conceito de comerciante.

[20]A celeridade determina o informalismo nas relações mercantis.

[21]Para Alfredo Rocco, o direito comercial não constitui um sistema jurídico completo, mas um complexo de normas aplicáveis às relações negociais.

[22]As indicações de artigos referem-se ao Código de Processo Civil de 1973.

[23]Lei de Falências, art. 94, I, II e III.

[24]CPC, art. 748.

[25]Cód. Civil, art. 980-A.

[26]Lei de Falências, art. 81.

[27]Cód. Civil, art. 977.

[28]Na falência, a impontualidade, ou seja, o não pagamento de obrigação no vencimento faz presumir a insolvência do devedor.

[29]Lei de Falências, art. 97, I (a autofalência).

[30]A insolvência caracteriza-se com comprovação de que o passivo do devedor supera seu ativo, diferentemente da falência, em que a impontualidade faz presumir a insolvência do devedor.

[31]CPC, art. 751, I.

[32]CPC, art. 751, II.

[33]CPC, art. 751, III.

[34]Lei de Falências, arts. 6º e 157.

[35]CPC, art. 777.

[36]Lei de Falências, arts. 6º e 157.

[37]Lei 13.105/2015.

[38]*Site*:http://www.abrasca.org.br/Uploads/autoregulacao/RI180_Forum_Abrasca_a_quem_Interessa_Novo_Codigo_Comercial.pdf

[39]*Site*:http://www.abrasca.org.br/Uploads/autoregulacao/RI180_Forum_Abrasca_a_quem_Interessa_Novo_Codigo_Comercial.pdf

[40]*Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Ed. Objetiva, 2007.

[41]Lei nº 8.934, art. 8º, VI.

[42]SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense.1977, p. 53.

[43]CPC, art. 339.

[44]Lei nº 7.357/1985, art. 32.

[45]"Realmente, a praxe comercial brasileira, antes de revogar a Lei do Cheque, evidencia a necessidade de se respeitar a boa-fé das partes ao resolverem pela emissão de cheques pré-datados, o que não altera a natureza do título de crédito, mas diz com a lisura de intenções daqueles envolvidos no negócio jurídico. Entretanto, entendo que há uma diferença fundamental entre o acórdão alçado a paradigma e a hipótese dos autos: na espécie, antes de depositar os cheques pré-datados, a recorrida havia apresentado para desconto um primeiro título, no prazo convencionado pelas partes, o qual foi devolvido pela instituição financeira diante da ausência de fundos". Precedente do Enunciado da Súmula 370 do STJ – Recurso Especial nº 921.398/MS (2007/0020789-1); Relatora Min. Nancy Andrighi.

[46]Ver Capítulo 3º sobre a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI).

[47]Código Civil, art. 966, parágrafo único, 968, IV, 974, 987, 1.085, 1.142, 1.155, 1.160, parágrafo único, 1.172, 1.178, 1.184 e 1.187, II; Lei nº 5.474/1968, art. 20; Lei nº 6.404/1976, art. 2º; CLT, art. 3º, etc.

[48]PERROUX, François. *Capitalisme et communité de travail*. Paris: Sirey, s.d., p. 181.

[49]BIENHAYMÉ, A. *La croissance des entreprises*. Paris: Bordas, 1971.

[50]NOGARO, Bertrand. *Éléments d'économie politique*. Paris, LGDJ, 1954, p. 14.

[51]GALBRAITH, John Keneth. *The New industrial State. London*. Hamish Hamilton, 1968, p. 62/65.

[52]MAGANO, Octavio Bueno. *Op. cit.*, p. 41.

[53]ALCAZAR, Mariano Baena. *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economia*. Madrid: Technos, 1966, p. 36.

[54]TEYSSIÉ, Bernard. *Droit social et modifications des structures de l'entreprise*. Montpellier, Libr. Technique, 1978, p. 14.

[55]CLT, art. 2º.

[56]DELGADO. Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 390.

[57]DURAND, Paul. *Traité de droit du travail*. Paris: Dalloz, 1947, p. 422/423.

[58]CLT, art. 2º: "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços".

[59]PONT, Manuel Broseta. *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*. Madrid: Technos, 1965, p. 294.

[60]ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1943.

[61]ASQUINI, Alberto. *Op. cit.*

[62]ASQUINI, Alberto. *Op. cit.*

[63]CATALA, Nicole. *Droit du Travail: L'intrerprise*. Paris: Dalloz, 1980, p. 148.

[64]ASQUINI, Alberto. *Op. cit.*

[65]ASCARELLI, Tullio. *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*. Tradução Evelio Verdera y Tuells. Barcelona: Bosch, 1962, p. 363-75.

[66]COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2007.

[67]*Direito de Empresa. Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

[68]Cód. Civil, art. 966.

[69]Cód. Civil, arts. 1.071 e 1.084.

[70]Cód. Civil, art. 1.082, parágrafo único.

[71]GRAU. Eros. *Função social da propriedade: análise histórica*. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto>.

[72]MIRANDA. Pontes. *Comentários à Constituição de 1967*, com a emenda nº 1 de 1969, t. V, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 398.

[73]"A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da 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."

[74]ARNOLDI. Michelan, 2000, p. 88.

[75]DINIZ. Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

[76]"Art. 1º Esta lei regula a falência, a concordata preventiva e a recuperação das empresas que exercem atividades econômicas regidas pelas leis comerciais.

Art. 2º Ficam sujeitos à falência e podem requerer concordata preventiva e recuperação da empresa, a pessoa jurídica de natureza civil que explore atividade econômica e o devedor individual que a exerce, em nome próprio e de forma organizada, com o objetivo de produzir bens ou serviços para o mercado."

[77]CLT, art. 2º.

[78]Cód. Civil, art. 966.

[79]Cód. Civil, art. 1.142.

[80]Cód. Civil, art. 2º.

[81]Cód. Civil, art. 985.

[82]Cód. Civil, art.1.143.

DO EMPRESÁRIO

2.0.CONCEITO E NOÇÕES GERAIS

O comerciante era a pessoa física (comerciante individual) ou jurídica (sociedade mercantil) que, em caráter habitual e profissional, praticava atos de comércio, visando lucro. Os atos de comércio – definidos pelo Regulamento nº 737, de 1850, e não pelo Código Comercial – eram todos os praticados com habitualidade, profissionalidade e intuito de lucro pelos comerciantes e não comerciantes, assim considerados por força de lei. Unificando, em parte, os Direitos Civil e Comercial, o Código Civil considera empresário todo aquele que, em caráter profissional, habitual e com intuito de lucro, exerce atividade econômica organizada para a produção de bens ou de serviços.[1]

O Código Civil, com a adoção da teoria da empresa, substituiu o tradicional conceito de comerciante pelo de empresário. São requisitos da figura do empresário:

> 1º –capacidade para o exercício de atividade empresarial – requisito específico para o empresário individual;[2]
> 2º –efetivo exercício de atividade econômica organizada (empresa);
> 3º –atividade (produção e/ou circulação de bens e prestação de serviços) exercida pelo empresário, em caráter profissional e habitual.

O parágrafo único do art. 966 do Código Civil exclui do conceito de empresário quem exerce atividade de natureza intelectual, científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores na atividade-meio ou fim, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa (atividade econômica organizada). Questão tormentosa diz respeito ao conceito de "elemento de empresa". O tema está longe de pacificar-se na doutrina. Por "elemento de empresa", deve ser entendido o efetivo exercício de atividade econômica organizada, que reúne capital, trabalho, tecnologia e insumos (matéria-prima) para a produção ou circulação de bens ou prestação de serviços, com fim lucrativo.

Se atividades artísticas, científicas, literárias ou intelectuais forem exercidas pelos respectivos profissionais, ainda que com o auxílio de colaboradores, não há que falar em elemento de empresa (atividade econômica organizada). Explico melhor: não haverá organização da

atividade quando a atuação pessoal do profissional liberal ou sócio de sociedades simples for determinante. Há a centralização da atividade nessas pessoas, posto que o trabalho do próprio profissional liberal ou sócio é fator preponderante para a atividade. Nesse caso, não haverá organização.

Se o cliente busca o serviço em razão da pessoa que o exerce, isto é, por suas qualidades pessoais, o elemento de empresa não está presente no negócio. No entanto, se a atividade-fim do empreendimento não depender unicamente da atuação pessoal dos profissionais ou sócios, mas também ou unicamente de terceiros, colaboradores ou auxiliares por eles contratados, a atividade estará organizada. Nesse caso, é irrelevante para o consumidor quem exerça a atividade ou execute o serviço porque o móvel da clientela é a contratação da atividade em si, e não que ela seja exercida por essa ou aquela pessoa individualmente considerada. O elemento de empresa existirá sempre que os profissionais ou sócios forem apenas um componente para o exercício do objeto social, um "mero realizar da profissão", e não o seu elemento essencial.

A atividade não será empresarial se exercida de forma personificada, ou *intuitu personae*; se exercida de forma impessoal, despersonificada, será considerada empresária pela presença do elemento de empresa. A inserção de eventuais colaboradores ou auxiliares nas atividades relacionadas no parágrafo único do art. 966 do Código Civil não é fator determinante para conferir organização a essas atividades. Numa palavra: quando a realização da atividade-fim do empreendimento depender necessariamente do próprio profissional liberal, ou de seus sócios, haverá personificação da atividade, e não se há de falar em elemento de empresa; se não há elemento de empresa, não há empresário nem organização.

Sobre o tema:

> E. nº 194 do CJF: "Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores da produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida".

Segundo Rubens Requião,[3] "o empresário assim organiza a sua atividade, coordenando os seus bens (capital) com o trabalho aliciado de outrem. Eis a organização. Mas essa organização, em si, o que é? Constitui apenas um complexo de bens e um conjunto de pessoal inativo. Esses elementos – bens e pessoal – não se juntam por si; é necessário que sobre eles, devidamente organizados, atue o empresário, dinamizando a organização, imprimindo-lhes atividade que levará à produção. Tanto o capital do empresário como o pessoal que irá trabalhar nada mais são isoladamente do que bens e pessoas. A empresa somente nasce quando se inicia a atividade sob a orientação do empresário. Dessa explicação surge

nítida a ideia de que a empresa é essa organização dos fatores de produção, exercida, posta a funcionar pelo empresário. Desaparecendo o exercício da atividade organizada do empresário, desaparece, ipso facto, a empresa".

Para Luiz Antônio Soares Hentz,[4] "há pessoas que exercem profissionalmente uma atividade criadora de bens ou serviços, mas não devem e não podem ser consideradas empresárias (...) nessa atividade profissional, exercida por essas pessoas, falta aquele elemento de organização dos fatores de produção; porque na prestação desse serviço ou na criação desse bem, os fatores de produção ou a coordenação de fatores são meramente acidentais: o esforço criador se implanta na própria mente do autor, que cria o bem ou o serviço. Portanto, não podem – embora sejam profissionais e produzam bens ou serviços – ser considerados empresários".

No plano da pessoa natural, despontam as figuras do profissional autônomo e a do empresário individual, ambos desenvolvendo o seu ofício de forma profissional, voltada para o mercado, com a diferença de que o primeiro não dispõe de uma atividade organizada, ou de uma estrutura empresarial, enquanto o segundo apoia a sua atividade em uma organização que coordena e dirige e que é a própria empresa. No plano das sociedades, verifica-se o mesmo fenômeno, tanto que a sociedade empresária é a titular da empresa,[5] enquanto a sociedade simples, por não contar com uma organização, desenvolve a sua atividade prevalentemente a partir do trabalho dos próprios sócios.[6] O empresário e as sociedades empresárias operam através da organização, posto que esta se sobreleva ao trabalho pessoal dos sócios, que poderão atuar como dirigentes, mas que não serão, de forma predominante, os operadores diretos da atividade-fim exercida. Existe empresa quando as pessoas coordenadas ou os bens materiais utilizados na produção ou na prestação de serviços operados pela sociedade suplantam a atuação pessoal dos sócios. A coordenação, a direção e a supervisão são pertinentes ao empresário ou à sociedade empresária. O exercício direto do objeto social – a produção ou a circulação de bens e a prestação de serviços – são operados pela organização. Se os próprios sócios, ou principalmente os sócios, operam diretamente o objeto social, exercendo eles mesmos a produção de bens ou a sua circulação ou a prestação de serviços, o que se tem é uma sociedade simples. Se, ao contrário, o objeto social for exercido por terceiros, a impessoalidade e a descentralização determinarão o elemento de empresa.

<u>Assim, por exemplo:</u>

1)um arquiteto será considerado um profissional liberal se a atividade-fim exercida centralizar-se nele, mesmo que conte com o auxílio ou com a colaboração de terceiros. Será, contudo, considerado empresário individual, se exercer

atividade econômica organizada, ou seja, se o auxílio ou a colaboração de terceiros integrar a sua atividade-fim, descentralizando-a, e retirando a pessoalidade de quem a exerce.

2)uma sociedade de médicos será simples se a atividade-fim depender essencialmente da atuação pessoal dos sócios, ainda que com a ajuda de auxiliares ou colaboradores; será empresária, se a atuação dos sócios não for mais determinante, isto é, se a atividade-fim do negócio depender, também, de profissionais contratados pela sociedade. Em suma: se a atuação dos sócios não for determinante para o exercício da atividade-fim, se houver impessoalidade na prestação dos serviços, entende-se pela organização da atividade.

3)é sociedade empresária, o hospital que se constitui a partir da associação de médicos, independentemente da atividade intelectual e científica de cada um deles, porque é imprescindível a contratação de outros profissionais para o exercício da sua atividade-fim (técnicos, anestesistas, instrumentadores cirúrgicos, corpo de enfermagem etc.).[7]

A questão esconde dificuldades que não estão à flor das frases. A classificação das casas de saúde, clínicas ou outras sociedades como empresárias ou simples é casuística e dependerá da análise do exercício da sua atividade-fim. Se depender, diretamente, da atuação dos sócios, ainda que com o consórcio de terceiros na realização dessa atividade, a sociedade será simples, porque estarão caracterizadas a pessoalidade e a centralização; diferentemente, se a atividade-fim for realizada por terceiros, independentemente da atuação dos sócios, trata-se de sociedade empresária.

<u>Sobre o tema:</u>

"Embargos à decretação de falência de sociedade de forma civil. Sentença de improcedência. Apelação.

Posicionamento do MP em seu desabono. Razão manifesta. Evolução do Direito Comercial para o moderno, Empresarial. Atividade de empresa no escopo do lucro habitual, sob organização adequada, no promover da circulação de bens e serviços. lrrelevância do registro no Cartório de Pessoas Jurídicas e não na Junta Comercial, desde que presentes tais

elementos, como estão, deveras. Consolidação do atual entendimento nos lindes do Código Civil de 2002. Novação e quitação, alegadas, mas não positivadas, sendo da embargante o ônus probatório. Provimento singular de ser confirmado. Recurso que se desprovê. Declaração de oficio acima constante" (TJ/RJ, Ap. Cív. nº 2006.001.04679, Rel. Des. Paulo Gustavo Horta).

Em Parecer elaborado para o Registro Civil de Pessoas Jurídicas, Tavares Borba[8] exemplifica as sociedades simples e empresárias:

> I) No comércio de tecidos, se exercido por uma sociedade em que o trabalho dos sócios é a essência da atividade, posto que são eles próprios que compram e revendem, estaremos diante de uma sociedade simples. Os empregados, meros auxiliares, apenas completam o trabalho dos titulares da sociedade.
>
> II) Cuidando-se, porém, de comércio de tecidos conduzido por uma estrutura hierarquizada que compra e revende as mercadorias sob a coordenação dos sócios e administradores sociais, que, mesmo presentes, não operam de forma prevalente o objeto social, a hipótese seria de sociedade empresária.
>
> III) Um bar conduzido pelos sócios seria uma sociedade simples, mas se estiver entregue a um grupo, ainda que diminuto, mas ao qual seja confiada a realização do objeto social, ter-se-ia a organização, que denota a empresa.
>
> IV) Um supermercado, pela dimensão de sua atividade, teria de ser operado por uma organização e, por ser assim, a sua condição empresarial resultaria evidente, o que não ocorreria com uma mercearia a cujos sócios estivesse entregue, de forma direta, a operação do estabelecimento.
>
> V) Um restaurante tanto poderia ser operado pelos próprios sócios, que atuariam de forma prevalente no atendimento dos clientes e, nesse caso, a sociedade seria simples, ou os sócios apenas coordenariam o trabalho dos profissionais encarregados de exercer o objeto social – a organização – e teríamos uma sociedade empresária.
>
> VI) Na área industrial, o objeto social compreende um processo de produção em escala que, pela sua própria natureza, demanda uma estrutura organizacional que envolverá pessoas hierarquicamente ordenadas, além de máquinas e equipamentos necessários ao processo produtivo. A atividade industrial, por sua complexidade, tende a conferir ao seu titular, em quase todos os casos, a condição de empresário ou de sociedade empresária.

VII) Uma padaria não deixa de ser uma indústria, mas, em certos casos, se efetivamente restrita em sua atividade ao trabalho dos próprios sócios que utilizariam os equipamentos necessários com a ajuda de meros auxiliares, é possível vislumbrar uma sociedade simples. Neste caso, estaríamos lidando com uma atividade artesanal, que lembra e antecede historicamente a atividade industrial, mas que com esta não se confunde, eis que não conta com qualquer estrutura organizacional.

VIII) Os transportadores, tais como os comerciantes, tanto poderão desenvolver a sua atividade de forma pessoal como através de uma organização, daí decorrendo a sua classificação como sociedade simples ou empresária.

IX) No setor de prestação de serviços, muitas são as variantes. Se, como quotistas de uma sociedade, cabeleireiros, costureiras, bombeiros técnicos em geral, eles e seus auxiliares, mas principalmente eles próprios, cortam os cabelos da clientela, costuram as roupas encomendadas, consertam os canos danificados e executam a assistência técnica solicitada, as correspondentes sociedades de que participam esses profissionais seriam sociedades simples. Estruturada uma organização nessas sociedades para o efeito de prestar o serviço a que elas se propõem, os sócios refluiriam para uma posição de coordenação, deixando a operação para os empregados, e, como consequência, despontaria a sociedade empresária.

Fábio Ulhoa[9] ensina que "não é empresário quem explora atividade de produção ou circulação de bens ou serviços sem alguns desses fatores de produção. O comerciante de perfumes que leva, ele mesmo, a sacola ou os produtos até os locais de trabalho ou residência dos potenciais consumidores, explora atividade de circulação de bens, fá-lo (*sic*) com intuito de lucro, habitualidade e em nome próprio, mas não é empresário, porque em seu mister não contrata empregado, não organiza mão de obra. O feirante que desenvolve seu negócio valendo-se apenas das forças de seu próprio trabalho e de familiares (esposa, filhos, irmãos) e alguns poucos empregados, também não é empresário porque não organiza uma unidade impessoal de desenvolvimento de atividade econômica. O técnico em informática que instala programas e provê a manutenção de hardware atendendo aos clientes em seus próprios escritórios ou casa, o professor de inglês que traduz documentos para o português contratado por alguns alunos ou conhecidos, a massagista que atende em domicílio e milhares de outros prestadores de serviço – que, de telefone celular em punho, rodam a cidade – não podem ser considerados empresários, embora desenvolvam atividade econômica. Eles não são empresários porque não desenvolvem

suas atividades empresarialmente, não o fazem mediante a organização dos fatores de produção".

Antes do advento do Código Civil, os ambulantes eram considerados comerciantes porque se entendia que comerciante era todo aquele que exercesse atos de comércio em caráter profissional, habitual e oneroso, independentemente da organização da atividade, pois não era fator determinante da caracterização da condição de comerciante. Atualmente, é empresário aquele que exerce atividade econômica organizada. É imprescindível ao conceito de empresário a organização da atividade por ele exercida, ou seja, do exercício da empresa. Entendo que o Código Civil não afastou a condição de empresário do ambulante, se demonstrada a prática do exercício da empresa.

Para Jorge Manoel Coutinho de Abreu,[10] "parece ser mais ajustado sustentar que, em regra, os escritórios, consultórios, estúdios dos profissionais liberais não constituem empresas. O que aí avulta é a pessoa dos profissionais (com específica capacidade técnico-científica para prestação de serviços), não um objetivo complexo produtivo; o conjunto dos instrumentos de trabalho não tem autonomia funcional nem identidade própria, não mantém idêntica "eficiência" ou "produtividade" na titularidade de terceiro (profissional da mesma especialidade); a atividade do sujeito exaure praticamente o processo produtivo (de prestação de serviços)".

O *Des*. Federal André Fontes consignou em acórdão o seguinte entendimento:

(...) "V – O Direito da Empresa é informado pela Teoria da Asserção, razão pela qual na configuração e registro das sociedades empresariais deve ser declarado no ato registral da pessoa jurídica que a sua atividade-fim indicada (como objeto do ato constitutivo, entende-se: negócio jurídico complexo constitutivo) se destinará à produção e à circulação de bens ou serviços e, como tal, registrada na Junta Comercial e, de modo contrário, se a atividade-fim declarada for a prestação de serviço intelectual de natureza científica ou artística será simples a sociedade, com registro no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, mesmo que, na consecução de seus fins, utilize como atividade-meio a empresarial, como, por exemplo, o serviço de pesquisa de opinião pública" (Embargos infringentes em AC nº 227.981 (2000.02.01.012520-2), 2ª Seção do TRF da 2ª Região).

Para melhor compreensão da matéria:

PESSOA FÍSICA	Art. 966, parágrafo único, do Código Civil	Atividades: intelectual, artística, científica ou literária	Atividade exercida pela própria pessoa física, sem ajuda de colaboradores	Não empresário – Se a atividade-fim for exercida exclusivamente pela pessoa física
PESSOA	Art. 966,	Atividades:	Atividade	Não empresário –

FÍSICA	parágrafo único, do Código Civil	intelectual, artística, científica ou literária	exercida pela própria pessoa física com ajuda de colaboradores na atividade-meio	A colaboração se dá na atividade-meio. A atividade-fim ainda depende da pessoa física.
PESSOA FÍSICA	Art. 966, parágrafo único, do Código Civil	Atividades: intelectual, artística, científica ou literária	Atividade exercida pela própria pessoa física com ajuda de colaboradores na atividade-fim	Não empresário – Se a atuação da pessoa física for determinante para a atividade-fim
PESSOA FÍSICA	Art. 966, caput, do Código Civil	Atividades: intelectual, artística, científica ou literária	Atividade exercida pela própria pessoa física com ajuda de colaboradores na atividade-fim	Empresário individual – Se a atuação da pessoa física não for determinante para a atividade-fim
PESSOA JURÍDICA	Art. 966, parágrafo único, do Código Civil	Atividades: intelectual, artística, científica ou literária	Atividade exercida pelos próprios sócios sem ajuda de colaboradores	Sociedade simples – Se a atividade-fim for exercida exclusivamente pelos sócios
PESSOA JURÍDICA	Art. 966, parágrafo único, do Código Civil	Atividades: intelectual, artística, científica ou literária	Atividade exercida pelos próprios sócios com ajuda colaboradores na atividade-meio	Sociedade simples – A colaboração se dá na atividade-meio. A atividade-fim ainda depende da atuação dos sócios.
PESSOA JURÍDICA	Art. 966, parágrafo único, do Código Civil	Atividades: intelectual, artística, científica ou literária	Atividade exercida pela própria pessoa com ajuda de colaboradores na atividade-fim	Sociedade simples – se a atuação dos sócios for determinante para o exercício da atividade-fim

PESSOA JURÍDICA	Art. 966, caput, do Código Civil	Atividades: intelectual, artística, científica ou literária	Atividade exercida pela própria pessoa com ajuda de colaboradores na atividade-fim	Sociedade empresária – Se a atuação dos sócios não for determinante para a atividade-fim

2.1.FIGURA DO EMPRESÁRIO

2.1.1.Empresas de pequeno porte e microempresa

A LC nº 123/2006,[11] com a redação dada pela LC nº 147/2014, conceitua as microempresas[12] e empresas de pequeno porte:

"Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:[13]

I – no caso da microempresa, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II – no caso da empresa de pequeno porte, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais)".

Quanto ao conceito de empresário de pequeno porte, dispõe o art. 68 da LC nº 123/2006:

"Art. 68. Considera-se pequeno empresário, para efeito de aplicação do disposto nos arts. 970 e 1.179 da Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), o empresário individual caracterizado como microempresa na forma desta Lei Complementar, que aufira receita bruta anual até o limite previsto no § 1º do art. 18-A".

Sobre o tema:

E. nº 200 do CJF: "É possível a qualquer empresário individual, em situação regular, solicitar seu enquadramento como microempresário ou empresário de pequeno porte, observadas as exigências e restrições legais".

E. nº 235 do CJF: "O pequeno empresário, dispensado da escrituração, é aquele previsto na Lei nº 9.841/99".

A lei estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte

no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere:[14]

"I – à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias;

II – ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias;

III – ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão;

IV – ao cadastro nacional único de contribuintes a que se refere o inciso IV do parágrafo único do art. 146, *in fine*, da Constituição Federal. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014.)"

É importante destacar que tanto o empresário (pessoa física ou jurídica) quanto o não empresário (pessoa física ou sociedade simples) podem se enquadrar na condição de EPP ou ME. O não empresário não perderá essa qualidade com o enquadramento.

Não se inclui no regime diferenciado e favorecido na LC nº 123/2006, para nenhum efeito legal,[15] a pessoa jurídica:

"I – de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

II – de que seja filial ou sucursal, agência ou representação no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

III – de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do *caput* deste artigo;

IV – cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta ultrapasse o limite de que trata o inciso II do *caput* deste artigo;

V – cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que tratou o inciso II do *caput* deste artigo;

VI – constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;

VII – que participe do capital de outra pessoa jurídica;

VIII – que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

IX – resultante ou remanescente de cisão ou de qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;

X – constituída sob a forma de sociedade por ações.;

XI – cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014.)"

Em relação aos incisos IV e V do art. 3º, o § 4º da LC nº 123/2006, alterado pela LC nº 128/2008, assim dispõe: "O disposto nos incisos IV e VII do § 4º deste artigo não se aplica à participação no capital de cooperativas de crédito, bem como em centrais de compras, bolsas de subcontratação, no consórcio referido no art. 50 desta Lei Complementar e na sociedade de propósito específico prevista no art. 56 desta Lei Complementar, e em associações assemelhadas, sociedades de interesse econômico, sociedades de garantia solidária e outros tipos de sociedade, que tenham como objetivo social a defesa exclusiva dos interesses econômicos das microempresas e empresas de pequeno porte".

As microempresas e as empresas de pequeno porte, nos termos da legislação civil, acrescentarão à sua firma ou denominação as expressões "Microempresa" ou "Empresa de Pequeno Porte", ou suas respectivas abreviações, "ME" ou "EPP", conforme o caso, sendo facultativa a inclusão do objeto da sociedade.[16]

Os órgãos e entidades envolvidos na abertura e fechamento de empresas, dos 3 (três) âmbitos de governo, deverão considerar a unicidade do processo de registro e de legalização de empresários e de pessoas jurídicas, e buscar, em conjunto, compatibilizar e integrar procedimentos, de modo a evitar a duplicidade de exigências e garantir a linearidade do processo, da perspectiva do usuário.[17] O processo de abertura, registro, alteração e baixa da microempresa e empresa de pequeno porte, bem como qualquer exigência para o início de seu funcionamento, deverá ter trâmite especial e simplificado, preferencialmente eletrônico, opcional para o empreendedor,[18] por exemplo, a dispensa do uso da firma, com a respectiva assinatura autógrafa, o capital, requerimentos, demais assinaturas, informações relativas ao estado civil e regime de bens, bem como remessa de documentos, na forma estabelecida pelo CGSIM.[19]

Sobre o tema:

> "No caso da microempresa, da empresa de pequeno porte e do microempreendedor individual, dispensados de publicação dos seus atos (art. 71 da LC nº 123/2006), os prazos estabelecidos no Código Civil contam-se da data do arquivamento do documento (termo inicial) no registro próprio."[20]

Os usuários podem exigir informações, orientações e instrumentos de forma integrada e consolidada a fim de possibilitar-lhes pesquisas prévias às etapas de registro ou inscrição, alteração e baixa de empresários e

pessoas jurídicas, de modo a lhes prover certeza quanto à documentação exigível e quanto à viabilidade do registro ou inscrição.[21]

O registro dos atos constitutivos, de suas alterações e extinções (baixas), referentes a empresários e pessoas jurídicas em qualquer órgão dos 3 (três) âmbitos de governo ocorrerá independentemente da regularidade de obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas, principais ou acessórias, do empresário, da sociedade, dos sócios, dos administradores ou de empresas de que participem, sem prejuízo das responsabilidades do empresário, dos titulares, dos sócios ou dos administradores por tais obrigações, apuradas antes ou após o ato de extinção.[22] O art. 9º, § 1º, da LC nº 123/2006 dispõe que o arquivamento nos órgãos de registro dos atos constitutivos de empresários, de sociedades empresárias e dos demais equiparados que se enquadrarem como microempresa ou empresa de pequeno porte e o arquivamento de suas alterações são dispensados das seguintes exigências:

I – certidão de inexistência de condenação criminal, que será substituída por declaração do titular ou administrador, firmada sob as penas da lei, de não estar impedido de exercer atividade mercantil ou a administração de sociedade, em virtude de condenação criminal;

II – prova de quitação, regularidade ou inexistência de débito referente a tributo ou contribuição de qualquer natureza.

A dispensa da prova da regularidade pelas entidades regidas pela lei em tela também se aplica aos sócios, administradores ou empresas de que participem. A lei permite que a certidão de inexistência de condenação criminal possa ser substituída por declaração do titular ou administrador, firmada sob as penas da lei, bem como dispensa a prova de quitação, regularidade ou inexistência de débito referente a tributo ou contribuição de qualquer natureza, para fins de arquivamento de atos constitutivos ou posteriores alterações.[23]

Questão relevante diz respeito à baixa do empresário ou da pessoa jurídica, pois não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados tributos, contribuições e respectivas penalidades, decorrentes da falta do cumprimento de obrigações ou da prática comprovada e apurada em processo administrativo ou judicial de outras irregularidades praticadas pelos empresários, pelas pessoas jurídicas ou por seus titulares, sócios ou administradores.[24]

A solicitação de baixa do empresário ou da pessoa jurídica importa responsabilidade solidária dos empresários, dos titulares, dos sócios e dos administradores no período da ocorrência dos respectivos fatos geradores.[25] Entendo que essa regra viola o princípio da autonomia da pessoa jurídica e seus sócios. Não é razoável imputar aos sócios responsabilidade pelas obrigações sociais inadimplidas, sob pena de se

criar verdadeira insegurança jurídica. É certo que os sócios respondem pelas dívidas sociais em caráter excepcional, comprovada a fraude em sentido lato.

Os órgãos citados no *caput* do art. 9º da LC nº 123/2006 terão o prazo de 60 (sessenta) dias para efetivar a baixa nos respectivos cadastros.[26] Ultrapassado esse prazo sem manifestação do órgão competente, presumir-se-á a baixa dos registros das microempresas e a das empresas de pequeno porte.[27]

A lei também proíbe qualquer tipo de exigência de natureza documental ou formal restritiva ou condicionante pelos órgãos envolvidos na abertura e fechamento de empresas, dos 3 (três) âmbitos de governo, que exceda o estrito limite dos requisitos relativos à essência do ato de registro, alteração ou baixa da empresa.[28] Os órgãos diretamente responsáveis pela abertura e fechamento dessas empresas somente devem realizar vistorias após o início de operação do estabelecimento quando a atividade, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse procedimento.[29] O objetivo da lei é desburocratizar vários procedimentos para fomentar o imediato exercício das atividades pelos entes por ela regidos. O art. 7º da LC nº 123/2006 diz que os municípios devem emitir alvará de funcionamento provisório para permitir o início das atividades imediatamente ao registro, salvo nas hipóteses em que o grau de risco da atividade seja considerado alto.

A LC nº 123/2006 diz que a comprovação da regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte para participação em licitações públicas somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.[30] Quanto à participação em certames licitatórios, devem apresentar a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal ainda que apresente alguma restrição,[31] assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.[32] A não regularização implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação.[33] Nas licitações, a contratação das ME e EPP será assegurada, de preferência, como critério de desempate.[34]

Questão relevante refere-se à possibilidade de a lei autorizar a emissão, pelas ME e EPP, de cédula de crédito microempresarial, considerado título de crédito, passível de cobrança via ação executiva.[35]

O art. 56 da LC nº 123/2006 admite que as microempresas ou as empresas de pequeno porte poderão realizar negócios de compra e venda de bens e serviços para os mercados nacional e internacional, por meio de sociedade de propósito específico, nos termos e condições estabelecidos pelo Poder Executivo Federal.[36] Essas sociedades devem arquivar seus atos no Registro Público de Empresas Mercantis[37] e se constituir sob forma de sociedade limitada.[38] A sociedade de propósito específico tem as seguintes finalidades:[39]

> a)operações de compras para revenda às microempresas ou empresas de pequeno porte que sejam suas sócias;
> b)operações de venda de bens adquiridos das microempresas e empresas de pequeno porte que sejam suas sócias, para pessoas jurídicas que não sejam suas sócias.

As sociedades de propósito específico não poderão:[40]

I – ser filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

II – ser constituída sob a forma de cooperativas, inclusive de consumo;

III – participar do capital de outra pessoa jurídica;

IV – exercer atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

V – ser resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;

VI – exercer a atividade vedada às microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional.

Para Requião,[41] essas sociedades têm por objeto a concessão de garantia a seus sócios, mediante contrato. Os sócios eram considerados participantes (empresas de micro e pequeno porte) e aportavam capital à sociedade de garantia solidária, objetivando auferir rendimentos. Os sócios investidores não poderiam deter mais de 49% do capital social. Por outro lado, a Lei nº 10.194/2001 autorizou a criação de "sociedades de crédito ao microempreendedor", cujo objeto será o financiamento à pessoa física e à microempresa para viabilizar empreendimentos de natureza comercial, profissional ou industrial de pequeno porte. Essas sociedades são equiparadas às instituições financeiras, podendo seus contratos ser garantidos por alienação fiduciária.[42]

As ME e EPP estão desobrigadas da realização de reuniões e assembleias em qualquer das situações previstas na legislação civil, hipótese em que deverão ser substituídas por deliberação representativa do

primeiro número inteiro superior à metade do capital social,[43] salvo disposição contratual em contrário, caso ocorra a hipótese de justa causa ou prática de atos de inegável gravidade que determinem a exclusão de sócio(s), diferentemente do que dispõe o art. 1.078 do Código Civil. Da mesma forma, estão dispensadas da publicação de qualquer ato societário.[44] A lei conferiu tratamento diferenciado quanto ao protesto de título quando o devedor for microempresário ou empresa de pequeno porte, conforme o disposto no art. 73:

(...)

II – para o pagamento do título em cartório, não poderá ser exigido cheque de emissão de estabelecimento bancário, mas, feito o pagamento por meio de cheque de estabelecimento bancário ou não, a quitação dada pelo tabelionato de protesto será condicionada à efetiva liquidação do cheque;

III – o cancelamento de registro de protesto, fundado no pagamento de título, será feito independentemente de declaração de anuência do credor, salvo no caso de impossibilidade de apresentação do original protestado;

(...)

V – quando o pagamento do título ocorrer com cheque sem a devida provisão de fundos, serão automaticamente suspensos pelos cartórios de protesto, pelo prazo de 1 (um) ano, todos os benefícios previstos para o devedor neste artigo, independentemente da lavratura e registro do respectivo protesto.

São vedadas cláusulas contratuais relativas à limitação da emissão ou circulação de títulos de crédito ou direitos creditórios originados de operações de compra e venda de produtos e serviços por microempresas e empresas de pequeno porte.[45]

A Instrução Normativa nº 10/2013, do DREI, que dispõe sobre os atos sujeitos à comprovação de quitação de tributos e contribuições sociais federais para fins de arquivamento no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, dispensa o empresário individual ou as sociedades enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte de apresentar documentação de quitação, regularidade ou inexistência de débito.

2.1.1.1.Falência e Recuperação Judicial de ME e EPP

A Lei de Recuperação e Falência[46] permite às microempresas e às empresas de pequeno porte a opção por um plano especial de recuperação,[47] desde que afirmem sua intenção de fazê-lo na petição inicial.[48] O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que

deferir o processamento da recuperação judicial, e deve obedecer os seguintes requisitos:

"I – abrangerá todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais, os fiscais e os previstos nos §§ 3º e 4º do art. 49; (Redação dada pela Lei Complementar 147, de 2014.)

II – preverá parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, 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; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014.)

III – preverá o pagamento da 1ª (primeira) parcela no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da distribuição do pedido de recuperação judicial;

IV – estabelecerá a necessidade de autorização do juiz, após ouvido o administrador judicial e o Comitê de Credores, para o devedor aumentar despesas ou contratar empregados."

É importante salientar que as ME e EPP podem optar pelo pedido de recuperação ordinário ou especial, sendo que, nesta última hipótese, o pedido deve ser feito expressamente na petição inicial.

Se o pedido de recuperação for feito com base em plano especial, não será convocada assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano, e o juiz concederá a recuperação judicial se atendidas as demais exigências desta Lei.[49] O pedido de recuperação especial será julgado improcedente com a respectiva decretação de falência do devedor se houver objeções, nos termos do art. 55 da LRF, de credores titulares de mais da metade de qualquer uma das classes de créditos previstos no art. 83 da LRF, computados na forma do art. 45 da LRF.

A renovação do pedido de recuperação dependerá da observância do prazo de oito anos.[50]

No que diz respeito à composição da assembleia-geral na falência e recuperação judicial, a Lei Complementar nº 147/2014 inseriu o inc. IV no art. 41 da LRF:

"Art. 41. A assembleia-geral será composta pelas seguintes classes de credores:

I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho;

II – titulares de créditos com garantia real;

III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados;

IV – titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014.)"

Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial que envolver ME e EPP, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.[51]

As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos no CTN,[52] sendo que as microempresas e empresas de pequeno porte farão jus a prazos 20% (vinte por cento) superiores àqueles regularmente concedidos às demais empresas.[53]

2.1.2.Microempreendedor individual

Em relação ao empresário individual, a LC nº 123/2006, no art. 18-A, § 1º, instituiu a figura do microempreendedor individual – MEI:

"§ 1º Para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se MEI o empresário individual a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo".

O MEI é modalidade de microempresa, sendo certo que não possui contrato social e não pode ter sócio, posto que pessoa física. Admite-se, contudo, o pedido de transformação de seu registro na Junta Comercial para sociedade empresária ou empresa individual de responsabilidade limitada[54] (EIRELI). O MEI está dispensado da contabilidade formal e do livro diário, razão e caixa, mas deverá registrar em formulário simplificado, mensalmente, o total das suas receitas, conservando as notas fiscais de compras e vendas de produtos e de serviços. A lei não exige formalidades para a inscrição do MEI na Junta Comercial. Sua formalização é gratuita pela internet.[55] Em relação aos ambulantes, antes da formalização devem verificar junto à Prefeitura se há óbice ao exercício de atividade empresarial no local escolhido. O fato de ter CNPJ, inscrição na Junta Comercial e Alvará Provisório não os dispensa da necessidade de respeitar as normas de ocupação fixadas pelos municípios. Segundo penso, um mínimo de segurança deve ser exigido na tutela dos direitos de terceiros porque, ao mesmo tempo em que a lei facilita e incentiva a atividade do microempreendedor individual, abre porta para a fraude.

O MEI poderá optar pelo recolhimento mensal dos impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional, independentemente da receita bruta auferida no mês.

O MEI não poderá optar pela sistemática de recolhimento prevista no *caput* do art. 18-A da LC nº 123/2006, nas seguintes hipóteses:[56]

"I – cuja atividade seja tributada na forma dos Anexos V ou VI desta Lei Complementar, salvo autorização relativa a exercício de atividade isolada na forma regulamentada pelo CGSN; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014.) (Produção de efeito)

II – que possua mais de um estabelecimento;

III – que participe de outra empresa como titular, sócio ou administrador; ou
IV – que contrate empregado".

O inc. IV é excepcionado pelo art. 18-C da LC nº 123/2006, que admite a contratação em caráter excepcional, caso "o empresário individual possua um único empregado que receba exclusivamente 1 (um) salário mínimo ou o piso salarial da categoria profissional".

O art. 966, § 4º, do Código Civil diz que o processo de abertura, registro, alteração e baixa do microempreendedor individual de que trata o art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, bem como qualquer exigência para o início de seu funcionamento, deverão ter trâmite especial e simplificado, preferentemente eletrônico, opcional para o empreendedor, na forma a ser disciplinada pelo Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – CGSIM, de que trata o inc. III do art. 2º da mesma Lei. O § 5º do mesmo artigo dispensa o uso da firma, com a respectiva assinatura autógrafa, o capital, requerimentos, demais assinaturas, informações relativas à nacionalidade, estado civil e regime de bens, bem como remessa de documentos, na forma estabelecida pelo CGSIM.

Em resumo:

MICROEMPRESAS	EMPRESAS DE PEQUENO PORTE	MICROEMPRESÁRIO INDIVIDUAL – MEI	PEQUENO EMPRESÁRIO
No caso da microempresa, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais).[58]	No caso da empresa de pequeno porte, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R$ 3.600.000,0	É aquele a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil –, que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo.[60]	Considera-se pequeno empresário,[61] para efeito de aplicação do disposto nos arts. 970 e 1.179 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), o empresário individual caracterizado como microempresa na forma desta Lei

	0 (três milhões e seiscentos mil reais).[59]		Complementar que aufira receita bruta anual até o limite previsto no § 1º do art. 18-A.[62]

2.1.3.Empresário rural[62]

O art. 967 do Código Civil determina ao empresário a inscrição de sua firma individual (empresário individual) ou dos atos constitutivos (sociedade empresária e empresa individual de responsabilidade limitada[63]) no órgão competente – Registro Público de Empresas Mercantis –, antes do início de sua atividade. Por outro lado, o art. 970 assegura tratamento diferenciado ao pequeno empresário e ao empresário rural.

O registro da firma individual do empresário individual, o contrato social das sociedades empresárias e o ato constitutivo das empresas individuais de responsabilidade limitada não conferem a condição de empresário, mas sim a sua*regularidade*. O conceito de empresário é firmado a partir de critério real, e não formal, ou seja, a partir da prova do efetivo exercício de atividade econômica organizada (empresa), independentemente do registro, que, por sua natureza declaratória, apenas declara a condição do empresário, mas não a constitui.

Sobre o tema:

E. nº 198 do CJF: "Art. 967 – A inscrição do empresário na Junta Comercial não é requisito para a sua caracterização, admitindo-se o exercício da empresa sem tal providência. O empresário irregular reúne os requisitos do art. 966, sujeitando-se às normas do Código Civil e da legislação comercial, salvo naquilo em que forem incompatíveis com a sua condição ou diante de expressa disposição em contrário. I, III, IV e V Jornadas de Direito Civil".

E. nº 199 do CJF: "Art. 967 – A inscrição do empresário ou sociedade empresária é requisito delineador de sua regularidade, e não de sua caracterização".

O *Prof*. Cláudio Calo de Sousa[64] não pensa assim. Para ele, o registro do empresário rural tem natureza meramente declaratória: "(...) para ser empresário, apesar de

posicionamentos em contrário, basta que, se individual, tenha capacidade, exerça efetivamente a empresa de forma profissional, com intuito lucrativo, sendo o registro, sem sombra de dúvidas, importante para que o exercício seja regular e passe a gozar de proteção legal. No entanto, aquela pessoa capaz que exerce a empresa com intuito lucrativo, mas sem registro (irregulares ou de fato ou em comum, conforme arts. 986 e 990 do Código Civil de 2002), não deixa de ser empresária, tanto que está sujeita à falência, sendo certo que no Direito brasileiro adota-se o sistema restritivo ou latino-francês, segundo o qual, em regra, profissionalmente está sujeito à falência apenas o empresário, não se exigindo o registro, apesar de o irregular acabar por ter que suportar consequências mais severas, justamente pelo fato de exercer a empresa de forma clandestina. Ora, se o empresário irregular se sujeita à falência, é porque é realmente empresário, independentemente do registro. (...) Posta assim a questão é de se dizer que o registro não confere a condição de empresário, sequer nas hipóteses previstas nos artigos 971 e 984, ambos do Código Civil de 2002, mas nada impede que a pessoa que explore atividade rural possa ser tratada como devedora da Lei nº 11.101/2005, bastando optar por registrar-se na Junta Empresarial".

O produtor rural desfruta de situação singular. Pode optar pela condição de empresário ou de não empresário. Se a firma individual ou os atos constitutivos estiverem inscritos no Registro Público de Empresas Mercantis, será considerado empresário (individual ou sociedade empresária), razão pela qual, excepcionalmente, esse registro tem efeito constitutivo para a caracterização do empresário. No entanto, ele pode preferir o *status* de não empresário se optar pela inscrição dos atos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas e, como consequência, não se sujeitará, por exemplo, à Lei de Falências e Recuperação ou a processos mais rigorosos de escrituração contábil. Caso o rural não proceda ao registro em um desses órgãos, se pessoa física ou jurídica, será considerado irregular.

<u>Em resumo:</u>

a)o rural (pessoa física ou jurídica) somente poderá ser considerado empresário por força de lei se optar pelo registro na Junta Comercial;

b)o rural, ainda que exerça uma empresa, se optar por se registrar no RCPJ, não será considerado empresário, não cabendo a decretação de sua falência ou pedido de recuperação judicial;

c)o rural que deixar de proceder ao registro na Junta Comercial ou Registro Civil de Pessoas Jurídicas será considerado irregular e, ainda que exerça uma empresa, não incidirá em falência.

A atividade rural compreende todas as que têm na terra o fator principal de sua realização. Nesse gênero situam-se a agricultura, a pecuária, a silvicultura, o extrativismo e a caça. As atividades conexas, como o beneficiamento dos produtos rurais promovidas localmente a fim de adequá-los à comercialização também se integrariam nesse contexto. O art. 4º, VI, da Lei nº 4.504/1964[65], define empresa rural como "o empreendimento de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que explore econômica e racionalmente imóvel rural, dentro de condição de rendimento econômico da região em que se situe e que explore área mínima agricultável do imóvel segundo padrões fixados, pública e previamente, pelo Poder Executivo. Para esse fim, equiparam-se às áreas cultivadas as pastagens, as matas naturais e artificiais e as áreas ocupadas com benfeitorias".

Segundo o art. 3º da Lei nº 5.889/1973, empresa rural é a que "desempenha atividade agroeconômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com o auxílio de empregados".

As Instruções Normativas SRF nºs 17/1996 e 83/2001 definem como atividades rurais:

I – a agricultura;

II – a pecuária;

III – a extração e a exploração vegetal e animal;

IV – a exploração de atividades zootécnicas, tais como apicultura,[66] avicultura, cunicultura,[67] suinocultura, sericicultura,[68]piscicultura e outras culturas de pequenos animais;

V – a exploração de atividade florestal, ou seja, o cultivo de florestas que se destinem ao corte para comercialização, consumo ou industrialização;

VI – a atividade de captura de pescado in natura, desde que a exploração se faça com apetrechos semelhantes aos da pesca artesanal (arrastões de praia, rede de cerca etc.), inclusive a exploração de parceria;

VII – a transformação de produtos decorrentes da atividade rural, sem que sejam alteradas as características do produto in natura, feita pelo próprio agricultor ou criador,

com equipamentos e utensílios usualmente empregados nas atividades rurais, utilizando exclusivamente matéria-prima produzida na área rural explorada.

Como dito, o empresário rural teve tratamento diferenciado. A lei assegura ao empresário individual[69] e à sociedade empresária[70] cuja atividade rural constitua sua principal profissão, o direito de optar pela inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede. Para mim, o produtor rural – pessoa natural ou jurídica – somente poderá optar pela condição de empresário se, de fato, exercer atividade econômica organizada. Explico melhor: os arts. 971 e 984 somente se aplicam ao rural se ele exercer uma empresa. Se não for assim, não poderá optar por essa condição. O legislador foi atécnico ao referir-se ao rural como empresário para, depois, concluir que, exercida a opção pelo registro na Junta Comercial, será empresário por equiparação. Feita a opção, não há sentido em considerar o rural "empresário por equiparação". Será empresário, na exata acepção do termo. Diga-se o mesmo em relação às sociedades. Para Gladson Mamede, "O Código fala em equiparação, para todos os efeitos, à sociedade empresária, no que se equivoca: não é uma hipótese de equiparação, mas de inclusão: a sociedade rural será empresária e não apenas estará equiparada à sociedade empresária".

Diz o art. 984 que "a sociedade que tenha por objeto o exercício de atividade própria de empresário rural e seja constituída ou transformada, de acordo com um dos tipos de sociedade empresária, pode, com as formalidades do art. 968, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da sua sede, caso em que, depois de inscrita, ficará equiparada, para todos os efeitos, à sociedade empresária". Ora, se a sociedade com atividade rural pode – é também uma opção – inscrever-se no Registro de Empresas, equiparando-se à sociedade empresária, enquanto não o fizer será uma sociedade simples e, como consequência, deverá inscrever-se no Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Se não tiver organização, a sociedade que exerce atividade rural será necessariamente *simples*. Se não requerer sua inscrição no Registro de Empresas, deverá inscrever-se no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, assegurando, assim, sua condição de*sociedade simples*, sob pena de a inobservância dessa inscrição acarretar a condição de sociedade em comum.[71]Diferentemente das sociedades dotadas de organização, poderão optar livremente pela condição de sociedade simples ou de empresária, dependendo do órgão de registro de seus atos. É correto afirmar que o empresário individual rural não se encontra sujeito ao registro no Registro Público de Empresas Mercantis, como determina o art. 967 do Código Civil, mas poderá promovê-lo, passando a ser tratado formalmente como empresário, e que a sociedade empresária rural, independentemente de seu porte ou patrimônio, poderá optar por inscrever-se no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, assumindo a condição de sociedade simples, ou no

Registro Público de Empresas Mercantis, assumindo a condição de empresária. É a posição de Tavares Borba:[72] "A sociedade com atividade rural, se não for empresária – vale dizer, se não contar com uma organização –, será necessariamente uma sociedade simples. Dotada de organização, poderá optar, livremente, entre a condição de sociedade simples e a condição de sociedade empresária. (...) A sociedade rural desfruta de uma situação especial. Mesmo sendo uma empresa, cabe-lhe escolher o seu *status* jurídico, de sociedade simples ou empresária (...) É curiosa a situação ora analisada. A hipótese de que se trata é a de uma sociedade empresária que será tida ou não como sociedade empresária, segundo o registro adotado".

Em sentido contrário, o Prof. Sérgio Campinho[73] sustenta que "o rural... não é assim considerado juridicamente empresário. No entanto, permite-se ao empresário rural requerer a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da sua respectiva sede, iniciativa essa que, após a inscrição, o equipara, para todos os efeitos, ao empresário sujeito ao registro".

É importante destacar que os imóveis rurais estão sujeitos à instituição de área de reserva legal, devidamente registrada na matrícula do imóvel, sob pena de infração administrativa, sujeita a multa diária.[74] O percentual varia de acordo com a região do Brasil.[75]

Em resumo:

ATIVIDADE RURAL	PESSOA	ÓRGÃO DE REGISTRO	CONSEQUÊNCIAS
ORGANIZADA	NATURAL	RPEM	EMPRESÁRIO INDIVIDUAL
ORGANIZADA	JURÍDICA	RPEM	SOCIEDADE EMPRESÁRIA
ORGANIZADA	JURÍDICA	RCPJ	SOCIEDADE SIMPLES
ORGANIZADA	NATURAL	SEM REGISTRO	NÃO EMPRESÁRIO
ORGANIZADA	JURÍDICA	SEM REGISTRO	SOCIEDADE EM COMUM
NÃO ORGANIZADA	NATURAL	RPEM	NÃO EMPRESÁRIO
NÃO ORGANIZADA	JURÍDICA	RPEM	SOCIEDADE EM COMUM
NÃO ORGANIZADA	JURÍDICA	RCPJ	SOCIEDADE SIMPLES
NÃO ORGANIZADA	NATURAL	SEM REGISTRO	NÃO EMPRESÁRIO

NÃO ORGANIZADA	JURÍDICA	SEM REGISTRO	SOCIEDADE EM COMUM

Questão polêmica é o exercício concomitante das atividades rural e industrial. Até onde entendo, a atividade preponderante deve ser analisada[76]: se a atividade industrial (por exemplo, uma sociedade produtora de soja e café, em que os produtos são beneficiados e industrializados pela própria sociedade, para comercialização) for predominante, o rural será considerado empresário por força de lei, independentemente do registro no órgão competente (neste caso, o registro tem natureza meramente declaratória); se prevalente a atividade rural, será empresário, caso opte pela inscrição na Junta Comercial.

Em resumo: Entendo que somente o rural pode optar pela condição de empresário ou de não empresário, mas essa opção exige que exerça atividade econômica *organizada* como principal profissão e registre sua firma individual ou atos constitutivos no órgão competente, ou seja, Junta Comercial.

Sobre o tema:

> E. nº 201 do CJF: "O registro do empresário ou sociedade rural na Junta Comercial é facultativo e de natureza constitutiva, sujeitando-o ao regime jurídico empresarial. É inaplicável esse regime ao empresário ou sociedade rural que não exercer tal opção".
>
> E. nº 202 do CJF: "O empresário rural e a sociedade empresária rural, inscritos no registro público de empresas mercantis, estão sujeitos à falência e podem requerer concordata".

Pode haver conflito de normas tributárias, por exemplo, na cobrança de Imposto Predial e Territorial Urbano, pelo Município, e de Imposto Territorial Rural, pela União, de imóvel localizado em área urbana, que, por hipótese, se destine à criação de gado para a produção de leite e seus derivados, com vistas à fabricação de laticínios. A isso se diz *conflito de exigências*, isto é, quando um mesmo contribuinte estiver na iminência de ser alcançado por dois tributos exigíveis por dois entes federativos diversos (por exemplo, a municipalidade e o Estado). Como não pode haver bitributação, a questão se resolve pela exegese do que se deve entender por "*mesmo tributo*". Para a doutrina mais autorizada, "*tributos idênticos*" são os que incidem sobre o mesmo elemento econômico do fato gerador. No exemplo, a propriedade imóvel urbana e rural, respectivamente ao IPTU e ao ITR, sendo o primeiro da competência do Município e outro de

competência da União. Essa interpretação é mais extensiva e favorável ao contribuinte, não se limitando aos tributos idênticos. Quando houver controvérsia a respeito do IPTU e do ITR, o contribuinte deve ajuizar a Ação de Consignação em Pagamento com litisconsórcio passivo. Na forma do art. 109, I, da CF/1988, a consignatória deve ser ajuizada na Justiça Federal, em razão do interesse da União. Vale também lembrar que, com base na Súmula nº 503, do STF, a competência para dirimir tais controvérsias é do STJ, e não do STF.

Questão controvertida no direito tributário diz respeito à caracterização do imóvel[77] como urbano ou rural, ou seja, se essa deve partir de sua localização ou de sua destinação. Para mim, a destinação do imóvel é o melhor critério. Comprovado o exercício de atividade agrícola, pecuária ou industrial, independentemente da localização do imóvel, este será considerado rural. Nesse sentido, Luis Emygdio, para quem o Dec.-lei nº 57/1966, recepcionado pela CF/1967 como lei complementar, abrandou o princípio da localização do imóvel, consolidando a prevalência do critério da destinação econômica. O Decreto continua em vigor , não sendo atingido pela revogação prescrita, na forma do art. 12 da Lei 5.868/1972. Há divergência na doutrina. O Imposto Territorial Rural (ITR — CF, art. 153, VI e § 4º; CTN, arts. 29/31) incide sobre a propriedade de terrenos localizados na *área rural* de um município. Tanto quanto o IPTU, o ITR incide sobre a propriedade imóvel, mas o IPTU se aplica ao imóvel situado na área *urbana*. Um dos critérios usualmente aceitos para definir se um determinado imóvel situado no limite de um município é urbano ou rural é o *grau de urbanização*propiciado pelo Poder Público. O art. 32, § 1º, do CTN, quando cuida do IPTU, indica pelo menos cinco formas de melhoria pública que identificam o grau de urbanização. Esses critérios podem ser úteis, também, na definição da característica rural do imóvel, e na aplicação ou não do IPTU ou do ITR. Para que o imóvel se considere urbano, a lei exige que *pelo menos dois dos cinco tipos de melhoramento* estejam presentes. Não havendo esse mínimo, o imóvel deve ser considerado *rural*. Assim, por exemplo, o CTN, tratando do IPTU, considera melhoramentos públicos:

> "(a)a existência de meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;
> (b)o abastecimento de água;
> (c)o sistema de esgotos sanitários;
> (d)a existência de rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar; e
> (e)a existência de escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3(três) quilômetros do imóvel considerado."

Esses melhoramentos são meramente exemplificativos. O § 2º do próprio art. 32 do CTN também avisa que "a lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas" que possuam todos ou alguns dos equipamentos públicos urbanos acima relacionados.

Em resumo, é poder discricionário da administração pública definir se determinada área deve ser considerada urbana ou rural. O que não pode é bitributar, isto é, cobrar, ao mesmo tempo, sobre um único imóvel, ITR e IPTU.[78]

Sobre o tema:

"Agravo Regimental no Recurso Especial. Tributário. IPTU. Violação do art. 32, § 1º, do CTN. Não ocorrência. Imóvel situado na zona urbana. Art. 15 do Decreto 57/1966. Critério da destinação econômica. Necessidade de comprovação. Agravo regimental desprovido.

1. O critério da localização do imóvel é insuficiente para que se decida sobre a incidência do IPTU ou ITR, sendo necessário observar-se o critério da destinação econômica, conforme já decidiu a Egrégia 2ª Turma, com base em posicionamento do STF sobre a vigência do DL nº 57/66 (AgRg no Ag 498.512/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 16.5.2005).

2. Não tendo o agravante comprovado perante as instâncias ordinárias que o seu imóvel é destinado economicamente à atividade rural, deve incidir sobre ele o Imposto Predial e Territorial Urbano.

3. Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp 679173/SC, Rel. Min. Denise Arruda).

2.1.4.Empresário individual

2.1.4.1.Conceito e responsabilidade

O empresário pode ser pessoa física ou jurídica (sociedade empresária ou empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI). O empresário pessoa física equivale ao empresário individual, ou seja, aquele que exerce pessoalmente atividade de empresário. Não se deve confundir a figura do

empresário individual com a da sociedade empresária, da empresa ou do sócio menor. Empresário individual é pessoa natural que se obriga através de seu próprio nome, responde com seus bens pessoais, assume responsabilidade ilimitada (CPC, art. 789), incide pessoalmente em falência e pode pleitear, se regular,[79] autofalência sua recuperação judicial ou extrajudicial.

O patrimônio do empresário individual é único e indivisível. O patrimônio pessoal confunde-se com o do estabelecimento. Sempre defendi a responsabilidade ilimitada do empresário individual, com a separação do patrimônio pessoal daquele ligado à atividade empresarial. O credor, dependendo do caso, deve exaurir primeiramente os bens ligados à atividade do empresário individual para, depois, na inexistência ou insuficiência dos bens, invadir o patrimônio pessoal do empresário para satisfação de seu crédito, em atenção ao princípio da menor onerosidade para o devedor.

<u>Sobre o tema:</u>

"Processual – Comerciante empresa individual – Outorga de procuração – Desnecessidade.

I – Não é correto atribuir-se ao comerciante individual personalidade jurídica diferente daquela que se reconhece à pessoa física.

II – Os termos "pessoa jurídica", "empresa" e "firma" exprimem conceitos que não podem ser confundidos.

III – Se o comerciante em nome individual é advogado, não necessita de procuração para defender em juízo os interesses da empresa, pois estará postulando em causa própria (CPC art. 254, I).

IV – *Se o gerente de sociedade é advogado, ele não necessitará de procuração para o patrocínio judicial da pessoa jurídica. Em estando credenciado para o exercício do* jus postulandi, *o gerente agirá como órgão da pessoa jurídica, equiparando-se ao advogado em causa própria"* (REsp. 102539/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

"Processual civil. Recurso especial. Ação rescisória. Agravo retido. Inviabilidade. Embargos de declaração. Não demonstração da omissão, contradição ou obscuridade.

Patrimônio do empresário individual e da pessoa física. Doação. Invalidade. Ausência de outorga uxória. Erro de fato. Tema controvertido. Violação a literal disposição de lei.

Em ação rescisória, da decisão unipessoal que causar gravame à parte não é cabível o agravo retido. Não se conhece do recurso especial na parte em que se encontra deficientemente fundamentado. Se o alegado erro foi objeto de controvérsia na formação do acórdão, incabível a ação rescisória. Empresário individual é a própria pessoa física ou natural, respondendo os seus bens pelas obrigações que assumiu, quer civis quer comerciais. Indispensável a outorga uxória para efeitos de doação, considerando que o patrimônio da empresa individual e da pessoa física, nada mais são que a mesma realidade. Inválido, portanto, o negócio jurídico celebrado. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido" (REsp nº 594.832/RO, Rel. Min. Nancy Andrighi).

"As obrigações contraídas sob o manto da firma comercial ligam a pessoa civil ao comerciante, e vice-versa. Utilizando uma firma para exercer o comércio e mantendo o seu nome civil para atos civis – o comerciante – pessoa física, natural, não fica investido de dupla personalidade, vez que não existem duas personalidades: uma civil e outra comercial" (TJPR, RT, 687/135).

E. nº 5 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: "Quanto às obrigações decorrentes de sua atividade, o empresário individual tipificado no art. 966 do Código Civil responderá primeiramente com os bens vinculados à exploração de sua atividade econômica do art. 1.024 do Código Civil".

É importante ressaltar que os bens indispensáveis ao exercício da atividade empresarial não podem ser penhorados.

Sobre o tema:

"Processual civil. Penhora. Kombi. Veiculo necessário ou útil ao exercício do comercio por microempresário, titular de firma individual. I – É absolutamente impenhorável veiculo necessário ou útil ao exercício de atividade de

microempresário, titular de firma individual, que, em ultima analise, coincide ou muito se aproxima da sua profissão. Aplicação do art. 649 VI, do CPC II – recurso especial não conhecido" (REsp 58869/SP, 2ª Turma, Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

2.1.4.2.Empresário individual casado

A responsabilidade do empresário individual casado é questão controvertida. Há quem sustente a aplicação da Lei nº 4.121/1962.[80] Nesse caso, a meação do cônjuge não empresário não pode ser atingida pelas dívidas contraídas pelo empresário individual, independentemente do regime de bens, salvo prova inequívoca, pelo credor, de que a dívida foi revertida em benefício do casal. Explico melhor: somente a meação do empresário individual é que pode ser alcançada para satisfação de suas dívidas perante terceiros, preservando-se a meação do cônjuge não empresário, exceto se o credor comprovar que o enriquecimento resultante do ato ilícito aproveitou ao casal.[81] Tese contrária sustenta que o Código Civil, por tratar da matéria, revogou a Lei nº 4.121/1962, hipótese em que o credor pode responsabilizar todo o patrimônio do casal, dependendo do regime de bens, salvo prova, pelo cônjuge não empresário, da inexistência de benefício do casal com a dívida contraída pelo empresário. Entendo que mesmo com o advento do Código Civil, aplica-se, às inteiras, o art. 3º da Lei nº 4.121/1962. Pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um dos cônjuges, ainda que casados pelo regime de comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário, e os comuns até o limite de sua meação.

Sobre o tema:

"Embargos de terceiro intentados por mulher casada em defesa de sua meação. Comerciante individual que teve a sua falência decretada. A presunção é a de que as dívidas contraídas pelo falido o foram em benefício da família, cabendo à mulher elidir essa presunção. Inexistência de contrariedade ao art. 3º da Lei nº 4.121/1962, de parte do acórdão que confirmou a improcedência dos embargos. Recurso especial não conhecido" (REsp 58.854/SP, Rel. Min. Nilson Naves).

"Processual civil e tributário. Execução fiscal. Embargos de terceiro. Mulher casada. Exclusão da meação. Benefício familiar. Necessidade de prova. Ônus probatório do credor.

1. Tratando-se de execução fiscal oriunda de ato ilícito e havendo oposição de embargos de terceiro por parte do cônjuge do executado, com o fito de resguardar a sua meação, o ônus da prova de que o produto do ato não reverteu em proveito da família é do credor, e não do embargante. Precedentes: REsp 107017/MG, Min. Castro Meira, DJ 22.8.2005; REsp 260642/PR; Min. Franciulli Netto, DJ 14.3.2005; REsp 641400/PB, Min. José Delgado, DJ 1º.2.2005; REsp nº 302.644/MG, 2ª T., Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 5/4/2004.

2. Impossibilidade de realização da prova na instância especial, ante o óbice da Súmula 7 desta Corte: 'a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial'.

3. Ainda que assim não bastasse, a instância a quo, *com ampla cognição fático-probatória concluiu que: (...) o bem imóvel sobre o qual recaiu a penhora em execução contra a* firma *da qual o esposo da embargante é sócio fora adquirido após o casamento, o que determina a meação e faz incidir o disposto no art. 3º da Lei 4.121/62, em combinação com o art. 1.658 do Código Civil, ainda que se trate de comunhão parcial (fls. 96). Considerando-se que a embargada não comprovou a alegação de que a sonegação do imposto devido pela sociedade representada pelo executado teria revertido em benefício da família deste, não merece prosperar o pedido do INSS, devendo ser resguardado o direito da embargante à meação do bem penhorado. (fls. 57/58).*

4. Recurso especial desprovido" (REsp nº 701170/RN, Rel. Min. Luiz Fux).

"Tributário, civil e processual civil. Débito fiscal de empresa. Penhora de bem do casal. Regime de comunhão universal. Embargos de Terceiro. Exclusão da meação do cônjuge. Art. 3º da Lei nº 4.121/1962. Violação não configurada.

1. Embargos de terceiro opostos com o desiderato de excluir meação do cônjuge de sócio de empresa executada por débito fiscal. Sentença mantida em segundo grau.

2. A meação da mulher só deve responder pelos atos ilícitos levados a cabo pelo cônjuge quando houver prova de que se beneficiou com o produto oriundo da infração, devendo-se ressaltar que o ônus da prova é do credor.

3. Já se encontra pacificado nesta Corte o entendimento de que, em execução fiscal, na cobrança de dívidas fiscais contra empresa em que o marido seja sócio, há de se excluir a meação da mulher sobre o bem de propriedade do casal que foi objeto de penhora, notadamente nos casos em que o credor não comprovou a existência de benefício do cônjuge com o produto da infração cometida pela empresa.

4. In casu, *a jurisprudência mais autorizada alinha-se no sentido contrário ao da pretensão recursal, não podendo também o recurso vingar pelo permissivo constitucional do art. 105, III, 'c'*.

5. Violação ao art. 3º da Lei nº 4.121/62 não configurada.

6. Recurso especial a que se nega provimento" (REsp 641400/PB, Rel. Min. José Delgado).

"Apelação cível. Embargos de terceiro. Meação. Dívida contraída pelo marido. Art. 333, I, do CPC. Ausência de prova. Presunção *juris tantum*.

Ausente a prova de que a dívida contraída pela firma individual do marido não reverteu em benefício da família, é a meeira, também, responsável, não havendo que falar em concessão do benefício da meação. Apelo improvido" (TJRS, Apelação Cível 70006947113, 13ª Câmara Cível).

E. nº 6 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: "O empresário individual regularmente inscrito é o destinatário da norma do art. 978 do Código Civil, que permite alienar ou gravar de ônus real o imóvel incorporado à empresa, desde que exista, se for o caso, prévio registro de autorização conjugal no Cartório de Imóveis, devendo tais requisitos constar do instrumento de alienação ou de instituição do ônus real, com a consequente averbação do ato à margem de sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis".

E. nº 58 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: "O empresário individual casado é o destinatário da norma do art. 978 do CCB e não depende da outorga conjugal para alienar ou gravar de ônus real o imóvel utilizado no exercício da empresa, desde que exista prévia averbação de autorização conjugal à conferência do imóvel ao patrimônio empresarial no cartório de registro de imóveis, com a consequente averbação do ato à margem de sua inscrição no registro público de empresas mercantis".

2.1.4.3.Alienação de bens pelo empresário individual casado

O art. 978 do Código Civil excepciona a regra do art. 1.647, I e permite que o empresário casado, independentemente do regime de bens, aliene ou grave os imóveis que integram o patrimônio da empresa sem necessidade de vênia conjugal. Apesar disso, a meação do cônjuge não empresário deve ser preservada, pois a intenção da regra é facilitar o exercício e a preservação da empresa sem desguarnecer o cônjuge não empresário. A outorga conjugal somente é exigida quando o bem imóvel pertencente ao empresário individual casado não estiver diretamente ligado à sua atividade (empresa). Suponha-se que um empresário individual explore uma pousada e resida no próprio imóvel onde toque o negócio. Não pode invocar o benefício do art. 978 do Código Civil porque o imóvel, a despeito de servir de base para o exercício de sua atividade, não está ligado unicamente a ela. Nesse caso, a alienação ou o gravame do bem imóvel depende de vênia conjugal. A expressão "outorga *uxória*" identifica o ato jurídico consistente na autorização da mulher casada para que o marido empenhe ou aliene o patrimônio comum do casal. "*Uxório*" provêm do termo latino *uxoriu*, referente à mulher casada. Como se presume que o patrimônio amealhado na constância do casamento pertença a ambos, em condições iguais, o marido, para contrair dívidas em que tenha de dar em garantia o imóvel que pertence a ambos deve obter da mulher esse consentimento porque, ao menos do ponto de vista ideal, a lei presume que cada um detenha a metade dos bens.[82] Fala-se, também, em outorga marital para significar a mesma outorga uxória, mas, em rigor, outorga uxória é a autorização da mulher para o marido, e não o contrário. Na prática, contudo, a discussão é de somenos, especialmente após a CF/1988. Em situações excepcionais, a recusa imotivada da dação da outorga uxória pode ser suprida judicialmente.[83]

<u>Sobre o tema:</u>

E. nº 6 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: "O empresário individual regularmente inscrito é o destinatário da norma do art. 978 do Código Civil, que permite alienar ou gravar de ônus real o imóvel incorporado à empresa, desde que exista, se for o caso, prévio registro de autorização conjugal no Cartório de Imóveis, devendo tais requisitos constar do instrumento de alienação ou de instituição do ônus real, com a consequente averbação do ato à margem de sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis".

2.1.4.4.Regularidade do empresário individual

O art. 967 do Código Civil impõe ao empresário individual a inscrição de sua firma individual no Registro Público de Empresas Mercantis antes do início de sua atividade. A determinação legal não é condição para aquisição de personalidade, pois essa se adquire com o nascimento com vida da pessoa natural.[84] O art. 1.150 desse diploma legal ratifica a regra: "O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária". Os documentos necessários ao registro deverão ser apresentados ao órgão competente no prazo de trinta dias a contar do início da atividade[85]; requerido além do prazo previsto neste artigo, o registro somente produzirá efeito a partir da data de sua concessão, ou seja, não retroagirá[86].

A inscrição da firma do empresário individual no órgão competente[87] é necessária para conferir-lhe regularidade. A natureza do registro é declaratória, pois não constitui a condição de empresário, apenas a declara. Como já dito, a aquisição de personalidade do empresário é pretérita, antecede à sua condição: dá-se com o nascimento com vida. Logo, não é o registro que vai conferir personalidade ao empresário individual, e sim regularidade.

O empresário individual deve apresentar os documentos a seguir descritos:

> a)requerimento de inscrição no referido órgão, com a sua qualificação completa (nome, naturalidade, nacionalidade, regime de bens, filiação, data de nascimento, número da identidade, CPF, forma de emancipação, se houver, endereço, declaração de desimpedimento para exercer atividade empresária e de que não possui outra inscrição

de empresário, declaração por extenso do valor do capital, destacado do patrimônio do empresário e expresso em moeda corrente etc.);
b)original ou cópia autenticada de procuração com firma reconhecida e poderes específicos, quando o requerimento de empresário for assinado por procurador. Se o empresário for analfabeto, a procuração deverá ser passada por instrumento público;
c)cópia autenticada da identidade;
d)comprovantes de pagamento da guia de recolhimento/Junta Comercial e DARF/Cadastro Nacional de Empresas.

Questão de extrema relevância é a possibilidade de o empresário individual pedir transformação[88] para sociedade empresária caso venha a admitir sócios. Caso isso ocorra, deve requerer ao Registro Público de Empresas Mercantis a transformação de seu registro, de empresário individual para sociedade empresária ou empresa individual de responsabilidade limitada, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 do Código Civil.

Remarco: O conceito de transformação foi ampliado, pois a lei autoriza pedido de transformação do empresário individual em sociedade empresária.

O empresário individual deve indicar de forma clara e precisa as atividades que expressem o objeto da empresa. Expressões estrangeiras não podem ser inseridas na descrição das atividades, salvo se não houver termo correspondente em português ou se estiver incorporada ao vernáculo. O objeto não poderá ser ilícito, impossível, indeterminado ou indeterminável, contrário aos bons costumes, à ordem pública ou à moral.

O pedido de inscrição deve indicar a data prevista para o início das atividades, que não poderá, em nenhuma hipótese, ser anterior à data da assinatura do requerimento de empresário. Os documentos necessários ao registro devem ser apresentados no prazo de 30 (trinta) dias, contados da lavratura do ato.[89] Requerido dentro do prazo previsto, o registro tem efeito retroativo à data do requerimento. Se o pedido for além do prazo previsto, o registro somente produzirá efeito a partir da data de sua concessão.[90] As atividades cujo exercício pelo empresário dependa da aprovação prévia de órgão governamental devem observar a IN nº 10/2013 do DREI. Havendo filiais, quando da efetivação da inscrição deverá ser efetuada simultaneamente a inscrição de cada uma delas, mediante requerimentos específicos.

O empresário poderá ser representado por procurador com poderes específicos para a prática do ato. A procuração por instrumento particular tem de ter reconhecimento da firma do outorgante. Tratando-se de empresário analfabeto, exige-se procuração por instrumento público.

O empresário poderá inscrever-se como microempresa ou empresa de pequeno porte, desde que atenda aos requisitos das LC nº 123/2006, com as alterações das Leis Complementares nº 127/2007 e 128/2008.

Sobre o tema:

> E. nº 200 do CJF: "É possível a qualquer empresário individual, em situação regular, solicitar seu enquadramento como microempresário ou empresário de pequeno porte, observadas as exigências e restrições legais".

2.1.4.5.Nome empresarial

O art. 1.156 do Código Civil determina que o empresário individual opere sob firma, constituída por seu nome completo ou abreviado, aditando, se quiser, designação mais precisa de sua pessoa (apelido ou nome como é mais conhecido) ou gênero de negócio, que deve constar do objeto, não se admitindo a abreviação do último sobrenome nem a exclusão de qualquer dos componentes do nome. Não constituem sobrenome, e não podem ser abreviadas, expressões como "FILHO", "JÚNIOR", "NETO", "SOBRINHO" etc., que indicam uma ordem ou relação de parentesco. É conveniente pesquisar a existência de registro anterior do nome empresarial escolhido pelo empresário individual para evitar colidência e consequente exigência do órgão registrante. Havendo homonímia, o empresário deverá aditar ao nome escolhido designação mais precisa de sua pessoa ou gênero de negócio, que o diferencie do já existente.

O art. 72 da LC nº 123/2006 diz que "as microempresas e as empresas de pequeno porte, nos termos da legislação civil, acrescentarão à sua firma ou denominação as expressões "Microempresa" ou "Empresa de Pequeno Porte", ou suas respectivas abreviações, "ME" ou "EPP", conforme o caso, sendo facultativa a inclusão do objeto da sociedade. A adição ao nome empresarial da expressão "ME" ou "MICROEMPRESA" e "EPP" ou "EMPRESA DE PEQUENO PORTE" somente pode ser efetuada no Requerimento de Inscrição do Empresário depois de procedida a sua inscrição e arquivada a declaração de enquadramento como ME ou EPP porque, nos atos posteriores, é obrigatória a aposição desses termos ao nome empresarial.

2.1.4.6.Capacidade do empresário individual

Têm capacidade para o exercício de atividade individual de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.[91] O Código Civil não encerrou a controvérsia sobre a

capacidade do menor emancipado para o exercício de atividade empresarial. Questão conexa a essa, e igualmente controvertida, é a possibilidade de se decretar a falência de menor emancipado, agora empresário individual, e de lhe imputar responsabilidade penal. O inciso II do art. 3º do DL nº 7.661/1945 admitia a falência do menor com mais de dezoito anos que mantivesse estabelecimento comercial com economia própria. Qualquer leitura apressada desse artigo levaria o intérprete a supor não ser possível a decretação de falência do menor de dezoito anos. O DL nº 7.661/1945 começou a viger na constância do Código Civil de 1916. É preciso ver a sua *mens legis*. No Código revogado, a incapacidade relativa aplicava-se às pessoas entre 16 e 21 anos, o que permitia considerar comerciante o maior de 18 anos e, por óbvio, já que comerciante era, lhe ser decretada a falência. Com o novel Código Civil, a incapacidade relativa passou a alcançar as pessoas entre 16 e 18 anos. Para mim, a exegese da lei de falência teve de adequar-se a essa nova ordem jurídica, ou seja, o seu art. 3º, II (revogado), visava aos relativamente capazes, como previsto no Código Civil de 1916, que, se emancipados e com estabelecimento próprio, poderiam ter sua falência decretada. Por igual modo, essa interpretação servia a esse novo paradigma: era perfeitamente possível a decretação da falência do menor com mais de dezesseis, emancipado e com status de empresário individual. Qualquer outra solução quebraria a higidez da legislação falimentar porque deixaria o menor com mais de dezesseis anos imune a qualquer responsabilidade por seus atos. A Lei nº 11.101/2005 não dispõe sobre a idade mínima para que o empresário individual incida em falência. Não poderá, contudo, pedir recuperação judicial ou extrajudicial. O art. 48, *caput*, do citado diploma legal condiciona a concessão da recuperação ao exercício regular de atividade há mais de dois anos. Reputo viável o pedido de recuperação quando da autorização judicial para a continuação da empresa pelo incapaz (v. item 2.1.4.7). Nesse caso, quando o menor atingir a idade de 16 anos, e emancipar-se, tornando-se empresário, poderá somar o tempo em que a empresa (atividade), por autorização judicial, foi exercida de forma regular.[92] A impossibilidade da decretação da falência do empresário emancipado obstaria a concessão do benefício da recuperação. Se o empresário emancipado pode falir, com muito mais razão pode pleitear sua recuperação, observados os requisitos da lei.

Questão polêmica diz respeito à prática de crime definido pela Lei de Falências. Desde muito, Requião sustentara que o crime falimentar podia ser praticado por comerciantes e não comerciantes. Segundo ensinou, um contador que modificasse a escrituração da empresa poderia ser responsabilizado por delito falimentar. Nada obsta a que um menor seja criminalmente responsabilizado em concurso com o empresário na constância do processo falimentar, nos delitos pré-falimentares,[93] nos quais

é irrelevante o status de empresário, ou nos delitos autônomos por si mesmos,[94] em que há prática de falsificação de escrituração. A responsabilidade do empresário emancipado deve ser entendida como dever jurídico objetivo de responder pelas sanções advindas da transgressão de uma regra imposta em abstrato pelo ordenamento penal. Já que penalmente inimputável, se praticar crime definido pela lei falimentar sujeitar-se-á à legislação específica,[95] e será responsabilizado por fato análogo ao delito falimentar. Para Gustavo Bandeira, "a lei atual, para tanto, deve ser pensada segundo e para uma realidade presente, cabendo ao exegeta compatibilizar o antigo com o novo, ou, nas palavras de Engish, 'interpretatio *ex nunc* e não interpretatio *ex tunc"*.

Sérgio Campinho ensina que,

"Ao ser subtraído do inciso II do art.3º do Decreto-lei nº 7.661/45 o seu fundamento e conteúdo, passa a ser, repita-se, norma vazia, incompatível com a ordem jurídica vigente e, destarte, por ela derrogada. Não há, assim, como negar a possibilidade da falência do menor emancipado empresário e, inclusive, o seu direito à concordata."

Quanto à possibilidade de o menor emancipado praticar crime falimentar, afirma:

"Não nos sensibiliza o eventual argumento no sentido de que o menor emancipado empresário não seria sujeito passivo de falência, porque não responderia por crime falimentar. A inimputabilidade penal não pode servir de amparo a tal conclusão. As órbitas jurídicas são distintas; os bens jurídicos tutelados diversos. A falência afigura-se como uma solução judicial à situação jurídica de insolvência do empresário, propondo a sua recuperação ou promovendo a liquidação do seu patrimônio insolvente entre os credores, alinhados segundo uma ordem legal de preferência. Essa finalidade deve ser prestigiada, independentemente de estar ou não o sujeito passivo apto a responder por crime falimentar."

Mesmo antes da publicação da Lei nº 11.101/2005, o prof. Cláudio Calo Sousa já ensinava não haver dúvidas de que

"... urge que a Lei de Falências seja reformada, valendo registrar que está em tramitação no Poder Legislativo um Projeto de Lei de Falências e Concordatas, que já foi chamado de projeto de lei de liquidação judicial e recuperação. No entanto, este projeto, dificilmente, tornar-se-á lei antes da entrada em vigor do 'Código Civil'. Ademais, mesmo que entre em vigor, de toda sorte haverá uma incongruência do 'Código Civil' com o Código Penal, vez que, mesmo que o menor venha a emancipar-se com dezesseis anos de idade e seja admissível o decreto falimentar, mesmo assim, em eventual cometimento de crime falimentar, este menor emancipado não poderá ser responsabilizado criminalmente, diante do critério biológico adotado quanto à menoridade penal. Nesta linha de raciocínio, o menor emancipado pela atividade empresarial aos dezesseis anos terá capacidade civil plena, capacidade falimentar, mas, penalmente, será inimputável. E se o menor der um 'rombo' no mercado? Nada sofrerá ou responderá em processo socioeducativo junto ao r. Juízo da Infância e da Juventude? Ora, das duas uma, ou se altera o 'Código Civil' ou terá que ser alterada a maioridade penal!"

O legislador não fez qualquer tipo de restrição. Dizendo apenas crime ou contravenção, incluiu todas as modalidades previstas em lei, sem violar preceito constitucional, pois não se trata de aplicação de pena, mas de aplicação de medida socioeducativa. Nesse contexto, entendo que não se vislumbra como o menor emancipado não possa ter sua falência decretada, uma vez que, se praticar quaisquer condutas descritas na lei de falências como crime falimentar, responderá perante o Juízo da Infância e da Juventude, sendo a ele aplicada medida socioeducativa. Não se trata da defesa pura e simples de uma tese, mas da correta aplicação da legislação brasileira que, expressamente, alude à possibilidade de aplicação de medidas socioeducativas aos menores que se tenham comportado de qualquer modo que a lei defina como crime ou contravenção penal. Cumpre ver, ainda, que o disposto no inciso II do art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente permite à autoridade competente aplicar, como medida socioeducativa, a obrigação de reparar o dano, o que se completa pelo disposto no art. 116, quando diz que, "em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima", e, no seu parágrafo único, que, "havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada". O menor pode responder quando agir de má-fé. O art. 180 do Código diz que o relativamente capaz pode responder pela obrigação quando ocultar sua idade ou se declarar maior. Dessa forma, a lei possibilita a aplicação de medida socioeducativa de reparação do dano ou sua substituição por outra mais adequada, se o menor não puder repará-lo. Isso, no juízo falimentar, respeitaria o princípio do melhor interesse do menor, diretriz primeira do Estatuto, ao mesmo tempo em que garantiria ao lesado o direito de ser ressarcido dos prejuízos porventura suportados por ato do menor empresário individual. Para mim essa disciplina é mais benéfica e eficaz que outras medidas estipuladas na Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

<u>Sobre o tema:</u>

E. nº 197 do CJF: "*A pessoa natural, maior de 16 e menor de 18 anos, é reputada empresário regular se satisfizer os requisitos dos arts. 966 e 967; todavia, não tem direito a concordata preventiva, por não exercer regularmente atividade por mais de dois anos"*.

2.1.4.7.O interdito e o incapaz

Antes da vigência do Código Civil, Carvalho de Mendonça já admitia que, na interdição por loucura, a atividade poderia continuar sob a gerência de um curador ou de um preposto, nomeado por aquele, desde que judicialmente autorizado. De fato, o art. 974 do Código Civil permite, em caráter excepcional, que, por meio dos pais, do autor da herança ou do representante, ou desde que devidamente assistidos, interditos e menores não emancipados continuem o exercício da atividade de empresário. Nesse caso, à continuidade da empresa "precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros".[96] É conveniente ressaltar a necessidade do registro do alvará judicial na Junta Comercial para a devida publicidade. Fique o registro de que, para mim, o juízo competente para essa autorização é o empresarial. É certo que tanto o magistrado quanto o membro do Ministério Público[97] devem decidir a partir de critérios objetivos e razoáveis, a fim de se compatibilizarem os interesses individuais (do incapaz) e social (preservação da empresa), mas, sem sombra de dúvida, somente empresas comprovadamente viáveis podem continuar suas atividades[98]. Entendimento diverso acabaria por provocar danos irreparáveis aos direitos dos incapazes e da própria coletividade, além de implicar violação ao princípio da função social da empresa, a ser aplicado em cotejo com o Princípio da Ponderação de Interesses. Conforme descreve Barcellos, o intérprete do Direito, ao se deparar com um conflito normativo insuperável pelos métodos interpretativos tradicionais e até mesmo pelo moderno método hermenêutico constitucional, deve ter como premissas, que necessariamente devem ser observadas na ordem em que se apresentam, o seguinte: "As regras, incluído o núcleo dos princípios, têm preferência sobre os princípios" e, "Diante de um conflito normativo insuperável, a norma que de forma direta promova e/ou proteja os direitos fundamentais dos indivíduos tem preferência sobre aqueles que estejam apenas indiretamente relacionadas com esse direito"[99].

Convém lembrar que a autorização legal somente se refere à continuação da empresa pelo incapaz ou interdito, não se admitindo o exercício de atividade empresarial na hipótese de incapacidade originária. O incapaz (interdito ou menor) responde pessoalmente pelos atos praticados, mas os bens constituídos antes da sucessão ou da interdição não respondem por essas obrigações, se estranhos ao acervo da empresa. É imprescindível que tal responsabilidade conste do alvará de autorização judicial, a fim de salvaguardar os interesses do incapaz. Da mesma forma respondem,

pessoalmente, os representantes ou assistentes do interdito, ou do menor, pelos atos praticados com culpa ou com dolo, de acordo com as regras específicas dos respectivos institutos.[100]

Em resumo:

INTERDIÇÃO SUPERVENIENTE	DESTINAÇÃO DO BEM	MOMENTO DA AQUISIÇÃO	RESPONSABILIDADE
EMPRESÁRIO INDIVIDUAL interditado	PATRIMÔNIO PESSOAL ESTRANHO À ATIVIDADE EXERCIDA	AO TEMPO DA INTERDIÇÃO	EXCLUSÃO
	PATRIMÔNIO PESSOAL LIGADO À ATIVIDADE EXERCIDA	AO TEMPO DA INTERDIÇÃO	PODE SER ATINGIDO
	PATRIMÔNIO PESSOAL ESTRANHO OU NÃO À ATIVIDADE EXERCIDA	APÓS A INTERDIÇÃO	PODE SER ATINGIDO
SUCESSÃO	DESTINAÇÃO DO BEM	MOMENTO DA AQUISIÇÃO	RESPONSABILIDADE
MENOR (INCAPAZ) autorizado à continuação do negócio	PATRIMÔNIO PESSOAL DO INCAPAZ	ANTES DA SUCESSÃO	EXCLUSÃO
	PATRIMÔNIO HERDADO PELO INCAPAZ E ESTRANHO À ATIVIDADE	AO TEMPO DA SUCESSÃO	NÃO PODE SER ATINGIDO
	PATRIMÔNIO HERDADO NÃO ESTRANHO À ATIVIDADE	AO TEMPO DA SUCESSÃO	PODE SER ATINGIDO

	PATRIMÔNIO PESSOAL ESTRANHO OU NÃO À ATIVIDADE	APÓS A SUCESSÃO	PODE SER ATINGIDO

Sou da opinião de que os interditos e incapazes autorizados à continuação da empresa não serão considerados empresários, por não estarem em pleno gozo de sua capacidade civil. A atividade empresarial será exercida por seus representantes ou assistentes (em nome do representado ou assistido), ou, ainda, por gerentes, caso o representante ou assistente do menor ou do interdito seja pessoa legalmente impedida de exercer atividade empresarial.[101] Entendo que a hipótese é de uma empresa acéfala, ou seja, há o exercício de empresa sem haver a figura do empresário. Como dito, o art. 974 do Código Civil permite a continuação da empresa pelo incapaz (menor ou interdito), sem, contudo, atribuir-lhe a condição de empresário. A empresa, se autorizada sua continuação, não será exercida pelo próprio incapaz, mas por seu representante legal. Sustento o descabimento da aplicação do instituto da falência aos incapazes, nesta hipótese. A falência é dirigida ao empresário, regular ou não que, por impontualidade, execução frustrada ou por prática de atos de falência, é legitimado para a quebra. Por outro lado, é cediço que a atual Lei de Falência e Recuperação tem como escopo principal salvar empresas em estado de crise econômico-financeira. A recuperação é instituto destinado a salvar a empresa economicamente viável, assim entendida a atividade econômica organizada. O incapaz ou interdito, ainda que não ostente a condição jurídica de empresário, em caráter excepcional pode, por seus representantes legais, requerer a recuperação da empresa que obteve autorização judicial para continuação, em atenção aos seus princípios da preservação e função social. Por outro lado, o art. 48, § 1º da Lei nº 11.101/2005 confere legitimidade ativa para o pedido de recuperação aos herdeiros do devedor (empresário individual falecido). Segundo entendo, essa regra se enquadra na discussão travada, diferentemente do art. 97, II, que legitima os herdeiros para o pedido de falência do espólio do devedor empresário.

Sobre o tema:

> E. nº 203 do CJF: "*O exercício da empresa por empresário incapaz, representado ou assistido, somente é possível nos casos de incapacidade superveniente ou incapacidade do sucessor na sucessão por morte"*.

As figuras do empresário e da incapacidade são antinômicas. Empresário pressupõe capacidade. A incapacidade afasta a empresariedade. Não há que se falar em exercício de empresa pelo incapaz, ainda que representado ou

assistido. Não nego a existência da empresa (atividade econômica organizada). Segundo penso, a empresa não pode ser exercida pelo incapaz porque esse exercício é expressamente vedado pelo próprio Código Civil, na medida em que somente admite o exercício de atividade empresarial pelos que estiverem em pleno gozo da capacidade civil.[102] Aceitar a ilação de que o incapaz pode ser empresário implica admitir que também pode falir, mas é leviano supor que um louco, ou uma criança de dez anos, por exemplo, possam falir. A admissão da continuação da empresa pelo interdito ou pelo incapaz tem por finalidade mais evidente a preservação da empresa e de sua função social.

A regra sobre responsabilidade do incapaz, contida no § 2º do art. 974 do Código Civil, não mais poderá ser invocada com a emancipação.[103] A partir dos dezesseis anos, se o menor der continuidade à atividade cessará a sua condição de incapaz, em razão da sua emancipação, aplicando-se o disposto no art. 967. Deve o empresário emancipado registrar a sua firma individual no órgão competente, a fim de tornar-se empresário regular. A propósito, um dos requisitos contidos no art. 48 da Lei de Falência e Recuperação para o deferimento do pedido de recuperação, é a comprovação do exercício regular de atividade empresarial por mais de dois anos. Admito a possibilidade de se somar o período em que a empresa, por autorização judicial, foi exercida pelo incapaz, a fim de atender ao requisito citado. Se, por exemplo, aos treze anos, um menor obteve autorização judicial para continuar a atividade empresarial herdada, pode, quando emancipado (16 anos), requerer sua recuperação, se empresário individual regular, pois, em decorrência de autorização judicial, exerce regularmente atividade comprovadamente empresarial há mais de dois anos.

A doutrina que admite o incapaz (interdito ou menor) também admite a aplicação dos institutos da falência e recuperação.

A lei é omissa quanto à possibilidade de o menor integrar os quadros sociais. Por interpretação analógica ao art. 974 do Código Civil, há quem defenda essa possibilidade, por autorização judicial, em qualquer tipo de sociedade, inclusive em nome coletivo. Para mim, o ingresso do menor na sociedade é possível desde que assuma responsabilidade limitada (v. Cap. 12º, item 12.8).

O art. 974 do Código Civil foi alterado pela Lei nº 12.399/2011, que incluiu o § 3º para admitir a possibilidade de o incapaz integrar os quadros de sociedades contratuais, desde que (1º) não exerça a administração da sociedade, (2º) haja integralização do capital social e (3º) assistência ou representação[104]. Entendo que essa modificação deveria ter sido inserida no capítulo próprio do Código Civil, que dispõe sobre as sociedades, sob pena de provocar confusão entre o empresário individual, os impedimentos para

o exercício da atividade empresarial e a continuação da empresa por incapaz. O parágrafo citado admite a possibilidade de o incapaz ser sócio de sociedade, hipótese que não se confunde com a do empresário individual (pessoa natural).

2.1.4.8.Falência e recuperação do empresário individual

É importante desconstruirmos a ideia de que às pessoas naturais somente se aplica o instituto da insolvência civil, constatado que seu passivo supera o ativo; não há que se falar em falência de pessoa natural. Pessoa física pode falir se se tratar de empresário individual, e pedir recuperação se se tratar de empresário regular. Os institutos da falência e da recuperação aplicam-se aos empresários, sejam individuais ou pessoas jurídicas (sociedades empresárias ou empresas individuais de responsabilidade limitada).[105] Penso que, em caráter excepcional, o menor autorizado a continuar a empresa herdada[106] pode requerer a sua recuperação judicial ou extrajudicial quando se emancipar, a partir dos dezesseis anos, comprovar sua regularidade como empresário individual e o exercício de atividade empresarial por mais de dois anos.[107]Não vejo absurdo em admitir como regular o exercício da atividade no período em que permitida judicialmente. A autorização judicial para a continuação do negócio confere a regularidade exigida pelo art. 48 da Lei de Falência (v. Cap. 2º, item 2.1.4.7), além de reforçar os princípios da razoabilidade, da preservação e da função social da empresa. A falência e a recuperação judicial ou extrajudicial do empresário individual serão conhecidas pelo Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins mediante comunicação do juízo competente, cabendo à Junta Comercial efetuar o arquivamento da comunicação e promover as devidas anotações (prontuário e cadastro). O empresário falido não poderá arquivar nenhum ato sem autorização judicial, salvo os de competência do administrador.

Sobre o tema:

"Concordata preventiva de comerciante em nome individual. Crédito quirografário.

O comerciante em nome individual não assume personalidade jurídica distinta daquela que possui como cidadão. Assim, os cheques que emitiu, seja no exercício da mercancia, seja por motivo outro, representam créditos sujeitos aos efeitos da concordata. Inocorrência de 'dupla personalidade jurídica'.

Recurso especial do concordatário conhecido e provido" (REsp 7223/CE, Rel. Min. Athos Carneiro).

"Firma individual – Concordata – Sujeição de todo o patrimônio da pessoa natural de seu titular, uma vez inexistente distinção entre ambas – Execução contra esta proposta, com penhora incidente sobre imóvel a ela pertencente – Impossibilidade-Bem integrante da massa concordatária que não pode ser separado para garantir a execução – Levantamento da constrição determinado.

A firma individual não tem personalidade jurídica ou judiciária própria e independente da de seu titular, tratando-se de uma mesma pessoa. De fato, não há que se confundir pessoa jurídica, no sentido de sociedade comercial, com firma individual (...). Dessa forma, a firma individual, quando em regime de concordata ou falência, sujeita todo o patrimônio da pessoa natural de seu titular. Portanto, não há possibilidade de se executar a pessoa natural individual e separadamente da empresa individual por ela constituída" (TACcivSP, *RT*645/105).

2.1.5.Sociedade empresária[108]

Planiol e Ripert já ensinavam que pessoas jurídicas e sociedades são distintas. É sempre de bom conselho destacar a diferença entre umas e outras. De acordo com Arnaldo Rizzardo,[109] pessoa jurídica é o grupo de indivíduos organizados, o ente público, ou o acervo de bens individuados a quem se reconhecem poderes, direitos, faculdades, prerrogativas, obrigações, podendo agir como sujeito ativo e figurar como sujeito passivo, não se confundindo com as pessoas físicas que as compõem.

O art. 981 do Código Civil define as sociedades como o contrato entre duas ou mais pessoas (naturais ou jurídicas) que se associam para o exercício de atividade econômica, ou seja, com intuito de lucro. Postas essas considerações, é possível afirmar que todas as sociedades são pessoas jurídicas (de direito privado), mas nem todas as pessoas jurídicas são sociedades por não objetivarem necessariamente o lucro (ex.:associações e fundações).

2.1.6.Empresa Individual de Responsabilidade Limitada[110]

A empresa individual de responsabilidade limitada, pessoa jurídica de direito privado,[111] é constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País (v. Cap. 3).

2.2.IMPEDIDOS DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EMPRESARIAL

O Código Civil não admite o exercício da atividade empresarial pelos legalmente impedidos,[112] mas não afasta a sua responsabilidade. Responde pelas obrigações assumidas,[113] incidindo inclusive em falência por prática de crime definido na Lei nº 11.101/2005,[114] aquele que, embora legalmente impedido, exerça atividade de empresário. Os impedidos do exercício de atividade de empresário não podem se beneficiar da recuperação. A proibição legal alcança apenas o exercício de atividade empresarial dos impedidos como empresários individuais, mas não lhes veda a possibilidade de integrar os quadros sociais como sócios ou acionistas, desde que não exerçam cargo de administração. Diversamente do que ocorria na vigência do DL. nº 7.661/1945,[115] a atual lei de falência não prevê, expressamente, a possibilidade de se requerer a falência dos impedidos do exercício de atividade empresarial, mas é certo que o art. 2º também não os exclui. Para mim, a despeito dessa omissão, continuam sujeitos à falência.

Segundo orientação do Registro Público de Empresas Mercantis,[116] não podem ser empresários individuais:

1.as *pessoas absolutamente incapazes* (exceto quando autorizadas judicialmente para continuação da empresa):

- os menores de 16 (dezesseis) anos;
- os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade;

2.as *pessoas relativamente incapazes* (exceto quando autorizadas judicialmente para continuação da empresa):

- os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos;
- os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

•os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
•os pródigos;

3.os *impedidos de ser empresários*:

•chefes do Poder Executivo, nacional, estadual ou municipal;
•membros do Poder Legislativo,[117] como senadores, deputados federais e estaduais e vereadores, desde que a empresa "goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exerçam função remunerada";
•magistrados[118] e membros do Ministério Público;[119]
•empresários falidos, enquanto não forem reabilitados;[120]
•pessoas condenadas a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos, ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação;[121]
•leiloeiros[122], corretores e despachantes aduaneiros;
•cônsules, nos seus distritos, salvo os não remunerados;[123]
•médicos, para o exercício simultâneo da farmácia, e os farmacêuticos, para o exercício simultâneo da medicina;[124]
•servidores públicos civis da ativa,[125] federais,[126] inclusive Ministros de Estado e ocupantes de cargos públicos comissionados em geral;[127]
•servidores militares da ativa das Forças Armadas e das Polícias Militares;[128]
•estrangeiros sem visto permanente;[129]
•estrangeiros naturais de países limítrofes, domiciliados em cidade contígua ao território nacional;
•estrangeiro (com visto permanente)[130], para o exercício das seguintes atividades: pesquisa ou lavra de recursos minerais ou de aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica; atividade jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, com recursos oriundos do exterior; atividade ligada, direta ou indiretamente, à assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei; serem proprietários ou armadores de embarcação nacional, inclusive nos serviços de navegação fluvial e lacustre, exceto embarcação de pesca; serem proprietários ou exploradores de aeronave brasileira, ressalvado o disposto na legislação específica;
•devedores do INSS.[131]

O item 1.2.11 do Manual de Registro de Sociedade Empresária Limitada (alterado pela Instrução Normativa DREI nº 26, de 10 de setembro de 2014) disciplina os impedimentos para aquisição da qualidade de sócio e estabelece que não pode ser sócio de sociedade limitada a pessoa impedida por norma constitucional, ou por lei especial, observando-se, ainda, que:

> •portugueses, no gozo dos direitos e obrigações previstos no Estatuto da Igualdade, comprovado mediante Portaria do Ministério da Justiça, podem participar de sociedade limitada, exceto na hipótese de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens;
> •os cônjuges casados em regime de comunhão universal de bens ou de separação obrigatória não podem ser sócios entre si, ou com terceiros;
> •pessoas jurídicas brasileiras podem participar de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, exceto partido político e sociedade cujo capital pertença exclusiva e nominalmente a brasileiros e desde que essa participação se efetue através de capital sem direito a voto e não exceda a 30% do capital social.

2.3.OBRIGAÇÕES DOS EMPRESÁRIOS E LIVROS EMPRESARIAIS

2.3.1.Obrigações dos empresários

A lei impõe ao empresário o cumprimento de determinadas obrigações, excepcionando microempresários e empresários de pequeno porte.[132]

São obrigações dos empresários:

> »Efetuar a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade, bem como das respectivas alterações contratuais, no prazo de 30 (trinta) dias seguintes à assinatura do ato; feito nesse prazo, o registro terá efeito *ex tunc*,[133] retroagindo à data da assinatura do instrumento; caso contrário, somente produzirá efeitos a partir da data de sua concessão. O registro dos atos sujeitos a formalidades deve ser requerido pela pessoa obrigada por lei, sócio ou qualquer interessado, sob pena de responsabilidade por perdas e danos em virtude da demora.[134] É dever da autoridade competente, antes de efetivar o registro, verificar a autenticidade e a legitimidade do signatário do requerimento, assim como fiscalizar a observância

das prescrições legais referentes ao ato ou documentos apresentados.[135] É vedado ao terceiro alegar ignorância, desde que cumpridas as formalidades legais.[136]

O descumprimento dessa obrigação gera para o empresário várias sanções, como por exemplo, o impedimento de requerer sua recuperação judicial;

»seguir um sistema de contabilidade, mecanizada ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, com base nos arts. 1.179, 1.182 e 1.183 do Código Civil;

»conservar em boa guarda toda a escrituração, correspondência e mais papéis concernentes à sua atividade enquanto não ocorrer prescrição ou decadência no tocante aos atos neles consignados;[137]

»levantar anualmente o balanço patrimonial (indicação do ativo e passivo empresarial) e o de resultado econômico (indicação dos lucros e prejuízos), salvo nas hipóteses legais de balanço semestral (exigido das sociedades anônimas que, por força de lei ou de disposição estatutária, levantarem balanço semestral,[138] e das instituições financeiras).[139] A inobservância dessa obrigação impede o empresário de participar de licitações promovidas pelo Poder Público,[140] bem como de beneficiar-se da recuperação.[141] Pode, no entanto, incidir em falência, com a caracterização de crime definido pelo art. 178 da Lei de Falência.

Sustento que a inobservância da inscrição dos atos constitutivos e subsequentes alterações[142] (cláusulas contratuais essenciais) implica a responsabilidade ilimitada dos sócios, por se tornar a sociedade em "em comum".[143]

A Instrução Normativa nº 11/2013 dispõe sobre a autenticação de instrumentos de escrituração dos empresários, sociedades empresárias, leiloeiros e tradutores públicos e intérpretes comerciais:

"Art. 1º. A autenticação de instrumentos de escrituração dos empresários e das sociedades empresárias é disciplinada pelo disposto nesta Instrução Normativa, sem prejuízo da legislação específica aplicável à matéria".

Parágrafo único. As disposições desta Instrução Normativa aplicam-se às filiais, sucursais ou agências, no País, do empresário ou sociedade autorizado a funcionar no País, com sede em país estrangeiro (art. 1.195 – Código Civil).

Art. 2º São instrumentos de escrituração dos empresários e das sociedades empresárias:

I – livros, em papel;

II – conjunto de fichas avulsas (art. 1.180 – Código Civil)".

As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a manter em boa ordem e guarda os documentos que fundamentaram a apuração dos impostos e contribuições devidos e o

cumprimento das obrigações acessórias a que se refere o art. 26, II da Lei Complementar nº 123/2006, enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes.

Quanto à escrituração das sociedades anônimas, devem ser observados os seguintes requisitos:

"Art. 177. A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência.

§ 1º As demonstrações financeiras do exercício em que houver modificação de métodos ou critérios contábeis, de efeitos relevantes, deverão indicá-la em nota e ressaltar esses efeitos.

§ 2º As disposições da lei tributária ou de legislação especial sobre atividade que constitui o objeto da companhia que conduzam à utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes ou à elaboração de outras demonstrações não elidem a obrigação de elaborar, para todos os fins desta Lei, demonstrações financeiras em consonância com o disposto no *caput* deste artigo e deverão ser alternativamente observadas mediante registro:[144]

I – em livros auxiliares, sem modificação da escrituração mercantil; ou

II – no caso da elaboração das demonstrações para fins tributários, na escrituração mercantil, desde que sejam efetuados em seguida lançamentos contábeis adicionais que assegurem a preparação e a divulgação de demonstrações financeiras com observância do disposto no *caput* deste artigo, devendo ser essas demonstrações auditadas por auditor independente registrado na Comissão de Valores Mobiliários.

§ 3º As demonstrações financeiras das companhias abertas observarão, ainda, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, e serão obrigatoriamente auditadas por auditores independentes registrados na mesma comissão.

§ 4º As demonstrações financeiras serão assinadas pelos administradores e por contabilistas legalmente habilitados.

§ 5º As normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários a que se refere o § 3º deste artigo deverão ser elaboradas em consonância com os padrões internacionais de contabilidade adotados nos principais mercados de valores mobiliários.[145]

§ 6º As companhias fechadas poderão optar por observar as normas sobre demonstrações financeiras expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários para as companhias abertas.[146]

§ 7º Os lançamentos de ajuste efetuados exclusivamente para harmonização de normas contábeis, nos termos do § 2º deste artigo, e as demonstrações e apurações com eles elaboradas não poderão ser base de incidência de impostos e contribuições nem ter quaisquer outros efeitos tributários."[147]

2.3.2.Livros empresariais

Livros empresariais são os registros escritos da atividade do empresário. Dividem-se em:

•obrigatórios[148]
•facultativos
•especiais

A inexistência dos livros obrigatórios constitui crime previsto na lei de falência e inviabiliza o pedido de recuperação.[149] Os facultativos não integram o acervo obrigatório da contabilidade da empresa.

A promulgação do SPED – Sistema Público de Escrituração Digital – [150] dispõe que a elaboração, processamento e armazenamento da escrituração do empresário deverão ser feitos por Livro Digital, assinado por certificado digital, seguindo as determinações do ICP-Brasil (Infraestrutura Brasileira de Chaves Públicas), ou seja, permite a escrituração eletrônica dos livros Diários e Razão, antes encadernados e autenticados por meio físico.

O art. 1.180 do Código Civil estipula a obrigatoriedade do livro Diário, além daqueles exigidos por lei. O Diário pode ser substituído por fichas no caso de escrituração mecanizada ou eletrônica e nele devem ser lançadas, com individualização e clareza, todas as operações relativas ao exercício da empresa e, bem assim, os balanços patrimoniais e de resultado econômico.[151] A lei admite a substituição do livro Diário pelo livro Balancetes Diários e Balanços quando o empresário ou a sociedade empresária adotarem o sistema de fichas de lançamentos. O art. 1.183 do novo álbum reclama "escrituração clara e individualizada, em idioma e moeda corrente nacionais e em forma contábil, por ordem cronológica, de dia, mês e ano, sem intervalos em branco nem entrelinhas, borrões, rasuras, emendas ou transportes para as margens". Pois bem, eis a seguinte questão polêmica: o Sistema Público de Escrituração Digital dispensa a autenticação por meio físico ou ainda faz-se necessária a encadernação das fichas contábeis?

Sustento a possibilidade da autenticação apenas por meio digital, pois a tecnologia eletrônica foi instituída para facilitar, desburocratizar e proteger direitos e garantias fundamentais. Pensar diferente é admitir o retrocesso.

2.3.2.1.Tipos de livros empresariais

Obrigatórios:

•Diário[152]

Facultativos:

•Caixa
•Contas Correntes
•Estoque
•Obrigações a pagar e a receber

Especiais:

•Livro de Registro de Duplicatas[153]
•Livro de Registro de Empregados
•Livro de Atas da Assembleia dos Cotistas
•Livro de Balancetes Diários e Balanços dos estabelecimentos bancários

2.3.2.2.Exibição dos livros

Os livros empresariais podem ser exibidos parcialmente (apenas na parte que interessa ao esclarecimento da questão) ou por inteiro (todo o teor do livro é periciado). O art. 1.190 do Código Civil protege o empresário contra a verificação arbitrária de seus livros consagrando o princípio do sigilo dos livros empresariais ao dispor que, ressalvados os casos previstos em lei, nenhuma autoridade, juiz ou tribunal, sob qualquer pretexto, poderá fazer ou ordenar diligências para verificar se o empresário ou a sociedade empresária observa ou não em seus livros e fichas as formalidades prescritas em lei.

Sobre o tema:

STF/Súmula 260: "O exame de livros comerciais, em ação judicial, fica limitado as transações entre os litigantes".

O art. 195 do Código Tributário Nacional tem *status* de lei complementar e excepciona essa regra ao dispor que, para os efeitos da legislação tributária, não se aplicam as restrições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los. No mesmo sentido, o art. 1.193 do Código Civil diz que as restrições estabelecidas ao exame da escrituração, em parte ou por inteiro, não se aplicam às autoridades fazendárias no exercício da fiscalização do pagamento de impostos, nos termos estritos das respectivas leis especiais.

A Súmula nº 439 do STF ratifica esse entendimento ao submeter à fiscalização tributária ou previdenciária quaisquer livros comerciais, limitando o exame aos pontos objeto de investigação.[154]

O art. 1.191 Código Civil diz que somente poderá haver autorização judicial para exibição integral dos livros e papéis de escrituração quando necessária para resolver questões relativas à sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem, ou em caso de falência. O art. 1.021 do citado diploma legal autoriza os sócios, a qualquer tempo, salvo disposição em contrário, examinarem os livros e documentos e o resultado do caixa e da carteira da sociedade. O juiz ou tribunal pode determinar, de ofício ou a requerimento, que os livros sejam examinados na

presença do empresário ou de pessoas por ele nomeadas para extração do que interessar à questão. Quanto à eficácia probante dos livros empresariais tem-se como verdadeiro o alegado pela parte contrária, admitindo-se que a confissão resultante da recusa possa ser desfeita por prova documental em sentido contrário. Na recusa à apresentação dos livros a lei admite a possibilidade de sua apreensão judicial.[155]

O art. 51, V, da Lei de Falências, impede o ajuizamento do pedido de recuperação se o devedor empresário deixou de arquivar, registrar ou inscrever no registro próprio os documentos e livros indispensáveis ao exercício legal de atividade empresarial. O art. 178 daquela lei tipifica como crime o ato do empresário que deixa de elaborar, escriturar ou autenticar os documentos de escrituração contábil obrigatórios, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar o plano de recuperação extrajudicial. O empresário é obrigado a guardar todas as escriturações, correspondências e demais papéis relativos à sua atividade empresária, enquanto não se consumarem a prescrição ou a decadência em relação aos atos neles consignados.[156] O parágrafo único do art. 195 do CTN determina que os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

2.4.VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

Analise as proposições abaixo e diga se são verdadeiras ou falsas:

1)Para que uma pessoa possa ser reputada empresária deve ser verificada sua inscrição perante o Registro Público de Empresas Mercantis.

2)Pessoa legalmente impedida de exercer atividade responde mesmo assim pelas obrigações que contrair.

3)No ordenamento brasileiro o incapaz não pode exercer atividade de empresário, pois sobre seus bens não podem recair os resultados negativos da empresa.

4)Em relação ao empresário é correto afirmar que de sua definição legal se destacam as noções de profissionalismo, atividade econômica organizada e produção ou circulação de bens ou serviços.

5)A profissão intelectual, de natureza científica ou artística pode ser considerada empresarial se seu exercício constituir elemento de empresa.

6)A atividade empresarial pode ser exercida pelos que estiverem em pleno gozo da capacidade civil, não sendo impedidos legalmente.
7)Ainda que representado ou assistido, o incapaz não pode continuar a empresa antes exercida por ele, enquanto capaz, ou por seus pais ou pelo autor da herança.
8)Determinada pessoa física exercia atividade empresarial e, em certo momento, torna-se incapaz para os atos da vida civil. Nesse caso, a continuidade do exercício da empresa pode ser efetuada por mandatário do empresário.
9)Determinada pessoa física exercia atividade empresarial e, em certo momento, torna-se incapaz para os atos da vida civil. Nesse caso, a continuidade do exercício da empresa depende de autorização judicial.
10)Pessoa incapaz pode ser sócia de responsabilidade limitada se não possuir poderes de administração, estiver devidamente assistida ou representada e o capital social estiver totalmente integralizado.
11)Podem os cônjuges celebrar sociedade entre si, desde que o regime de bens do casamento não seja o da separação facultativa ou da participação final nos aquestos.
12)O empresário casado em comunhão universal de bens necessita de outorga do cônjuge para vender ou dar em garantia os imóveis da empresa.
13)Podem os cônjuges celebrar sociedade entre si, desde que o regime de bens do casamento não seja o da comunhão universal ou da separação obrigatória.
14)O empresário casado, com exceção do regime de bens de separação absoluta de bens, deve proceder à averbação dos pactos e declarações antenupciais no Registro Público de Empresas Mercantis, bem como fazer inserir nos assentamentos dos registros públicos de imóveis a outorga uxória quando de gravação com ônus de alienação dos bens imóveis do patrimônio empresarial.
15)Determinada pessoa física exercia atividade empresarial e, em certo momento, torna-se incapaz para os atos da vida civil. Neste caso, a continuidade do exercício da empresa é ilegal.
16)Pessoa incapaz pode ser empresária individual se autorizada judicialmente a continuar a exploração de estabelecimento recebido por herança.
17)Pessoa incapaz pode ser empresária individual se for maior de 14 anos e possuir estabelecimento com economia própria.

18)Em relação ao empresário, é correto afirmar que, caso se torne incapaz, não poderá continuar a empresa antes por ele exercida.
19)Em relação ao empresário, é correto afirmar que, se impedido de exercer atividade própria de empresa, vier a exercê-la, não responderá pelas obrigações contraídas.
20)O sócio admitido em sociedade já constituída não se exime das dívidas sociais anteriores à admissão.
21)O empresário casado em comunhão universal de bens necessita de outorga do cônjuge para vender ou dar em garantia os imóveis da empresa.
22)João exercia, profissionalmente, atividade rural organizada para a produção de bens, tendo conseguido, por meio dessa atividade, comprar três fazendas, que destinam ao mercado, anualmente, 100.000 unidades de diferentes animais. João, divorciado e pai de Francisco, de 15 anos de idade, nunca se inscreveu no Registro Público de Empresas Mercantis (RPEM). Recentemente, uma doença o incapacitou para o exercício pessoal dos atos da vida civil. Se provada a insolvência de João quanto a débitos de natureza mercantil, os credores estarão autorizados a pedir em juízo sua falência, já que ele atuava como empresário irregular.
23)O art. 195, I, da Constituição, estabelece que a seguridade social será custeada por contribuições sociais "do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei". De acordo com a terminologia empregada pelo Código Civil, a palavra "empresa", no texto constitucional, está usada de modo incorreto, devendo ser substituída por "empresário".
24)Nos termos do Código Civil brasileiro, consideram-se empresárias todas as sociedades que têm finalidade lucrativa, independentemente da atividade desenvolvida.
25)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.
26)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.
27)De acordo com o Código Civil, o empresário deve escriturar os livros obrigatórios, exceção feita aos pequenos empresários, que estão dispensados dessa formalidade ou devem escriturá-los de modo simplificado.
28)De acordo com o Código Civil, o empresário é obrigado a 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.
29)De acordo com o Código Civil, o empresário é obrigado a manter sistema de contabilidade sempre mecanizado, composto por livros obrigatórios e facultativos que devem, necessariamente, ser autenticados no Registro Público das Empresas Mercantis.
30)Pessoa incapaz pode ser empresária individual se for maior de 14 (quatorze) anos e possuir estabelecimento com economia própria.
31)Quando a pessoa legalmente impedida de exercer atividade como empresário a exercer, os atos por ela praticados que possam gerar obrigações para a empresa serão assumidos por esta, não podendo os terceiros ser prejudicados.
32)A obrigação de manter a escrituração das operações comerciais em livros ou de forma mecanizada, em fichas ou arquivos eletrônicos, serve para que, periodicamente, se apure a variação patrimonial.
33)A obrigação de manter a escrituração das operações comerciais em livros, forma mecanizada, fichas ou arquivos eletrônicos permite apuração do cumprimento das obrigações e sua regularidade.
34)A obrigação de manter a escrituração das operações comerciais em forma mecanizada, de livros, fichas ou arquivos eletrônicos constitui prova do exercício regular de atividade empresária.
35)Com relação à escrituração, pode-se afirmar que, segundo o Código Civil, todo empresário está obrigado a possuir livros empresarias, mais precisamente o Diário e o Copiador de Cartas.
36)Com relação à escrituração, em qualquer hipótese pode o Juiz, inclusive de ofício, determinar a exibição integral dos livros e papéis de escrituração, quando necessária para auxiliar a solução de uma pendência judicial.
37)Com relação à escrituração, pode-se afirmar que, se houver determinação judicial para o empresário exibir seus livros, caso este se recuse, não ensejará confissão ficta.
38)João exercia, profissionalmente, atividade rural organizada para a produção de bens, tendo conseguido, por meio dessa atividade, comprar três fazendas, que destinam ao mercado, anualmente, 100.000 unidades de diferentes animais. João, divorciado e pai de Francisco, de 15 anos de idade, nunca se inscreveu no Registro Público de Empresas Mercantis (RPEM). Recentemente, uma doença o incapacitou para o exercício pessoal dos atos da vida civil. Francisco, se judicialmente autorizado,

poderá continuar a atividade empresarial do pai, exercendo-a em nome de João, mas com a necessária participação de seu representante legal.

39)Pessoa incapaz pode ser empresária individual na qualidade de sócia de sociedade de responsabilidade limitada, desde que não possua poderes de administração.

40)Quando a pessoa legalmente impedida de exercer atividade como empresário a exercer, os atos por ela praticados que possam gerar obrigações para a empresa serão assumidos por esta, não podendo os terceiros ser prejudicados.

---

[1]Cód. Civil, art. 966.

[2]Cód. Civil, arts. 972 e 974.

[3]*Op. cit.*

[4]HENTZ. Luiz Antonio Soares. *Direito de Empresa no Código Civil de 2002*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

[5]Cód. Civil, art. 966.

[6]Cód. Civil, art. 966, parágrafo único.

[7]Para Tavares Borba, "a casa de saúde ou o hospital seriam uma sociedade empresária porque, não obstante o labor científico dos médicos seja extremamente relevante, é esse labor apenas um componente do objeto social, tanto que um hospital compreende hotelaria, farmácia, equipamentos de alta tecnologia, além de salas de cirurgia e de exames com todo um aparato de meios materiais". Na opinião de Sérgio Campinho, "diversamente é a situação das casas de saúde e hospitais onde a execução da profissão intelectual se apresenta como um dos elementos do exercício da empresa. Nessas sociedades não há um mero e exclusivo realizar da profissão, a qual vai consistir em um dos elementos da atividade econômica, que será explorada de forma organizada".

[8]Parecer disponível no site da autora: <www.monicagusmao.com.br>.

[9]Parecer disponível no site da autora: <www.monicagusmao.com.br>.

[10]ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2006, 415 p.

[11]Instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

[12]LC nº 123/2006, art. 3º.

[13]O art. 1º, § 1.º, da LC nº 123/2006 diz caber ao Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) apreciar a necessidade de revisão, a partir de 1º de janeiro de 2015, dos valores expressos em moeda.

[14]LC nº 123/2006, art. 1º.

[15]LC nº 123/2006, art. 3º, § 4º.

[16]LC nº 123/2006, art. 72.

[17]LC nº 123/2006, art. 4º.

[18]LC nº 123/2006, art. 4º, § 1º, com a redação dada pela LC nº 147/2014.

[19]LC nº 123/2006, art. 4º, § 1º, I.

[20]Enunciado 489, aprovado na V Jornada de Direito Civil da CJF. Justificativa: "A dispensa de publicação de atos societários para as sociedades enquadradas como ME, EPP ou para atos de empresário individual ou MEI, prevista na Lei

Complementar 123/2006, não dispensa a publicidade do ato societário ou do empresário. Não se deve confundir a dispensa de publicação com a de publicidade, pois essa é fundamental em determinadas situações previstas no Código Civil para o exercício por parte de terceiros de direitos de ordem material (arts. 1.084, § 1º e 1.148), formal (arts. 1.043, II; 1.109, parágrafo único e 1.122) ou eficácia do ato em relação a terceiros (1.063, § 3º; 1.144 e 1.149). Os prazos referidos nos dispositivos citados na proposição devem ser contados a partir do arquivamento ou averbação do documento apropriado no registro da sociedade ou do empresário, observadas as prescrições do Código Civil quanto ao órgão competente e o efeito do arquivamento intempestivo (arts. 1.150 e 1.151, §§ 1º e 2º).

[21]LC nº 123/2006, art. 5º.

[22]LC nº 123/2006, art. 9º.

[23]LC nº 123/2006, art. 9º, § 1º, I e II.

[24]Art. 9º, § 4º, com a redação dada pela LC nº 147/2014.

[25]LC nº 123/2006, art. 9º, § 5º, com a redação dada pela LC nº 147/2014.

[26]LC nº 123/2006, art. 9º, § 6º.

[27]LC nº 123/2006, art. 9º, § 7º.

[28]LC nº 123/2006, art. 11.

[29]LC nº 123/2006, art. 6º, § 1º.

[30]LC nº 123/2006, art. 42.

[31]LC nº 123/2006, art. 43.

[32]LC nº 123/2006, art. 43, § 1º, com a redação dada pela LC nº 147/2014.

[33]LC nº 123/2006, art. 43, § 2º.

[34]LC nº 123/2006, art. 44.

[35]LC nº 123/2006, art. 46.

[36]Redação dada pela LC nº 128/2008.

[37]LC nº 123/2006, art. 56, § 2º, I.

[38]LC nº 123/2006, art. 56, § 2º, VII.

[39]LC nº 123/2006, art. 56, § 2º, II.

[40]LC nº 123/2006, art. 56, § 5º.

[41]Requião. *Op. cit.*

[42]Requião. *Op. cit.*

[43]LC nº 123/2006, art. 70.

[44]LC nº 123/2006, art. 71.

[45]LC nº 123/2006, art. 73-A.

[46]Lei nº 11.101/2005.

[47]Lei nº 11.101/2005, art. 70, § 1º.

[48]Lei nº 11.101/2005, art. 51.

[49]Lei nº 11.101/2005, art. 72.

[50]Lei nº 11.101/2005, art. 48, II.

[51]Lei nº 11.101/2005, art. 45, § 2º.

[52]Lei nº 11.101/2005, art. 68.

[53]Lei nº 11.101/2005, art. 68, parágrafo único.

[54]Cód. Civil, art. 980-A.

[55]Confira: <http://www.portaldoempreendedor.gov.br>.

[56]LC nº 123/2006, art. 18-A, § 4º.

[57]Art. 3º, I, LC 123/2006.

[58]Art. 3º, II, LC 123/2006.

[59]Art. 18-A, § 1º, da LC nº 123/2006.

[60]E. nº 235 da III Jornada de Direito Civil no CJF– Art. 1.179: "O pequeno empresário, dispensado da escrituração, é aquele previsto na Lei n. 9.841/99. Fica cancelado o Enunciado n. 56"..

[61]Art. 68 da LC nº 123/2006.

[62]Lei nº 404/1948 (normas sobre Empresas e Cooperativas para Mecanização da lavoura); Lei nº 4.504/1964 (Estatuto da Terra); Lei nº 4.947/1966 (normas de direito agrário) e Lei nº 5.889/1973 (normas sobre o trabalho rural).

[63]Cód. Civil, art. 980-A.

[64]Artigo publicado no site <www.femperj.org.br>.

[65]Dispõe sobre o Estatuto da Terra e dá outras providências.

[66]Criação de abelhas.

[67]Criação de coelhos.

[68]Criação de bichos-da-seda; beneficiamento e industrialização da seda.

[69]Cód. Civil, art. 971.

[70]Cód. Civil, art. 984.

[71]Cód. Civil, art. 986.

[72]TAVARES BORBA, José Edwaldo. *Direito Societário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar.

[73]Campinho. *Op. cit.*

[74]Dec. nº 6.514/2008, art. 55.

[75]Lei nº 4.725/1965.

[76]Proponho um critério para a caracterização de *atividade preponderante*: "atividade preponderante é aquela que, se suprimida, impede a sociedade de obter resultado positivo com o exercício das demais".

[77]O imóvel rural, além da inscrição no Registro Geral de Imóveis, deve ser registrado junto ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA).

[78]ROCHA, João Marcelo. *Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2009, p. 144/145.

[79]Cód. Civil, art. 967; Lei nº 11.101/2005, art. 48.

[80]Estatuto da Mulher Casada.

[81]Súmula nº 251/STJ.

[82]Nos termos do art. 1.647 do Código Civil, a falta da outorga torna nula a alienação do bem.

[83]Cód. Civil, art. 1.648.

[84]Cód. Civil, art. 2º.

[85]Cód. Civil, art. 1.151, § 1º.

[86]Cód. Civil, art. 1.151, § 2º.

[87]Registro Público de Empresas Mercantis.

[88]Cód. Civil, art. 966, § 3º.

[89]Código Civil, art. 1.151, § 1º (efeito *ex tunc*).

[90]Código Civil, art. 1.151, § 2º (efeito *ex nunc*).

[91]Cód. Civil, art. 972.

[92]Cód. Civil, art. 974.

[93]Lei de Falência, art. 189, II e III.

[94]Lei de Falência, art. 188, VI.

[95]Estatuto da Criança e do Adolescente.

[96]Cód. Civil, art. 974, § 1º.

[97]CPC, art. 178, inc. I.

[98]Cód. Civil, art. 974.

[99]BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro. Renovar, p. 19.

[100]Cód. Civil, arts. 932, 933, 1.572 e 1.774.

[101]Cód. Civil, art. 975.

[102]Cód. Civil, art. 972.

[103]Cód. Civil, art. 5º, parágrafo único.

[104]"Art. 974

(...)

§ 3º O Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais deverá registrar contratos ou alterações contratuais de sociedade que envolva sócio incapaz, desde que atendidos, de forma conjunta, os seguintes pressupostos: (incluído pela Lei nº 12.399, de 2011) .

I – o sócio incapaz não pode exercer a administração da sociedade; (incluído pela Lei nº 12.399, de 2011)

II – o capital social deve ser totalmente integralizado; (incluído pela Lei nº 12.399, de 2011)

III – o sócio relativamente incapaz deve ser assistido e o absolutamente incapaz deve ser representado por seus representantes legais. (incluído pela Lei nº 12.399/2011)."

[105]Lei de Falência, art. 1º.

[106]Cód. Civil, art. 974.

[107]Lei de Falência, art. 48.

[108]V. Cap. nºs 3 e 4, item 4.1.

[109]RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 248.

[110]V. Capítulo 3.

[111]Cód. Civil. Art. 44, VI.

[112]Cód. Civil, art. 972.

[113]Cód. Civil, art. 973.

[114]Lei nº 11.101/2005, art. 178.

[115]DL nº 7.661/45, art. 3º, IV.

[116]Manual de Registro do Empresário Individual, atualizado de acordo com a Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014, e a Instrução Normativa DREI nº 26, de 10 de setembro de 2014.p. 71

[117]CF/1988, art. 54, II, "a" 54, II, "a" e "b" e 55, I.

[118]CF, art. 95, parágrafo único; LC nº 35/79, arts. 36, I e II.

Art. 36 – É vedado ao magistrado:

I – exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou quotista;

[119]CF, artigo 128,§ 5º, II “c” ; Lei Federal nº 8.625/93, artigo 44, II.

Art. 44. Aos membros do Ministério Público se aplicam as seguintes vedações:

(...)

III – exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista;

[120]Lei de Falência, art. 102.

Art. 102. O falido fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a sentença que extingue suas obrigações, respeitado o disposto no § 1º do art. 181 desta Lei.

[121]Código Penal, art. 47, I; LRE, art. 35, II e Código Civil, art. 1.011, § 1º.

[122]D. 21.981/32, art. 36.

[123]Decretos nºs 24.113/34, arts. 48 e 49; 4.868/1982, art. 11 e 3.529/1989, art. 42.

[124]Decretos nºs 19.606/31 e 20.877/31; Lei Federal nº 5.991/1973 e DL. 3.988/1989, art. 42.

[125]Lei nº 1.711/1952 e DL. nº 220/1974, art. 40, IV.

[126]Lei nº 8.112/1990, art. 117, X: “participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário”.

[127]Lei Federal nº 1.711/1952. Em relação aos servidores estaduais e municipais, observar a legislação respectiva.

[128]CF, art. 42, § 1°; Código Penal Militar, arts. 180 e 204 c/c DL nº 1.029/1969 e Lei nº 6.880/1980, arts. 29 e 35.

[129]Lei nº 6.815/1980, arts. 13, 98 e 99.

[130]CF, arts. 176, § 1°, e 222.

[131]Lei nº 8.212/1991, art. 95, § 2º.

[132]LC nº 123/2006, Cap. III.

[133]Lei nº 8.943/1994, art. 36.; cód. Civil, art. 1.150 e 1.151.

[134]E. nº 383 do CJF: “A falta de registro do contrato social (irregularidade originária – art. 998) ou de alteração contratual versando sobre matéria referida no art. 997 (irregularidade superveniente – art. 999, parágrafo único) conduz à aplicação das regras da sociedade em comum (art. 986)”.

[135]Cód. Civil, art. 1.153.

[136]Cód. Civil, art. 1.154, parágrafo único.

[137]Cód. Civil, art. 1.194.

[138]Lei nº 6.404/1976, art. 240.

[139]Lei nº 4.595/1964, art. 31.

[140]Lei nº 8.666/1993, art. 31, “i”.

[141]Lei de Falência, art. 159, § 1º, IV.

[142]Cód. Civil, art. 999, parágrafo único.

[143]Cód. Civil, art. 986.

[144]§ 2º do art. 177 alterado pela Lei nº 11.638/2007.

[145]§ 5º do art. 177 alterado pela Lei nº 11.638/2007.

[146]§ 6º do art. 177 alterado pela Lei nº 11.638/2007.

[147]§ 7º do art. 177 alterado pela Lei nº 11.638/2007.

[148]A Lei nº 486/1969 aboliu a obrigatoriedade do livro Copiador de Cartas, que se destinava ao registro de correspondência.

[149]Lei de Falência, art. 51, II.

[150]D. nº 6.022/2007.

[151]O Departamento Nacional de Registro e Comércio, em 1990, estabeleceu normas para o reconhecimento do uso de sistemas eletrônicos. Os livros eram digitados em programas contábeis e depois encadernados e autenticados pela Junta.

[152]Código Civil, art. 1.180.

[153]O art. 2º da Lei nº 5.474/1968 diz que a emissão de duplicatas é *facultativa*, diferentemente da fatura (art. 1º). Por esse motivo, o Livro de Registro de Duplicatas exigido pelo art. 19 somente será obrigatório caso o empresário-vendedor emita a duplicata de compra e venda.

[154]S. 260/STF: "O exame dos livros comerciais, em ação judicial, fica limitado às transações entre os litigantes".

[155]Cód. Civil, art. 1.192, *caput* e § 1º.

[156]Cód. Civil, art. 1.194.

EMPRESAS INDIVIDUAIS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

3.0.NOÇÕES GERAIS

A Lei 12.441/2011 trouxe a figura da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, já conhecida como EIRELI, com a inserção do artigo 980-A, no Código Civil:

"Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País."

O Código Civil, antes de sofrer alteração por essa lei, disciplinava as figuras do empresário (individual[1] e sociedade empresária[2]) e a do não empresário (profissional liberal[3] e sociedade simples[4]). O art. 982 diz que a sociedade empresária é aquela que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário, e simples, as demais. Durante muito tempo me perguntei se não havia exagero nas críticas que faço[5] a esse artigo, mas a cada dia me convenço de que esse dispositivo deveria ser varrido do Código Civil porque não diz nada além do óbvio. No exercício do magistério, minha tarefa é extremamente árdua quando tento explicar o conceito de empresa, pois, na verdade, tenho de desconstruir para depois construir. Para a maioria, empresa é tudo, menos o que de fato é. Uns dizem que empresa é a sociedade, o estabelecimento, os sócios, o ponto, e por aí vai. Empresa não é nada disso. *Empresa é atividade econômica organizada*. O conceito de empresa não é jurídico, e sim econômico.

3.1.NATUREZA JURÍDICA

Entendo que a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada tem natureza de pessoa jurídica de direito privado. NÃO é uma sociedade, apesar de a lei[6] admitir a aplicação das regras das sociedades limitadas. É certo que toda sociedade tem natureza de pessoa jurídica de direito privado, mas a recíproca não é verdadeira. O conceito de sociedade pressupõe a pluralidade de sócios[7], o que não acontece na EIRELI, pois a pessoa natural é o seu único integrante.

Sobre o tema:

E. nº 469 do CJF: "Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) não é sociedade, mas novo ente jurídico personificado"[8].

E. nº 472 do CJF "É inadequada a utilização da expressão 'social' para as empresas individuais de responsabilidade limitada[9]."

E. nº 3 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: "A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI não é sociedade unipessoal, mas um novo ente, distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária".

3.2.VISÃO CRÍTICA

Dizem que a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada foi criada com o propósito de fomentar o exercício de atividade empresarial por pessoas físicas, pois a condição de empresário individual não oferece atrativo, principalmente em razão da responsabilidade ilimitada[10], já que o patrimônio do empresário individual é único, indivisível; os bens que utiliza para exercer sua empresa (atividade econômica organizada) se confundem com seu patrimônio pessoal.

Em vez de optar por assumir responsabilidade ilimitada e colocar em risco seu patrimônio pessoal, o empresário individual tem (ou tinha) que se valer de uma prática conhecida no mercado e nos julgados: a constituição da chamada "sociedade cítrica[11]", em que um dos "sócios" detém a quase totalidade do capital social (em média 99%), e amigos ou familiares, o percentual restante. Constituída a sociedade, a figura do empresário individual desaparece, pois o novo sujeito de direitos e obrigações passa a ser a pessoa jurídica. A autonomia patrimonial retira a responsabilidade dos sócios por dívidas sociais, pois o vínculo jurídico se forma entre o credor e a sociedade devedora. Doutrina e jurisprudência são implacáveis, e admitem a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em razão da fraude na constituição dessa sociedade.

Sobre o tema:

"Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Execução fiscal com penhora em bem de sócio-gerente. Embargos de terceiro.

Sociedade realmente fictícia, em que o sócio-gerente é dono de 99,2% do capital, sendo os restantes 0,8% de sua mãe e concunhado. A assertiva de que a pessoa jurídica não se confunde com a do sócio é um princípio jurídico básico, não um tabu, e merece ser desconsiderada quando a sociedade é apenas um alter ego *de seu controlador, na verdade*

comerciante em nome individual. Lição de Konder Comparato. Embargos de terceiro rejeitados (...)" (TJRS, RDM, 63/1983).

Pois bem. A EIRELI já nasceu com a sina de moralizar essa situação ao possibilitar que seu integrante tenha responsabilidade limitada. A Lei nº 12.441/2011 é atécnica, confusa e lacônica. Vejamos alguns exemplos:

> 1)Como admitir que a empresa, atividade econômica organizada, seja individual? A atividade existe por si, não comportando divisão em individual ou coletiva. O legislador confundiu empresa com empresário. Quem exerce atividade de forma individual é o empresário individual. Não fosse assim, teríamos uma sociedade empresária.
> 2)Não é crível que uma atividade assuma responsabilidade. O sujeito de direito e obrigações é a pessoa jurídica de direito privado, e não a empresa.

Sobre o tema:

E. nº 470 do CJF: "O patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica[12]".

> 3)Como admitir a existência de capital social numa pessoa jurídica de direito privado? Capital social é privativo das sociedades. A EIRELI, como dito, tem natureza de pessoa jurídica de direito privado, sendo constituída por um única pessoa.
> 4)A Lei nº 12.441/2011 estabelece um capital mínimo equivalente a cem vezes o maior salário mínimo vigente. O 7º, IV, da Constituição Federal, veda, expressamente, a vinculação do salário mínimo para qualquer fim[13].
> 5)Outra impropriedade é a indexação do capital social ao salário mínimo. Na EIRELI, o valor do capital tem de equivaler a cem vezes o maior salário mínimo vigente. Somente lei federal pode fixar o valor do salário mínimo. Lei estadual não o pode fazer. O art. 7º, IV, da CF/1988, diz que o valor do salário mínimo é nacional. Esse mesmo art. 7º, em seu inciso V, insere nos direitos dos trabalhadores o "piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho". Não há lei definindo o que se deva entender por "piso salarial". A expressão piso salarial se contrapõe a teto salarial. A primeira, para significar o menor salário mínimo de uma determinada categoria

profissional, e a segunda, para significar o maior valor a ser pago aos seus integrantes. Ao longo dos debates, concluiu-se que o parágrafo único do art. 22 da CF/1988 permite delegar aos Estados, por meio de lei complementar, a possibilidade de legislar sobre questões específicas de direito do trabalho. A disciplina do salário mínimo estava, como sempre esteve, fora dessa autorização excepcional. Os Estados poderiam legislar sobre *pisos salariais*, e não sobre salário mínimo. Em 14/07/2000, o Congresso Nacional aprovou a Lei Complementar nº 103/2000. O art. 1º dessa Lei autoriza os Estados e o Distrito Federal a instituírem, mediante lei de iniciativa do Poder Executivo, *pisos salariais* para empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho. Os Estados continuam proibidos de fixar valores de salários mínimos. Da mesma forma que o Estado não pode fixar salário mínimo, mas pisos salariais, também não pode fixar um piso salarial de modo genérico, válido para todas as categorias profissionais em todo o Estado. Se um Estado só pode fixar piso salarial para categoria específica, que não tenha esse piso fixado por lei federal, convenção ou acordo coletivo, o piso salarial fixado para uma categoria profissional não vale para a outra e nem é possível fixar um piso salarial único para várias categorias ou para todo o Estado. Tudo o que se fizer nesse campo será inconstitucional. No sistema da CLT, só há reconhecimento legal de existência de uma categoria profissional se houver a correspondente categoria econômica.

3.3.ATO CONSTITUTIVO

O ato constitutivo da EIRELI deve conter as seguintes cláusulas obrigatórias[14]:

a)nome empresarial, que poderá ser firma ou denominação, do qual constará obrigatoriamente, como última expressão, a abreviatura EIRELI;
b)capital, expresso em moeda corrente, equivalente a, pelo menos, 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País;
c)declaração de integralização de todo o capital;
d)endereço completo da sede (tipo e nome do logradouro, número, complemento, bairro/distrito, município, unidade federativa e CEP), bem como o endereço das filiais;
e)declaração precisa e detalhada do objeto da empresa;
f)prazo de duração da empresa;

g)data de encerramento do exercício social, quando não coincidente com o ano civil;
h)a(s) pessoa(s) natural(is) incumbida(s) da administração da empresa, e seus poderes e atribuições;
i)qualificação do administrador, caso não seja o titular da empresa;
j)declaração de que o seu titular não participa de nenhuma outra empresa dessa modalidade.

Sobre o tema:

E. nº 471 do CJF: "Os atos constitutivos da EIRELI devem ser arquivados no registro competente, para fins de aquisição de personalidade jurídica. A falta de arquivamento ou de registro de alterações dos atos constitutivos configura irregularidade superveniente"[15].

3.4.OBJETO SOCIAL

O item 1.2.7.da Instrução Normativa nº 117/2011, do Departamento Nacional do Registro de Comércio, dispõe, como cláusula obrigatória do ato constitutivo da EIRELI, a declaração precisa e detalhada do objeto. Quando a EIRELI estiver enquadrada como ME ou EPP, é facultativa a indicação da atividade no objeto[16].

Na V Jornada de Direito Civil, realizada no Conselho da Justiça Federal, muito se discutiu sobre a possibilidade do exercício de atividades empresárias e não empresárias[17] pela EIRELI. Vários foram os argumentos:

I)O nome dado à nova pessoa jurídica de direito privado: empresa individual. Ora, somente exerce *empresa*(atividade econômica organizada) quem detiver condição de empresário;
II)Um dos objetivos da constituição da EIRELI foi o incentivo que as pessoas físicas, ou melhor, os empresários individuais precisavam para ter garantia mínima da responsabilidade assumida com eventuais credores. Como dito, o sujeito de direito e obrigações não é o titular do capital, mas sim a EIRELI, o que, em tese, traz maior segurança jurídica para a pessoa que a integra e a certeza de um capital para garantia mínima dos credores.

3.5.CAPITAL[18]

O capital da EIRELI, diferentemente do das sociedades regidas pelo Código Civil, não é dividido em quotas, pois é detido por um único titular.[19] A lei impõe um valor mínimo para o capital da EIRELI: quantia

superior a cem vezes o maior salário mínimo vigente.[20] Penso que esse valor seja relativamente alto, o que pode induzir à fraude, já que não há mecanismo eficaz de controle, diferentemente das sociedades anônimas[21]. Temo que a inexigência da lei na comprovação da integralização do capital pela pessoa natural possa propiciar fraude. Para mim, em hipótese de fraude, deve ser desconsiderada a personalidade jurídica por violação ao *princípio da realidade* ou da *veracidade do capital*.

O capital da EIRELI deve estar inteiramente integralizado na constituição ou em aumentos futuros[22]. Pode ser integralizado com quaisquer bens, desde que suscetíveis de avaliação em dinheiro; se bem imóvel, ou direito a ele relativo, o ato constitutivo, por instrumento público ou particular, deverá conter sua descrição, identificação, área, dados relativos à sua titulação e o número de sua matrícula no Registro Imobiliário[23]. Se o titular for casado, o cônjuge deve anuir, salvo se o regime for o da separação absoluta. É vedada a contribuição ao capital com prestação de serviços[24].

Sobre o tema:

> E. nº 473 do CJF: "A imagem, o nome ou a voz não podem ser utilizados para a integralização do capital da EIRELI"[25].
>
> E. nº 4 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: "Uma vez subscrito e efetivamente integralizado, o capital da empresa individual de responsabilidade limitada não sofrerá nenhuma influência decorrente de ulteriores alterações no salário mínimo".

A integralização do capital com quotas de determinada sociedade implicará a correspondente alteração do contrato social e modificação do quadro societário, cujas quotas foram conferidas para essa integralização, consignada a saída do sócio e ingresso da EIRELI, que passa a deter a titularidade das quotas.

A lei não exige laudo de avaliação para a comprovação dos valores dos bens declarados na integralização de capital da EIRELI. Defendo posicionamento diferente. A EIRELI, assim como as pessoas jurídicas, sociedades simples ou empresárias, deve obedecer a regra imposta às limitadas: avaliação prévia dos bens[26].

Desde que integralizado, o capital pode ser aumentado a qualquer momento[27]. Na redução, o valor mínimo exigido em lei deve ser observado e pode se dar nas seguintes hipóteses[28]:

a)perdas irreparáveis;

b)se excessivo em relação ao objeto da empresa. Nesta hipótese, deve-se restituir a respectiva parte ao titular.

A redução do capital da EIRELI, quando considerado excessivo em relação ao objeto da empresa (§ 1º do art. 1.084 do Código Civil), respeitado o valor do capital mínimo legal exigido, tem de observar a devida publicação.[29]

É assegurado ao credor quirografário o direito de impugnar a redução do capital no prazo de 90 dias a contar da publicação da deliberação de redução. Se nesse prazo não houver impugnação, ou se provado o pagamento da dívida ou depósito judicial, a redução torna-se eficaz, impondo-se a respectiva publicação.

3.5.1.Titular do capital

O § 2º do art. 980-A diz que a pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade. A redação do § 5º do artigo cria polêmica ao prever que a pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade. Há quem sustente que o titular da totalidade do capital da EIRELI pode ser pessoa natural ou jurídica, pois a lei apenas faz restrições às pessoas naturais, logo, a interpretação desse dispositivo, em sentido contrário, permite a possibilidade de a pessoa jurídica figurar em mais de uma EIRELI. O item 1.2.11 da IN DREI nº 10/2013 diz que a pessoa jurídica *não* pode ser titular de EIRELI. Esse entendimento foi ratificado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

Sobre o tema:

E. nº 468 do CJF "A empresa individual de responsabilidade limitada só poderá ser constituída por pessoa natural"[30].

Pode ser titular de EIRELI a pessoa natural, desde que não haja impedimento por norma constitucional ou lei especial[31]:

•maior de 18 anos, brasileiro(a) ou estrangeiro(a), que se achar na livre administração de sua pessoa e bens;
•menor emancipado
a)por concessão dos pais, ou de um deles na falta de outro, se o menor tiver 16 anos completos. A outorga constará de instrumento público, que deverá ser inscrito no Registro Civil das Pessoas Naturais e arquivado na Junta Comercial;

b)por sentença do juiz que, também, deverá ser inscrita no Registro Civil das Pessoas Naturais;
c)pelo casamento;
d)pelo exercício de emprego público efetivo (servidor ocupante de cargo em órgão da administração direta, autarquia ou fundação pública federal, estadual ou municipal);
e)pela colação de grau em curso de ensino superior;
f)pelo estabelecimento civil ou comercial ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com 16 anos completos tenha economia própria.

A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração[32].

O titular da empresa, quando for pessoa natural residente e domiciliada no exterior, deverá constituir procurador residente no País, com poderes para receber citação em ações relacionadas à empresa[33].

O item 1.12.18.1 da IN DREI nº 10/2013 não admite arquivamento na Junta Comercial de empresa cujo objeto inclua a atividade de advocacia.

A sucessão da titularidade da EIRELI dar-se-á por alvará judicial ou na partilha, por sentença judicial ou escritura pública[34].

A questão, contudo, não está pacificada:

"uma liminar da Justiça do Rio de Janeiro[35] garantiu a uma consultoria americana, que pretende iniciar suas atividades no Brasil, dar continuidade ao processo de transformação da sua empresa limitada em Empresa Individual de Responsabilidade Individual (EIRELI). A decisão é a primeira do país nesse sentido. A Lei nº 12.441, de 2011, permitiu a constituição de empresas com apenas um proprietário, o que era vedado até então. O DREI limitou essa possibilidade a pessoas físicas por meio da Instrução Normativa nº 10/2013. A medida frustrou expectativas, pois a interpretação de parte dos advogados é de que a possibilidade se estenderia a pessoas jurídicas. Para a juíza Gisele Guida de Faria, da 9ª Vara da Fazenda Pública, a instrução normativa trouxe restrição não prevista na Lei 12.441. 'Decorrendo, pois, do princípio constitucional da legalidade, a máxima de que 'ninguém é obrigado a fazer, ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei', não cabia ao DREI normatizar a matéria inserindo proibição não prevista na lei'. Segundo o advogado Jorge Lobo, do Lobo Advogados, a liminar fluminense será um excelente paradigma, 'sobretudo para as estrangeiras que querem vir para o país'. O jurista Armando Rovai espera que as Juntas Comerciais comecem a aceitar o registro de Eireli por empresas. 'Normas do DREI devem orientar as juntas, mas seu cumprimento não é obrigatório', diz.

Em outra recente decisão[36] o juiz Federal José Henrique Prescendo, da 22ª Vara de SP, deferiu liminar em MS autorizando o arquivamento e o registro da alteração contratual de uma empresa para o tipo societário Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), caso o pedido apenas tenha sido negado pela Junta em razão de se tratar de pessoa jurídica. A Junta Comercial do Estado negou o pedido sob o

fundamento de que a pessoa jurídica não pode ser titular de EIRELI, nos termos da IN nº10/2013 do DREI. A instrução é do Departamento de Registro Empresarial e Integração e estabeleceu que o titular de EIRELI somente pode ser pessoa natural, brasileiro ou estrangeiro residente no país ou no exterior. A empresa alegou que o DNRC (atual DREI) extrapolou sua competência regulamentar com a restrição da titularidade da EIRELI para pessoas jurídicas, uma vez que a limitação não foi imposta no art. 980-A do CC, motivo pelo qual buscou o Poder Judiciário para resguardo do direito. O magistrado, em análise da matéria, salientou que, diversamente da IN nº 117/2011 (vigente àquela época), a Lei nº 12.441/2001, instituidora da figura da EIRELI, não trouxe qualquer distinção entre pessoa física e pessoa jurídica para constituição do atinente tipo societário, sendo que a única restrição é que a pessoa física figure em apenas uma empresa dessa modalidade. "Notadamente, a instrução normativa somente se presta a regulamentar a lei ordinária hierarquicamente superior, não podendo inovar no ordenamento jurídico e estabelecer restrições não previstas em lei, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da legalidade". Assim, o julgador concluiu que a IN extrapolou os limites legais ao interpretar restritivamente o art. 980-A do Código, que se refere a uma única pessoa titular da totalidade do capital social, "sem qualquer limitação à pessoa jurídica".[37]

A responsabilidade limitada é relevante porque se um empregado ajuíza ação trabalhista em face empresa, por exemplo, a conta bancária do empresário somente poderá ser bloqueada após penhoradas as máquinas e demais bens do empreendimento. Além disso, as sociedades anônimas demandam custos com balanço e publicidade de suas demonstrações financeiras"[38].

Sou da opinião de que a lei objetiva fomentar o exercício de atividade empresarial para os empresários individuais (pessoas físicas), sem terem de temer a imputação de responsabilidade ilimitada, observado, contudo, valor do salário mínimo, que deve ser integralizado, sob pena de fraude e possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

E. nº 62 da II Jornada de Direito Comercial do CJF: "O produtor rural, nas condições mencionadas do art. 971 do CCB, pode constituir EIRELI".

3.6.NOME EMPRESARIAL[39]

O nome empresarial deve obedecer aos princípios da *veracidade* e da *novidade*, incorporando os elementos específicos ou complementares exigidos ou não proibidos em lei. A EIRELI pode adotar firma[40] ou denominação[41-42], seguida da expressão "EIRELI".

Quando a EIRELI apresentar para arquivamento declaração de enquadramento como ME ou EPP, simultaneamente ao ato constitutivo, é facultativa a indicação do objeto (atividade) na denominação. A adição ao nome empresarial da expressão ME ou MICROEMPRESA e EPP ou EMPRESA DE PEQUENO PORTE, se aplicável, não pode ser efetuada no ato constitutivo. Somente depois de procedido o arquivamento do ato constitutivo e efetuado pela Junta Comercial o enquadramento da EIRELI

na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, mediante declaração em instrumento próprio para essa finalidade, é que, nos atos posteriores, se deve fazer a adição de tais termos ao nome empresarial.

3.7.CONSTITUIÇÃO E REGULARIDADE

A EIRELI, por ser pessoa jurídica de direito privado e exercer atividade unicamente empresarial, deve ter os seus atos constitutivos arquivados no registro competente, isto é, Registro Público de Empresas Mercantis, para fins de aquisição de personalidade jurídica. A falta de arquivamento ou registro de alterações dos atos constitutivos configura irregularidade superveniente, com a aplicação das regras das sociedades em comum[43].

Sobre o tema:

> E. nº 471 do CJF: "Os atos constitutivos da EIRELI devem ser arquivados no registro competente, para fins de aquisição de personalidade jurídica. A falta de arquivamento ou de registro de alterações dos atos constitutivos configura irregularidade superveniente".

3.8.ADMINISTRAÇÃO

A EIRELI deve ser administrada por uma ou mais pessoas naturais[44] designadas no ato constitutivo, admitindo-se o exercício da administração por quem não seja seu titular[45]. Não pode ser administrador a pessoa jurídica que:[46]

a)condenada a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perduraram os efeitos da condenação;

b)impedida por norma constitucional ou por lei especial:

- brasileiro naturalizado há menos de 10 anos;
- em empresa jornalística e de radiodifusão sonora e radiodifusão de sons e imagens;
- estrangeiro sem visto permanente;
- natural de país limítrofe, domiciliado em cidade contígua ao território nacional e que se encontre no Brasil;
- em empresa jornalística de qualquer espécie, de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

•em pessoa jurídica que seja titular de direito real sobre imóvel rural na Faixa de Fronteira (150 km de largura ao longo das fronteiras terrestres), salvo com assentimento prévio do órgão competente;
•português, no gozo dos direitos e obrigações previstos no Estatuto da Igualdade, comprovados mediante Portaria do Ministério da Justiça, pode ser administrador de EIRELI, exceto na hipótese de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens; pessoa jurídica;
•cônsul, no seu distrito, salvo o não remunerado;
•funcionário público federal civil ou militar da ativa[47];
•o Chefe do Poder Executivo, federal, estadual ou municipal;
•Magistrados, membros do Ministério Público da União (Ministério Público Federal; Ministério Público do Trabalho; Ministério Público Militar; Ministério Público do Distrito Federal e Territórios);
•Membros do Ministério Público dos Estados, conforme a Constituição respectiva;
•falido, enquanto não for legalmente reabilitado;
•leiloeiro;
•a pessoa absolutamente incapaz: menor de 16 anos; o que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática desses atos; o que, mesmo por causa transitória, não puder exprimir sua vontade;
•a pessoa relativamente incapaz: maior de 16 anos e menor de 18 anos. O menor de 18 anos e maior de 16 anos pode ser emancipado, e desde que o seja, pode assumir a administração de empresa; o ébrio habitual, o viciado em tóxicos e o que, por deficiência mental, tenha o discernimento reduzido; o excepcional, sem desenvolvimento mental completo.

3.9.TRANSFORMAÇÃO

O Código Civil, alterado pela Lei nº 12.441/2011, art. 1033, parágrafo único, admite que o empresário individual e a sociedade reduzida a um único sócio (unipessoal) requeiram, no Registro Público de Empresas Mercantis, a transformação do registro da sociedade para empresário individual de responsabilidade limitada, observado, no que couber, o disposto nos seus arts. 1.113 a 1.115.

***Sobre o tema*:**

E. nº 465 do CJF "Arts. 968, § 3º, e 1.033, parágrafo único. A "transformação de registro" prevista no art. 968, § 3º, e no art.

1.033, parágrafo único, do Código Civil não se confunde com a figura da transformação de pessoa jurídica[48]".

A IN nº 10/2013, do DRE, diz que a transformação de registro de empresário em sociedade ou em empresa individual de responsabilidade limitada, e vice-versa, não abrange as sociedades anônimas, as sociedades simples e as cooperativas.

A Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio da Câmara propôs o PL 6.698/13, do Senado, que flexibiliza a legislação sobre a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) e institui um novo modelo societário, a Sociedade Limitada Unipessoal (SLU). O Projeto não impõe a obrigatoriedade de capital mínimo para a constituição da EIRELI nem a exigência da integralização imediata desse capital. A principal inovação é a criação da sociedade limitada unipessoal: tipo inexistente na legislação brasileira que se sujeitará às normas da sociedade limitada, exceto quanto à pluralidade de sócios. Diferentemente da EIRELI, a SLU pode ter como titular pessoa física ou jurídica. Apesar de ser formada por titular único, o capital da SLU poderá ser dividido em cotas entre sócios.[49] Eis as principais alterações:

	EIRELI	SLU
CAPITAL SOCIAL	Mínimo de 100 vezes o valor do maior salário mínimo do País.	Não há capital mínimo.
INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL	O capital tem que ser integralizado à vista.	Possibilidade de integralização parcelada do capital social.
FORMAÇÃO	O sócio só pode ser pessoa natural.	O sócio pode ser pessoa natural ou jurídica.
NATUREZA	Não é uma sociedade unipessoal, e sim pessoa jurídica de direito privado.	É uma sociedade unipessoal.

3.10.VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

Analise as proposições abaixo e diga se são verdadeiras ou falsas:

1)A EIRELI tem natureza de sociedade unipessoal.

2)O titular da EIRELI pode optar por seu tipo de responsabilidade.

3)A EIRELI é sujeito de direitos e obrigações.

4)O titular da EIRELI incide em falência.
5)A EIRELI pode pedir sua recuperação judicial, se regular.
6)Não cabe a aplicação da teoria da desconsideração para se atingir o patrimônio pessoal do titular da EIRELI.
7)A EIRELI tem responsabilidade ilimitada.
8)O patrimônio do sócio da EIRELI responde perante os credores.
9)O titular da EIRELI pode aportar o valor que quiser no capital.
10)A EIRELI só pode exercer atividade empresarial.
11)A EIRELI pode adotar firma ou denominação como nome empresarial.
12)A EIRELI adquire personalidade jurídica com a inscrição de seu contrato social no órgão próprio.
13)O capital da EIRELI pode ser integralizado a prazo.
14)É vedada a contribuição em serviços na EIRELI.
15)O titular da EIRELI também pode ser pessoa jurídica.
16)A EIRELI pode ser administrada por pessoa jurídica.
17)A EIRELI pode ser administrada por quem não seja o titular.
18)A EIRELI substituiu a figura do empresário individual.
19)A EIRELI pode ser considerada como uma sociedade unipessoal.
20)O titular da EIRELI tem responsabilidade ilimitada.

---

[1]Código Civil, art. 966.

[2]Código Civil, art. 981.

[3]Código Civil, art. 966, parágrafo único.

[4]Código Civil, art. 997.

[5]GUSMÃO, Mônica. *Lições de Direito Empresarial.* Rio de Janeiro: Lumen Juris.

[6]Código Civil, art. 980-A, § 6º.

[7]Código Civil, art. 981.

[8]Justificativa: “Seguindo uma tendência mundial, já verificada em outros ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, como, por exemplo, nas leis portuguesa e alemã, o ordenamento jurídico brasileiro acaba por recepcionar – por meio do advento da lei 12.441, que altera dispositivos do Código Civil Brasileiro – com a criação de uma nova modalidade de pessoa jurídica, a possibilidade do exercício da empresa, de forma individual e com responsabilidade limitada. A nova figura possibilita que os riscos inerentes ao exercício da empresa sejam, em regra, dissociados do patrimônio pessoal do sujeito responsável pela gestão da atividade – na medida em que prevê a necessidade de constituição de um capital mínimo – e afasta a necessidade de constituição de sociedades *pro forma* – para atender ao requisito da pluralidade de membros – cujo objetivo precípuo é o de garantir a limitação de responsabilidade dos sócios, sendo que, frequentemente, se verifica que um destes sócios se mantém completamente alheio ao cotidiano da sociedade. Não obstante as críticas que possam ser levantadas a respeito do tratamento *sui generis* conferido à referida figura, em especial se observadas as denominadas ‘sociedades unipessoais’ em realidades jurídicas estrangeiras, o fato é que o formato jurídico atribuído à ‘EIRELI’ não interfere no tratamento conferido à

‘sociedade’ pela lei brasileira (art. 981 do CC), em especial no que se refere ao caráter transitório da ‘sociedade unipessoal’, salvo no caso das conhecidas ‘sociedades subsidiárias integrais’, previstas pelo artigo 251 da Lei 6.406/76”.

[9]Justificativa: “Não foi utilizada a técnica da sociedade unipessoal para a limitação da responsabilidade do empresário individual e, sim, a da separação patrimonial. Disso decorre que qualquer menção à sociedade representa atecnia, gerando discussões estéreis e complexidades desnecessárias”.

[10]O art. 789 do CPC determina que o devedor responda com todos os seus bens, presentes e futuros, para satisfação do credor, reforçado pelo art. 391 do Código Civil: “Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”.

[11]Sociedade aparente ou fictícia.

[12]Justificativa: “O veto presidencial ao § 4º do art. 980-A do Código Civil pode engendrar duas interpretações, que merecem ser afastadas:1) a diferenciação patrimonial entre o patrimônio da pessoa constituinte da EIRELI estaria mitigada e; 2) por essa razão, seria descabida a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica”.

[13]ADI questiona lei que permite criação de empresa individual de responsabilidade limitada.O PPS (Partido Popular Socialista) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4637) no Supremo Tribunal Federal (STF) contra a parte final do caput do artigo 980-A do Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que exige um capital social de pelo menos 100 salários mínimos, o que hoje equivale a R$ 54,5 mil, para a criação de uma empresa individual de responsabilidade limitada. O dispositivo legal foi alterado em 2011 pelo artigo 2º da Lei 12.441, que entrará em vigor em janeiro do ano que vem. De acordo com o PPS, a declaração de inconstitucionalidade apenas da parte final do dispositivo legal não prejudicará em nada a subsistência do instituto da empresa individual de responsabilidade limitada no ordenamento jurídico. O início do caput do artigo 980-A do Código Civil prevê exatamente que a empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social. Apesar de a regra ainda não estar vigorando, o partido pede a concessão de liminar para suspender o piso de 100 salários mínimos para a abertura desse tipo de empresa, sob o argumento de que ela impedirá a eventual constituição de pessoas jurídicas individuais de responsabilidade limitada por pequenos empreendedores, causando desnecessário embaraço a uma efetiva oportunidade de desenvolvimento econômico do país.

Segundo a agremiação partidária, o salário mínimo não pode ser utilizado como critério de indexação para a determinação do capital mínimo necessário para a abertura de empresas individuais de responsabilidade limitada. O partido frisa que tal exigência esbarra na notória vedação de vinculação do salário mínimo para qualquer fim, prevista no inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal. O PPS explica que a vedação constitucional objetiva livrar o salário mínimo de eventuais obstáculos aos reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo. Lembra ainda que a Súmula Vinculante 4, do STF, impede a utilização do salário mínimo como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, ou sua substituição por decisão judicial, salvo os casos previstos na Constituição. Segundo o PPS, pela leitura da súmula, seria possível alegar que o impedimento de vinculação do salário mínimo se limitaria a casos de cálculo de vantagens remuneratórias de servidor público e de empregado. Todavia, a simples leitura do inciso IV do artigo 7º da Carta Política revela que a vedação é para qualquer fim, ressalta o partido.

Outra inconstitucionalidade no dispositivo legal, apontada pelo partido, é a violação ao princípio da livre iniciativa, previsto no caput do artigo 170 da Constituição. A exigência em questão representa um claro cerceamento à possibilidade de abertura de empresas individuais de responsabilidade limitada por pequenos empreendedores, diz o PPS na ação. O partido ressalta que a nova norma foi editada com a finalidade de contribuir para o desenvolvimento econômico e social do país, retirando o micro e o pequeno empreendedor do submundo da informalidade, porém, acabou impondo uma limitação que não é apenas inconstitucional, mas também incompreensível.

[14]Item 1.2.7 da IN DREI nº 10, publicada no *DOU* 237, de 6 de dezembro de 2013.

[15]Enunciado proposto pela autora e aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF). Justificativa: As regras dos artigos 1.150 do Código Civil devem ser aplicadas à atual figura da Empresa de Responsabilidade Limitada. O diploma legal tem por objetivo fomentar a regularidade do empresário individual, da sociedade empresária e simples. A exclusão das empresas individuais de responsabilidade limitada implicaria retrocesso e incentivo à irregularidade. Se descumpridos os prazos previstos os listados no artigo em questão, somente serão considerados regulares a partir da efetiva inscrição, que terá efeito *ex nunc*, hipótese em que a responsabilidade dos sócios e do titular da "EIRELI" obedecerá ao disposto no art. 990 do Código Civil.

[16]Item 1.2.7 da IN DREI nº 10, publicada no *DOU* 237, de 6 de dezembro de 2013.

[17]Proposta de Enunciado rejeitado pela maioria: "A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) é um tipo de sociedade e pode ser constituída para o exercício de atividade empresarial ou não, tendo em vista a disposição do § 5º do art. 980-A do Código Civil".

[18]IN DREI nº 10, publicada no *DOU* 237, de 6 de dezembro de 2013. Item 1.2.16 da IN DREI nº 10, publicada no *DOU*237, de 6 de dezembro de 2013.

[19]Item 1.2.16 da IN DREI nº 10, publicada no *DOU* 237, de 6 de dezembro de 2013.

[20]Código Civil, art. 980-A.

[21]LSA, art. 80, III.

[22]Item 1.2.16.2 da IN DREI nº 10, publicada no *DOU* 237, de 6 de dezembro de 2013.

[23]Item 1.2.16.3 da IN DREI nº 10, publicada no *DOU* 237, de 6 de dezembro de 2013.

[24]Item 1.2.16.5 da IN DREI nº 10, publicada no *DOU* 237, de 6 de dezembro de 2013.

[25]Enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF). Justificativa: O empresário, conforme o artigo 966, *caput*, do Código Civil, é a pessoa física que exerce profissionalmente atividade econômica organizada de produção e, ou, circulação de bens e serviços. Sem maiores formalidades legais, mas apenas o requerimento e os dados de identificação civil, indicação da firma, capital e objeto e sede da empresa, diferia da empresa como organização de meios humanos e materiais para o exercício de atividade econômica. Ademais, havia a expressa exclusão, desse âmbito, do exercente de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, mesmo organizada e com a ajuda de colaboradores e intuito lucrativo, salvo se o exercício estivesse inserido em uma realidade maior e mais complexa de caráter nitidamente empresarial (elemento de empresa). Essa distinção entre empresários e sociedade empresária quanto à responsabilidade patrimonial foi alterada com a nova previsão da empresa individual [1], como pessoa jurídica

específica, que pode ser constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza e ter atribuída a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, os quais sejam vinculados à atividade profissional. O quadro tradicional da responsabilidade inclusiva do patrimônio pessoal do empresário é substituído pela responsabilidade limitada e a separação patrimonial. A integralização do capital mínimo no ato de declaração de empresário e inscrição de empresa é restrita aos bens então existentes e não alcança a remuneração relativa à cessão de direitos patrimoniais de autor, ao se tratar da remuneração ainda não concretizada e separada do seu titular, dada a origem na expressão econômica de direitos da personalidade.

[26]Código Civil, art. 1.055, § 2º.

[27]Item 3.2.6.1 da IN DREI nº 10, publicada no *DOU* 237, de 6 de dezembro de 2013.

[28]Item 3.2.7 da IN DREI nº 10, publicada no *DOU* 237, de 6 de dezembro de 2013.

[29]Item 3.2.7 da IN DREI nº 10, publicada no *DOU* nº 237, de 6 de dezembro de 2013.

[30]Justificativa: "A nova figura, embora tecnicamente questionável, deve ser de aplicação exclusiva às pessoas físicas, pois que se destina à proteção dos bens daquele que exerce a empresa de modo singular. Entender que ela se estende a pessoa jurídica não se alinha com sua própria razão de ser, descaracterizando-a. Além do mais, às sociedades brasileiras já é dada a formação de sociedade unipessoal, nos termos da Lei nº 6.404/1976. Não são constitucionais as exigências de integralização completa e prévia do capital – que não é social, pois de sociedade não se trata –, bem como de um mínimo legal, já que tais exigências não são feitas aos demais exercentes da empresa (empresários individuais e sociedades)".

[31]Item 1.2.10 da IN DREI nº 10, publicada no *DOU* 237, de 6 de dezembro de 2013.

[32]Código Civil, art. 980-A, § 3º.

[33]Item 1.2.2.2 da IN DREI nº 10, publicada no *DOU* 237, de 6 de dezembro de 2013.

[34]Item 3.2.9 da IN DREI nº 10, publicada no *DOU* 237, de 6 de dezembro de 2013.

[35]Proc. nº 0054566-71.2012.8.19.000. Decisão: "Trata-se de mandado de segurança preventivo impetrado por PURPOSE BRAZIL LLC e PURPOSE CAMPAINGS BRASIL LTDA, com o escopo de obter, liminarmente, decisão que determine que a autoridade impetrada, PRESIDENTE DA JUCERJA, se abstenha de rejeitar o arquivamento de ato societário de transformação da 2ª Impetrante em EIRELI, seguido da concentração definitiva das quotas desta, na pessoa da 1ª Impetrante, ou, alternativamente, que mantenha a singularidade acionária da 2ª Impetrante até decisão final do presente *mandamus*, sem qualquer risco de dissolução e/ou efeito jurídico semelhante/similar, ou mesmo situação de irregularidade, com a perda da responsabilidade limitada até o limite das quotas subscritas e integralizadas. Afirma que, apesar do artigo 980-A do CC, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.441/11, não prever qualquer impedimento para a constituição de uma EIRELI, cujo único sócio é pessoa jurídica, o Departamento Nacional de Registro do Comercio – DNRC, publicou a Instrução Normativa nº 117/11, vedando, expressamente, em seu item 1.2.11 a titularidade da EIRELI por pessoa jurídica. Aduz, ainda que, por estar a Autoridade Impetrada subordinada ao DNRC e tecnicamente vinculada às normas por ele baixadas, há fundado risco de rejeição do arquivamento da transformação da 2ª Impetrante em EIRELI, em razão da totalidade de suas quotas pertencerem a 1ª Impetrante que

é pessoa jurídica. Da análise dos documentos juntados com a exordial, temos que merece ser deferido, liminarmente, o pedido formulado no item 'b' de fls. 24, posto que presentes os necessários requisitos legais. O *periculum in mora* afigura-se inquestionável, na medida em que o dia 18.03.2012 é a data do término do prazo de manutenção regular da singularidade acionária da 2ª Impetrante, a partir de quando, se não aceito seu registro de transformação em EIRELI, deverá restabelecer a pluralidade acionária, sob pena de incorrer nas sanções previstas no artigo 1.033 do CC. O *fumus boni iuris*, por sua vez, também encontra-se evidenciado nos autos. Isto porque, da simples leitura das normas sob comento, verifica-se que há clara violação ao princípio segundo o qual 'onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir'. Com efeito, o item 1.2.11, da Instrução Normativa nº 117/11, do DNRC, trouxe expressa restrição não prevista no artigo 980-A do CC, com a redação introduzida pela Lei nº 12.441/11. Vejamos. Prevê o item 1.2.11 da IN nº 117/11 do DNRC: ´1.2.11 – IMPEDIMENTO PARA SER TITULAR Não pode ser titular de EIRELI a pessoa jurídica, bem assim a pessoa natural impedida por norma constitucional ou por lei especial'. – grifo nosso. Por sua vez, dispõe o artigo 980-A do CC: 'Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado (…)' – grifo nosso. '§ 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade'. Decorrendo, pois, do princípio constitucional da legalidade a máxima de que 'ninguém é obrigado a fazer, ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei', não cabia ao DNRC normatizar a matéria inserindo proibição não prevista na lei, que lhe é hierarquicamente superior, a qual se propôs a regulamentar. A opção do legislador, em não proibir a constituição da EIRELI por pessoa jurídica, fica ainda mais clara quando se verifica que o texto original do Projeto de Lei nº 4.605/09, que culminou na Lei nº 12.441/11, dispunha expressamente que a EIRELI somente poderia ser constituída por uma pessoa natural, ou seja, espécie do gênero, pessoa, que também abrange a espécie pessoa jurídica. Tendo havido supressão do termo 'natural' do texto final da lei, pode-se concluir que o legislador pretendeu com tal ato, permitir/não proibir a constituição da EIRELI por qualquer pessoa, seja ela da espécie natural, seja ela da espécie jurídica. Diante do acima exposto, DEFIRO a liminar pretendida, determinando que a Autoridade Impetrada, mantenha a singularidade acionária da 2ª Impetrante até decisão final do presente processo, sem qualquer risco de dissolução e/ou efeito jurídico semelhante/similar, ou mesmo situação de irregularidade, com a perda da responsabilidade limitada até o limite das quotas subscritas e integralizadas, sob pena de multa única de R$ 100.000,00 (cem mil reais). Intime-se para cumprimento e requisitem-se as informações. Publique-se."

[36]Processo: 0017439-47.2014.4.03.6100.

[37]Ver no *site* <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI212136,101048-Pessoa+juridica+pode+ser+titular+de+EIRELI>.

[38]Artigo publicado no site: <http://leonardopessoa.adv.br/novo/2012/03/pessoa-juridica-pode-constituir-empresa-individual-eireli/>.

[39]Item 1.2.14 da IN DREI nº 10, publicada no *DOU* 237, de 6 de dezembro de 2013.

[40]A firma deve ser formada com o próprio nome da pessoa natural, que deverá figurar de forma completa, podendo ser abreviados os prenomes, admitindo-se o aditamento, se houver designação mais precisa de sua pessoa ou atividade.

[41]A denominação deve designar o objeto da empresa, de modo específico, não se admitindo expressões genéricas isoladas, como: comércio, indústria, serviços. Se houver mais de uma atividade, poderão ser escolhidas uma ou mais dentre elas.

[42]Código Civil, art. 980-A, § 1º.

[43]Código Civil, art. 986.

[44]Itens 1.2.23.1 e 1.2.23.3 da IN DREI nº 10, publicada no *DOU* 237, de 6 de dezembro de 2013.

[45]Item 1.2.23.2 da IN DREI nº 10, publicada no *DOU* 237, de 6 de dezembro de 2013.

[46]Item 1.2.23 da IN DREI nº 10, publicada no *DOU* 237, de 6 de dezembro de 2013.

[47]Em relação ao funcionário estadual e municipal, observar as respectivas legislações.

[48]Enunciado aprovado pela autora, por unanimidade, na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Justificativa: O parágrafo único do art. 1.033, acrescentado pela Lei Complementar nº 128/2008, permite a continuação da atividade pelo sócio remanescente, ainda que seja titular de todas as cotas da sociedade, se requerer no Registro Público de Empresas Mercantis a transformação do registro da sociedade para empresário individual, ou para empresa individual de responsabilidade limitada, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 deste Código.” (NR) observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 do Código Civil. Sustento que a hipótese acima pode ser aplicada às sociedades anônimas reduzidas a um único acionista, ao invés de ser-lhes imposta a dissolução de pleno direito. Pensar de forma diversa é conferir tratamento diferenciado às sociedades regidas pelo Código Civil, em flagrante violação aos princípios da isonomia, preservação da empresa e sua função social. Acrescente-se o fundamento de que o art. 1.090 do Código Civil permite sua aplicação supletiva nas hipóteses de omissões da lei das sociedades por ações. Entendo que o apego à literalidade, nesse caso, prejudicaria o acionista remanescente que optasse pela continuação da atividade como empresário individual.

[49]*Site*: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI204878,71043-Comissao+da+CAmara+aprova+criacao+de+sociedade+limitada+unipessoal>

DAS SOCIEDADES

4.0.CONCEITO E NOÇÕES GERAIS

Há certo consenso na doutrina de que o conceito de sociedade advém do Código de Manu, Índia, 1400, a.C., conforme o disposto no art. 204, "Quando vários homens se reúnem para cooperar, cada um com seu trabalho, em uma mesma empresa, tal é a maneira por que deve ser feita a distribuição das partes".[1] O homem é, na origem, um ser sociável. Desde os primórdios ajuntou-se aos seus iguais para garantir a sobrevivência do bando e, consequentemente, a sua própria. No correr dos tempos, com as transformações sofridas pela organização social, passou a ser dotado de capacidade jurídica, tornando-se sujeito de direitos e obrigações. Alguns de seus interesses podem ser realizados individualmente, mas outros tantos exigem o esforço comum, seja pela complexidade social alcançada, seja por sua ambição natural, daí a necessidade de criação e manutenção de instituições permanentes que concorram para a obtenção do bem comum.[2] As sociedades comerciais não escapam a essa evidência.

Para Carlos Roberto Gonçalves,[3] "... a pessoa jurídica (...) consiste num conjunto de pessoas ou de bens, dotado de personalidade jurídica própria e constituído na forma da lei, para a consecução de fins comuns. Pode-se afirmar, pois, que pessoas jurídicas são entidades a que a lei confere personalidade, capacitando-as a serem sujeitos de direitos e obrigações. A sua principal característica é a de que atuam na vida jurídica com personalidade diversa dos indivíduos que as compõem (Código Civil, art. 50, *contrario sensu*, e art. 1.024)".

A pessoa jurídica é uma criação do Direito, em razão da própria necessidade social de conjugar vontades para a consecução de objetivos impossíveis à atividade individual isolada. Na definição de Jefferson Daibert,[4] a pessoa jurídica "é o conjunto de pessoas ou bens destinado à realização de um fim a quem o direito reconhece aptidão para ser titular de direitos e obrigações na ordem civil". Para Caio Mário da Silva Pereira,[5] são requisitos necessários à constituição e ao nascimento da pessoa jurídica a vontade humana criadora (intenção de constituir a entidade personificada), a observação das condições legais de sua formação (imposição de normas legais para sua constituição, como, por exemplo, o disposto no art. 45 do Código Civil) [6] e a liceidade dos seus propósitos.

A natureza jurídica das sociedades é tema de acesa discussão na doutrina. Há quem negue a própria existência das pessoas jurídicas (teorias

negativistas); outros a admitem, sob o enfoque de diversas teorias (teorias positivistas). Para San Tiago Dantas,[7]

"(...) ao tempo em que o direito canônico, com a sua noção de *corpus juris,* já representava um avanço muito grande sobre as concepções romanas, o mundo germânico estava impregnado da ideia oposta, da ideia materialista, e não via numa organização coletiva senão as pessoas naturais que momentaneamente a compunham. De maneira que essas duas ideias se interpenetraram ao longo do direito medieval e deram à doutrina moderna o conceito que hoje temos da pessoa jurídica: um conglomerado de pessoas naturais, dotado, porém, de uma existência que não se confunde com a de nenhum dos seus membros".

Das teorias sobre a natureza jurídica das pessoas jurídicas, destacamos:

a)**Teoria da ficção** – ficção legal[8] e doutrinária;[9]

b)**Teoria da realidade** – realidade objetiva,[10] realidade jurídica[11] e realidade técnica.[12]

Para mim, as pessoas jurídicas são sujeitos de direitos, entes dotados de personalidade jurídica distinta da de seus membros.

4.1.SOCIEDADES ENTRE CÔNJUGES

O art. 977 do Código Civil proibiu expressamente a sociedade formada por cônjuges casados pelo regime da comunhão universal ou pela separação legal de bens. A vedação quis evitar eventual burla ao regime de bens do casamento.

O Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI)[13] já assentou que a regra desse artigo se limita à constituição de sociedade entre cônjuges casados no regime da comunhão universal de bens ou no da separação obrigatória, ou desses com terceiros, não proibindo pessoas casadas sob esse regime de bens de contratar sociedade, ainda que sem qualquer vínculo entre si.

Entendo que o fato de o art. 977 do Código Civil se encontrar no Capítulo II (Capacidade) do Título I (Do empresário) do Livro II (Do direito da empresa) não restringe sua aplicação às sociedades empresariais. Não existe peculiaridade alguma nas características conceituais da sociedade simples e das empresariais que determine a aplicação desse artigo apenas às sociedades empresariais.[14]

Sobre o tema:

E. nº 205 do CJF: "(...) (1) a vedação à participação de cônjuges casados nas condições previstas no artigo refere-se unicamente a uma mesma sociedade; (...)".

4.2.CLASSIFICAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS

A)**Quanto à nacionalidade:**
A1)Pessoa jurídica nacional[15]
A2)Pessoa jurídica estrangeira[16]

B)**Quanto ao objeto ou à atuação:**
B1)Pessoa jurídica de direito público
B.1.1)Pessoa jurídica de direito público externo[17]
B.1.2)Pessoa jurídica de direito público interno[18]
B.1.2.1)Pessoa jurídica da administração direta
B.1.2.2)Pessoa jurídica da administração indireta

B2)Pessoa jurídica de direito privado[19]
B2.1)Corporações
B.2.1.1)Associações[20]
B.2.1.2)Sociedade simples[21]
B.2.1.3)Sociedade empresária[22]
B.2.2) Fundações[23]

C)**Quanto à finalidade de lucro:**
C1)Pessoas jurídicas com fim lucrativo
C.1.1)Sociedades empresárias – sociedades que exercem atividade econômica organizada.
C.1.2)Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada
C.1.3)Sociedades simples – sociedades atividade econômica, mas não há o elemento da organização
C.2)Pessoas Jurídicas sem fim lucrativo:
C.2.1)Associações[24]
C.2.2)Fundações[25]

4.3.CLASSIFICAÇÃO DAS SOCIEDADES

Antes da unificação parcial dos Direitos Civil e Comercial, as sociedades (gênero) eram classificadas em sociedades com fins lucrativos (mercantis e civis) e sociedades sem fins lucrativos (fundações e associações).

O art. 981 do Código Civil diz que celebram contrato de sociedade as pessoas (físicas ou jurídicas) que, reciprocamente, se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de atividade econômica, e a partilha, entre si, dos resultados. O art. 44 do mesmo álbum diz serem pessoas jurídicas de direito privado as associações, as sociedades e as fundações. As fundações são criadas pela vontade de seu instituidor, por escritura

pública ou testamento, com dotação especial de bens livres e especificação dos fins a que se destinam, declarando, se quiserem a maneira de administrá-las. Podem constituir-se somente para fins religiosos, morais, culturais ou assistenciais.[26] As associações resultam da união de pessoas que se organizam para fins não econômicos.[27] As sociedades também resultam da união de pessoas que, reciprocamente, se obrigam a contribuir para o exercício de atividade econômica e que partilham os resultados entre si. Não há confusão possível entre associações e sociedades. As primeiras (associações) são instituições sem fins lucrativos. Diferem das sociedades, que têm no lucro a sua finalidade principal. Tavares Borba anota que "(...) na associação, ainda que se apure resultado financeiro positivo, este se destinará à manutenção dos fins sociais; na sociedade, a destinação do lucro é a sua distribuição entre os sócios".

Com o Código Civil, as associações e fundações não mais podem ser classificadas como espécies do gênero "sociedades sem fins lucrativos". As sociedades, associações e fundações têm a mesma natureza jurídica: são pessoas jurídicas de direito privado.[28] As associações e fundações não objetivam lucro nem exercem atividade econômica, diferentemente das sociedades simples e empresárias, que exercem atividade econômica e, por disposição legal, visam lucro.[29] Nas sociedades empresárias, a atividade econômica é organizada, há elemento de empresa,[30] diferentemente das sociedades simples, em que a atividade econômica é exercida pelos próprios sócios, ainda que com a ajuda de profissionais a eles ligada.

É cediço que, com o advento do Código Civil, não mais subsiste a divisão das sociedades em sociedades "com fins lucrativos" (civis e mercantis) e "sem fins lucrativos" (associações e fundações). A existência de uma sociedade pressupõe um acordo de vontade entre duas ou mais pessoas no sentido de realizarem determinada atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.[31]

Não é demais relembrar que as Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada não podem ser concebidas como sociedades. Como já dito, são pessoas jurídicas de direito privado[32].

As sociedades se dividem em:

1)**Quanto à natureza dos atos constitutivos:**
A)contratual[33] – sociedades regidas pelo Código Civil;[34]
B)institucional[35]

2)**Quanto à espécie:**
A)Sociedade empresária;[36]
B)Sociedade simples[37]

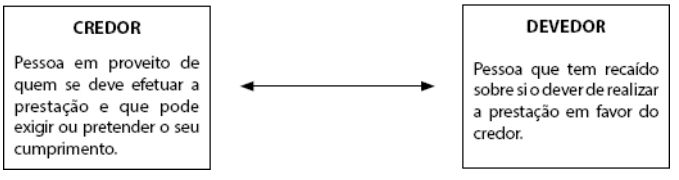
3)**Quanto ao tipo ou forma societária:**

A)Sociedade em nome coletivo;[38]
B)Sociedade em comandita simples;[39]
C)Sociedade limitada;[40]
D)Sociedade anônima;[41]
E)Sociedade em comandita por ações.[42]

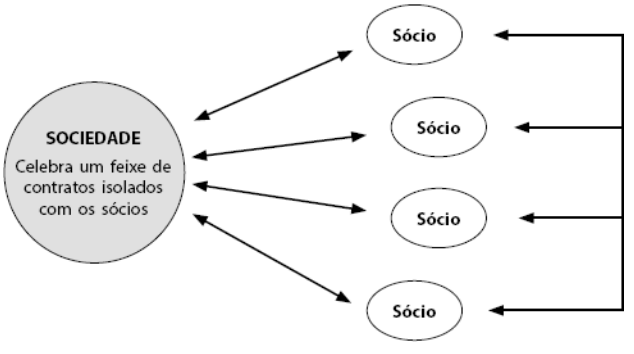
O Código Civil confere natureza contratual às sociedades ao estatuir, no art. 966 que, "celebram contrato de sociedade (...)". Defendo a natureza plurilateral do contrato de sociedade em razão da convergência de vontades dos sócios, diferentemente dos contratos bilaterais em que os interesses dos contratantes são antagônicos. Filio-me à tese que Tullio Ascarelli sustentou há muito, de forma magistral, que, "à pluralidade corresponde a circunstância de que os interesses contrastantes das várias partes devem ser unificados por meio de uma finalidade comum; os contratos plurilaterais aparecem como contratos com comunhão de fim. Cada uma das partes obriga-se, de fato, para com todas as outras, e para com todas as outras adquire direitos; é natural, portanto, coordená-los, todos, em torno de um fim, de um escopo comum".

Em resumo:

CONTRATO BILATERAL



CONTRATO PLURILATERAL



4)**Quanto à personificação:**
A)Sociedade personificada[43]
B)Sociedade não personificada ou sociedade em comum[44]

5)**Quanto à pessoa dos sócios:**
A)Sociedade de pessoas
B)Sociedade de capital

Em resumo:

CLASSIFICAÇÃO DAS SOCIEDADES E PESSOAS JURÍDICAS			
NACIONALIDADE	Nacional	Estrangeira	
OBJETO OU ATUAÇÃO	Direito público	Direito privado	
PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO	Externo	Interno	
PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO INTERNO	Administração direta	Administração indireta	
PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO	Corporações	Fundações	
CORPORAÇÕES	Associações	Sociedades simples	Sociedade empresária
NATUREZA DOS ATOS CONSTITUTIVOS	Contratual[44]	Institucional[45]	
ESPÉCIES	Simples[46]	Empresária[47]	
TIPOS OU FORMAS	Arts. 1039/1092 do CC		
PERSONIFICAÇÃO	Personificada[48]	Não personificada ou em comum[49]	
PESSOA DOS SÓCIOS	Capital	Pessoas	
OBJETO SOCIAL	Empresária	Simples	
PESSOAS JURÍDICAS COM FINS LUCRATIVOS	Sociedades	Empresa Individual de Responsabilidade Limitada	
PESSOAS JURÍDICAS SEM FINS LUCRATIVOS	Associações	Fundações	

QUADRO SINÓTICO

CÓDIGO CIVIL – 1916	CÓDIGO COMERCIAL	CÓDIGO CIVIL – 2002
Profissional liberal e	**Comerciante**	**Empresário**

prestadores de serviços– pessoas físicas, não comerciantes, que exerciam atividades em nome próprio.	**individual** – pessoa natural que exercia atos de comércio em nome próprio.	**individual** – pessoa natural que exerce, em nome próprio, atividade econômica organizada.
Sociedades – Eram caracterizadas como gênero, cujas espécies eram as **com fim lucrativo**(sociedades civis e mercantis) e as **sem fim lucrativo** (associações e fundações).	**Sociedades** – Eram caracterizadas como gênero, cujas espécies eram as **com fim lucrativo** (sociedades civis e mercantis) e as**sem fim lucrativo** (associações e fundações).	**Sociedades** – São pessoas jurídicas de direito privado, formadas pela união de pessoas que, reciprocamente, se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de atividade econômica e a partilha dos resultados entre si.
Sociedades civis – Características: a) espécie de sociedade com fim lucrativo, regida pelo Código Civil; b) não exerciam atos de comércio, mas atividades civis c) destino do lucro – reinvestido na própria sociedade; d) regularidade – necessidade do registro dos atos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas;	**Sociedades mercantis** – Características: a) espécie de sociedade com fim lucrativo, regida pelo Código Comercial; b) exerciam atividades mercantis, ou seja, praticavam atos de comércio com habitualidade, em caráter profissional e oneroso; c) destino do lucro – rateio entre os sócios; d) regularidade – necessidade do registro dos atos na Junta Comercial;	**Empresa individual de responsabilidade limitada** – pessoa jurídica de direito privado – art. 980-A do Código Civil.

e) incidência em insolvência civil, caracterizada sempre que o passivo superava o ativo.	e) incidência em falência, caracterizadas a impontualidade ou prática de atos de falência.	
A classificação das antigas sociedades civis em simples ou empresárias depende do objeto da sociedade: se organizada a atividade econômica, será empresária; caso contrário, simples.	As antigas sociedades mercantis são, atualmente, classificadas como sociedades empresárias.	**Sociedades empresárias** – Características: a) espécie de sociedade com fim lucrativo regida pelo Código Civil; b) exercem atividade economicamente organizada (empresa); c) destino do lucro – rateio entre os sócios; d) regularidade – necessidade de registro dos atos no Registro Público de Empresas Mercantis; e) incidência em falência, caracterizada a impontualidade, a execução frustrada ou a prática de atos de falência.
A classificação das antigas sociedades civis em simples ou empresárias depende do objeto da sociedade: se organizada a atividade econômica, será empresária; se não, simples.		**Sociedade Simples** – Características: a) espécie de sociedade com fim lucrativo, regida pelo Código Civil: b) exercem atividade econômica;

		c) destino do lucro – rateio entre os sócios; d) regularidade – necessidade de registro dos atos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas; e) incidência em insolvência se o passivo superar o ativo.

4.4.ELEMENTOS ESSENCIAIS

O contrato de sociedade deve possuir elementos específicos, dentre os quais se destacam:

1º)a **contribuição dos sócios em bens corpóreos**[51] **ou incorpóreos**[52] ou serviços para a formação do capital social.

Sobre o tema:

E. nº 206 do CJF: "A contribuição em serviços somente é permitida nas sociedades simples puras e nas cooperativas".

2º)**partilha dos lucros e perdas entre os sócios**. A lei considera nula qualquer cláusula contratual em sentido contrário.[53] Os sócios devem estabelecer expressamente no contrato social a forma de distribuição dos lucros e perdas, não se exigindo, contudo, a divisão proporcional. É vedada a estipulação de cláusula leonina, como a distribuição de lucros ou a imposição das perdas a apenas um sócio. Os sócios que contribuírem somente com serviços participarão apenas dos lucros na proporção média do valor das quotas.[54]

3º)**pluralidade de sócios**. O direito brasileiro não admite sociedades unipessoais, isto é, sociedades formadas por um único sócio. Em regra, há necessidade de pelo menos dois sócios para a existência de uma sociedade, exceto nas seguintes hipóteses:

I)art. 206, I, "d", da Lei nº 6.404/1976 – unipessoalidade temporária e incidente nas sociedades anônimas. Nesse caso, o quadro social deve ser recomposto no máximo até a realização da assembleia-geral do ano seguinte,

sob pena de o funcionamento irregular da sociedade acarretar a responsabilidade pessoal e ilimitada do acionista;

II)art. 251 da Lei nº 6.404/1976 – subsidiária integral – companhia que tem como único acionista uma sociedade brasileira;

III)art. 77, § 2º, II, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro c/c art. 5º, II, do DL. nº 200/1967 – empresas públicas (desde que a totalidade de seu capital social pertença a um único ente);

IV)arts. 1.033, IV, e 1.051, II, do Código Civil – unipessoalidade temporária e incidente nas sociedades contratuais previstas no Código Civil. O quadro social deve ser recomposto no prazo de 180 dias, sob pena de dissolução de pleno direito da sociedade.

O item 3.2.13.1 da IN DREI nº 10, publicada no *DOU* 237, de 6 de dezembro de 2013, dispõe:

"3.2.13.1 – Sociedade unipessoal: Mesmo sem estipulação expressa a respeito, a sociedade reduzida a um único sócio, pela morte ou retirada dos demais, não se dissolve automaticamente, admitido o prazo de cento e oitenta dias, a contar do falecimento ou retirada, para que seja recomposto o número mínimo de dois sócios, com a admissão de um ou mais novos cotistas.[55] Não recomposto o número mínimo de sócios no prazo de cento e oitenta dias, a sociedade dissolve-se de pleno direito, cumprindo aos administradores providenciar imediatamente a investidura do liquidante e restringir a gestão própria aos negócios inadiáveis, vedadas novas operações, pelas quais responderão solidária e ilimitadamente (art. 1.036 do Cód. Civil)".

O parágrafo único do art. 1.033, acrescentado pela Lei Complementar nº 128/2008, permite a continuação da atividade pelo sócio remanescente, ainda que seja titular de todas as cotas da sociedade, se requerer no Registro Público de Empresas Mercantis a transformação do registro da sociedade para empresário individual, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 do Código Civil.

Sustento que a hipótese acima pode ser aplicada às sociedades anônimas reduzidas a um único acionista, ao invés de ser-lhes imposta a dissolução de pleno direito.[56] Pensar de forma diversa é conferir tratamento diferenciado às sociedades regidas pelo Código Civil, em flagrante violação aos princípios da isonomia, preservação da empresa e sua função social. Acrescente-se o fundamento de que o art. 1.090 do Código Civil permite sua aplicação supletiva nas hipóteses de omissões da lei das sociedades por ações. Entendo que o apego à literalidade, nesse caso, prejudicaria o acionista remanescente que optasse pela continuação da atividade como empresário individual.

V)sociedades fictícias ou aparentes[57] – sociedades em que um dos sócios detém a quase totalidade do capital social para afastar eventual responsabilidade ilimitada.

<u>Sobre o tema:</u>

"Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Execução fiscal com penhora de bem de sócio-gerente. Embargos de terceiro.

Sociedade realmente fictícia, em que o sócio-gerente é dono de 99,2% do capital, sendo os restantes 0,8% de sua mãe e concunhado. A assertiva de que a pessoa jurídica não se confunde com a do sócio é um princípio jurídico básico, não um tabu, e merece ser desconsiderada quando a sociedade é apenas um alter ego *de seu controlador, na verdade comerciante em nome individual. Lição de Konder Comparato. Embargos de terceiro rejeitados (...)*" (TJRS, *RDM* 63/1983).

"Comercial – Sócia de sociedade de "fachada" – Exclusão – Reparação moral. Aquele que se coloca, ciente, como sócio de "fachada", para viabilizar sociedade entre pessoas com impeditivo legal, assume o risco de sua conduta. Havendo demora em sua retirada da sociedade, após revelar este intuito, não pode postular reparação moral. Ausência de interesse bem reconhecida, quando a ação é ajuizada, e a tutela de exclusão já se fez presente por ato das partes. Sentença que se confirma" (TJRJ, Ap. Cível nº 200500137700, Rel. Ricardo Couto, Décima Quarta Câmara Cível).

"Apelação Cível. Obrigação de fazer. Alteração contratual.

1. Está provado nos autos que o réu se utilizava do nome de seus empregados para incluí-los como sócios fictícios em suas empresas.

2. O autor sofre prejuízos por constar como detentor de quotas que não lhe pertencem. 3. Alteração contratual e exclusão do sócio fictício. Fraude constatada. 4. Apelo que não segue" (TJRJ, Ap. Cível nº 200800150629, Rel. José Carlos Paes, Décima Quarta Câmara Cível).

4º)***affectio societatis*** (intenção dos sócios de se reunirem e permanecerem reunidos para a realização de um fim comum).

Parte da doutrina entende que esse último elemento (*affectio*) somente existe nas sociedades de pessoas, mas não nas de capital. Entendo de forma contrária: a *affectio societatis* tem de estar presente em qualquer sociedade,

seja qual for a sua natureza jurídica. A distinção entre essas sociedades não deve levar em conta a presença ou não desse elemento subjetivo porque a ausência da intenção dos sócios de se associar implica inexistência da própria sociedade. Não há sociedade contra a vontade de se associar. Como muito bem observam Bulhões Pedreira e Alfredo Lamy Filho[58]: "A ideia de que a *affectio societatis* não é apenas a vontade de formar contrato de sociedade, mas requisito da continuidade de sua existência, foi criada pela doutrina moderna, especialmente a francesa, e, apesar de contestada, continua a ser repetida por muitos autores. Segundo o mencionado na doutrina, *affectio societatis* significa disposição psíquica ou o interesse dos sócios de cooperar para o fim comum, que não se confunde com a manifestação de vontade que forma, através do *consensus*, o contrato: é requisito necessário tanto para formação do contrato quanto para a continuidade de sua existência, e sua perda por um dos sócios será fundamento para dissolução da sociedade, ainda que contratada por prazo certo ou a termo".

Paul Pic[59] afirma que "não há sociedade sem vontade, em todos os contratantes, de cooperar, direta ou indiretamente, na obra comum, sem a comunhão de capitais (lato senso) e dos esforços pessoais dos membros". Lagarde define sociedade como a "vontade de união e aceitação das áleas comuns".

O que define se uma sociedade é de capital ou de pessoas é o seu elemento preponderante. Nas de capital, o elemento primordial é a contribuição dos sócios para a constituição da sociedade. Nas de pessoas, o que importa é a figura do sócio, isto é, a pessoalidade, o caráter *intuitu personae* dos sócios. Requião ensina que a *affectio societatis* é um elemento característico do contrato de sociedade, servindo para distingui-la de outros tipos de contratos. Forma-se a sociedade de pessoas em razão dos próprios integrantes, isto é, em consideração às qualidades pessoais e subjetivas dos sócios daí por que a cessão da participação de cada sócio na constituição do capital social desse tipo de sociedade é restrita, ou proibida, exatamente para preservar a intenção inicial de constituição e evitar o ingresso de terceiros estranhos aos quadros sociais. A sociedade de capital leva em conta a contribuição dos sócios para a sociedade. Não são importantes a figura do sócio ou suas qualidades pessoais. O que determina a associação entre eles é a parcela do capital com que cada um contribui para a constituição da sociedade. A negociação de suas participações é livre, permitida a entrada de terceiros estranhos à sua conformação inicial.

Esse, por sinal, o entendimento do E. STJ, *litteris*:

I – Recurso Especial. Sociedade anônima. Pedido de dissolução integral. Sentença que decreta dissolução parcial e determina a apuração de haveres. Julgamento *extra petita*.

Inexistência. Não é *extra petita* a sentença que decreta a dissolução parcial da sociedade anônima quando o autor pede sua dissolução integral.

II – Participação societária do autor. Controvérsia. Definição postergada à fase de liquidação da sentença. Impossibilidade de exame da alegada ilegitimidade ativa.

1. A Lei 6.404/1976 exige que o pedido de dissolução da sociedade parta de quem detém pelo menos 5% do capital social.

2. Se o percentual da participação societária do autor é controvertido nos autos e sua definição foi remetida para a fase de liquidação da sentença, é impossível, em recurso especial, apreciar a alegação de ilegitimidade ativa.

III – Sociedade anônima. Dissolução parcial. Possibilidade jurídica.

Requisitos.

1. Normalmente não se decreta dissolução parcial de sociedade anônima: a Lei das S/A prevê formas específicas de retirada – voluntária ou não – do acionista dissidente.

2. Essa possibilidade é manifesta quando a sociedade, embora formalmente anônima, funciona de fato como entidade familiar, em tudo semelhante à sociedade por cotas de responsabilidade limitada.

IV – Apuração de haveres do acionista dissidente. Simples reembolso rejeitado no acórdão recorrido. Fundamento não atacado. Súmula 283/STF.

– Não merece exame a questão decidida pelo acórdão recorrido com base em mais de um fundamento suficiente, se todos eles não foram atacados especificamente no recurso especial" (REsp 507490/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

"Comercial. Dissolução de sociedade anônima de capital fechado. Art. 206 da Lei nº 6.404/1976. Não distribuição de dividendos por razoável lapso de tempo. Sociedade constituída para desenvolvimento de projetos florestais. Plantio de árvores de longo prazo de maturação. Empresa cuja atividade não produz lucros em curto prazo. Inexistência de impossibilidade jurídica. Necessidade, contudo, de exame do caso em concreto. Insubsistência do argumento de reduzida composição do quadro social, se ausente o vínculo de natureza pessoal e nem se tratar de grupo familiar.

Não há impossibilidade jurídica no pedido de dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado, que pode ser analisado sob a ótica do art. 335, item 5, do Código Comercial, desde que diante de peculiaridades do caso concreto. A affectio societatis decorre do sentimento de empreendimento comum que reúne os sócios em torno do objeto social, e não como consequência lógica do restrito quadro social, característica peculiar da maioria das sociedades anônimas de capital fechado. Não é plausível a dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado sem antes aferir cada uma e todas as razões que militam em prol da preservação da empresa e da cessação de sua função social, tendo em vista que o interesse social há que prevalecer sobre os de natureza pessoal de alguns dos acionistas" (REsp. 247002/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi).

"Comercial. Sociedade anônima familiar. Dissolução parcial. Inexistência de *affectio societatis*. Possibilidade. Matéria Pacificada.

I. A 2ª Seção, quando do julgamento do EREsp n. 111.294/PR (Rel. Min. Castro Filho, por maioria, DJU de 10.09.2007), adotou o entendimento de que é possível a dissolução *de* sociedade anônima *familiar quando houver quebra da* affectio societatis.

II. Embargos conhecidos e providos, para julgar procedente a ação de dissolução parcial" (Eresp 419174/SP, Rel Min. Aldir Passarinho Junior).

"Dissolução parcial de sociedade anônima. Precedente da Segunda Seção.

1. Como já decidiu a Segunda Seção desta Corte, é possível a dissolução parcial *de* sociedade anônima, *com a retirada dos sócios dissidentes, após a apuração de seus haveres em função do valor real do ativo e do passivo (EREsp nº 111.294/PR, Relator o Ministro Castro Filho, julgado em 28/6/06).*

2. Recurso especial conhecido e provido" (REsp 651722/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Direito).

"Direito comercial. Sociedade anônima. Grupo familiar. Inexistência de lucros e de distribuição de dividendos há vários anos. Dissolução parcial. Sócios minoritários. Possibilidade.

Pelas peculiaridades da espécie, em que o elemento preponderante, quando do recrutamento dos sócios, para a constituição da sociedade anônima envolvendo pequeno grupo familiar, foi a afeição pessoal que reinava entre eles, a quebra da affecttio societatis, conjugada à inexistência de lucros e de distribuição de dividendos, por longos anos, pode se constituir em elemento ensejador da dissolução parcial da sociedade, pois seria injusto manter o acionista prisioneiro da sociedade, com o seu investimento improdutivo, na expressão de Rubens Requião. O princípio da preservação da sociedade e de sua utilidade social afasta a dissolução integral da sociedade anônima, conduzindo à dissolução parcial. Recurso parcialmente conhecido, mas improvido" (REsp nº 111294/PR, REsp 1996/0066757-8, Rel. Min. Barros Monteiro).

"Medida cautelar. Liminar a ser referendada. Sociedade anônima. Dissolução. Efeito suspensivo a recurso especial. Requisitos presentes.

Não é tranquila a questão da possibilidade de dissolução parcial de sociedade anônima, por ruptura da affecttio societatis, daí a presença do fumus boni iuris. O periculum in mora, por sua vez, decorre da expedição da requerida carta de sentença. Liminar referendada" (MC 3438/SP, Rel. Min. Barros Monteiro).

Sobre o tema:

E. nº 390 do CJF: "Em regra, é livre a retirada de sócio nas sociedades limitadas e anônimas fechadas, por prazo indeterminado, desde que tenham integralizado a respectiva parcela do capital, operando-se a denúncia (arts. 473 e 1.029)".

E. nº 480 do CJF: "Art. 1.029. Revogado o Enunciado n. 390 da III Jornada".

4.5.ATOS CONSTITUTIVOS

As sociedades podem constituir-se por instrumento público ou particular, com a observância dos requisitos do art. 104 do Código Civil, sendo os atos

constitutivos arquivados no órgão competente.[60] Quanto à natureza jurídica dos atos constitutivos, as sociedades classificam-se em contratuais e institucionais. As contratuais dependem, para a sua constituição, da manifestação de vontade de seus sócios (*v.g.*, a sociedade simples, as sociedades em nome coletivo, as sociedades em comandita simples e as limitadas). Nessa hipótese, temos um contrato plurilateral,[61] ou seja, a união de várias pessoas dirigidas a um fim comum. As institucionais não dependem de um contrato para se constituir, mas de um ato institucional. São consideradas verdadeiras instituições (*v.g.*, sociedades anônimas).

Segundo o Código Civil, o registro dos atos constitutivos das sociedades simples e empresárias deve ser requerido pela pessoa a isso obrigada por lei. Em caso de omissão ou demora, o registro pode ser pedido pelo sócio ou por qualquer interessado.[62] As pessoas obrigadas ao requerimento do registro respondem pelos prejuízos causados pela omissão ou demora.[63] A inobservância dessa regra torna a sociedade não personificada.[64]

Sobre o tema:

> E. nº 383 do CJF: "A falta de registro do contrato social (irregularidade originária – art. 998) ou de alteração contratual versando matéria referida no art. 997 (irregularidade superveniente – art. 999, parágrafo único) conduzem à aplicação das regras da sociedade em comum (art. 986)".

Os documentos necessários ao registro devem ser apresentados ao órgão competente[65] no prazo de trinta dias contados da lavratura dos atos constitutivos.[66] Se requerido após esse prazo, o registro somente produzirá efeitos a partir de sua efetiva concessão (efeito ex nunc).

Os órgãos de registros devem ater-se às respectivas competências. O Registro Público de Empresas Mercantis é o órgão competente para o registro das firmas dos empresários e dos atos constitutivos das sociedades empresárias;[67] o Registro Civil das Pessoas Jurídicas o é para as sociedades simples.[68] A inobservância dessa regra de competência torna as sociedades irregulares ou em comum,[69] isto é, não serão[70] dotadas de personalidade jurídica em razão do registro feito em órgão indevido, mas os atos praticados não serão nulos nem anuláveis. Penso que o princípio da boa-fé deve ser levado em consideração na caracterização da sociedade em comum, ou seja, se a dúvida dos sócios quanto ao órgão competente para o ato registral implicar autêntico e inequívoco erro escusável, não devem sofrer a sanção imposta às sociedades em comum, isto é, a ilimitação da responsabilidade. Este é o entendimento do Dr. Venício Antonio de Paula:[71] "(...) o Código Civil põe em relevo e destaque que a eleição, a escolha ou a indicação que deve ser feita pelos próprios sócios, que salvo

situações flagrantemente indevidas, deverão ser respeitadas pelos órgãos de registro, sem peias ou obstáculos. São os próprios sócios os responsáveis pelo enquadramento inicial, de forma que deverão indicar e nomear a forma de enquadramento, quer como sociedade simples, quer como empresária. (...) deverão seguir o padrão do novo estatuto, em respeito e homenagem à indicação feita pelos próprios sócios, que respondem por tal enquadramento, conquanto este enquadramento não é aleatório, na medida em que não decorre simplesmente da vontade, mas que provém deste especial elo entre os sócios e a atividade econômica a ser desenvolvida. Para o cumprimento de tal desiderato, os novos estatutos sociais devem declinar a devida indicação do tipo de sociedade, de forma nítida e clara, sem o que a inscrição poderá ser obstada, salvo nos casos em que tal menção se mostra suficientemente caracterizada pela estruturação da própria entidade (...)".

O registro em órgão indevido provoca as seguintes consequências em relação às sociedades:

a)sociedades empresárias cujos atos constitutivos não sejam registrados no Registro Público de Empresas Mercantis não poderão requerer recuperação judicial ou extrajudicial,[72] mas incidem em falência (natureza declaratória do registro).
b)são consideradas não personificadas ou em comum.[73]
c)a responsabilidade dos sócios passa a ser ilimitada.[74]
d)os livros empresariais não podem ser exibidos em juízo como prova do empresário.[75]

O art. 998 do Código Civil determina a inscrição dos atos das sociedades simples no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. O art. 967 torna obrigatória a inscrição dos atos constitutivos da sociedade empresária no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade. Dissemos que a natureza jurídica desse registro é de mera declaração, pois, exceto para os rurais,[76] não caracteriza a condição de empresário.

Sobre o tema:

E. nº 198 do CJF: "Art. 967: A inscrição do empresário na Junta Comercial não é requisito para a sua caracterização, admitindo-se o exercício da empresa sem tal providência. O empresário irregular reúne os requisitos do art. 966, sujeitando-se às normas do Código Civil e da legislação comercial, salvo naquilo em forem incompatíveis com a sua condição ou diante de expressa disposição em contrário".

A obrigatoriedade do registro determina, apenas, a regularidade do empresário, isto é, somente a partir do registro é que a sociedade passa a adquirir personalidade jurídica e ter existência legal, podendo, por exemplo, invocar a proteção ao nome empresarial, pedir a recuperação judicial e extrajudicial etc. Para o direito, a existência de sociedade não se confunde com a validade de seus atos, se inexistente o registro. Sociedade que não arquiva seus atos no registro competente é tida como não personificada, aplicando-se-lhe as regras das sociedades em comum. As sociedades em comum, se empresárias, incidem em falência, tendo o registro, como já dito, natureza meramente declaratória. Entender diferentemente levaria ao contrassenso de supor que a lei estaria fomentando a fraude e beneficiando as sociedades despersonificadas ou irregulares. É que, se se sustentar a natureza constitutiva desse registro, as sociedades que não arquivarem os seus atos não ostentarão a condição de empresárias e não incidirão em falência, pois um dos pressupostos subjetivos da quebra é o de que o devedor seja empresário. Essa não foi nem é, por óbvio, a intenção da lei.

Sobre o tema:

> E. nº 199 do CJF: "Art. 967: A inscrição do empresário ou sociedade empresária é requisito delineador de sua regularidade, e não da sua caracterização".

Em razão da competência para o exame prévio de todos os documentos levados a registro, as Juntas Comerciais funcionam como espécie de tribunal administrativo.[77] Não têm função jurisdicional porque sua atuação se restringe ao exame formal dos atos e dos documentos (como, por exemplo, a licitude do objeto social, o preenchimento dos requisitos legais para convocação de assembleia-geral etc.).[78] Requião[79] diz que "um sistema de competência híbrido envolve as Juntas Comerciais. A matéria de comércio própria do direito substantivo é da competência legislativa da União, mas a organização do serviço e do pessoal cabe aos Estados. (...) Assim, desdobra-se a competência jurisdicional em dois sentidos: dos atos das Juntas Comerciais, no que diz respeito à sua administração, a competência é da Justiça Estadual (...) os atos relativos à parte técnica, substancial, das Juntas Comerciais estão sob o controle jurisdicional da Justiça Federal".

Há quem sustente que o controle jurisdicional das Juntas Comerciais é da competência da justiça estadual, e não da federal, tanto no que concerne à parte administrativa quanto à técnica. Para mim, a competência é da Justiça Federal.

Sobre o tema:

"Competência. Conflito. Justiça Estadual e Justiça Federal. Mandado de Segurança contra ato do Presidente da Junta Comercial do Estado de Minas Gerais. Competência *ratione personae*. Precedentes. Conflito procedente.

I – Em se cuidando de mandado de segurança, a competência se define em razão da qualidade de quem ocupa o polo passivo da relação processual.

II – As Juntas Comerciais efetuam o registro do comércio por delegação federal, sendo da competência da Justiça Federal, a teor do artigo 109-VIII, da Constituição, o julgamento de mandado de segurança contra ato do Presidente daquele órgão.

III – Consoante o art. 32, I, da Lei 8.934/94, o registro do comércio compreende 'a matrícula e seu cancelamento: dos leiloeiros, tradutores públicos e intérpretes comerciais, trapicheiros e administradores de armazéns-gerais'" (CC 31357/MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

"Competência – Mandado de Segurança – Juntas Comerciais. Malgrado as Juntas Comerciais sejam criadas e mantidas pelos Estados, têm natureza federal os serviços que lhe são afetos. Competência da Justiça Federal para julgamento de mandado de segurança relativo a ato que se insira em suas atividades-fim" (REsp 27432/SE, Rel. Min. Eduardo Ribeiro).

"Mandado de Segurança. Junta comercial. Competência. Em se cuidando de ação de mandado de segurança, a competência se define em razão da função desempenhada pela autoridade apontada como coatora. As Juntas Comerciais efetuam o registro do comércio por declaração federal. Competência a teor do artigo 109, VIII, da Constituição da República, da Justiça Federal" (CC nº 1994/PE, Relator Min. Athos Carneiro).

"Conflito negativo de competência. Justiça Estadual e Justiça Federal. Ação proposta por particular contra Junta Comercial. Órgão vinculado à Secretaria da Fazenda Estadual. Competência da Justiça Estadual.

1. A competência federal prevista no art. 109, I, da CF, tem como pressuposto a efetiva presença, no processo, de um dos entes federais ali discriminados.

2. No caso concreto, trata-se de ação de procedimento comum proposta por particular contra a Junta Comercial do Estado de São Paulo – JUCESP, que é órgão subordinado à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, o que evidencia a competência da Justiça Estadual para a causa.

3. Conflito conhecido e declarada a competência do Juízo de Direito da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo – SP, o suscitante". (CC 93176/SP)

"Conflito de Competência. Registro de Comércio. As Juntas Comerciais estão, administrativamente, subordinadas aos Estados, mas as funções por elas exercidas são de natureza federal. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 3ª Vara de Londrina – TJ/SP" (CC 43225/PR).

4.6.RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas é questão sobre a qual a doutrina ainda não acomodou entendimento. É lição encontradiça nos manuais a de que não se pode confundir a figura da sociedade com a de seus sócios. Isso é fato. Como ente abstrato, as sociedades precisam ser presentadas (teoria organicista) ou representadas (teoria da representação). Em geral, a sociedade exerce direitos e obrigações por meio de seu administrador. Em favor da capacidade ativa da pessoa jurídica para o cometimento de crimes há o argumento dos adeptos da responsabilização penal, que se fiam na teoria da realidade objetiva, que tanto pode ter valia no campo civil quanto no penal. Por não ter observado um comando penal, recairá sobre a corporação o juízo de reprovabilidade pela autoria do ilícito. O atuar da pessoa coletiva é manifestado por seus órgãos, que não devem ser confundidos com seus representantes, pois os órgãos são partes da corporação (...). Para o Direito, decorre desse pensamento que a vontade do órgão é a própria vontade da instituição. Esse ponto de vista afigura-se inverso ao do atual Direito Penal Brasileiro, que se funda na responsabilidade individual e na intranscendência da pena.[80]

Segundo Caio Mário, predominando em boa parte da doutrina a "teoria da culpa", e pressupondo esta um ato de vontade, a responsabilidade civil

seria incompatível com a caracterização da pessoa moral como um "ente fictício". Se fosse considerada, como muitos a entendiam, uma "ficção", a pessoa jurídica seria "incapaz de querer" e, em consequência, não lhe seria possível imputar o fato danoso.[81]

É certo que, se a sociedade é representada ou "presentada" por seus sócios, responde como preponente pelos atos dos sócios e administradores. Exemplo disso é o disposto no art. 95, § 2º, da Lei nº 8.212/91,[82] que estipula sanções às pessoas jurídicas que transgredirem seus dispositivos legais, como, por exemplo, suspensão de empréstimos e financiamentos por instituições financeiras oficiais, revisão de incentivos fiscais de tratamento tributário especial, inabilitação para licitar e contratar com qualquer órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta municipal, estadual, federal ou do Distrito Federal, interdição para o exercício da empresa, se for sociedade empresária ou empresário individual, desqualificação para impetrar recuperação judicial etc. Da mesma forma, a Lei Ambiental[83] previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, *prestação de serviços à comunidade*, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica.

Germano da Silva[84] explica que a autoria da pessoa jurídica deriva da capacidade jurídica de ter, voluntariamente – e em desacato do papel social imposto pelo sistema normativo vigente –, causado um resultado. Essa é a ação penalmente relevante. Assim, se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico, e pratica atos no meio social, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal, tal como ocorre na esfera civil.

Para a teoria dos órgãos é cabível a responsabilidade penal apenas em concurso necessário com a pessoa física, uma vez que desvinculá-las é impossível. Trata-se do sistema de dupla imputação, amplamente defendido. Outra – teoria da ficção – nega a possibilidade de imputação de delitos à pessoa jurídica, pois se tal se desse estariam sendo violados os princípios de direito penal. Esse modo de ver o delito sugere, bem por isso, a criação de um novo direito, apelidado "direito de intervenção", meio-termo entre o Direito Penal e o Administrativo. Esse direito híbrido não aplicaria as rigorosas sanções do direito penal, mas eficazes sanções administrativas.

Entendo que a culpa é imputável às pessoas jurídicas porque a intranscendência da pena não pode servir de óbice à sua responsabilização. Dito doutro modo, a pessoa jurídica responde pessoalmente por seus atos. A ninguém escapa a evidência de que pessoas jurídicas são sujeitos de direitos a quem a lei confere personalidade jurídica própria, distinta da de seus sócios.[85] A pessoa jurídica pode ser sujeito ativo de crimes, conforme o disposto no art. 173, § 5º, da Constituição Federal.[86]

A questão da culpabilidade deve transcender ao velho princípio *societas delinquere non potest*. Na sua concepção clássica, não há como se atribuir culpabilidade à pessoa jurídica. Modernamente, no entanto, a culpabilidade nada mais é do que a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, nesse contexto, se limita à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. É certo que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (dolo ou culpa). Ainda aqui, são proveitosos os subsídios de Germano da Silva, para quem, "em princípio, sempre que houver a responsabilidade criminal da sociedade, estará presente também a culpa do administrador que emitiu o comando para a conduta. Do mesmo modo, o preposto que obedece à ordem ilegal, como de resto o empregado que colabora para o resultado. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitam os infratores (pessoas físicas ou jurídicas) a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".[87]

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas por lesão à ordem econômica e financeira está prevista no § 3º do art. 173 da CF/1988. A responsabilidade criminal por infração da ordem tributária lê-se no art. 1º da Lei nº 8.137/1990. Por igual, o art.3º da Lei nº 9.605/1998[88] (o parágrafo único do mencionado diploma legal dispõe sobre a responsabilidade das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato). A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, restritivas de direitos, de prestação de serviços à comunidade, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica. Relativamente à Lei nº 9.605/1998, e às sanções ali previstas, merece nota o fato de estarem inscritas na Parte Geral, e não nos próprios tipos penais. Com razão, a doutrina supõe que sua aplicação prática traga problemas porque exigirá exercício exegético de integração com a Parte Especial.

Segundo o art. 95, § 2º, da Lei nº 8.212/1991,[89]

(...)

"A empresa que transgredir as normas desta Lei, além de outras sanções previstas sujeitar-se-á, nas condições em que dispuser o regulamento:

a)à suspensão de empréstimos e financiamentos, por instituições financeiras oficiais;

b)à revisão de incentivos fiscais de tratamento tributário especial;

c)à inabilitação para licitar e contratar com qualquer órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal;

d)à interdição para o exercício do comércio, se for sociedade mercantil ou comerciante individual;

e)à desqualificação para impetrar concordata;

f)à cassação de autorização para funcionar no país, quando for o caso".

Eládio Lecey[90] pondera que as penas de prestação de serviços à comunidade – custeio de projetos ambientais, recuperação de áreas degradadas, contribuições a entidades ambientais etc. – "servirão como autêntica forma de reinserção da pessoa coletiva com expressivo retorno à tutela do meio ambiente". Como é garantia constitucional[91] que nenhuma pena passe da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas até o limite do valor do patrimônio transferido, discute-se se essas penas não ofendem tal princípio.

Sobre o tema:

"Por maioria de votos, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a possibilidade de se processar penalmente uma pessoa jurídica, mesmo não havendo ação penal em curso contra pessoa física com relação ao crime. A decisão determinou o processamento de ação penal contra a Petrobras, por suposta prática de crime ambiental no ano de 2000, no Paraná. Segundo a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal do Paraná, o rompimento de um duto em refinaria situada no município de Araucária, em 16 de julho de 2000, levou ao derramamento de 4 milhões de litros de óleo cru, poluindo os rios Barigui, Iguaçu e áreas ribeirinhas. A denúncia levou à instauração de ação penal por prática de crime ambiental, buscando a responsabilização criminal do presidente da empresa e do superintendente da refinaria, à época, além da própria Petrobras.

Em *habeas corpus* julgado em 2005 pela Segunda Turma do STF, o presidente da Petrobras conseguiu trancamento da ação penal, alegando inexistência de relação causal entre o vazamento e sua ação. No Superior Tribunal de Justiça (STJ), a 6ª Turma concedeu *habeas corpus* de ofício ao superintendente da empresa, trancando também a ação contra a Petrobras, por entender que o processo penal não poderia prosseguir exclusivamente contra pessoa jurídica. Contra a decisão, o

Ministério Público Federal interpôs o Recurso Extraordinário (RE) 548.181, de relatoria da Ministra Rosa Weber, levado a julgamento na sessão dessa terça (6) da Primeira Turma.

Segundo o voto da Ministra Rosa Weber, a decisão do STJ violou diretamente a Constituição Federal, ao deixar de aplicar um comando expresso, previsto no artigo 225, § 3º, segundo o qual as condutas lesivas ao meio ambiente sujeitam as pessoas físicas e jurídicas a sanções penais e administrativas. Para a relatora do RE, a Constituição não estabelece nenhum condicionamento para a previsão, como fez o STJ ao prever o processamento simultâneo da empresa e da pessoa física.

A Ministra afastou o entendimento do STJ segundo o qual a persecução penal de pessoas jurídicas só é possível se estiver caracterizada ação humana individual. Segundo seu voto, nem sempre é o caso de se imputar determinado ato a uma única pessoa física, pois muitas vezes os atos de uma pessoa jurídica podem ser atribuídos a um conjunto de indivíduos. 'A dificuldade de identificar o responsável leva à impossibilidade de imposição de sanção por delitos ambientais. Não é necessária a demonstração de coautoria da pessoa física', afirmou a ministra, para quem a exigência da presença concomitante da pessoa física e da pessoa jurídica na ação penal esvazia o comando constitucional.

A relatora também abordou a alegação de que o legislador ordinário não teria estabelecido por completo os critérios de imputação da pessoa jurídica por crimes ambientais, e que não haveria como simplesmente querer transpor os paradigmas de imputação das pessoas físicas aos entes coletivos. 'O mais adequado do ponto de vista da norma constitucional será que doutrina e jurisprudência desenvolvam esses critérios', sustentou. Ao votar pelo provimento do RE, a relatora foi acompanhada pelos Ministros Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli. Ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux".[92]

"Recurso ordinário em *habeas corpus*. Penal. Descabimento. Art. 34 da Lei 9.605/98. Crime do meio ambiente.

Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia evidenciada. Recorrente denunciada apenas por integrar o quadro associativo de empresa que teria promovido a pesca proibida. Responsabilização penal objetiva. Ausência de individualização mínima de sua conduta. Recurso provido.

1. O simples fato de a recorrente figurar como sócia-gerente de uma pessoa jurídica não autoriza a instauração de processo criminal por crime contra o meio ambiente, se não restar minimamente comprovado o vínculo com a conduta criminosa, sob pena de se reconhecer impropriamente a responsabilidade penal objetiva.

2. Embora art. 2º da Lei 9.605/98 admita conduta omissiva como relevante para o crime ambiental, devendo da mesma forma ser penalizado também aquele que, na condição de administrador da pessoa jurídica, tenha conhecimento da conduta criminosa e, podendo impedi-la, não o faz, a pessoa física não pode ser a única responsabilizada pelo ilícito penal cometido pela pessoa jurídica, mormente sem qualquer demonstração de sua responsabilidade sobre o evento, em tese, criminoso.

3. Recurso provido para, reconhecendo a inépcia da denúncia, por ausência de individualização da conduta em relação ao crime previsto no art. 34 da Lei 9.605/98, determinar o trancamento da ação penal instaurada em relação à recorrente, sem prejuízo de outra denúncia ser ofertada nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal" (Recurso em Habeas Corpus 34.957/PA (2012/0274046-1).

"Criminal. Crime ambiental praticado por pessoa jurídica. Responsabilização penal do ente coletivo. Possibilidade. Previsão constitucional regulamentada por lei federal. Opção política do legislador. Forma de prevenção de danos ao meio ambiente. Capacidade de ação. Existência jurídica. Atuação dos administradores em nome e em proveito da pessoa jurídica. Culpabilidade como responsabilidade social. Corresponsabilidade. Penas adaptadas à natureza jurídica do ente coletivo. Recurso provido.

I. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado, *juntamente com dois administradores, foi denunciada por crime ambiental, consubstanciado em causar poluição em leito de um rio, através de lançamento de resíduos, tais como, graxas, óleo, lodo, areia e produtos químicos, resultantes da atividade do estabelecimento comercial*.

II. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas *por danos ao meio ambiente*.

III. A responsabilização penal da pessoa jurídica *pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial*.

IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades.

V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal.

VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.

VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

VIII. 'De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado'.

IX. A atuação do colegiado em nome e em proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. A coparticipação

prevê que todos os envolvidos no evento delituoso serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade.

X. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multa, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica.

XI. Não há ofensa ao princípio constitucional de que 'nenhuma pena passará da pessoa do condenado...', pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física – que de qualquer forma contribui para a prática do delito – e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva.

XII. A denúncia oferecida contra a pessoa jurídica de direito privado deve ser acolhida, diante de sua legitimidade para figurar no polo passivo da relação processual penal.

XIII. Recurso provido, nos termos do voto do Relator" (REsp nº 564.960/SC, Rel. Min. Gilson Dipp).[93]

"Penal e processual penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Art. 62 e 3º, da Lei nº 9.605/1998. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Atipicidade da conduta. Inocorrência. Dilação probatória.

I – O trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do writ, *somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie (Precedentes)*.

II – Qualquer entendimento contrário, i.e., no sentido de se reconhecer a atipicidade da conduta do ora paciente, demandaria, necessariamente, o revolvimento do material fático-probatório o que, nesta estreita via, se mostra inviável (Precedentes).

III – Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu

benefício, uma vez que 'não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio' cf. REsp nº 564960/SC, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 13/06/2005 (Precedentes). Recurso desprovido" (RHC 19119/MG, Rel. Min. Félix Fischer).

"Penal. Crime ambiental. Responsabilização da pessoa jurídica. Possibilidade. Delito do art. 60 da Lei nº 9.605/1998. Prescrição da Pretensão punitiva. Extinção da punibilidade. Recurso prejudicado.

1. 'Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio' (REsp nº 889.528/SC, Relator o Ministro Felix Fischer, DJU de 18/6/2007).

2. Omissis.

3. Recurso especial parcialmente provido" (REsp 847476/SC, Rel Min. Paulo Gallotti).

"Penal e processual penal. Habeas corpus. Crime ambiental. Impossibilidade de qualificar-se a pessoa jurídica como paciente no *writ*. Sistema ou teoria da dupla imputação. Denúncia. Inépcia não verificada.

I – A orientação jurisprudencial desta Corte firmou-se no sentido de não se admitir a utilização do remédio heroico em favor de pessoa jurídica (Precedentes).

II – Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que 'não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio' cf. REsp nº 564960/SC, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 13/06/2005 (Precedentes).

III – A denúncia, a teor do que prescreve o art. 41 do CPP, encontra-se formalmente apta a sustentar a acusação formulada contra o paciente, porquanto descrita sua participação nos fatos em apuração, não decorrendo a imputação, de outro lado, pelo simples fato de ser gerente da pessoa jurídica ré. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada" (HC 93867/GO, Rel. Min. Felix Fischer).

Tese oposta à responsabilização penal das pessoas jurídicas sustenta a aplicação da teoria da ficção, que não reconhece a imputação de delitos à pessoa jurídica em razão da violação de princípios típicos do direito penal. Para o Prof. Alexandre Paranhos Pinheiro Marques:[94] "Atualmente ainda se discute na doutrina acerca da possibilidade ou não da pessoa jurídica figurar como sujeito ativo de uma infração penal. Em que pese a existência de entendimento quanto à viabilidade de a pessoa jurídica posar como autora de um crime, com arrimo na teoria organicista ou da realidade (a personalidade da pessoa jurídica não se confunde com a de seus membros constitutivos), bem como na legislação vigente no ordenamento pátrio (art. 225, § 3º, da Constituição da República e art. 3º da Lei nº 9.605/2008), ouso discordar. Diante da boa técnica, a pessoa jurídica não detém aptidão para praticar atos arrolados a favor de nossa posição, senão vejamos:

a) –"não há como vislumbrar a possibilidade de a pessoa jurídica praticar conduta corporal externa, elemento indispensável para a caracterização do fato típico que integra o conceito operacional de infração penal, que vai de encontro ao princípio da responsabilidade pelo fato (o direito penal não se presta a punir pensamentos, mas tão somente fatos exteriorizados no mundo concreto, que sejam descritos e apontados no tipo penal);

b) –a pessoa jurídica não possui consciência (intenção), não se podendo falar em dolo ou culpa, elementos que necessariamente devem ser observados para a responsabilização pelo Direito Penal, tendo em vista o princípio da responsabilidade subjetiva em que o agente somente será punido por sua conduta se agir com dolo ou culpa, e que também devem ser analisados quando da ação ou omissão (teoria finalista da conduta);

c) –a principal sanção decorrente da aplicação da lei penal é a pena privativa de liberdade, sendo inconteste que a pessoa jurídica jamais poderá ser levada ao cárcere. Com isso, quem acabará respondendo pela infração penal serão seus membros constitutivos, o que flagrantemente viola o princípio constitucional da intranscendência da pena (art. 5º, inciso XLV, da Constituição da República – a sanção penal não poderá passar da pessoa do condenado);

d) –ultrapassados todos os argumentos já trazidos a baila, ainda que admitamos a incidência de uma pena pecuniária ou pena restritiva de direitos, teremos colidência com o princípio da *ultima ratio*, que atribui um caráter subsidiário ao Direito Penal, que somente será aplicado se os demais ramos do direito não forem capazes de tutelar de forma efetiva e eficaz o bem que se pretende proteger. Ora, indiscutivelmente, a via administrativa e a seara cível tutelam as hipóteses em que a pessoa jurídica supostamente causa um dano, e.g., ao meio ambiente, tendo o seu alvará de funcionamento cassado, bem como sendo condenada a pagar uma indenização ou até mesmo a uma obrigação de fazer ou não fazer;

e) –afora o colocado, a hipótese de a pessoa jurídica ser autora de uma infração penal nos traz a ideia da autoria mediata, que ocorre quando o autor indireto se vale de outra pessoa como instrumento para alcançar o seu fim ilícito, onde ela somente será o meio utilizado por seus membros constitutivos, esses responsáveis pelo que fizeram".

Para o Prof. Alcides da Fonseca Neto, "(...) Assim, partindo-se da premissa básica de que a responsabilidade penal continua a ter caráter eminentemente pessoal (art. 5º, da Constituição Federal), importa buscar uma interpretação do controvertido artigo 225, § 3º, a fim de que ele possa se amoldar aos demais dispositivos citados, o que só poderá ser encontrado se for deixada de lado a mera interpretação gramatical. Com efeito, o apontado dispositivo descreve a conduta/atividade e logo a seguir fala em pessoas físicas/jurídicas, culminando por apontar sanções penais /administrativas. Destarte, a única interpretação possível – a fim de que não sejam maculados os demais textos constitucionais já mencionados, assim como também para que não se cometa um equívoco histórico quanto aos paradigmas seguidos por nossa tradição jurídico-penal – é no sentido de que o texto examinado esteja simplesmente afirmando que as condutas das pessoas físicas serão punidas com sanções penais, enquanto as atividades das pessoas jurídicas o serão com sanções administrativas. Apenas isso".[95]

Outra divergência que merece destaque diz respeito à validade da denúncia que não descreva a conduta individual dos acusados por crime contra a ordem tributária, exemplo típico de crime geralmente ocorrido no âmbito de empresas. A corrente que defende a validade da denúncia genérica invoca manifestações jurisprudenciais referentes aos crimes de ação coletiva, como os assaltos, nos quais se dispensa a descrição individualizada das condutas.[96] Para Hugo de Brito Machado,[97] é evidente o equívoco albergado na comparação entre os crimes de autoria coletiva, ou crimes societários, e os crimes cometidos no âmbito de uma empresa dedicada à atividade lícita. Crime societário é aquele em que a sociedade é

celebrada com o objetivo de praticar a conduta ilícita. Nestes, portanto, é razoável admitir-se a desnecessidade da descrição da conduta individual porque o objetivo de cometer o ilícito é comum e constitui o objeto mesmo da sociedade. Há uma sociedade criminosa. Já nos crimes praticados no âmbito de uma empresa dedicada à atividade lícita a situação é bem diversa. Não há sociedade criminosa. A sociedade é constituída para fins lícitos, e o ilícito eventualmente ocorrido é fato anômalo que há de ser imputado a quem o tenha praticado, independentemente da empresa.

Sobre o tema:

"Penal e processual penal. Habeas corpus. Delito tributário. Denúncia. Indícios de autoria. Existência. Ação penal. Trancamento. Falta de justa causa. Constrangimento ilegal não caracterizado. Ordem denegada.

– *É entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça que o trancamento da ação penal, pela via de* habeas corpus, *é medida de exceção, só admissível se emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Não é inepta a denúncia que descreve de forma adequada a conduta incriminada, ainda que não detalhada, se é possível ao denunciado compreender os limites da acusação e, em contrapartida, exercer ampla defesa. Ordem denegada*" (HC 38988/SP, Rel. Min. Paulo Medina).

"Penal e processual penal. Recurso especial. Crime contra a ordem tributária. Art. 288 do Código Penal. Condição de procedibilidade. Condição objetiva de punibilidade. Inépcia da denúncia. Ausência de descrição individualizada da conduta dos acusados. Reconhecimento da continuidade delitiva em relação ao delito de sonegação fiscal. Compatibilidade do concurso material com o crime de quadrilha ou bando. *Reformatio in pejus*. Reexame de prova. Dissídio jurisprudencial não caracterizado.

I – O art. 83 da Lei nº 9.430/96 não criou, como regra geral, qualquer óbice para a atuação do Ministério Público (art. 129, VIII, da Carta Magna).

II – A existência de procedimento administrativo não tem o condão de, em princípio, e por si só, obstar formalmente uma apuração criminal, mormente quando a imputação versa v. g., *sobre omissão de informações às autoridades fazendárias, fraude por meio de omissão de lançamento de operações realizadas nos livros exigidos pela lei, bem como o não fornecimento de nota fiscal obrigatória relativa à prestação de serviços efetivamente realizados*.

III – O cerne da questão se limita ao juízo de admissibilidade da demanda, de caso a caso, na forma exposta nos arts. 41 e 43 do CPP.

IV – Não é, em princípio, indispensável a descrição pormenorizada de cada conduta delitiva no caso de imputação de crime societário. A exigência legal é, aí, mitigada (precedentes do pretório excelso e do STJ).

V – O reconhecimento da continuidade delitiva quanto ao crime contra a ordem tributária não obsta a caracterização do delito previsto no art. 288 do Código Penal (precedentes).

VI – Em recurso exclusivo da defesa é vedado, porquanto reformatio in pejus, *agravar a situação do réu. Afastada a aplicação da majorante do concurso formal*.

VII – Não se conhece do recurso especial na parte que, para o seu objetivo, exige o reexame da quaestio facti*(Súmula nº 7 – STJ)*.

VIII – O dissídio pretoriano deve, em regra, preencher os requisitos estabelecidos nos arts. 255 do RISTJ e 541 do CPC c/c art. 3º do CPP. É indispensável o cotejo analítico, com a demonstração da similitude fática das situações entre o v. Acórdão recorrido e o eventual paradigma colacionado" (REsp nº 569318/RS, Rel. Min. Félix Fisher).

"Recurso em Habeas Corpus. Crime societário. Admissão de denúncia genérica. Garantido o direito à ampla defesa. Inocorrência das hipóteses que autorizam o excepcional trancamento da ação penal. Impossibilidade de revolvimento de provas no remédio heroico.

Recurso a que se nega provimento.

1. O ordenamento jurídico pátrio permite o oferecimento de denúncia geral, em se tratando de crimes societários*em que não for possível separar a contribuição de cada um dos envolvidos para a prática criminosa*.

2. A peça acusatória que imputa conduta penalmente típica narrada de forma regular e que garante o direito à ampla defesa é apta a deflagrar a ação penal.

3. O trancamento de ação penal em sede de habeas corpus justifica-se somente quando verificadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria e prova da materialidade.

4. Questões atinentes ao elemento subjetivo da infração bem como a vinculação do paciente com corréu constituem matéria de prova cuja ponderação sobeja os limites da via heroica.

5. Recurso a que se nega provimento" (RHC 22171/SP, Rel. Min. Jane Silva).

"Na hipótese, o paciente foi denunciado, juntamente com outras duas pessoas, pela prática dos crimes previstos no art. 1º, I e II, da Lei n. 8.137/1990, arts. 334, § 1º, c, e 288 c/c os arts. 29 e 69 do CP, pois em tese teriam, por meio de empresa de fachada, importado mercadorias acabadas para a Zona Franca de Manaus, falsamente declaradas como insumos para industrialização, e realizado a distribuição de tais mercadorias para o resto do país como se tivessem sido produzidas naquela zona franca. A Turma concedeu a ordem ao entendimento de que, embora não se exija, nas hipóteses de crimes societários, a descrição pormenorizada da conduta de cada agente, isso não significa que o órgão acusatório possa deixar de estabelecer qualquer vínculo entre o denunciado e a empreitada criminosa a ele imputada. Consignou-se que o simples fato de constar como sócio-gerente ou administrador de empresa não autoriza a instauração de processo criminal contra eles por crimes supostamente praticados no âmbito da sociedade, se não ficar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito

entre as imputações e a condição de dirigente da empresa, sob pena de reconhecer a responsabilidade penal objetiva. Observou-se que a inexistência absoluta de elementos hábeis a descrever a relação entre os fatos delituosos e a autoria ofende o princípio constitucional da ampla defesa e, no caso, não se verificou a imputação particularizada de qualquer ação penalmente relevante ao paciente, o que torna inepta a denúncia. Precedentes citados do STF: HC 93.683-ES, *DJe* 25/4/2008; HC 84.436-SP, *DJe* 28/3/2008; RHC 85.658-ES, *DJ* 12/8/2005; do STJ: HC 69.999-CE, *DJe* 31/8/2009; HC 108.985-DF, *DJe*15/6/2009, e HC 50.804-SP" (HC 171.976-PA, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 02.12.2010).

4.7.SOCIEDADES DEPENDENTES DE AUTORIZAÇÃO

De modo geral, as sociedades podem constituir-se livremente, se explorarem objeto lícito e cumprirem as formalidades estipuladas por lei, de acordo com o seu objeto. Algumas delas, especialmente por girarem com dinheiro público,[98]somente adquirem personalidade jurídica depois de autorizadas pelo poder público,[99] a quem cabe averiguar a sua idoneidade, a higidez comercial, as garantias e os riscos que oferecem a quem com elas contrata.[100] Se, por lei ou ato do poder público, não houver prazo para a sociedade iniciar o seu funcionamento, a autorização caduca em doze meses contados da publicação da autorização, caso a sociedade não o faça. A autorização de funcionamento se dá por decreto do Poder Executivo Federal e pode ser cassada se houver infração a disposição de ordem pública ou prática de atos contrários aos fins declarados no estatuto. São espécies desse gênero de sociedades as instituições financeiras ou àquelas equiparadas, as administradoras de consórcios, as de crédito, as seguradoras, as de leasing e as operadoras de plano de saúde, entre outras. Afere-se o funcionamento da sociedade no momento em que exerce o seu objeto.

A abertura de um estabelecimento (filial, agência, loja, escritório etc.) traduz a materialização desse funcionamento, o exercício legítimo de sua atuação no país. Sem ele, a empresa (atividade) é clandestina.[101] As sociedades anônimas nacionais, constituídas mediante subscrição pública, somente podem exercer sua atividade e inscrever seus atos constitutivos após a respectiva autorização do Poder Executivo. Os fundadores devem juntar ao requerimento cópias autênticas do projeto do estatuto e do prospecto.[102] Todas as modificações dos atos constitutivos devem ser

autorizadas pelo Poder Executivo, salvo as que decorrerem de aumento de capital social em virtude de utilização de reservas ou reavaliação do ativo.[103]

4.8.SOCIEDADE NACIONAL

É nacional a sociedade organizada em conformidade com a lei brasileira, e que aqui tiver a sede de sua administração.[104]A nacionalidade dos acionistas é irrelevante para a caracterização da sociedade, bastando a constituição em conformidade com a lei. A sociedade pode mudar de nacionalidade, isto é, transferir para outro país a sede de sua administração, se houver consenso dos sócios ou acionistas. Vê-se que o conceito de sociedade nacional é incompleto, com escassez de informação, pois apenas determina a obrigação de a sociedade ter no país a sede de sua administração. Sede social e principal estabelecimento são expressões equívocas, designativas de coisas diversas, e que não podem ser confundidas. Principal estabelecimento (sede administrativa) é o local de onde dimanam as ordens e diretrizes da empresa, o centro de suas decisões. Sede social é domicílio social firmado nos atos constitutivos da sociedade. A sociedade nacional pode ter a sede de sua administração (principal estabelecimento) no país e a sede social noutro lugar. O requerimento de autorização de sociedade nacional deve ser acompanhado de cópia do contrato social subscrito por todos os sócios, ou cópia, autenticada pelos fundadores, dos documentos exigidos por lei especial, caso se trate de sociedade anônima, ou a respectiva certidão, caso a sociedade se tenha constituído por escritura pública. A concessão da autorização é uma potestade do Poder Executivo, observadas as condições econômicas, financeiras ou jurídicas especificadas em lei. Cabe à sociedade mandar publicar no órgão oficial da União os atos de que tratam os arts. 1.128[105] e 1.129[106] do Código, nos trinta dias seguintes à expedição do decreto autorizador, assim como o termo de inscrição.[107]

4.9.SOCIEDADE ESTRANGEIRA

A sociedade estrangeira é constituída segundo as leis do seu país de origem – *lex loci actus* – e não pode funcionar no Brasil, ainda que por estabelecimentos subordinados, sem autorização do Poder Executivo,[108] mas, obtida a autorização, gozará da mesma capacidade que teria em seu país. Nada impede que conserve a sua sede no exterior e aqui exerça suas atividades, mantendo ou não filial, sucursal, agência ou estabelecimento, escritório de representação ou posto comercial. Em casos expressamente autorizados por lei, poderá ser acionista de sociedade anônima brasileira.[109] Observadas as condições exigidas por lei, será expedido decreto de autorização pelo Poder Executivo. Esse decreto deve

mencionar o montante do capital destinado às operações no País, cabendo à sociedade promover a publicação de seus atos. A autorização é um ato discricionário do Poder Executivo e pode vincular a sua concessão à satisfação de certas condições, necessárias ou convenientes à defesa dos interesses nacionais.

O pedido de autorização deve ser instruído com documentos listados no § 1º do art. 1.134 do Código Civil, autênticos segundo a lei de origem da sociedade estrangeira e legalizados no consulado brasileiro da respectiva sede, todos acompanhados de tradução para o vernáculo. A sociedade requerente tem de provar que se acha constituída conforme a lei do seu país, juntar o inteiro teor do contrato ou estatuto, indicar a relação dos membros de todos os órgãos de sua administração com nome, nacionalidade, profissão, domicílio e o valor da participação de cada acionista no capital da sociedade, acostar cópia do ato que autorizou o funcionamento no Brasil e fixou o capital destinado às operações no território nacional, fazer prova de nomeação do representante no Brasil com poderes expressos para aceitar as condições exigidas para a autorização e juntar cópia do último balanço. Qualquer modificação nos atos constitutivos somente produzirá efeitos no território nacional após a devida aprovação pelo Poder Executivo. A sociedade estrangeira autorizada a funcionar no território nacional não pode iniciar suas atividades antes de sua inscrição no registro do lugar em que se estabelecer. Sujeita-se às leis e aos tribunais brasileiros quanto aos atos e operações praticados no Brasil. A lei do país de origem fica definitivamente afastada. Toda alteração que fizer nos estatutos, no país de origem, somente terá eficácia no Brasil se aprovada pelo Poder Executivo.[110] Por lei, obriga-se a manter no Brasil, de modo permanente, representante (diretor ou procurador) com poderes para resolver quaisquer questões e receber citação judicial pela sociedade. Pode adotar o nome que tiver em seu país de origem e acrescentar as expressões "do Brasil" ou "para o Brasil". Sob pena de cassação, obriga-se a reproduzir no órgão oficial da União e do Estado, se for o caso, as publicações que, segundo a lei do seu país, esteja obrigada a fazer quanto ao balanço patrimonial, ao resultado econômico e aos atos de sua administração, além de publicar os balanços das sucursais, filiais ou agências existentes no País onde atua ou vier atuar. As sociedades constituídas no Brasil são brasileiras, mas perdem essa personalidade se transferirem a sua sede para o exterior. Da mesma forma, as sociedades estrangeiras poderão, mediante autorização do Poder Executivo, nacionalizar-se brasileiras e para aqui transferir a sua sede.[111]

Sobre o tema:

E. nº 486 do CJF: "Art. 1.134: A sociedade estrangeira pode, independentemente de autorização do Poder Executivo, ser sócia em sociedades de outros tipos além das anônimas".[112]

4.10.SOCIEDADE COOPERATIVA[113]

A Revista Coopera Trabalho — Revista do Cooperativismo de Trabalho — nº 18, ano V, de setembro/2009, estimou que o número de cooperativas, inclusive de trabalho, cresceu a uma taxa média de 19% ao ano. O número de cooperados cresceu 15% em relação ao ano passado. Cresce em todo o país o interesse pelo cooperativismo como força de contornar o desemprego e a crise decorrente da extinção gradativa dos postos de trabalho, seja pela própria retração da economia, seja pela robotização do emprego. Segundo o senador Gilberto Goeller, "o cooperativismo representa uma fórmula democrática de superar problemas socioeconômicos, especialmente em momentos de crise". No Senado, tramitam vários projetos de lei voltados ao sistema cooperativo. O senador Osmar Dias (PDT-PR) apresentou o PLS 03/2007, que propõe um tratamento tributário diferenciado para as sociedades cooperativas a fim de torná-las mais competitivas.[114] O senador Eduardo Suplicy é autor do Projeto de Lei PLS 153/2007, sobre o mesmo tema. Esse projeto corre em anexo ao PLS 3/2007(de Osmar Dias) e ambos tramitam na Comissão de Constituição e Justiça. Segundo o senador Renato Casagrande (PSB-ES), relator desses projetos, a atividade cooperativa movimenta, no mundo, cerca de 2,4 bilhões de pessoas, comandadas por 800 milhões de sócios. No Brasil, são 8 milhões de cooperativados, sete mil cooperativas registradas e que geram 254 mil empregos diretos.[115] O deputado Odacir Zonta (PP/SC), presidente da Frente Parlamentar do Cooperativismo, diz que o cooperativismo tem, no Brasil, a principal função de inclusão social porque o capital social da cooperativa é a própria pessoa humana e a dignidade da família. O senador Arthur Virgílio (PSDB/AM) é um forte aliado do sistema cooperativo, assim como os senadores Marcelo Crivela (PSB/RJ), Marconi Perillo (PSDB/GO), Valdir Raupp (PMDB/RO) e Serys Slhessarenko. O Ministro Ives Gandra Martins Filho, antigo opositor do sistema cooperativo, mudou de entendimento e está convicto de que se trata de uma forma lícita de inserção no mercado de trabalho e de geração de empregos. Disse isso no seminário "O Cooperativismo e as Novas Relações de Trabalho no Brasil", no dia de 2/9/2009, realizado no Rio Grande do Sul pela Federação das Cooperativas de Trabalho do Rio Grande do Sul (Fetrabalho/RS) e a Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 4ª Região (AMATRA 4) no Auditório Ruy Cirne Lima. Por sua vez, o deputado Arnaldo Jardim informa que a "cooperativa de crédito" teve,

neste ano, crescimento de 36%, contra os 28% de todo o sistema financeiro nacional. Disse, ainda, que a expectativa é de crescimento de 25% acima da expansão geral do mercado, agregando 600 mil novos associados e chegando a 4,8 milhões no total, o que deve elevar as operações de crédito a algo em torno de R$50 bilhões em ativos, contra os R$ 44,5 bilhões do ano passado.

No plano legislativo, o § 8º do art. 72 da Constituição da República de 1.891 não se referiu ao cooperativismo, mas assegurou a liberdade de associação. Assim, também, a Lei Federal nº 173, de 10/9/1893. O Decreto Federal nº 6.532, de 26/7/1907, definiu concretamente o cooperativismo e apresentou algumas de suas características essenciais. O D. nº 22.239, de 19/12/1932 foi a primeira lei a organizar o cooperativismo no país. O DL. nº 59, de 21/11/1966, regulamentado pelo D. nº 60.597/1967, criou o Banco Nacional de Crédito Cooperativo – BNCC – e o Conselho Nacional de Cooperativismo – CNC. Atualmente, as sociedades cooperativas encontram sua disciplina legal no art. 174, § 2º, da CF/1988, na Lei nº 5.764/1971 e, mais recentemente, no parágrafo único do art. 442 da CLT, com a redação da Lei nº 8.949/1994.

O cooperativismo teve origem no século XIX, primeiro na Inglaterra e depois na Suíça, Alemanha e França, a partir das ideias do inglês Robert Owen (1771-1858), a quem a doutrina autorizada credita a primazia da idealização do movimento e a criação dos seus princípios fundamentais. Owen acreditava que o homem é um produto do meio social. Combateu o lucro e a concorrência e com isso, despertou nos trabalhadores o interesse pelo trabalho compartilhado pelo uso comum das riquezas naturais. O princípio fundamental do cooperativismo é, pois, a ajuda mútua e o trabalho solidário, sem intuito de lucro. O sistema concretizou-se em 1844 no povoado inglês de Rochdale, Manchester, onde 28 tecelões, premidos pelo desemprego gerado pelo advento das máquinas de fiar, pelos altos custos da economia de subsistência e explorados pelo truck-system[116] do patronato fundaram a Sociedade dos Homens Probos de Rochdale e montaram, primeiro, um armazém para fornecimento subsidiado de mantimentos e, depois, para a construção de casas para seus membros.

No Brasil, a primeira cooperativa organizada foi a Associação Cooperativa dos Empregados da Companhia Telefônica de Limeira e, depois, a Cooperativa Militar de Consumo e a Cooperativa do Proletariado Industrial de Camaragibe.

Qualquer que seja a sua constituição, a cooperativa é uma associação voluntária de pessoas, que tem por fim a melhoria econômica e social de seus membros pela exploração de uma empresa em que contribuem com seu esforço pessoal para obter, para si e para o grupo, vantagens comuns partilhadas na proporção da produção de cada um. A cooperativa autêntica

baseia-se na ajuda mútua e nos princípios de Rochdale.[117] É sociedade de pessoas,[118] e não de capital.[119] Ressalvado o disposto em lei especial, regem-se pelo Código Civil.[120]

Têm como características:[121]

a)variabilidade ou dispensa do capital social, que pode ser formado com bens ou serviços;
b)concurso de sócios em número mínimo necessário para compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo;
c)limitação do valor da soma de quotas do capital social que cada sócio pode tomar;
d)intransferibilidade das quotas do capital social a terceiros estranhos à sociedade, ainda que por herança;
e)*quorum* para a assembleia-geral funcionar e deliberar, fundado no número de sócios presentes à reunião, e não no capital social representado;
f)direito de cada sócio a um só voto nas deliberações, tenha ou não capital na sociedade e qualquer que seja o valor de sua participação;
g)distribuição dos resultados proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade, podendo ser atribuído juro fixo ao capital realizado;
h)indivisibilidade do fundo de reserva entre os sócios, ainda que em caso de dissolução da sociedade.

Os sócios na sociedade cooperativa tanto podem assumir responsabilidade limitada quanto ilimitada. Na limitada, responderão somente pelo valor de suas quotas e pelo prejuízo verificado nas operações sociais, guardada a proporção de sua participação nessas operações.[122] Se ilimitada, o sócio responde solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais.

Fábio Ulhoa define-as como sociedades simples,[123] sustentando ser o Registro Civil de Pessoas Jurídicas o órgão competente para o arquivamento dos seus atos constitutivos. Divirjo. A ressalva do art. 1.093 do Código Civil alcançou os arts. 18 da Lei nº 5.764/1971 e 32, II, "a", da Lei nº 8.934/1994, que determinam o arquivamento dos atos constitutivos das cooperativas na Junta Comercial. Com o Código Civil declarando, expressamente, que as cooperativas são sociedades simples, e vinculando o registro dessas sociedades ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas, entendo pela aplicação do art. 32, II, "a", da Lei nº 8.934/1994, na parte que trata das cooperativas. O art. 1.093 do Código Civil determina que as sociedades cooperativas sejam regidas pelo disposto no Capítulo VII, ressalvando, porém, a legislação especial respectiva. Logo, o órgão competente para o registro é a Junta Comercial.

O art. 18 da Lei nº 5.764/1971[124] diz que, "... verificada, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, a contar da data de entrada em seu protocolo, pelo respectivo órgão executivo federal de controle ou órgão local para isso credenciado, a existência de condições de funcionamento da cooperativa em constituição, bem como a regularidade da documentação apresentada, o órgão controlador devolverá, devidamente autenticadas, 2 (duas) vias à cooperativa, acompanhadas de documento dirigido à Junta Comercial do Estado, onde a entidade estiver sediada, comunicando a aprovação do ato constitutivo da requerente."

Numa palavra: a sociedade cooperativa é uma sociedade simples,[125] embora o art. 32, II, "a", da Lei nº 8.394/1994 disponha que seus atos devam ser arquivados na Junta Comercial. Na omissão da lei, as regras próprias das sociedades simples se aplicam às cooperativas.

Sobre o tema:

E. nº 69 do CJF: "Art. 1.093. As sociedades cooperativas são sociedades simples sujeitas a inscrição nas Juntas Comerciais".

E. nº 206 do CJF: "Arts. 981, 983, 997, 1.007 e 1.094: A contribuição do sócio exclusivamente em prestação de serviços é permitida nas sociedades cooperativas (art. 1.094, I) e nas sociedades simples propriamente ditas (art. 983, 2ª parte)".

E. nº 207 do CJF: "Art. 982. A natureza de sociedade simples da cooperativa, por força legal, não a impede de ser sócia de qualquer tipo societário, tampouco de praticar atos de empresa".

Ainda sobre o tema:

"Tributário. Execução fiscal. Sociedade cooperativa. Liquidação extrajudicial. Inaplicabilidade da Lei de Falência. Redirecionamento. Possibilidade.

1. 'Por ser sociedade simples, por ter regras próprias de liquidação e por não estar sujeita a falência, à sociedade cooperativa não se aplicam as disposições contidas no Decreto-Lei 7.661/45. Nesse sentido: REsp 803.633/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 15.10.2007' (REsp 882.014/SP, Min. Denise Arruda, DJ de 29/09/2008).

2. Recurso especial a que se dá provimento" (REsp 722601/RS. Rel. Min. Teori Albino Zavascki).

Em artigo de doutrina, José Geraldo da Fonseca[126] ensina que:

"(...) há, basicamente, três tipos de cooperativa: de crédito, de consumo e de trabalho (ou produção). Tanto quanto as demais, as cooperativas de trabalho são sociedades civis. A essência da cooperativa reside na abolição do lucro. As cooperativas deveriam praticar o justo preço, isto é, os preços desindexados dos acréscimos artificiais, que encarecem bens e serviços. Ao se colocarem entre os produtores de bens e serviços e os consumidores desses mesmos bens e serviços, as cooperativas eliminariam o intermediário, que acrescia o seu lucro ao preço original."

Quanto à relação de emprego do cooperativado com a cooperativa, o magistrado entende que:

"(...) abstraída a subordinação jurídica, elemento indispensável à configuração do vínculo de emprego, e obviamente inexistente na relação cooperativa, todos os demais requisitos configuradores do contrato de trabalho se acham presentes na relação entre o cooperativado e sua cooperativa ou entre o cooperativado e o tomador dos serviços da cooperativa (pessoalidade, habitualidade, onerosidade). Tenho lido e ouvido dizer que tal e qual cooperativa é irregular ou ilegal, mas quase ninguém diz, com precisão, que elementos devem ser levados em conta no exame de cada caso em concreto para se saber se se está diante de cooperativa autêntica ou, como dizem, 'fraudoperativa'. Na prática, é difícil saber até que ponto uma cooperativa é autêntica e a partir de quando passa a operar na clandestinidade. O contrato de trabalho é, como depois de Plá Rodriguez se diz usualmente em doutrina, um 'contrato-realidade'."

Por fim, prossegue:

"Com raríssimas exceções, a jurisprudência trabalhista entende fraudulenta a contratação de empregados por meio de cooperativas. A divergência limita-se à forma de responsabilização dessas cooperativas. Na prática, ao constatar fraude na contratação de empregados através de cooperativas o Ministério Público do Trabalho convoca as empresas tomadoras dos serviços para tentar firmar com elas Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta, com fixação de multas diárias ('*astreintes*') em caso de descumprimento das obrigações ajustadas. Por meio desses termos, as empresas tomadoras se comprometem a abster-se de continuar contratando através dessas cooperativas. Se as empresas se recusarem a firmar os Termos de Ajuste de Conduta, o Ministério Público poderá ajuizar ações civis públicas a fim de obter, por sentença, a proibição de que as empresas tomadoras continuem admitindo através de cooperativas. Com o ajuizamento da ação civil pública o juízo da Vara do Trabalho expede ofício ao Ministério Público Federal para apuração de crime, e ao Ministério Público Estadual para ação de pedido de extinção da cooperativa fraudulenta. Para certos juízes, tratando-se, a cooperativa, de pessoa jurídica interposta na relação contratual entre o prestador dos serviços (cooperativado) e o tomador (cliente), há vínculo de emprego entre o prestador e o tomador (aplicação analógica do E. 331/TST), com exclusão da cooperativa. Para outros, o vínculo se forma com a cooperativa, mas o tomador responde subsidiariamente (para essa corrente de pensamento, o empregador e responsável pelas indenizações trabalhistas é a cooperativa, mas o tomador, ou cliente, principal beneficiado com o tráfico de mão de obra, responde subsidiariamente pelas indenizações cabíveis). Outros, embora reconheçam a existência de relação de emprego,

e não de cooperativismo, atribuem toda a responsabilidade (contratual e indenizatória) à cooperativa, mas condenam o tomador, solidariamente, para os efeitos da relação de emprego (aplicação analógica do art. 2º, § 2º, parte final, da CLT)".

O Informativo nº 16 de outubro de 2009 da JUCERJA elencou algumas regras de fundamental importância sobre as cooperativas:

1)Constituição de Cooperativa – A ata deverá conter a assinatura de todos os fundadores, identificados com o nome por extenso, devendo as demais folhas ser rubricadas.
2)Constituição de Cooperativa – A ata e o estatuto devem conter o visto de advogado, com a indicação do nome e número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil. No caso de instrumento público deverá constar o visto de advogado ou ser citada a sua existência.
3)Cooperativa – É excepcionalmente permitida a admissão de pessoas jurídicas que tenham por objeto as mesmas ou correlatas atividades econômicas das pessoas físicas, ou, ainda, aquelas sem fins lucrativos (inc. I art. 6º da Lei 5.764/1971).
4)Cooperativa (assembleias) – Não será permitida a representação por meio de mandatário (§ 1º, art. 42 da Lei nº 5764/1971).
5)Nas cooperativas singulares pode o estatuto estabelecer que os sócios sejam representados nas assembleias por delegados que tenham a qualidade de associados no gozo de seus direitos sociais, e não exerçam cargos eletivos na sociedade (vide Instrução Normativa DREI nº 10, de 5 de dezembro de 2013).
6)Menor como associado de Cooperativa – Conforme art. 1.690 do Código Civil, compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os associados menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade. Na falta de um deles deverá ser esclarecido no instrumento o motivo de sua ausência.
7)A ata da assembleia-geral de constituição de cooperativa deve indicar (art. 15 da Lei 5.764/1971):
a)local, hora, dia, mês e ano de sua realização;
b)composição da mesa: nome completo do presidente e secretário;
c)nome, nacionalidade, idade, estado civil, documento de identidade, seu número e órgão expedidor, nº do CPF, profissão, domicílio e residência dos associados;
d)valor e número de quotas-parte de cada cooperado, quando existir capital, forma e prazo de integralização;
e)aprovação do estatuto social;

f)declaração de constituição da sociedade, indicando a denominação, a endereço completo da sede e o objeto de funcionamento;
g)nome completo, dos associados eleitos para os órgãos de administração, fiscalização e outros;
h)fecho da ata, assinatura identificada de todos os fundadores, com as respectivas rubricas nas demais folhas.

4.11.VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

Analise as proposições abaixo E DIGA SE SÃO verdadeiras ou falsas:

1)As cooperativas são sociedades de pessoas voltadas à consecução de atividade econômica em que todos os sócios, pessoas físicas, respondem, solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais.
2)Nas cooperativas cada sócio responde pelo valor de sua quota e todos terão responsabilidade solidária pela integralização do capital social, que, após integralizado, deve sofrer diminuição caso a sociedade venha a sofrer perdas em razão de operações efetivadas.
3)De acordo com o Código Civil a responsabilidade dos sócios nas cooperativas é sempre limitada.
4)Na sociedade cooperativa cada sócio tem direito a um só voto nas deliberações, tendo ou não capital a sociedade, e qualquer que seja o valor de sua participação.
5)Na sociedade cooperativa não é dispensável o capital social.
6)Na sociedade cooperativa a responsabilidade do sócio não pode ser limitada.
7)Na cooperativa o capital social é obrigatório.
8)O capital social de uma sociedade cooperativa confere ao sócio o direito a voto nas deliberações, proporcionalmente às quotas de capital subscritas e integralizadas.
9)O capital social de uma sociedade cooperativa não implica direito de voto nas deliberações, pois o *quorum* para a assembleia-geral funcionar e deliberar é fundado no número de sócios nela presentes.
10)A sociedade cooperativa de crédito tem natureza empresária, registra-se no Registro Público de Empresas Mercantis e independe de autorização do BACEN.
11)Uma das características das sociedades cooperativas é a intransferibilidade das quotas do capital social a terceiros estranhos à sociedade, ainda que por herança.

12)A instituição de sucursal, agência ou filial implica na averbação no primeiro assento do Registro Público de Empresas Mercantis para que se tenha como regular a atividade desta, sendo desnecessária outra inscrição.
13)Marido e mulher casados sob o regime da comunhão universal não podem contratar a formação de sociedade empresária.
14)Nos termos do Código Civil brasileiro, consideram-se empresárias todas as sociedades que têm finalidade lucrativa, independentemente da atividade desenvolvida.
15)A sociedade empresária estrangeira pode funcionar no Brasil, independentemente de autorização do governo federal, contudo, o interessado deve cientificar o Ministério ou agência estatal competente do início de seu funcionamento no país para efeito de fiscalização de suas atividades no território nacional.
16)As associações e fundações não mais podem ser classificadas como espécies do gênero "sociedades sem fins lucrativos". As sociedades, associações e fundações têm a mesma natureza jurídica: são pessoas jurídicas de direito privado.
17)As associações e fundações não objetivam lucro apesar de exercerem atividade econômica.
18)Código Civil divide as sociedades em sociedades "com fins lucrativos" (civis e mercantis) e "sem fins lucrativos".
19)Todas as sociedades regidas pelo Código Civil têm natureza contratual.
20)Os sócios podem contribuir com bens para a formação do capital social das sociedades.
21)O direito brasileiro não admite sociedades unipessoais.
22)Ocorre transformação quando um empresário individual se torna uma sociedade empresária.
23)A transformação somente pode ser entendida como a mudança de tipo societário.
24)Os sócios podem contribuir com bens incorpóreos para formação do capital social.
25)A contribuição em serviços somente é permitida nas sociedades simples e nas cooperativas.
26)As empresas públicas são sociedades unipessoais.
27)A *affectio societatis* é elemento caracterizador das sociedades de pessoas.
28)Nas companhias fechadas admite-se o direito de retirada do sócio com fundamento na quebra da *affectio societatis*.

---

[1]FIÚZA, Ricardo. *Código Civil Comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 975.

[2]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 297: "... e, vemos, então, em todos os povos, como assinala Enneccerus, que a necessidade sugeriu uniões e instituições permanentes, para obtenção de fins comuns, desde as de raio de ação mais amplo, como o Estado, o Município, a Igreja, até as mais restritas, como as associações particulares".

[3]GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro*, v. I, São Paulo: Saraiva.

[4]DAIBERT, Jefferson. *Introdução ao Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 174.

[5]PEREIRA, *Op. cit.*, p. 298.

[6]"Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo".

[7]*Ibid*., p. 166.

[8]Teoria defendida por Savigny, para quem a pessoa jurídica era um ente abstrato e fictício. A pessoa jurídica seria uma ficção jurídica, para que pudesse ser sujeito de direitos.

[9]Teoria defendida por Vareilles-Sommières, para quem a pessoa jurídica não tinha existência real, mas intelectual. V.*Les personnes morales*, p. 147.

[10]Teoria defendida por Gierke e Zitelmann, para quem a pessoa jurídica é uma realidade sociológica, ser com vida própria, que nasce por imposição de forças sociais. V. Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil Brasileiro*, v. I, São Paulo: Saraiva.

[11]Teoria defendida por Hauriou, para quem as pessoas jurídicas seriam organizações sociais destinadas a um serviço ou ofício, dotadas de personalidade jurídica. V. Maurice Hariou, La théorie de l'institution et de la fondation.

[12]Teoria defendida por Saleilles, Colin e Capitant, para quem a personificação é expediente de ordem técnica reconhecida pelo Estado para que grupos possam participar da vida jurídica em iguais condições com as pessoas físicas.

[13]A Lei nº 12.793/2013 e Decreto nº 8.001/2013 extinguiram o Departamento Nacional de Registro de Comércio (DNRC) e criaram a Secretaria da Micro e Pequena Empresa e Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI).

[14]O REsp 1.058.165-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 14/4/2009, Informativo nº 390, entendeu pela aplicação da regra às sociedades empresárias e simples.

[15]A pessoa jurídica nacional é aquela que se organiza em conformidade com a lei brasileira e tem no País a sede de sua administração (Cód. Civil, art. 1.126).

[16]A pessoa jurídica estrangeira é constituída conforme a lei do local de sua constituição e, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados (Cód. Civil, art. 1.134).

[17]São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas regidas pelo direito internacional público: Estados da comunidade internacional, Santa Sé, ONU, OEA (Cód. Civil, art. 42).

[18]São pessoas jurídicas de direito público interno: a União, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios, os Municípios, as autarquias e as demais entidades criadas por lei (Cód. Civil, art. 41).

[19]Cód. Civil, art. 44.

[20]As associações são pessoas jurídicas de direito privado constituídas por pessoas que reúnem esforços para realização de atividades não econômicas (Cód. Civil, art. 53).

[21]As sociedades simples são pessoas jurídicas de direito privado constituídas por pessoas que, reciprocamente, se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de atividade econômica não organizada.

[22]As sociedades empresárias são pessoas jurídicas de direito privado constituídas por pessoas que, reciprocamente, se obrigam a contribuir com bens para o exercício de atividade econômica organizada.

[23]A fundação é um complexo de bens livres (*universitatis bonorum*), colocado por pessoa física ou jurídica a serviço de um fim lícito e especial com o alcance social pretendido pelo seu instituidor, em atenção ao disposto em seu estatuto.

[24]As associações são pessoas jurídicas de direito privado que resultam da união de pessoas que se organizam para fins não econômicos, com propósitos sociais, filantrópicos etc. O seu patrimônio é formado com a contribuição de seus membros para a obtenção de fins culturais, educacionais, esportivos etc. (*RJTJSP* 88/43; *RT* 515:223, 785:183).

[25]O termo “fundação” é originário do latim *fundatio*, ação ou efeito de fundar. É um complexo de bens livres (*universitatis bonorum*) colocado por pessoa física ou jurídica a serviço de um fim lícito e especial com alcance social pretendido pelo seu instituidor, em atenção ao disposto em seu estatuto (*RT* 256:661, 242:232, 172:525; *RF* 161:265).

[26]Cód. Civil, art. 62.

[27]Cód. Civil, art. 53.

[28]Cód. Civil, art. 44.

[29]Cód. Civil, art. 981.

[30]Cód. Civil, art. 966, *caput.*

[31]Cód. Civil, art. 981.

[32]Cód. Civil, art. 44, VI.

[33]Contrato plurilateral.

[34]Sociedades em nome coletivo, sociedades em comandita simples e sociedades limitadas.

[35]Sociedades por ações (sociedade anônima e comandita por ações).

[36]Cód. Civil, art. 983.

[37]Cód. Civil, art. 997.

[38]Cód. Civil, art. 1.039.

[39]Cód. Civil, art. 1.045.

[40]Cód. Civil, art. 1.052.

[41]Cód. Civil, art. 1.089.

[42]Cód. Civil, art. 1.090.

[43]Cód. Civil, arts. 45 e 985.

[44]Cód. Civil, arts. 986 e 991.

[45]Cód. Civil, art. 981.

[46]Lei nº 6.404/1976 – Sociedades por Ações.

[47]Cód. Civil, art. 997.

[48]Cód. Civil, art. 982.

[49]Cód. Civil, art. 985.

[50]Cód. Civil, art. 987.

[51]Ex.: dinheiro, imóvel etc.

[52]Ex.: marca, patente de invenção, créditos etc.

[53]Cód. Civil, art. 1.008.

[54]Cód. Civil, art. 1.007.

[55]Cód. Civil, art. 1.033, IV.

[56]Art. 206, I, "d", da Lei nº 6.404/1976.

[57]Para Tavares Borba, é unipessoal a sociedade em que um sócio é detentor da quase totalidade do capital social, tendo por objetivo descaracterizar a condição de empresário individual e afastar a sua responsabilidade ilimitada.

[58]LAMY, Alfredo Filho; BULHOES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. Rio de Janeiro: Forense.

[59]PIC, Paul. *Traité Général e Droit Commercial*. Paris: Dalloz.

[60]Cód. Civil, arts. 967 e 998.

[61]Tese defendida por Tullio Ascarelli.

[62]Cód. Civil, art. 1.151.

[63]Cód. Civil, art. 1.151, § 3º.

[64]Cód. Civil, art. 986.

[65]RPEM ou RCPJ de acordo com a espécie de sociedade.

[66]Cód. Civil, art. 1.151, § 1º.

[67]Cód. Civil, art. 967.

[68]Cód. Civil, art. 998.

[69]Cód. Civil, art. 986.

[70]Cód. Civil, art. 985.

[71]Parecer publicado no site <www.irtdpjbrasil.com.br/ParecerWald.pdf>.

[72]LF, arts. 48 e 51, V.

[73]Cód. Civil, arts. 985 e 986.

[74]Cód. Civil, arts. 985, 986 e 990.

[75]O art. 1.181 do Código Civil diz que: "Salvo disposição especial em lei, os livros obrigatórios e, se for o caso, as fichas, antes de postas em uso, devem ser autenticados no Registro Público de Empresas Mercantis".

[76]V. Cap. 2º, item 2.1.3.

[77]REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.*

[78]Entendimento consagrado no AI nº 96.329/SP: "Ao Registro de Comércio, como órgão administrativo que é, sem função jurisdicional contenciosa, jamais se reconheceu competência para declarar a nulidade dos atos de constituição ou de alteração das sociedades anônimas, pelos vícios que poderiam invalidar a substância das declarações sociais. Essa competência é reservada ao Poder Judiciário, mediante ação própria. A validade do instrumento, que cumpre à Junta Comercial examinar, nada tem a ver com a validade ou invalidade das decisões tomadas pela assembleia-geral" (*RT* nº 299/342).

[79]*Op. cit.*

[80]TEIXEIRA, Suely Lima. *Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas em Matéria Ambiental*, monografia apresentada à Universidade Cândido Mendes, como trabalho de conclusão de curso.

[81]MÁRIO. Caio. *Op. cit.*, *apud* MAZEAUD e MAZEAUD, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, v. 2, nº 1983.

[82]Dispõe sobre o Organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências.

[83]Lei nº 9.605/1998, art. 3º, parágrafo único.

[84]MS nº 2002.04.01.013843-0/PR.

[85]Cód. Civil, art. 985.

[86]ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Direito Penal Tributário* – Crimes contra a Ordem Tributária. São Paulo: Atlas, 1995, p. 66.

[87]CF/1988, art. 225, § 3º.

[88]LECEY, Eládio: "As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade".

[89]Dispõe sobre a Organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio e dá outras providências.

[90]LECEY, Eládio. *Direito Ambiental em Evolução*, Ed. Juruá, 2ª ed., 2002, pp. 45-49, organizado por Vladimir Passos Freitas.

[91]CF/1988, art. 5º, XLV.

[92]Publicado
no *site* <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=244969, em 06.08.2013>.

[93]Ver acórdão na íntegra no site da autora: <www.monicagusmao.com.br>.

[94]PINHEIRO, Alexandre Paranhos Marques – Defensor Público do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Artigo publicado no site <www.monicagusmao.com.br>.

[95]Ver decisão na íntegra no site <www.monicagusmao.com.br>.

[96]EISELE, Andreas. *Crimes Contra a Ordem Tributária*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 202-204.

[97]Professor Titular de Direito Tributário da UFC, Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários (ICET), Juiz aposentado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (artigo disponível no site da AGU).

[98]DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 712.

[99]Cód. Civil, art. 1.123.

[100]Cap. XI, arts. 1.123 a 1.141 do Código Civil.

[101]BORBA, Tavares, *op. cit.:* "(...) o funcionamento no País existe a partir do momento em que a sociedade aqui exerce o seu objeto, fabricando, vendendo ou prestando serviços a partir do território nacional. A abertura de um estabelecimento representa a exteriorização desse funcionamento, configurado a única forma legítima de atuar no País. O exercício do objeto social, sem a abertura de um estabelecimento, representaria atuação clandestina e ilícita. O vocábulo estabelecimento deve ser entendido como categoria genérica da qual são espécies a filial, a sucursal, a agência, a unidade fabril, a loja, o escritório".

[102]Cód. Civil, art. 1.132.

[103]Cód. Civil, art. 1.133.

[104]Cód. Civil, art. 1.126.

[105]Cód. Civil, art. 1.128: "O requerimento de autorização de sociedade nacional deve ser acompanhado de cópia do contrato, assinada por todos os sócios, ou,

tratando-se de sociedade anônima, de cópia, autenticada pelos fundadores, dos documentos exigidos em lei especial".

[106]Cód. Civil, art. 1.129: "Ao Poder Executivo é facultado exigir que se procedam a alterações ou aditamento no contrato ou no estatuto, devendo os sócios, ou, tratando-se de sociedade anônima, os fundadores, cumprir as formalidades legais para revisão dos atos constitutivos, e juntar ao processo prova regular".

[107]Cód. Civil, art. 1.131: "(...) expedido o decreto de autorização, competirá à sociedade publicar os atos referidos nos arts. 1.128 e 1.129, em 30 (trinta) dias, no órgão oficial da União, cujo exemplar representará prova para inscrição, no registro próprio, dos atos constitutivos da sociedade". O parágrafo único diz: "(...) a sociedade promoverá, também no órgão oficial da União e no prazo de 30 (trinta) dias, a publicação do termo de inscrição".

[108]Cód. Civil, art. 1.134: "A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos, subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira".

[109]DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 717.

[110]Cód. Civil, art. 1.139.

[111]Cód. Civil, art. 1.141.

[112]Enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF). Justificativa: A norma do art. 1.134 do Código Civil tem natureza permissiva, e não proibitiva, apenas prevendo a possibilidade de pessoas jurídicas estrangeiras participarem de sociedades anônimas, mas sem vedar a participação em sociedades de outros tipos. O artigo representa a quase que literal transcrição do art. 64 do Decreto-Lei 2.627/40 (antiga Lei das S.A.) que, aliás, continua em vigor, por força do art. 300 da Lei 6.404/1976. Fazia todo sentido que o referido art. 64 somente se referisse à participação em sociedades anônimas, porquanto o diploma normativo em que estava inserido tratava justamente de S.A e quando foi transposto para o Código Civil de 2002 restou mal localizado. Houve uma falha de revisão final do Código. Contudo, o art. 997, inc. I, prevê que contrato social das sociedades regidas pelo Código Civil mencione a nacionalidade dos sócios pessoas jurídicas, logo admitindo que possam ser estrangeiras. Além disso, a liberdade de associação para a constituição de sociedades e a livre iniciativa são franquias constitucionais que não comportam interpretações restritivas.

[113]Instrução Normativa DREI nº 10, de 5 de dezembro de 2013 – Ver Anexo 4 – Manual de Registro de Cooperativa (alterado pela Instrução Normativa DREI nº 26, de 10 de setembro de 2014.

[114]*Revista Coopera Trabalho*, cit., p. 7.

[115]*Revista Coopera Trabalho*, cit., p. 8.

[116]Sistema perverso de administração de armazéns de companhia no qual o patrão obriga os empregados a adquirirem alimentos e outros produtos básicos de subsistência nos armazéns da própria empresa, pagando por eles os preços estipulados pelo patrão, quase sempre muito acima do valor de mercado. Na prática, o consumo compulsório de roupas, víveres, remédios e ferramentas de trabalho acaba por reduzir o salário a percentuais desprezíveis, com o agravante de que a dívida de um membro da família se perpetua na responsabilidade do outro. Nesse sentido, v. CARRION, Valentin, *Comentários à CLT*, Saraiva, 2006, 31ª ed., pp. 329-335, comentários aos arts. 461 a 465.

[117]Definição da Aliança Cooperativa Internacional – ACI.

[118]Lei nº 5.764/1971, art. 3.º: “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”.

[119]Lei 5.764/71, art. 4.º: As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:

I – adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços;

II – variabilidade do capital social representado por quotas-partes;

III – limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais;

IV – inacessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade;

V – singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade;

VI – *quorum* para o funcionamento e deliberação da Assembleia-Geral baseado no número de associados e não no capital;

VII – retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembleia-Geral;

VIII – indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social;

IX – neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social;

X – prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa;

XI – área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços”.

[120]Cap. VII, arts. 1.093 a 1.096.

[121]Cód. Civil, art. 1.094.

[122]Cód. Civil, art. 1.095.

[123]Cód. Civil, art. 982, parágrafo único.

[124]Define a Política Nacional de Cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas.

[125]Cód. Civil, art. 982, parágrafo único.

[126]Desembargador Federal do Trabalho, presidente da 2ª Turma do TRT/RJ.

TIPOS DE SOCIEDADES

5.0.CONSIDERAÇÕES GERAIS

O Código Civil classificou as pessoas jurídicas em duas espécies societárias: simples e empresárias[1]. O art. 983 desse Diploma assegurou a essas sociedades a adoção, por qualquer forma ou tipo descritos nos arts. 1.039 a 1.092, facultando às sociedades simples a opção por não adoção de tipo específico[2], hipótese em que será regida por suas regras próprias[3].

Questão controvertida diz respeito à possibilidade de as sociedades simples adotarem a forma das sociedades anônimas e comandita por ações (v. Cap. 5, item 5.1)

E. nº 477 do CJF: "O art. 983 do Código Civil permite que a sociedade simples opte por um dos tipos empresariais dos arts. 1.039 a 1.092 do Código Civil. Adotada a forma de sociedade anônima ou de comandita por ações, porém, ela será considerada empresária"[4].

5.1.TIPOS OU FORMAS

5.1.1.Sociedade em nome coletivo

As sociedades em nome coletivo regem-se pelo Capítulo II do Código Civil[5] e, nas omissões, pelas regras das sociedades simples. A principal característica desse tipo de sociedade é a ilimitação da responsabilidade dos sócios, necessariamente pessoas físicas.[6]

É importante ressaltar que, embora a lei impute aos sócios responsabilidade solidária, há que distinguir duas relações:

> a)relação sócios e sociedade – entre os sócios e a sociedade existe um benefício de ordem, ou seja, o credor da sociedade tem de primeiramente exaurir os bens sociais. Comprovada a inexistência ou insuficiência do patrimônio da sociedade, poderá voltar-se contra os sócios.[7] Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas sociais senão depois de executados os bens sociais.
> b)relação entre os sócios – em razão da solidariedade existente entre os sócios, uma vez exaurido o patrimônio social, o credor está autorizado a cobrar a totalidade de seu crédito, ou a parte remanescente, de qualquer deles. Sem prejuízo da responsabilidade solidária perante credores, os sócios podem, no

> ato constitutivo, ou por convenção unânime, limitar a responsabilidade de cada um, sendo essa restrição inoponível a terceiros.[8]

O patrimônio pessoal dos sócios será atingido sempre que os bens sociais não bastarem para a satisfação dos credores. Embora ilimitada, quando tratar-se de sociedade personificada[9] a responsabilidade dos sócios será sempre subsidiária em relação à sociedade, isto é, os bens da sociedade têm de ser executados antes de se alcançar o patrimônio particular dos sócios.[10] Nos casos de sociedade não personificada (sociedade em comum), a responsabilidade será solidária entre a sociedade e o sócio que contratou em seu nome, conforme o disposto no art. 990 do Código Civil.

A lei permite aos sócios que, no ato constitutivo, ou mediante deliberação unânime, obtida posteriormente, limitem entre si a responsabilidade de cada um perante terceiros. Independentemente de cláusula contratual limitativa da responsabilidade, os sócios respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais. A cláusula limitativa de responsabilidade somente produz efeitos entre os sócios (*interna corpore*) e não pode ser oposta a terceiros.

O contrato social deve estipular as indicações referidas no art. 997, além da firma social. A administração da sociedade somente pode ser exercida por quem seja sócio. O uso da firma é privativo dos que tenham poderes expressos no contrato social. Não se permite constituição de mandatários para o exercício da administração. Segundo entendo, na omissão contratual todos os sócios poderão fazer uso da firma, nos limites do contrato.

A sociedade em nome coletivo dissolve-se de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no art. 1.033 do Código Civil, ou, se empresária, pela falência. Tanto a sociedade simples quanto a empresária podem adotar a forma de sociedade em nome coletivo.

O credor particular do sócio não pode requerer a liquidação de sua quota antes da dissolução da sociedade. Entendo que o legislador criou verdadeira "blindagem patrimonial" ao não permitir a liquidação das quotas do sócio devedor, antes de dissolvida a sociedade.

O parágrafo único do art. 1.043 do Código Civil autoriza a liquidação nas seguintes hipóteses:

> (1º)quando a sociedade houver sido prorrogada tacitamente;[11]
> (2º)quando houver prorrogação contratual;
> (3º)houver oposição do credor, acolhida judicialmente, no prazo de 90 (noventa) dias contados da publicação do ato dilatório. Por dedução, admite-se o pedido de liquidação da quota do sócio

devedor quando a sociedade tiver sido celebrada por tempo indeterminado.

Segundo penso, o patrimônio dos sócios pode ser atingido nas seguintes hipóteses:

a)sempre que o prazo de duração da sociedade for indeterminado;
b)quando o prazo de duração for determinado e houver prorrogação tácita;[12]
c)quando o prazo de duração, apesar de determinado, não for razoável, como por exemplo, cláusula contratual que dispõe um prazo de duração de trinta anos;
d)sempre que o credor comprovar que a sociedade em nome coletivo foi constituída de forma fraudulenta para proteger o patrimônio dos sócios em detrimento de terceiros.

Segundo o renomado jurista Gabriel Assis de Almeida,[13]

"(...) No entanto, as sociedades em nome coletivo continuaram a ser constituídas. Tanto assim é que as estatísticas do DNRC (Atual DREI) – Departamento Nacional de Registro de Comércio– indicam que no período entre 1985 e 2001 foram constituídas, no Brasil, 3.500 sociedades tipo em nome coletivo, em comandita e de capital e indústria. A maior utilidade das sociedades em nome coletivo, nesse período, era o aproveitamento de benefícios fiscais. Com efeito, os lucros apurados por sociedades em nome coletivo brasileiras e distribuídos aos sócios domiciliados em certos países eram considerados – pela legislação desses Países – rendimentos não sujeitos a tributação. Desta forma, por exemplo, durante muitos anos a Gillette do Brasil adotou a forma de sociedade em nome coletivo.

Ocorre que o Código Civil conferiu uma nova vantagem – e das mais importantes – à sociedade em nome coletivo. Com efeito, determina o art. 1.043 que "o credor particular de sócio não pode, antes de dissolver-se a sociedade, pretender a liquidação da quota do devedor". Isto significa que as quotas do sócio de uma sociedade em nome coletivo não podem ser penhoradas pelos credores desse sócio em virtude de dívidas pessoais contraídas por esse sócio. Os credores particulares do sócio serão obrigados a aguardar a dissolução e a liquidação da sociedade em nome coletivo para somente então penhorarem a parte dos haveres sociais que for atribuída a seu sócio. Este dispositivo cria um interessante e importante instrumento para a preservação do patrimônio. Com efeito, antes de se lançar num negócio, o empreendedor poderá constituir uma sociedade em nome coletivo. Como integralização do capital social dessa sociedade em nome coletivo, o empreendedor transferirá à sociedade em nome coletivo o seu patrimônio pessoal, reservando a parte que irá investir no empreendimento. Após regularmente constituída a sociedade em nome coletivo, e transferido o patrimônio pessoal, o empreendedor constituirá então uma outra sociedade, provavelmente uma sociedade limitada, para a realização do empreendimento. Nesta sociedade limitada, o empreendedor investirá a parte do seu patrimônio pessoal destinada ao empreendimento. Se os negócios da sociedade limitada correrem desfavoravelmente, e esta vir a falir, os credores dessa sociedade, após esgotado o patrimônio da sociedade limitada, certamente tentarão, via desconsideração da personalidade jurídica ou outro instrumento de efeito equivalente, penhorar os bens pessoais dos sócios da sociedade

limitada. No entanto, esses bens do empreendedor consistirão apenas numa quota da sociedade em nome coletivo. Quota essa que, por força do art. 1.042 do Código Civil é impenhorável. Assim, nada mais restará aos credores do sócio em questão do que aguardar uma eventual dissolução e liquidação dessa sociedade em nome coletivo. Portanto, os bens pessoais do empreendedor estarão protegidos, sob a titularidade da sociedade em nome coletivo, da qual o empreendedor é sócio e, por sua vez, titular de uma quota. Com este dispositivo, o Código Civil resolveu um conflito de interesses. Por um lado, o interesse dos demais sócios e da própria sociedade em serem preservados da intervenção dos terceiros, credores particulares de um sócio. Por outro lado, o interesse dos credores particulares do sócio em receber o seu crédito. A solução do Código foi em favor do interesse dos demais sócios e da própria sociedade. Esta regra, impõe, assim, um maior rigor aos credores, que deverão verificar, antes de conceder o crédito, qual (quais) a(s) participações societárias do devedor".[14]

Ouso discordar dessa lição. Para mim, o direito não pode acobertar situações antijurídicas. Ainda que o Código Civil tenha admitido a criação desse tipo societário, a *mens legis* não foi a de fomentar a fraude. A blindagem patrimonial tratada no art. 1.043 não nos autoriza a supor que os sócios podem se valer das sociedades em nome coletivo com o propósito deliberado de acobertar situações repudiadas pelo direito. Comprovada a fraude, sou pela aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica clássica e inversa, bem como pela imputação de responsabilidade aos sócios pela prática de ato ilícito.

5.1.2.Sociedade em comandita simples

Diz-se, sociedade em comandita simples, aquela formada por duas espécies de sócios, os comanditados, pessoas físicas, com responsabilidade ilimitada, e os comanditários, pessoas físicas ou jurídicas, obrigados somente pelo valor de suas quotas, e com responsabilidade limitada.

Segundo Fábio Ulhoa,[15] "a expressão *comandita* tem relação mediata com a ideia de confiança. Segundo relata-nos Ripert (1947, 1:695), a sociedade em comandita nasceu do contrato de encomenda, praticado na Idade Média, principalmente nas cidades italianas e no comércio marítimo, denominado *contrat de command*. *Command* deriva da palavra latina *commendare*, que significa confiar. Uma pessoa (o comanditário, aquele que confiava) entregava mercadorias ou soma de dinheiro a um comerciante ou ao capitão (o comanditado, aquele em que era depositada a confiança) mediante parte dos lucros da expedição".

O contrato social tem de discriminar os comanditados e os comanditários. Essas sociedades regem-se pelo Capítulo III do Código Civil.[16] Onde couber, aplicam-se às comanditas simples as normas das sociedades em nome coletivo (em relação aos sócios comanditados) e das sociedades simples.[17] A lei estende aos sócios comanditados os mesmos

direitos e obrigações dos sócios da sociedade em nome coletivo. Segundo Áttila de Souza Leão Andrade,[18] é

"(...) inoportuna essa referência cruzada; primeiramente porque vaga, pois não sabemos que regras se aplicariam e regras não se aplicariam. Segundo, porque a referência cruzada parece-nos indevida, pois são sociedades distintas, e, portanto, não entendo por que aplicar as regras de uma à outra. O único ponto em comum entre ambas é o fato de possuir uma categoria de sócios que responde ilimitada e solidariamente (...)".

A administração da sociedade e do nome empresarial são prioridades dos comanditados. Permite-se aos comanditários a participação nas deliberações da sociedade, a sua constituição como mandatários delas para determinado negócio, com especificação de poderes[19] e a fiscalização das operações sociais. A inobservância dos requisitos legais na execução do mandato gera ilimitação da responsabilidade do comanditário. Sob pena de assumirem responsabilidade ilimitada, os sócios comanditários não podem praticar qualquer ato de gestão da sociedade nem ter o nome na firma social.

Sem prejuízo dos credores preexistentes,[20] a diminuição da quota do comanditário, por redução do capital social (princípio da realidade do capital social), somente produz efeitos em relação a terceiros após a averbação da alteração do contrato.

A lei determina, de modo claro, que o sócio comanditário não é obrigado a repor lucros recebidos de boa-fé e de acordo com o balanço. Não pode, porém, diminuído o capital social por perdas supervenientes, receber quaisquer lucros antes de o capital se reconstituir.[21]

Se não houver cláusula contratual dispondo em contrário, a morte do comanditário não impede que a sociedade continue com os sucessores do sócio falecido, que designarão quem os represente. A sociedade em comandita simples dissolve-se de pleno direito nas hipóteses do art. 1.044 do Código Civil ou quando a falta de uma das categorias de sócio perdurar por mais de 180 (cento e oitenta) dias. A fim de preservar a empresa (princípio da preservação das empresas), a lei admite, nessa última hipótese, a existência temporária (cento e oitenta dias) de sociedade em comandita simples com apenas uma das categorias de sócio. Na falta de sócio comanditado, os comanditários devem, no prazo do inciso II do art. 1.051, do Código Civil, nomear administrador provisório para exercer a administração da sociedade. O administrador não adquire *status* de sócio.

5.1.3.Sociedade limitada

Vide Capítulo 12.

5.1.4.Sociedade anônima

Vide Capítulo 14.

5.1.5.Sociedade em comandita por ações

A sociedade em comandita por ações é regulada nos arts. 280 a 284 da Lei nº 6.404/1976. Inexplicavelmente, o Código Civil a prevê nos arts. 1.090 a 1.092, determinando a aplicação das normas relativas à sociedade anônima, sem prejuízo das modificações ocorridas. Este assunto será analisado mais amiúde no Capítulo 14, item 14.21.

5.1.6.Sociedade de capital e indústria

A sociedade de capital e indústria prevista nos arts. 317 e seguintes do Código Comercial foi abolida no Código Civil. Esse tipo de sociedade era formado por duas espécies de sócios (o sócio capitalista e o de indústria). O primeiro ingressava na sociedade com os fundos necessários e contribuía, efetivamente, para a formação do capital social; tinha responsabilidade ilimitada. O segundo sócio (de indústria) contribuía com seu serviço, mão de obra ou trabalho, não assumindo qualquer responsabilidade pelos atos da sociedade. O art. 1.006 do Código Civil admite a contribuição em serviços nas sociedades simples. O E. nº 206 do CJF autoriza a contribuição em serviços nas sociedades simples propriamente ditas (art. 983, 2ª parte) e cooperativas (art. 1.094, I).

QUADRO SINÓTICO

SOCIEDADES	CARACTERÍSTICAS	CÓDIGO CIVIL – 2002
EM NOME COLETIVO	- Responsabilidade ilimitada de todos os sócios. - Duas relações jurídicas: a) sociedade e sócios – existe o benefício de ordem: primeiro o credor tem que demandar a sociedade para poder se voltar contra os sócios; b) sócios – entre eles a responsabilidade é solidária. - A sociedade é de pessoas. - Pode ser simples ou empresária,	Arts. 1.039 a 1.044.

	de acordo com o seu objeto social. - Os sócios têm que ser pessoas físicas.	
SOCIEDADE EM COMANDITA SIMPLES	- Existência de duas categorias de sócios: a) comanditado – responsabilidade ilimitada; é o que dá nome à sociedade; é o administrador; só pode ser pessoa física; b) comanditários – responsabilidade limitada até o valor das quotas; podem ser pessoas físicas ou jurídicas. - A sociedade é de pessoas. - Pode ser simples ou empresária, de acordo com o seu objeto social.	Arts. 1.045 a 1.051.
SOCIEDADE LIMITADA	- A responsabilidade dos sócios perante credores é solidária ao limite do que faltar a ser integralizado no capital social. - A caracterização de sociedade de pessoas ou capital depende da análise do contrato social. Na omissão é de pessoas. - Pode ser simples ou empresária, de acordo com o seu objeto social.	Arts. 1.052 a 1.087.
SOCIEDADE ANÔNIMA	- A responsabilidade dos acionistas é limitada ao preço e emissão das ações subscritas ou adquiridas. - A sociedade é sempre empresária. - A sociedade é de capital.	*Arts. 1.088 e 1.089. Lei nº 6.404/1976*.
SOCIEDADE EM COMANDITA POR AÇÕES	- O acionista diretor tem responsabilidade subsidiária e ilimitada. - A sociedade é sempre empresária. - A sociedade é de capital.	*Arts. 1.090 a 1.092. Lei nº 6.404/1976*.

5.2. VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

Analise as proposições abaixo e diga se são verdadeiras ou falsas:

1)Sociedade de pessoas voltada à consecução de atividades econômicas em que todos os sócios, pessoas físicas, responderão, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais, podendo os bens particulares dos sócios responder por débitos da sociedade. O enunciado se refere à sociedade em nome coletivo.
2)Cada sócio responde pelo valor de sua quota e todos terão responsabilidade solidária pela integralização do capital social. Após esta integralização do capital, se a sociedade vier a sofrer perdas irreparáveis em razão das operações efetivadas, proceder-se-á a redução do capital social, diminuindo-se proporcionalmente o valor nominal das quotas de cada sócio. As características acima correspondem à sociedade em nome coletivo.
3)De acordo com o Código Civil, na sociedade em nome coletivo os sócios podem ser pessoas físicas ou jurídicas, respondendo solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais.
4)A sociedade personificada, própria de atividades empresariais e em que todos os sócios são solidariamente e ilimitadamente responsáveis pelas dívidas sociais, é denominada sociedade em nome coletivo.
5)A sociedade personificada, própria de atividades empresariais e em que todos os sócios são solidariamente e ilimitadamente responsáveis pelas dívidas sociais é denominada sociedade em comandita simples.
6)Cada sócio responde pelo valor de sua cota e todos terão responsabilidade solidária pela integralização do capital social. Após esta integralização do capital, se a sociedade vier a sofrer perdas irreparáveis em razão das operações efetivadas, proceder-se-á a redução do capital social, diminuindo-se proporcionalmente o valor nominal das quotas de cada sócio. As características acima correspondem à sociedade em comandita simples.
7)Com relação à sociedade em comandita simples, de acordo com o Código Civil é correto afirmar que os comanditados, pessoas físicas, são responsáveis subsidiariamente e limitadamente pelas obrigações da empresa.
8)Com relação à sociedade em comandita simples, de acordo com o Código Civil é correto afirmar que pode o comanditário ser constituído procurador da sociedade para negócio determinado e com poderes especiais.
9)Nas sociedades em nome coletivo os sócios podem ser pessoas físicas ou jurídicas.

10)Nas sociedades em comandita simples o falecimento de sócio de sócio implica liquidação das quotas do falecido.

11)Nas sociedades em nome coletivo os sócios respondem, de forma subsidiária e limitada, à integralização de suas quotas, pelas obrigações sociais.

12)A sociedade em comandita simples pode ser de capital ou de pessoas.

13)Na sociedade em nome coletivo os sócios, se pessoas naturais, podem falir.

14)Na sociedade em comandita simples, se empresária, os sócios comanditados incidem em falência.

15)A responsabilidade das sociedades depende do tipo societário adotado.

---

[1]Código Civil, art. 982.

[2]Sociedade simples, simples pura ou simples em sentido estrito.

[3]Cód. Civil, art. 997 e seguintes.

[4]Enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF). Justificativa: "O artigo 983, 'CC' faculta à sociedade simples usar um dos tipos empresariais do art. 1.039 a 1.092, 'CC', dando a impressão de que todas elas são compatíveis com a sua natureza, todavia, o art. 982, p. único, do CC e também o art. 2.º, § 1.º da 'LSA', esclarecem que as sociedades por ações (ou seja, a sociedade anônima constante dos arts. 1.088 e 1.089, 'CC' e a sociedade em comandita por ações dos arts. 1.090 a 1.092, do mesmo, situadas dentro dos quadrantes facultados à sociedade simples pelo art. 983, 'CC') são empresárias, independentemente de seu objeto. Logo, a opção pelos tipos da sociedade anônima e das sociedades em comandita por ações conduza a sociedades simples a se tornar necessariamente empresarial".

[5]Cód. Civil, arts. 1.039 a 1.044.

[6]Cód. Civil, art. 1.039.

[7]Cód. Civil, arts. 1.023 e 1.024.

[8]Cód. Civil, art. 1.039, parágrafo único.

[9]Cód. Civil, art. 985.

[10]Cód. Civil, arts. 1.023 e 1.024.

[11]Cód. Civil, art. 1.033, I.

[12]Cód. Civil, art. 1.033, I.

[13]*Op. cit.*

[14]Artigo publicado no site: <www.unirio.br/direito/Artigosprofessores/artigogabriel3.htm>.

[15]*Op. cit.*

[16]Cód. Civil, arts. 1.045 a 1.051.

[17]Cód. Civil, art. 1.040.

[18]*Op. cit.*

[19]Cód. Civil, art. 1.047, parágrafo único.

[20]Cód. Civil, art. 1.048.

[21]Cód. Civil, art. 1.048.

ESPÉCIES DE SOCIEDADES

6.0.INTRODUÇÃO

Como dito, o conceito de sociedade é dado no art. 981 do Código Civil. As sociedades se dividem em duas espécies: empresárias ou simples, conforme a organização da atividade econômica exercida.

6.1.SOCIEDADE EMPRESÁRIA[1]

Empresário é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.[2] O conceito de empresarialidade implica necessariamente os de economicidade, organização e profissionalidade.[3] Segundo o Código Civil,[4] é empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro, e simples, as demais. Trata-se de conceitos tautológicos[5] porque toda sociedade ou exerce atividade própria de empresário e é empresária, ou não a exerce, e é simples. A sociedade empresária pode constituir-se segundo os tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092 do Código Civil.

A sociedade equivale à pessoa jurídica, ente abstrato ao qual a ordem jurídica atribui personalidade jurídica. É sujeito de direitos. A regularidade da sociedade empresária depende do arquivamento dos atos constitutivos[6] no órgão competente.[7] Já dissemos que, em regra, a natureza jurídica desse registro é declaratória porque a sociedade empresária – salvo na hipótese do rural, em que o registro é constitutivo[8] – adquire essa condição independentemente do registro, com o exercício de atividade econômica organizada (empresa). A personalidade jurídica e a proteção legal é que se darão com o registro,[9] tanto que o art. 967 do Código exige inscrição do empresário antes do início da atividade. Entendimento diverso implicaria dispensar tratamento privilegiado às sociedades irregulares porque, não sendo empresárias, por falta do registro, não incidiriam em falência, já que somente podem falir os empresários regulares.

Em suma: o registro da sociedade empresária no órgão registrante é híbrido: tem natureza constitutiva quando promovido no órgão competente para aquisição de personalidade jurídica e regularidade,[10] e declaratória, quando promovido para declaração da condição de empresário.

Para o rural, o registro é constitutivo da condição de empresário.

Independentemente do tipo societário que adote, toda sociedade tem responsabilidade ilimitada e responde com todo o seu patrimônio pelas

obrigações contraídas com os credores.[11] O que varia segundo o tipo de sociedade é a responsabilidade dos sócios. Se assumirem responsabilidade ilimitada, como nas sociedades em nome coletivo, e tratar-se de sociedade regular, os sócios poderão invocar o benefício de ordem,[12] isto é, exigir que o credor persiga primeiro os bens da sociedade para depois investir contra os seus. Nessa hipótese, a responsabilidade dos sócios será solidária para a cobrança do remanescente do crédito.

Questão que até agora rende demoradas discussões diz com a ideia de direito adquirido da sociedade frente ao Código Civil. De fato, o art. 2.035 dispõe que a validade dos negócios e demais atos jurídicos constituídos antes da entrada em vigor do Código obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a sua vigência, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. O respeitado Moreira Alves ensina que "o princípio do direito adquirido se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre a lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva". Da mesma forma – continua –, "nas situações estatutárias não há falar em direito adquirido, porque elas podem ser alteradas ao arbítrio de outrem". Para o Min. Gilmar Ferreira Mendes, "... a análise da jurisprudência do STF ajuda a compreender a natureza constitucional do princípio do direito adquirido no nosso sistema. Resta evidente que, diferentemente do que ocorre em outros modelos, não há cogitar entre nós da invocação das leis de ordem pública para justificar a incidência imediata das leis novas. É certo, outrossim, que se aplica, entre nós, por força de definição constitucional, a doutrina subjetiva ou do direito adquirido. Em relação aos contratos, resta evidente que não se tolera sequer a chamada retroatividade mínima, restando regulados pela lei velha os efeitos futuros dos negócios jurídicos anteriormente celebrados".

A decisão proferida na ADIn 493 sobre o ponto é valioso subsídio: "Dá-se a retroatividade máxima (também chamada restitutória, porque em geral restitui as partes ao *statu quo ante*) quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados (transação, pagamento, prescrição). (...) A retroatividade é média quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico verificados antes dela (...). Enfim, a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor".

Sobre o tema:

"Agravo regimental. – As normas constitucionais federais é que, por terem aplicação imediata, alcançam os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima), e se expressamente

o declararem podem alcançar até fatos consumados no passado (retroatividades média e máxima). Não assim, porém, as normas constitucionais estaduais que estão sujeitas à vedação do artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna Federal, inclusive a concernente à retroatividade mínima que ocorre com a aplicação imediata delas. Agravo a que se nega provimento" (AI 258337/MG, Rel. Min. Moreira Alves).

O art. 2.031 do Código Civil fixa um prazo para que as fundações, associações e sociedades constituídas na forma das leis anteriores se adaptem às novas disposições. Estipula igual prazo para os empresários. Até onde entendo, as antigas sociedades, se já eram regulares antes do Código, isto é, se tinham os atos constitutivos arquivados no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conservam, durante esse prazo, a sua personalidade jurídica. A lei não pode retroagir para atingir situações jurídicas consolidadas sob a égide de lei anterior, sob pena de ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.

Cabe aqui um *mea culpa*. Já defendi tese oposta, e apregoei a irregularidade das sociedades (conceituadas, atualmente, sociedades em comum)[13] que não se adaptassem no prazo legal. Repensei a hipótese e adoto a lição do Prof. Alcir da Silva, combativo Procurador do Estado, para quem o art. 2.031 do Código Civil é norma sem sanção, que depende de regulamentação. O descumprimento do disposto nesse artigo não torna a sociedade despersonalizada, se era regular antes do advento do Código Civil. Desconsiderar essa evidência é ferir o direito adquirido. Ainda que a sociedade não se adapte ao novo modelo legal, mesmo depois de decorrido o prazo que a nova ordem estipula para que os necessários ajustes sejam feitos, não sofrerá qualquer sanção, pelo simples fato de que a lei não a prevê. O art. 2.031 é, mesmo, norma de eficácia contida. O Código Civil[14] impõe a adaptação das sociedades constituídas na forma das leis anteriores. Exemplo disso está no órgão competente para o registro: sociedades simples, no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, e sociedades empresárias, no Registro Público de Empresas Mercantis. Como dito, esse novo registro deve validar os atos anteriormente praticados,[15] sob pena de malferir o direito adquirido e o ato jurídico já aperfeiçoado. Tem – segundo penso – efeito *ex tunc:* as antigas sociedades civis, que já exerciam atividades econômicas organizadas por mais de dois anos, se personificadas, não precisariam esperar o prazo de dois anos para se beneficiar da recuperação.[16] Ultrapassado o prazo previsto para as respectivas adaptações, a sociedade não será considerada em comum, não perdendo a sua personalidade jurídica, apesar do descumprimento de determinação legal. Eventuais sanções dependerão de regulamentações sugeridas pela doutrina e jurisprudência, e da própria prática empresarial

que o mercado estipulará, como por exemplo, a impossibilidade de a sociedade que não se adequou no prazo legal participar de licitações,[17] requerer sua recuperação judicial,[18] ilimitação de responsabilidade dos sócios[19] etc. Interpretação diversa geraria verdadeira instabilidade das relações jurídicas e propiciaria fraudes, com evidente prejuízo aos terceiros contratantes.

O art. 1.080 do Código Civil dispõe sobre a ilimitação da responsabilidade dos sócios que deliberaram de forma contrária à lei ou ao contrato social. Para mim, as deliberações sociais podem dar-se por um *facere* (deliberação por ação expressa ou tácita) ou por um *non facere* (deliberação por omissão). A inobservância do disposto no art. 2.031 (não adaptação das sociedades no prazo legal), por deliberação expressa ou tácita, ou omissão dos sócios, ensejará sua responsabilidade ilimitada.

Em resumo: as sociedades que não se adaptarem no prazo previsto pelo art. 2.031 do Código Civil, apesar de não perderem sua personalidade jurídica, sujeitar-se-ão às restrições impostas por leis especiais e pelo próprio mercado, tais como:

> a)restrições quanto à participação de licitações – art. 28, II, III e IV, da Lei nº 8.666/1996;
> b)ilegitimidade ativa para requerimento de falência do devedor – art. 97, § 1º, da Lei nº 11.101/2005;
> c)impedimento quanto ao pedido de recuperação judicial, por inobservância de requisito da petição inicial – arts. 48, *caput*, e 51, V, da Lei de Falências;
> d)responsabilidade ilimitada dos sócios – art. 1.080 do Código Civil.

<u>Sobre o tema:</u>

E. nº 394 do CJF – "Ainda que não promovida a adequação do contrato social no prazo previsto no art. 2.031 do Código Civil, as sociedades não perdem a personalidade jurídica adquirida antes de seu advento".[20]

E. nº 395 do CJF – "A sociedade registrada antes da vigência do Código Civil não está obrigada a adaptar seu nome às novas disposições".

E. nº 396 do CJF – "A capacidade para contratar a constituição da sociedade submete-se à lei vigente no momento do registro".

Segundo Sérgio Campinho,[21]

"(...) preliminarmente, há de se criticar não ter o Código Civil reservado único tipo de registro para as sociedades simples e empresárias, visto que não é pelo tipo de registro que se deve fazer uma distinção entre as espécies. A duplicidade de registros só contribui para gerar incertezas quanto às sociedades já existentes. (...) Nesse passo, se a sociedade ostentava a condição de regular, segundo a lei do tempo de sua constituição, não poderá perdê-la em razão de dispositivo de lei posterior. (...) Reclamamos a necessidade de haver regramento disciplinando a hipótese, a fim de convalidar perante a Junta Comercial o registro do contrato social e de todos os atos posteriormente arquivados. Assim, estar-se-ia inaugurando um novo registro na Junta Comercial, aproveitando o anterior, no qual os novos atos societários poderiam ser averbados, sem qualquer prejuízo ou ônus para o particular. Pelas mesmas razões antes articuladas é que sustento enquanto não vier o aludido regramento, não poder haver qualquer sanção às sociedades empresárias que continuem a promover averbação dos atos futuros no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, no qual se encontra o seu registro originário".[22]

Ouso discordar desse entendimento. Entendo que as sociedades devem se adequar às novas regras impostas pelo Código Civil, contudo, se regulares antes de sua vigência, não perdem sua personalidade jurídica. Como já exposto, sujeitam-se às sanções determinadas pela lei. Se aplicássemos o entendimento do renomado autor seríamos forçados a mitigar a regra do art. 51, V, da Lei de Falências e Recuperação, que determina expressamente a certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas como requisito da petição inicial do pedido de recuperação do devedor, sob pena de seu indeferimento.

As sociedades dividem-se em duas espécies: empresárias ou simples, dependendo de seu objeto ou forma. Segundo Jorge Lobo,[23] "(...) a distinção entre sociedade empresária e sociedade simples fundamenta-se no modo pelo qual a atividade econômica é exercida: se a sociedade se organiza profissionalmente como uma unidade econômica de produção ou circulação de bens ou de serviços, é empresária; se não, é sociedade simples (...)." Exemplo marcante de sociedade simples tem sido ministrado por Ronald Sharp, que traz a lume a *holding* pura, a "empresa de papel", controladora vezes sem conta até mesmo de poderosos grupos econômicos e financeiros (...)".

É entendimento majoritário que a sociedade simples que optar por se constituir na forma de sociedade por ações é considerada empresária por força de lei.[24] Entendo que o art. 983, 2ª parte, do Código Civil foi atécnico e impreciso em permitir a adoção, pelas sociedades simples, de forma típica de sociedades por ações. Toda sociedade anônima tem por objeto o exercício de uma empresa (atividade economicamente organizada) de fim lucrativo. Se assim é, as sociedades simples, porque não exercem atividade própria de empresário, não poderiam se constituir em sociedade anônima, que é empresária por força de lei. Para mim, o razoável seria a prevalência do objeto social sobre a forma adotada. Assim também pensa Jorge Lobo, quando diz que "... não obstante o disposto no art. 983, 2ª parte, do Código

Civil, a sociedade simples não pode adotar a forma de sociedade anônima". É lição boa, que Tavares Borba[25] endossa, ao afirmar que "... a sociedade simples (não empresária) pode assumir a forma típica da sociedade simples, ou qualquer outra forma societária, exceto a das sociedades por ações".[26] Segundo orientação do Registro Civil de Pessoas Jurídicas, as sociedades simples que adotarem a forma de anônima devem registrar os seus atos no Registro Público de Empresas Mercantis, por serem empresárias por força de lei.[27] Em resumo: se a sociedade simples adotar os tipos sociedade anônima e comandita por ações, será considerada empresária por força de lei. A forma (sociedade por ações) prepondera sobre o objeto (atividade econômica não organizada).

6.2.SOCIEDADE SIMPLES

Duas situações deveras importantes: primeiramente, o projeto originário que tramitou na Câmara Federal, relativo à nova lei, previa de forma expressa que o regramento da recuperação seria aplicável às sociedades simples, conforme art. 1º da redação final do Projeto nº 4.376-E, de 1993. Tal artigo tinha a seguinte redação: "Art. 1º. Esta Lei institui e regula a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência da sociedade empresária, da sociedade simples e do empresário que exerça profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, que doravante serão denominados simplesmente "devedor"". A Comissão de Assuntos Econômicos do Senado da República, ao analisar o projeto originário, entendeu que inexistia clareza e precisão técnico-jurídica na redação de alguns dispositivos originários e, para simplesmente afastar a sociedade simples do âmbito da lei, esclareceu que não havia uniformidade terminológica em alguns pontos, dispondo que "parece mais adequado, a fim de evitar interpretações equivocadas, aproveitar a definição do Código Civil, que é mais precisa, para restringir os regimes disciplinados na lei aos empresários e às sociedades empresárias". Segundo a Comissão, o parágrafo único do art. 1º do projeto originário da Câmara Federal excluía a grande maioria das sociedades simples, especialmente quando mencionava os profissionais liberais e suas sociedades. Evidentemente que o texto do art. 1º da Lei 11.101/2005 carece de interpretação, principalmente se considerados os princípios constitucionais. Por outro lado, e para rematar, há necessidade de se preservar, também, a sociedade não empresarial.

6.2.1.Noções gerais

A sociedade simples é criação do direito suíço, posteriormente adotada no direito italiano. O Código Civil limitou-se a copiar os dispositivos do

Código Civil italiano sem a cautela de dispô-los de forma mais clara, objetiva e compreensível, iniciando pela forma como a conceitua. De fato, o art. 983 do Código define as sociedades simples como sendo "as demais". Não é, convenhamos, um conceito técnico. Na sua primeira parte, o art. 983 é um primor de obviedade quando diz que sociedade empresária é aquela que exerce atividade típica de empresário. Trata-se de um conceito tautológico, pois define pelo indefinido. Na parte final, obriga o intérprete a garimpar o conceito por exclusão, isto é, sem ainda saber exatamente o que se entende por sociedade empresária, o intérprete se vê na contingência de entender que todas as outras são simples.

Requião,[28] citando Alfredo Gonçalves Neto, concorda com a crítica quando diz que o ensaísta "... depois de apontar as dificuldades do sistema adotado pelo Código, conclui que a diferenciação entre a sociedade empresária e a sociedade simples, que se pretende adotar em substituição à velha distinção entre sociedade comercial e civil, revela-se igualmente fluida e confusa, a demandar anos de discussão e debates para enfrentar outras perplexidades, e termina por afirmar que "sociedade simples dever ser considerada como aquela que terá por objeto o exercício de atividade rural ou intelectual, de natureza científica, literária ou artística".

Sérgio Campinho[29] entende que "... a sociedade simples está vocacionada à exploração de atividades econômicas específicas. O ordenamento jurídico positivo é quem lhe reserva o objeto". Não se deve confundir sociedade simples com as antigas sociedades civis. Atualmente, as sociedades civis podem ser simples, se não exercerem atividades empresariais, ou empresárias, se o fizerem.

Com razão, Fábio Ulhoa[30] ensina que "... em primeiro lugar, a sociedade simples é um dos vários tipos societários que a lei põe à disposição dos que pretendem explorar atividade econômica conjuntamente. Presta-se bem, por sua simplicidade e agilidade, às atividades de menor envergadura. É o tipo societário adequado, por exemplo, aos pequenos negócios, comércios ou prestadores de serviços não empresários (isto é, que não exploram suas atividades empresarialmente), aos profissionais liberais (à exceção dos advogados, cuja sociedade tem disciplina própria na Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994), aos artesãos, artistas etc. A segunda função que o Código Reale reservou para a sociedade simples foi a de servir de modelo genérico para os demais tipos societários contratuais. A disciplina da sociedade simples, que se encontra nos arts. 997 a 1.044[31] do Código Civil, aplica-se, também, em caráter subsidiário, às sociedades em comum,[32] sociedade em nome coletivo,[33] em comandita simples[34] e, em regra, à sociedade limitada.[35] É também a disciplina supletiva das sociedades cooperativas.[36] Mas, é a terceira função da sociedade simples que interessa a este Parecer. Além de tipo societário e de modelo geral, ela é, finalmente,

uma categoria de sociedade. Pelo art. 982 do Código Civil, transcrito acima, as sociedades se consideram simples se não tiverem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro. As sociedades dessa categoria podem adotar, como autoriza o art. 983 do Código Civil, qualquer um dos tipos das sociedades empresárias (exceto o de sociedades por ações, anônima e comandita por ações) e, se não o fizerem, subordinar-se-ão às regras que lhe são próprias".

A doutrina majoritária entende que a sociedade de advogados é considerada sociedade simples, em razão de o art. 16 da Lei nº 8.906/1994[37] proibir o registro e o funcionamento de sociedade de advogados de natureza mercantil. Sustento tese diversa. Pela dicção atual do Código Civil, a locução "mercantil" está no texto da lei como sinônima de "empresária". Exemplo típico da verdade dessa afirmação residiria na hipótese de uma sociedade de advogados contratar, para suporte habitual de suas atividades, por exemplo, um perito grafotécnico, um contador, um perito atuarial, um médico do trabalho ou um engenheiro de segurança para perícias de insalubridade ou de periculosidade. Nesses casos, o consórcio desses profissionais retiraria da sociedade de advogados o seu caráter simples: cada um, a seu tempo e modo se inseriria na atividade-fim da sociedade de advogados. Nesse exemplo, ainda que, por força de lei, a sociedade de advogados estivesse impedida de exercer atividade empresarial, não escaparia à falência.

6.2.2.Constituição das sociedades simples

O art. 997 do Código determina a natureza contratual das sociedades simples ao dispor que "(...) a sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público (...)". Nos incisos, esse artigo relaciona as cláusulas essenciais que devem ser estipuladas pelas partes no contrato social:

I – nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se pessoas jurídicas;

II – denominação, objeto, sede e prazo da sociedade;

III – capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação pecuniária;

IV – a quota de cada sócio no capital social e o modo de realizá-la;

V – as prestações a que se obriga o sócio cuja contribuição consista em serviços;

VI – as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade e seus poderes e atribuições;

VII – a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas;

VIII – se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

O contrato social deve ser inscrito no Registro Civil de Pessoas Jurídicas no prazo de trinta dias após a sua constituição,[38] no local da sede da sociedade. Requerido além desse prazo, o registro somente produzirá efeito a partir da data de sua concessão[39] (efeito *ex nunc*). A mesma regra é exigida para a averbação das modificações contratuais,[40] sob pena de irregularidade.[41] O registro dos atos sujeitos a formalidade deve ser requerido pela pessoa obrigada em lei, e, no caso de omissão ou demora, pelo sócio ou qualquer interessado.[42]

Questão interessante diz respeito à inscrição das sociedades no CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas). Em recente decisão, o STJ entendeu que a inscrição e a modificação dos dados no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) devem ser garantidas a todas as empresas legalmente constituídas, sem imposição de restrições infralegais que obstaculizem o exercício da livre iniciativa e desenvolvimento pleno de suas atividades econômicas. O entendimento foi consolidado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em processo julgado pelo rito dos Recursos Repetitivos (Lei 11.672/2008). Segundo o relator, ministro Luiz Fux, a Instrução Normativa 200/2002, que regulamentou a Lei nº 5.614/1970, tratando do cadastro federal de contribuintes, trouxe diversas exigências para a inscrição e atualização dos dados no CNPJ, dentre elas, regras destinadas a obstar que pessoas físicas com pendências perante os órgãos de arrecadação fiscal pudessem vir a integrar o quadro societário de outras empresas. Para ele, as obrigações impostas pela IN SRF 200/2002 constituem verdadeiros limites, tanto ao exercício da atividade empresária quanto à necessária atualização dos dados cadastrais da corporação, que visam forçar o contribuinte a regularizar sua situação fiscal, antes que realize atos da vida comercial. "Em razão disso, constituem instrumento de coação ilegal as obrigações dispostas pela referida instrução normativa que extrapolaram o alcance da Lei nº 5.614/70", enfatizou em seu voto.

Citando vários precedentes, Luiz Fux reiterou que as turmas da Primeira Seção do STJ já firmaram entendimento de que é ilegítima a criação de empecilho infralegal para a inscrição e alteração dos dados cadastrais no CNPJ e que "o sócio de empresa que está inadimplente não pode servir de empecilho para a inscrição de nova empresa pelo só motivo de nele figurar o remisso como integrante".[43]

É ineficaz em relação a terceiros qualquer pacto em separado, contrário ao disposto no instrumento de contrato,[44] mas a disposição vincula os sócios signatários do pacto. A ineficácia se dá em relação a terceiros, não em relação aos sócios, e os signatários podem exigir o seu cumprimento.

Toda modificação no contrato que tenha por objeto as cláusulas listadas no art. 997 do Código Civil depende do consentimento de todos os sócios (unanimidade). As demais condições do contrato podem ser decididas por

maioria absoluta de votos se não houver cláusula contratual expressa que determine a deliberação unânime.[45] Não me parece razoável essa regra. Os sócios deveriam ter autonomia de vontade para fixar o quorum de deliberação das matérias diversas das elencadas no art. 997, ao invés de terem de optar entre a unanimidade ou maioria absoluta de votos. E se fosse de interesse a fixação do *quorum* em ¾ do capital social? O rigor da lei engessa a própria sociedade, dificultando sobremaneira as deliberações sociais. A redação do art. 999 deveria ser substituída pela seguinte: "as modificações do contrato social dependem do consentimento de todos os sócios, ressalvando-se, em relação às matérias não indicadas no art. 997, cláusula contratual em contrário".

Sobre o tema:

> E. nº 385 do CJF: "A unanimidade exigida para a modificação do contrato social somente alcança as matérias referidas no art. 997, prevalecendo, nos demais casos de deliberação dos sócios, a maioria absoluta, se outra mais qualificada não for prevista no contrato".[46]

A sociedade simples que instituir sucursais, filiais ou agências nas circunscrições de outro registro civil das pessoas jurídicas deverá também inscrevê-las com a prova da inscrição originária na respectiva sede,[47] com a devida averbação no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Como já ressaltado, o art. 983 do Código Civil admite que a sociedade simples se constitua de acordo com qualquer tipo societário previsto em lei (sociedade em nome coletivo, comandita simples, comandita por ações, sociedade limitada, sociedade anônima ou sociedade em comandita por ações), sendo, nesse caso, regida primeiramente pelas regras do tipo societário adotado. Se não o fizer, subordina-se às normas que lhe são próprias.[48]

Segundo Tavares Borba,[49] "a sociedade simples (não empresária) pode assumir a forma típica de sociedades simples, ou qualquer outra forma societária, exceto a das sociedades por ações (art. 982, parágrafo único)". Para Fábio Ulhoa, "(...) pelo art. 982 do Código Civil... as sociedades se consideram simples se não tiverem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro". Discordo, pois a adoção do tipo societário das sociedades anônimas pelas sociedades simples implica verdadeiro contrassenso. É que, de acordo com a lei, as sociedades simples não exercem atividade empresarial e, por essa razão, não deveriam poder se revestir da forma de sociedade por ações, já que esta é, por natureza, sociedade empresária. Em resumo: o tipo societário adotado pela sociedade simples não deveria afastar a sua natureza. Não é, contudo, o entendimento que prevalece. A sociedade simples que adotar a forma de sociedade por

ações é considerada empresária por força de lei, podendo incidir em falência e valer-se da recuperação, se regular.

Sobre o tema:

> E. nº 382 do CJF: "Nas sociedades, o registro observa a natureza da atividade (empresarial ou não – art. 966); as demais questões seguem as normas pertinentes ao tipo societário adotado (art. 983). São exceções as sociedades por ações e as cooperativas (art. 982, parágrafo único)".
>
> E. nº 477 do CJF "O art. 983 do Código Civil permite que a sociedade simples opte por um dos tipos empresariais dos arts. 1.039 a 1.092 do Código Civil. Adotada a forma de sociedade anônima ou de comandita por ações, porém, ela será considerada empresária".[50]

Para Tavares Borba,[51] "A expressão sociedade simples oferece, é bem de ver, dois sentidos: o primeiro, já examinado, atinente à natureza da sociedade, e que a distingue da sociedade empresária, e o segundo, referente a uma das formas ou tipos de sociedade, conforme classificação supra. A sociedade simples lato sensu (natureza da sociedade) poderá assumir a forma típica da sociedade simples (sociedade simples stricto sensu – tipo da sociedade) ou qualquer das outras formas societárias, exceto as das sociedades por ações (sociedades anônimas e sociedades em comandita por ações), uma vez que essas são sempre empresárias".[52]

Defendo tese contrária. As sociedades, de acordo com o Código Civil, são de duas espécies: simples e empresárias. O art. 983 do Código Civil permite a adoção dos tipos societários previstos em lei, não sendo, o tipo simples, apenas mais um. Caso a sociedade simples opte pela não adoção de tipo específico, reger-se-á pelas normas que lhes são próprias. Simples é expressão que se refere à espécie de sociedade, e não à forma. A sociedade será considerada simples sem um tipo societário específico adotado, pois, caso contrário, estaríamos conferindo uma interpretação extensiva ao art. 983 do Código Civil.

6.2.3.Responsabilidade dos sócios

Toda sociedade responde ilimitadamente perante terceiros, independentemente de seu tipo, seja ela simples, limitada, anônima ou em nome coletivo. A garantia dos credores está no patrimônio do devedor.[53] A sociedade não pode invocar a limitação de responsabilidade para justificar

o seu inadimplemento. A responsabilidade dos sócios é que vai depender do tipo societário adotado.

Salvo cláusula expressa em sentido contrário,[54] as obrigações dos sócios têm início imediato com o contrato social e se extinguem quando, após a liquidação da sociedade, houver a averbação da respectiva baixa dos atos constitutivo no registro competente.[55]

Sustento a tese de que, na sociedade simples pura, ou seja, aquela que não adota os tipos societários elencados nos arts. 1.039/1.092 do Código Civil, a responsabilidade dos sócios, ao invés de ilimitada e subsidiária, como adotada por alguns doutrinadores, pode ser pactuada no contrato social (princípio da autonomia da vontade das partes), isto é, as partes podem determinar que seja limitada, ilimitada, subsidiária ou solidária. Dificilmente encontraremos uma sociedade simples em que os sócios assumam responsabilidade ilimitada, arriscando o seu patrimônio pessoal em caso de inadimplemento das obrigações sociais. Entendo que, na omissão contratual, há responsabilidade ilimitada e subsidiária dos sócios, com base nos arts. 1.023 e 1.024 do Código.[56] Segundo Arnoldo Wald,[57] "Em razão deste dispositivo, pode-se concluir que o regime de responsabilidade dos sócios é uma prerrogativa dos sócios, a ser definida no contrato social, não sendo obrigatória a adoção da responsabilidade subsidiária".[58]

Sobre o tema:

> E. nº 479 do CJF: "Art. 997, VII. Na sociedade simples pura (art. 983, parte final, do CC/2002), a responsabilidade dos sócios depende de previsão contratual. Em caso de omissão, será ilimitada e subsidiária, conforme o disposto nos arts. 1.023 e 1.024 do CC/2002".[59]
>
> E. nº 10 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: "Nas sociedades simples, os sócios podem limitar suas responsabilidades entre si, à proporção da participação no capital social, ressalvadas as disposições específicas".[60]

O art. 997, VIII, do Código Civil é impreciso e atécnico. Determina a obrigatoriedade de o contrato social dispor sobre a responsabilidade subsidiária dos sócios. A subsidiariedade decorre da própria lei. É característica essencial das sociedades personificadas constituídas por sócios com responsabilidade ilimitada.[61] Assim, na omissão contratual, presume-se que os sócios de sociedade simples pura têm responsabilidade subsidiária. Ao invés da previsão da subsidiariedade, o que deve ser previsto contratualmente é a responsabilidade solidária, pois não pode ser presumida: decorre de lei ou da vontade das partes.

Sobre o tema:

E. nº 61 do CJF: "O termo 'subsidiariamente' constante do inc. VIII do art. 997 do Código Civil deverá ser substituído por 'solidariamente' a fim de compatibilizar esse dispositivo com o art. 1.023 do mesmo Código".

6.2.4.Dívidas particulares dos sócios

O art. 1.026 do Código Civil assegura ao credor particular do sócio, na inexistência ou insuficiência de outros bens do devedor a possibilidade de fazer recair a execução sobre os lucros que couberem ao sócio devedor ou na parte que lhe tocar na liquidação da sociedade. Caso a sociedade não esteja dissolvida, pode requerer a liquidação da quota do sócio devedor, cujo valor deverá ser depositado em dinheiro no juízo da execução nos 90 (noventa) dias subsequentes à liquidação. Para a liquidação da quota há critério fixado no art. 1.031 do Código Civil.

Questão polêmica diz respeito à possibilidade de penhora de quotas de sociedade simples pura.[62] Há muito advogo essa possibilidade, pelos argumentos expostos no Capítulo 12, item 12.7.2. Para mim, o art. 1.026 do Código Civil não cria obstáculo para a penhora das quotas do sócio devedor. A penhora se faz necessária, não para admitir a adjudicação das quotas do sócio devedor pelo credor exequente ou sua arrematação por terceiros, pois, como já dito, a sociedade simples tem natureza de sociedade de pessoas, mas, sim, para permitir a excussão das quotas do patrimônio do sócio devedor, para posterior liquidação, em observância ao princípio do devido processo legal, além de assegurar possível efeito suspensivo nos embargos eventualmente opostos pelo executado.[63] A interposição dos embargos do devedor não mais pressupõe a garantia do juízo. Se o único patrimônio do sócio devedor forem as quotas que detiver na sociedade, entende-se seguro o juízo com a penhora. Reafirmo: na sociedade simples pura, a penhora de quotas por dívida particular do sócio somente deve ser admitida para permitir o seu direito de defesa e viabilizar a liquidação das quotas para satisfação do credor. A penhora das quotas não implica o ingresso do terceiro na sociedade, salvo, segundo entendo, aprovação de todos os demais sócios (v. Cap. 12, item 12.7.2). Ainda que a sociedade simples tenha natureza de sociedade de pessoas, entendo possível o ingresso do credor particular do sócio, ou de terceiro arrematante das quotas, na sociedade, a fim de evitar à sociedade o ônus do pagamento do valor apurado em liquidação das quotas, desde que, como já dito, com a anuência dos demais sócios. Os princípios da razoabilidade, autonomia da vontade das partes, preservação e função social da atividade econômica devem prevalecer. Essa, porém, não é a posição de Rubens Requião:[64] "... a

execução que recair sobre a quota não levará à adjudicação da mesma ao exequente, nem à sua arrematação por terceiro, pelo que será impossível que alguém, em função do processo de execução, possa pretender ingressar na sociedade empunhando a quota inicialmente penhorada. Apenas se liquida a quota, apurando-se o valor monetário que ela eventualmente representa, o qual então se presta para garantir o juízo da execução".

Sobre o tema:

> E. nº 388 do CJF: "O disposto no art. 1.026 do Código Civil não exclui a possibilidade de o credor fazer recair a execução sobre seus direitos patrimoniais da quota de participação que o devedor possuir no capital da sociedade".
>
> E. nº 389 do CJF: "Quando se tratar de sócio de serviço, não poderá haver penhora das verbas descritas no art. 1.026, se de caráter alimentar".

Em relação aos herdeiros do sócio, ou ao cônjuge do que se separou judicialmente, a lei proíbe que exijam, de imediato, a parte que lhes couber na quota social, assegurando-lhes, contudo, o direito de concorrer à divisão periódica dos lucros até a liquidação da sociedade.[65]

Questão peculiar diz respeito à possibilidade de partilha das quotas sociais do advogado casado. O tema foi recentemente enfrentado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.[66] O acórdão negou o pedido da ex-mulher e indeferiu a sobrepartilha alegando que "não são partilháveis as cotas da sociedade de advogados, por constituir uma sociedade simples, dedicada ao exercício da profissão de seus integrantes, não se enquadrando como ente empresarial". De acordo com o relator, Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, "não são partilháveis as cotas da sociedade de advogados. Ele explica que as sociedades de advogados são identificadas no Código Civil como sociedades dedicadas ao exercício da profissão de seus integrantes, não se enquadrando como ente empresarial. "Somente é viável cogitar de partilha quando há indicativo de abuso da personalidade jurídica, seja pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, o que inocorre na espécie", complementou. Em situação análoga, o mesmo tribunal decidiu:

"Apelação. Partilha. Quotas e lucros de sociedade de práticos. Depósitos no exterior. Existência comprovada. Partilha. Saldo a ser apurado em liquidação de sentença.

A jurisprudência desta Corte tem firme entendimento de que, quando a atividade empresarial é o próprio trabalho do cônjuge, as quotas sociais que ele titula têm caráter de provento do trabalho pessoal, de forma que não há direito de partilha pelo cônjuge não sócio. Pelo entendimento jurisprudencial da Corte, diferente tratamento ocorre quando as quotas sociais não têm relação com a atividade laborativa do

cônjuge, caso em que a participação societária assume caráter de bem adquirido onerosamente na constância do casamento, sendo por isso lícita a partilha das quotas, e eventual divisão de lucros. (...)".[67]

Fez-se justiça? Na minha opinião, não. Fez-se sentença. Quando um casal se separa, todos os bens havidos em comum na constância da sociedade conjugal devem ser divididos meio a meio. Essa é a regra geral. Isso seria diferente com as cotas de uma sociedade de advogados?

Convenhamos: não admitir a partilha de quotas quando o ex-cônjuge comprovar que essas quotas provêm de trabalho pessoal é violar, no mínimo, os princípios da isonomia e da razoabilidade, para não falar em verdadeiro estímulo às fraudes. Cotas sociais são frações ideais de um patrimônio social. Para mim, pouco importa se essas cotas integram o capital social de uma sociedade simples, de uma limitada ou de uma sociedade anônima. No fundo, representam um tipo de patrimônio (dinheiro ou bens) integralizado na constituição do negócio. O STJ já admite a possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração invertida para imputar responsabilidade à sociedade quando os bens do cônjuge forem transferidos indevidamente com o propósito de fraudar eventual partilha. O direito, em hipótese alguma, pode acobertar situações antijurídicas e imorais.

A cada dia me convenço de que o casamento tem mesmo duas fases: a do "**meu bem**" e a dos "**meus bens**". Na fase do "**meu bem**", ninguém tem defeitos; na fase dos "**meus bens**", ninguém tem virtudes. Ainda não perdi a capacidade de me indignar com certas coisas, mesmo no mundo jurídico. É como disse um dos maiores processualistas italianos: "quando o direito se esquece da sociedade, a sociedade se esquece do direito". Quando o político, o magistrado, o frentista do posto de gasolina, o torcedor de futebol, o zelador do prédio e o flanelinha da esquina decidem afrontar a lei, são apenas o reflexo de um sistema jurídico que despreza a vida real e vive num mundo onírico onde o drama e os direitos da pessoa nunca importam. Importa entregar a sentença no prazo para não cair nas estatísticas e não prejudicar a promoção na carreira...

6.2.5.Direitos dos sócios

6.2.5.1.Participação nos lucros

A aquisição do status de sócio atribui direitos e impõe a assunção de obrigações, por lei ou pelo contrato social. A partir do seu ingresso na sociedade o sócio participa dos lucros e das perdas sociais na proporção das respectivas quotas, salvo cláusula contratual em contrário. É nula qualquer disposição que contrarie essa regra.[68] O art. 288 do Código Comercial,

revogado pelo Código Civil, previa a nulidade da própria sociedade quando existente cláusula contratual excludente da participação dos sócios nos lucros do empreendimento. O Código Civil atenua as consequências dessa infração legal e somente nulifica a cláusula excludente da responsabilidade, e não o contrato social.[69]

O sócio, em regra, não pode ser substituído no exercício de suas funções, salvo consentimento dos demais, de forma expressa ou com a devida alteração contratual.[70]

Acertadamente, a lei prevê que a distribuição de lucros fictícios ou ilícitos acarretará responsabilidade ilimitada e solidária dos administradores e sócios que os receberam, e dos que conhecessem ou devessem conhecer da ilegitimidade.[71]

A lei não prevê o *pro labore* como um direito essencial dos sócios. Essa benesse depende de previsão expressa no contrato. Fábio Ulhoa[72] considera que

"(...) os lucros remuneram o investimento e o *pro labore* a contribuição ao gerenciamento da empresa. Quando deliberada a distribuição dos lucros, todos os sócios têm direito ao recebimento de sua parte. Já o *pro labore* só é devido ao sócio, ou sócios, com direito ao seu recebimento mencionado no contrato social".

Os sócios cuja contribuição para a sociedade consista em serviços somente participarão dos lucros na proporção da média do valor das quotas dos demais sócios, conforme o disposto no art. 1.007 do Código Civil.

6.2.5.2.Participação nas deliberações sociais

A lei confere aos sócios o direito de decisão sobre os negócios sociais, mas impõe unanimidade nas deliberações que tenham por objeto as matérias constantes no art. 997 do Código. Se o contrato não dispuser expressamente em contrário, as demais decisões podem ser tomadas pela maioria dos votos, contados segundo o valor das quotas de cada sócio, ou seja, o percentual que as quotas representam no capital social.[73] No caso de empate, prevalecerá a decisão tomada por maior número de sócios; se o empate persistir, a decisão caberá ao Judiciário.[74] Para mim, o contrato social pode conter norma expressa para disciplinar o empate ou estabelecer procedimento de arbitragem, conforme a regra do art. 129, 2º, da Lei nº 6.404/1976.

Já advogava a tese, reforçada agora pelo E. nº 385 do CJF, de que os sócios deveriam ter autonomia de vontade para fixar o "quorum" de deliberação das matérias diversas das elencadas no art. 997, ao invés da opção pela unanimidade ou maioria absoluta de votos. O rigor da lei engessa a própria sociedade e dificulta as deliberações sociais.

Sobre o tema:

E. nº 385 do CJF: "A unanimidade exigida para a modificação do contrato social somente alcança as matérias referidas no art. 997, prevalecendo, nos demais casos de deliberação dos sócios, a maioria absoluta, se outra mais qualificada não for prevista no contrato".[75]

O sócio deve exercer o direito de voto visando o interesse da sociedade. A lei veda o voto abusivo. O interesse social prevalece sobre o privado. Responde por perdas e danos o sócio que, tendo interesse contrário ao da sociedade, participar de deliberação que o aprove graças a seu voto.[76] Tem o sócio, o dever de lealdade para com a sociedade (v. Cap. 6, item 6.2.6). Em relação ao voto conflitante, aplicam-se as disposições da Lei das Sociedades Anônimas.[77]

É conveniente ressaltar as diferenças entre voto abusivo e conflitante:

> a)**voto abusivo** – é o voto proferido com o fim de causar dano à sociedade ou a outros sócios ou obter vantagem indevida que resulte ou possa resultar prejuízo para a sociedade ou sócios.
> b)**voto conflitante** – é o voto proferido em matérias que o sócio possa obter benefícios pessoais ou tenha interesse conflitante com o da sociedade.[78]

Sobre o tema:

E. nº 217 do CJF: "Arts. 1.010 e 1.053: Com a regência supletiva da sociedade limitada pela lei das sociedades por ações, ao sócio que participar de deliberação na qual tenha interesse contrário ao da sociedade aplicar-se-á o disposto no art. 115, § 3º, da Lei nº 6.404/1976. Nos demais casos, aplica-se o disposto no art. 1.010, § 3º, se o voto proferido foi decisivo para a aprovação da deliberação, ou o art. 187 (abuso do direito), se o voto não tiver prevalecido".

6.2.5.3.Direito de retirada

O direito de retirada tem por fundamento a evidência de que o sócio não pode ser constrangido a permanecer associado. Sócio não é prisioneiro da sociedade e qualquer estipulação em contrário é nula, *ab ovo*, exceto na hipótese de renúncia expressa ao direito de retirada, como ocorria na transformação das sociedades limitadas antes do Código Civil.[79]Atualmente, esse instituto é disciplinado no Capítulo X, arts. 1.113 e

seguintes, e não mais pela Lei nº 6.404/1976. O direito de retirada é legalmente concedido ao sócio e permite que ele deixe os quadros da sociedade mediante o recebimento do respectivo reembolso, dissolvendo-se parcialmente ou resolvendo-se a sociedade quanto ao sócio retirante. Com o exercício desse direito por um dos sócios os demais podem decidir pela dissolução total da sociedade. O direito de retirada está, por exemplo, previsto no art. 1.029 do Código, desta forma:

"Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de 60 (sessenta dias); se de prazo determinado, provando-se judicialmente a justa causa".

Nos 30 (trinta) dias subsequentes à notificação, os demais sócios poderão optar pela dissolução total da sociedade.[80] É relevante anotar que, se a sociedade for constituída por tempo indeterminado, a retirada do sócio não precisa ser motivada. Basta a notificação prévia de sua saída. Situação diversa ocorre com a sociedade constituída por tempo determinado. Nesse caso, a lei impõe a comprovação judicial da justa causa para retirada do sócio.

O conceito de justa causa não é unívoco e nisso reside dificuldade quase intransponível para a comprovação do ato ou fato que legitime a retirada compulsória do sócio. O que seria uma justa causa que permitisse o direito compulsório de retirada? A simples alegação, pelo sócio, da quebra da *affectio societatis* (intenção de não mais permanecer associado)? É conveniente ressaltar que a justa causa invocada pelo sócio para se retirar da sociedade pode ser justificada com a devida comprovação da quebra da *affectio societatis*, sendo certo que esse argumento não enseja a exclusão do sócio pela sociedade.

Sobre o tema:

> E. nº 67 do CJF: "A quebra do *affectio societatis* não é causa para exclusão do sócio minoritário, mas apenas para dissolução (parcial) da sociedade".

O conceito de justa causa é extremamente subjetivo. Delimitar os seus contornos para coibir o arbítrio e a retaliação será tarefa do Judiciário. Em algumas situações, o direito de retirada poderá comprometer a própria sociedade e a sua função social, em evidente desatenção ao princípio da preservação da empresa, pois a ela se impõe o ônus do pagamento do reembolso. Se esse direito for exercido em massa, pode ser fator decisivo para sua dissolução, ou até mesmo falência. Atento ao problema, o art. 137, § 3º, da Lei nº 6.404/1976 tenta preservar a higidez da sociedade na hipótese de o direito de retirada colocar em risco a sua estabilidade. Diz:

"Nos 10 (dez) dias subsequentes ao término do prazo de que tratam os incisos IV e V do 'caput' deste artigo, conforme o caso, contado da publicação da assembleia-geral ou da assembleia especial que ratificar a deliberação, é facultado aos órgãos da administração convocar assembleia-geral para ratificar ou reconsiderar a deliberação se entenderem que o pagamento do preço do reembolso das ações dos acionistas dissidentes que exerceram o direito de retirada porá em risco a estabilidade financeira da empresa".

O sócio retirante tem direito ao recebimento do valor de sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado (integralizado, pago). A liquidação da quota do sócio, salvo cláusula em contrário, deve tomar por base a situação patrimonial da sociedade à data de sua saída, ou exclusão, conforme balanço especialmente levantado para esse fim.[81] Não havendo cláusula dispondo em contrário, a sociedade deve pagar a quota liquidada, em dinheiro, no prazo de 90 (noventa) dias contados da liquidação.

Há controvérsia quanto ao critério de cálculo fixado por lei. Conquanto não haja previsão legal nesse sentido, defendo a inserção dos elementos do estabelecimento nesse cálculo porque, feito de outro modo, haverá enriquecimento sem causa da sociedade e dos sócios remanescentes. A lei determina que a liquidação da quota deve ser feita com base no balanço patrimonial especialmente levantado pela sociedade para esse fim.[82]

Sobre o tema:

E. nº 386 do CJF – "Na apuração dos haveres do devedor, por consequência da liquidação de suas quotas na sociedade, não devem ser consideradas eventuais disposições contratuais restritivas à determinação de seu valor".

A retirada do sócio não o exime das obrigações sociais anteriores, em até dois anos da averbação da resolução da sociedade.[83] É relevante ressaltar que, segundo orientação do Registro Civil de Pessoas Jurídicas (RCPJ), deve o sócio, ao final do prazo da notificação de todos os sócios (60 dias), averbá-la, para efeitos de contagem do termo *a quo* (2 anos), sob pena de ficar refém da sociedade quanto ao momento da averbação da resolução.

Quanto aos débitos fiscais e previdenciários, defendo tese diversa. O art. 173, II, do CTN, diz que o direito da Fazenda constituir o crédito tributário se extingue em cinco anos contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. (v. Cap. 10, item 10.6.1). A Súmula Vinculante nº 8, do STF, considerou "inconstitucionais o parágrafo único do Dec. Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam da prescrição e decadência de crédito tributário".

Sobre o tema:

"Tributário. Execução fiscal. Débitos para com a seguridade social. Responsabilidade solidária dos sócios. Redirecionamento. Lei nº 8.620/1993. Afastamento. Necessidade de lei complementar. Ausência de prova de infração à lei ou estatuto ou dissolução irregular da sociedade. Súmula 7/STJ.

I – O art. 146, III, b, da CF, e o art. 135, III, do CTN, estabelecem, respectivamente, que: cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em legislação tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência e que os diretores, gerentes ou representantes das sociedades são pessoalmente responsáveis pelos débitos das obrigações resultantes de atos praticados com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatuto.

II – As sociedades limitadas são hoje reguladas pela Lei nº 10.406/2002 – Novo Código Civil – que determina que os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

III – Desse modo, resta infirmada a Lei nº 8.620/93 no que pretende ampliar a responsabilidade dos sócios gerentes ou administradores, tendo em vista que tal imposição depende de lei complementar, e observado que a norma vai de encontro com o disposto no Código Civil. Precedentes: REsp nº 722.423/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 28/11/2005 e REsp nº 736.879/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, julgado em 28/09/2005.

IV – 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, ressalvando-se que o inadimplemento da obrigação tributária não caracteriza infração à lei.

V – In casu, *o Tribunal a quo expressamente consignou não estar presente nenhuma das hipóteses previstas no art. 135, inciso III, do CTN, sendo certo que a reforma desse*

entendimento demandaria o reexame do substrato fático-probatório dos autos, o que é vedado a esta Corte, ante o enunciado sumular nº 07 deste STJ.

VI – Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp 677800/RS, Rel. Min. Francisco Falcão).

"Execução Fiscal. Decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade. Em se tratando de exceção é lícito apenas arguir objeções desde logo aferíveis, vedadas matérias de alta indagação. Ademais, o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa é cabível em hipótese de dissolução irregular da empresa. Precedentes jurisprudenciais do STJ. Rejeição de preliminar de decadência que se impõe. Frise-se, mais como remate, que a alegação da agravante no sentido de que não há provas de que a sociedade se encerrou irregularmente não merece acolhida, vez que a prova do encerramento regular revela-se bastante fácil de ser produzida, o que deverá ocorrer em sede de Embargos à Execução. Em face de tudo o que foi exposto, nego seguimento ao recurso, nos termos autorizativos do art. 557 do CPC" (AI 2007.002.29840TJ/RJ, Rel. Des. Sirley Abreu Biondi).

"Agravo interno da decisão monocrática ementada como a seguir: agravo de instrumento. Tributário. Execução fiscal. Redirecionamento a sócio-gerente cujo nome não consta da CDA. O não pagamento de impostos da sociedade e mudança da sede por si só não demonstram o encerramento irregular da sociedade. Cabendo ao exequente diligenciar para localização da sociedade a fim de comprovação de algumas das hipóteses previstas no artigo 135, III, do CTN. A não localização no endereço indicado, sem a dilação probatória necessária, não autoriza a presunção de dissolução irregular da sociedade e tampouco de que esta não tenha bens passíveis de solver a dívida executada. Decisão não teratológica que não se reforma. Sumula 59 TJ/RJ recurso a que se nega seguimento na forma do art. 557, *caput*, do CPC. Desprovimento do recurso" (AI 2008.002.02916 Rel. Des. Helena Cândida Lisboa Gaede).

6.2.5.4.Participação do acervo da sociedade em caso de liquidação

Uma vez decidida a dissolução, o liquidante tem o dever de finalizar as obrigações contraídas pela sociedade, realizar o ativo para pagamento do passivo e partilhar entre os sócios o remanescente, se houver. Em resumo: é direito essencial do sócio participar do saldo remanescente da liquidação, se houver. Os sócios podem resolver, por maioria de votos, antes de ultimada a liquidação, mas depois de pagos os credores, que o liquidante faça rateios por antecipação da partilha, à medida em que se apurem os haveres sociais.[84]

6.2.5.5.Direito de fiscalização

A lei obriga os administradores a prestar contas justificadas de sua administração aos sócios, apresentando-lhes o inventário anual, o balanço patrimonial (situação real da sociedade) e o balanço econômico (demonstração da conta de lucros e perdas).[85]

Os sócios têm o direito de fiscalizar a sociedade e de examinar os livros e documentos, o estado do caixa e da carteira da sociedade, em qualquer tempo, salvo se houver cláusula que determine época própria para o exercício desse direito.[86]

6.2.5.6.Cessão de quotas

É direito do sócio ceder, total ou parcialmente, suas quotas. A sociedade simples, contudo, tem natureza de sociedade de pessoas, impondo-se a observância dos seguintes requisitos:

- consentimento dos demais sócios;
- modificação do contrato social, com a respectiva averbação no órgão competente.[87]

É importante ressaltar que a cessão somente terá eficácia perante os demais sócios e a sociedade após a correspondente modificação do contrato social.[88] O parágrafo único do art. 1.003 dispõe que o sócio cedente responde solidariamente com o cessionário perante a sociedade e terceiros pelas obrigações que tinha como sócio, até dois anos após a averbação do contrato social.

Em resumo: o art. 108 da Lei nº 6.404/1976 limita a responsabilidade do cedente à sociedade pelas prestações faltantes à integralização das ações transferidas, e em até dois anos contados da sua saída. Já o Código Civil

vincula o cedente às obrigações que tinha como sócio, pelo prazo de dois anos, perante a sociedade e terceiros.

Sepultando antiga controvérsia, o art. 1.025 do Código Civil diz que "... o sócio, admitido em sociedade já constituída, não se exime das dívidas sociais anteriores à admissão". Ao ingressar na sociedade, o cessionário assumirá responsabilidade por todas as dívidas sociais anteriormente existentes,[89] diferentemente do cedente, que responde pela integralização das cotas cedidas e pelas obrigações que tinha como sócio, perante a sociedade e terceiros, pelo prazo de dois anos após a averbação da alteração contratual.[90] Trata-se de responsabilidade *ex tunc*. (Ver Cap. 8º, item 8.7.1)

O sócio que transferir o domínio, posse ou uso de suas quotas responde pela evicção e solvência do devedor.[91]

6.2.6.Obrigações dos sócios

Salvo pacto em contrário, as obrigações dos sócios têm início com o contrato social, independentemente do seu arquivamento, e terminam com a liquidação da sociedade, uma vez extintas as obrigações sociais.[92]

A principal obrigação assumida pelo sócio ao ingressar em determinada sociedade é a sua contribuição para a formação do capital social, ou seja, deve o sócio integralizar o valor subscrito para a formação do capital social. A contribuição do capital social pode dar-se através de dinheiro, bens ou serviços.[93]

Sobre o tema:

> E. nº 206 do CJF: "A contribuição dos sócios exclusivamente em prestação de serviços é permitida nas sociedades cooperativas (art. 1.094, I) e nas sociedades simples propriamente ditas (art. 983, 2ª parte)".
>
> E. nº 389 do CJF: "Quando se tratar de sócio de serviço, não poderá haver penhora das verbas descritas no art. 1026, se de caráter alimentar".

O sócio que integraliza capital social em serviços não pode, salvo convenção em contrário, se empregar em atividade estranha ao empreendimento, sob pena de ser privado dos lucros sociais e excluído da sociedade.[94] A lei disciplina de forma obscura e imprecisa a participação desse sócio nos lucros da sociedade. Novamente a redação imprecisa gera dúvidas, pois, segundo a sua dicção, "... aquele, cuja contribuição consiste em serviços, somente participa dos lucros na proporção da média do valor das quotas".[95] É pertinente a crítica de Áttila de Souza Leão de Andrade:[96]

"Outra crítica que se possa fazer à regra do art. 1007 consiste na discriminação que a lei faz, no que se refere à participação dos sócios, contribuintes de serviços, quanto à repartição dos lucros. Neste particular, o trabalho deveria equivaler ao capital. Por que se criar uma distinção dessa magnitude entre eles? Parece-nos uma discriminação injusta."

É cláusula essencial do contrato social a determinação do modo de realização e a forma de pagamento das quotas subscritas.[97] A integralização consiste no efetivo pagamento das entradas prometidas pelos sócios à sociedade e pode ser à vista ou a prazo, em dinheiro, em quaisquer espécies de bens suscetíveis de avaliação pecuniária[98] ou em serviços, nas sociedades simples puras e cooperativas. É obrigação do sócio integralizar o valor das quotas subscritas na forma e prazo previstos no contrato social, e aquele que descumprir a obrigação, nos trinta dias seguintes ao da notificação pela sociedade, será considerado sócio remisso, e responderá pelo dano emergente da mora.[99]

Inexplicavelmente, o Código não prevê a necessidade de avaliação dos bens conferidos ao capital social nas sociedades simples, diferentemente do que faz com as sociedades limitadas. Em razão da inexistência de um dispositivo protetor do capital social, de modo a evitar-se a fraude, não serão absurdas situações em que o capital declarado no contrato social estará aquém do realmente existente, configurando-se subcapitalização, ou seja, superestima-se o valor de determinado bem integralizado ou a integralizar-se ao capital social a fim de mascarar-se o seu real valor, em nítida ofensa ao princípio da realidade do capital social. Defendo a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade se comprovado que o valor do capital social declarado pelos sócios é fictício, irreal.

Outro dever imposto aos sócios é o de lealdade.[100] O § 3º do art. 1.010 estipula a responsabilidade por perdas e danos do sócio que, em razão de operação de interesse particular e contrário ao da sociedade, participar de deliberação que a aprove, graças a seu voto. O sócio tem o dever moral e legal de dirigir a sociedade de forma a permitir que realize o seu objeto, a sua função precípua. Deve agir no interesse da sociedade e abdicar de seus interesses pessoais.

O art. 1.002 do Código Civil veda ao sócio que se faça substituir no exercício de suas funções sem o consentimento dos demais, expresso em alteração contratual devidamente registrada. Para mim essa restrição somente se aplica aos administradores, pois são eles que praticam atos em nome da sociedade, obrigando-a perante terceiros.

6.2.6.1.Sócio remisso

Na maioria das vezes a mora é confundida com o mero retardamento no cumprimento da obrigação pactuada. O retardamento é o atraso na prestação a que o devedor se obriga, diferentemente da mora, que se perfaz no retardamento culposo do devedor. A culpa é elemento subjetivo e essencial para caracterização da mora do devedor.[101] O art. 396 do Código Civil preconiza que se não houver fato ou omissão imputáveis ao devedor, descaracteriza-se a mora.

Na forma e prazo previstos, os sócios obrigam-se às contribuições estabelecidas no contrato social. Aquele que deixar de fazê-lo nos 30 (trinta) dias seguintes à notificação da sociedade responderá pelo dano decorrente da mora.[102]

O Código Civil inovou quanto à constituição em mora do sócio devedor. A mora, agora, deixa de ser *ex re* (a mora se caracteriza com o simples inadimplemento da obrigação pelo devedor, sem necessidade de sua interpelação prévia) e passa a ser *ex persona* (quando a constituição em mora do devedor depender de sua prévia notificação para quitação do valor devido).[103] Caracteriza-se a mora pelo não pagamento do valor devido nos 30 (trinta) dias seguintes à notificação pela sociedade. Para Sérgio Campinho,[104]

"(...) o preceito não nos parece razoável. Havendo no contrato a previsão do montante da prestação a que o sócio se obrigou, bem como a forma de realizá-la e o prazo, não vemos lógica em se exigir prévia notificação... Vencido o prazo da notificação, responderá o sócio remisso perante a sociedade pelos danos decorrentes da mora. Como a indenização há de ser integral, posto que não se repara parcialmente o dano, é que sustentamos a fluência dos juros e da atualização monetária desde o prazo de vencimento da obrigação (...)".

Comungava desse entendimento. Passei a sustentar que admitir a mora "ex re" quando a lei a determina "ex persona", ou seja, a mora do sócio remisso somente se caracterizará após prévia notificação para pagamento do valor devido, no prazo de trinta dias, acarretaria verdadeira violação de direito legalmente assegurado, tendo, o sócio, após a mora, o prazo de trinta dias para adimplir a sua obrigação. O contrato social somente pode contrariar a lei quando estipular condições mais benéficas aos sócios. As condições mínimas legais não podem ser desrespeitadas em seu detrimento. Entendo que as sociedades constituídas antes da vigência do atual Código Civil terão de se adaptar a essa regra no prazo previsto no art. 2.031. Nessa hipótese, não há que se falar em direito adquirido, e, sim, no efeito imediato da lei.

Ao sócio que descumpre a obrigação de integralizar o valor subscrito dá-se o nome de remisso. Nesse caso, a lei assegura à maioria dos demais sócios o direito à indenização, exclusão do sócio remisso ou redução de sua

quota ao montante já efetivamente pago.[105] Salvo pacto expresso em contrário, na resolução da sociedade em relação ao sócio remisso a lei determina que o valor da quota do sócio devedor, considerado pelo montante efetivamente integralizado, deve ser apurado com base na situação patrimonial da sociedade à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado à época da saída do sócio.[106]

6.2.7.Administração da sociedade

No dizer de Pontes de Miranda, os administradores *presentam* a sociedade, externam a sua vontade, obrigando-a perante terceiros, subsumem-se na própria sociedade e são considerados pela doutrina majoritária verdadeiros órgãos daquela. A sociedade exerce direitos e adquire obrigações através de seus administradores com poderes especiais.[107] Nas hipóteses descritas no parágrafo único do art. 1.015 do Código Civil, pode a sociedade opor o excesso de poderes por parte de seus administradores, desobrigando-se perante terceiros.

São impedidas de exercer a administração das sociedades as pessoas enumeradas no art. 1.011, § 1º, do Código Civil (*v.g*., pessoas impedidas por lei especial etc.). É importante ressaltar que a vedação ao exercício da administração da sociedade não obsta a condição de sócios aos impedidos.

Os administradores podem ser determinados no próprio contrato social ou por ato em separado, que deve ser averbado à margem da inscrição da sociedade.[108] A inobservância dessa regra determina a responsabilidade pessoal e solidária dos administradores com a sociedade pelos atos praticados antes da inscrição no registro próprio. Como já dito, entendo que a regra do art. 1.002 somente se aplica aos administradores da sociedade. Nesse caso, não podem ser substituídos no exercício de suas funções sem o consentimento dos demais sócios.

O contrato social deve especificar o modo, exercício, poderes e atribuições dos administradores. A administração da sociedade compete, em regra, a cada sócio, salvo cláusula em sentido contrário. O contrato social pode prever a administração conjunta ou conjuntiva. Omisso o contrato social, a administração da sociedade competirá a cada um dos sócios, isoladamente[109] (administração disjuntiva), em que cada sócio poderá impugnar a operação realizada por outro mediante decisão por maioria de votos.[110] Se houver previsão de administração conjuntiva, a validade dos atos praticados dependerá da assinatura dos administradores nomeados, pois é assim que está no art. 1.014 do Código Civil. Nos casos urgentes, ou naqueles em que a omissão ou a postergação das decisões possa ocasionar prejuízos graves, ou irreparáveis, a exigência do art. 1.014 pode ser atenuada.

A administração somente pode exercida por pessoas naturais, sócios ou não da sociedade. É vedado o exercício por pessoas jurídicas.[111]

Os administradores respondem pessoalmente pelos atos praticados, *v.g*., quando não agirem com o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios;[112] quando agirem com culpa no desempenho de suas funções, determinando, a lei, neste caso, responsabilidade solidária perante a sociedade e terceiros prejudicados;[113] quando agirem com excesso de poderes, ou seja, em desconformidade com os poderes que lhes foram conferidos; quando agirem em detrimento da sociedade e em prol de interesses próprios ou de terceiros; quando realizarem operações que gerem prejuízos à sociedade, sabendo ou devendo saber que agiam em desacordo com a maioria;[114] quando o administrador tomar parte em deliberações sociais tendo interesse contrário ao da sociedade;[115] ou quando o administrador, sem o consentimento escrito dos outros sócios, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros.[116] Os administradores são obrigados a prestar aos sócios contas justificadas de sua administração, bem como balanços patrimonial e de resultado econômico.[117]

A lei manda aplicar à atividade dos administradores a mesma disposição do mandato,[118] mas é necessário não confundir as duas figuras. Na omissão da lei, as regras do mandato são aplicáveis supletivamente. Omisso o contrato, os administradores podem praticar todos os atos condizentes com a gestão da sociedade. A oneração ou venda de bens imóveis, se não fizer parte do objeto social, dependerá da decisão da maioria dos sócios, conforme o disposto no art. 1.015.

A arguição de infração aos limites de poderes expressamente previstos no contrato social pode ser oposta pela sociedade, que se desobriga perante terceiros,[119] nas seguintes hipóteses:

> 1ª)quando o contrato social ou o termo aditivo da sociedade contiver cláusula de limitação de poderes do administrador e estiver devidamente inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade (*v.g*., cláusula contratual expressa proibitiva da dação ou aval pela sociedade). Para alguns, o Código Civil não recepcionou, nessa hipótese, a teoria da aparência. O art. 1.154, parágrafo único, dispõe: "O terceiro não pode alegar ignorância, desde que cumpridas as referidas formalidades". Defendo tese contrária. O princípio da boa-fé objetiva deve sobrepor-se ao da publicidade, sob pena de verdadeiro retrocesso. Em síntese, a sociedade, pela teoria da aparência e pelos princípios da boa-fé objetiva, se obriga pelos atos praticados por seus administradores, ainda que o contrato social ou o termo aditivo

contenham cláusula limitativa de poderes, devidamente inscrita ou averbada, salvo comprovada má-fé do terceiro contratante.

Sobre o tema:

E. nº 145 do CJF: "Art. 47: O art. 47 não afasta a aplicação da teoria da aparência".

E. nº 11 da I Jornada de Direito Comercial: "A regra do art. 1.015, parágrafo único, do Código Civil deve ser aplicada à luz da teoria da aparência e do primado da boa-fé objetiva, de modo a prestigiar a segurança do tráfego negocial. As sociedades se obrigam perante terceiros de boa-fé".

"Ação anulatória. Administração conjunta da sociedade pelos dois sócios. Contratos assinados apenas por um deles. Teoria *ultra vires societatis*. Inaplicabilidade, porquanto os compromissos não foram tomados em negócios estranhos à sociedade. Sociedade que passa, de logo, a ser administrada pelo sócio que os firmara, de modo que o vício na formação das avenças, relativas à própria essência do objeto social da pessoa jurídica, configura mera irregularidade, já sanada ante o efetivo exercício da empresa. Aplicação da teoria da aparência. Mesmo que de nulidade se tratasse, tal circunstância não teria o condão de contaminar a hipoteca, que não fora constituída em função dos referidos contratos; daí que o retorno das partes ao *status quo ante*, consequência natural da eventual declaração de nulidade, importaria a permanência da pessoa jurídica na condição de devedora" (TJRJ, AC 2007.001.13092, Rel. Des. Nametala Machado Jorge).

"Ações Conexas (Cautelar de Cancelamento de Protesto e Ação Anulatória de Negócio Jurídico) julgadas conjuntamente pela sentença guerreada. A primeira sentença (fls. 108/111), que julgava procedentes aquelas ações, foi anulada por acórdão desta Câmara (fls. 143/147) para que outra fosse proferida pelo juiz a goro, atentando-se para o objeto e fundamentos das respectivas ações. Na sentença (fls.181/185), ora apelada, a juíza *a quo* julgou improcedentes os pedidos formulados em ambas as ações, considerando que, tanto o contrato de empréstimo quanto a nota promissória protestada são válidos e

regulares, não havendo comprovação de qualquer vício. Apelo. Como bem ressaltou a juíza *a quo*, embora o estatuto da sociedade autora contenha previsão sobre a necessidade da assinatura de dois diretores nos atos que importem em responsabilidade, o contrato de empréstimo em tela foi assinado pelo Diretor Presidente da empresa, na presença de duas testemunhas, constando avalista. Com fulcro na Teoria da Aparência, tais fatos aliados à afirmação da apelante de que quitou a respectiva dívida, restaram reconhecidos o negócio jurídico e a regularidade dos termos contratuais. (...) Recurso improvido" (TJRJ, AC 2006.001.19961, Rel. Des. Luiz Eduardo Rabello).

Interessante decisão[120] do STJ que aplicou a teoria da aparência, ainda que registrado o contrato social no órgão competente:

"Noticiam os autos que fora celebrado contrato de prestação de serviços para fornecimento de mão de obra com a empresa ré (recorrente) em janeiro de 1993. No entanto, em junho de 1995, os contratantes alteraram, em aditivo contratual, a cláusula de reajuste dos salários dos empregados mantidos pela autora, de modo a acompanhar os aumentos concedidos aos seus próprios funcionários. Como houve o inadimplemento da empresa ré, sobreveio a ação de cobrança em que busca a autora (recorrida) o recebimento da diferença decorrente do aditivo contratual, a qual, à época do ajuizamento da ação (fevereiro de 1999), alcançava o valor de mais de R$ 300 mil. O TJ manteve a sentença de procedência, rejeitando a tese da ora recorrente de que o aditivo contratual foi assinado por funcionário que não detinha poderes para tanto e afirmou, ainda, que não houve qualquer ato de má-fé da empresa autora. Segundo o Min. Relator, a controvérsia no REsp consiste em analisar se é válido o aditivo contratual – que é acessório e apenas estabeleceu nova forma de reajuste do contrato original – celebrado pelo então gerente de suprimentos da empresa recorrente, que não detinha poderes conferidos pelo estatuto para assiná-lo. Para o Min. Relator, o aditivo poderia ter sido celebrado pela sociedade empresarial recorrente, por se tratar

de ato consentâneo com seu objeto social (Lei n. 6.404/1976, arts. 138, § 1º, 139 e 144, parágrafo único). Assim, afirma que, se o aditivo contratual impugnado não se mostra desconexo com a especialização estatutária da sociedade empresarial recorrente, nesse particular, não há nulidade a ser declarada. Também assevera que a recorrente nem poderia alegar que os estatutos sociais encontram-se publicados e que, por esse motivo, terceiros não poderiam alegar desconhecê-los, visto que tal exigência vai de encontro à essência da dinâmica do Direito Comercial, que repele formalismos acerbados, mas impõe proteção ao terceiro de boa-fé que celebra negócio jurídico. Destaca que, no caso dos autos, o acórdão recorrido consignou ser cabível a teoria da aparência, visto que o gerente de suprimentos apresentava a aparência de poder, ostentando a terceiros que era o representante da empresa. Sendo assim, conclui o Min. Relator que o fato de o subscritor do aditivo não possuir poderes estatutários para tanto sucumbe diante da circunstância de a sociedade empresária permitir que representante putativo se comportasse como se estivesse no exercício de suas atribuições, o que, consequentemente, atraiu a responsabilidade da pessoa jurídica pelos negócios celebrados por ele. Diante do exposto, a Turma negou provimento ao recurso. Precedentes citados: REsp 40.825-MG, DJ 18/11/1996, e REsp 180.301-SP, DJ 13/9/1999.”

> 2ª)quando a sociedade, ainda que em comum, comprovar ciência do terceiro quanto à existência de cláusula de limitação de poderes do administrador no contrato social ou no termo aditivo. Nessa hipótese prevalece a teoria da aparência, pois a sociedade somente poderá se eximir da responsabilidade por obrigações contraídas caso comprove que os terceiros tinham conhecimento prévio e inequívoco da limitação dos poderes dos administradores. Dispõe o art. 1.154, *caput*, do Código Civil: “O ato sujeito a registro, ressalvadas as disposições especiais da lei, não pode, antes do cumprimento das respectivas formalidades, ser oposto a terceiro, salvo prova de que este o conhecia”.

3º)tratar-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

Esta última hipótese é conhecida como ato ultra vires (que será abordado com maior profundidade no Cap. 12, item 12.10.1).

O art. 1.013, § 2º, do Código Civil imputa responsabilidade ao administrador que realizar operações sabendo ou devendo saber que agia em desacordo com a maioria. Por sua vez, o art. 1.016 prevê a responsabilidade solidária dos administradores perante a sociedade e terceiros prejudicados quando agirem com culpa no desempenho de suas funções.

É cabível a invocação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nas sociedades simples, positivada no art. 50 do Código Civil:

"Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

Há vedação legal da substituição dos administradores no exercício de suas funções, já que, por lei, essas funções são indelegáveis. Admite-se, no entanto, que constituam mandatários da sociedade, com a devida especificação de seus poderes.[121] Os poderes conferidos aos sócios administradores nomeados por cláusula contratual são, em regra, irrevogáveis, salvo se, a requerimento de qualquer dos sócios, houver justa causa reconhecida judicialmente.[122] Como visto, é grande a dificuldade de conceituar justa causa. Todo casuísmo desembocará no Judiciário. Segundo entendo, a revogação arbitrária dos poderes dos administradores enseja direito a indenização ao prejudicado e o consequente reingresso na função ocupada. Diferente é o tratamento dado aos sócios nomeados por ato em separado, ou aos mandatários, porque, nesses casos, os poderes são revogáveis *ad nutum*.[123]

Sérgio Campinho ensina que:

"(...) o preceito parece ser mitigado. Em nossa visão, o *caput* cuida do administrador, cujo cargo é privativo de sócio pessoa natural. Assim, o sócio investido nos poderes de administração não pode ter revogados os seus poderes, salvo por decisão judicial, ante o reconhecimento de justa causa, em ação proposta por qualquer dos sócios. Essa regra se dirige ao administrador eleito no contrato social, bem como àquele nomeado por instrumento separado, como facultado pelo art. 1.012. A interpretação literal do*caput* levaria a situação desconexa: só seriam irrevogáveis os poderes do sócio investido na administração por cláusula expressa do contrato. Não nos parece ser essa a inteligência que se deva extrair do preceito. Não teria sentido dar tratamento diverso ao sócio investido nos poderes de administração por instrumento apartado, posto que a figura legal é a mesma: a de administrador. Assim, o princípio que a lei quer consagrar é o da estabilidade do administrador, sendo irrelevante a forma de sua investidura. Ao

permitir a nomeação em ato separado, quis a lei simplificar a investidura, não sendo razoável impor uma *capitis deminutio* ao gestor nomeado em apartado, o que frustraria o escopo legal. Nota-se que não se trata de simples procurador, mas de administrador, consoante os termos do prefalado art. 1.012 (...) A regra do parágrafo único se refere aos mandatários da pessoa jurídica, que poderão, a qualquer tempo, revogar os poderes conferidos no instrumento procuratório".

6.2.8.Resolução da sociedade em relação a um sócio

Era cediço na doutrina e na jurisprudência que a saída, exclusão, retirada ou falecimento de sócios provocava a dissolução parcial da sociedade. O atual Código Civil dispôs sobre a matéria ao distinguir a dissolução da sociedade (sempre total) e a resolução em relação a um sócio (equivale à dissolução parcial). Apesar da diferença, na prática ainda se utiliza a dissolução parcial como sinônimo de resolução da sociedade.

Sobre o tema:

"Dissolução parcial de sociedade. Apuração de haveres. Natureza sentencial. Predominantemente declaratória. Honorários. § 4º, art. 20 do CPC. Ausência de condenação.

– *Em processo onde houve manifestação de vontade de os sócios se desligarem da sociedade, pretensão de apuração de haveres e ruptura da* affectio societatis, *sem a extinção da sociedade a sentença que julgou procedente pedido de dissolução parcial de sociedade tem natureza predominantemente declaratória*" (AgRg no REsp 474168/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

"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 453423/AL, Rel. Humberto Gomes de Barros).

"Direito Civil e Empresarial. Demanda de dissolução de sociedade empresarial com pedido de apuração de haveres. Sentença de procedência parcial. 'Dissolução parcial' da sociedade, com a retirada do autor, determinando que a apuração seja realizada após o trânsito em julgado, em fase de liquidação de sentença. Apelo da ré, pretendendo afastar a apuração de haveres, ao argumento de que o sócio agiu com culpa. Irrelevância. Direito ao reembolso. Entendimento consolidado no sentido de que o sócio não pode, na 'dissolução parcial da sociedade', receber valor diverso do que receberia como partilha na dissolução total. Recurso a que se nega seguimento liminarmente" (TJRJ, Ap. Cív. 2009.001.30759, Rel. Alexandre Câmara, 2ª Câmara Cível).

Haverá resolução da sociedade em relação a um sócio, ou, para alguns, dissolução parcial, nas seguintes hipóteses:

a)falecimento do sócio, salvo disposição contrária à dissolução, opção pelos demais sócios pela dissolução (total) da sociedade ou se os herdeiros consentirem a substituição do sócio falecido.[124]

b)exclusão do sócio remisso.[125]

c)exclusão do sócio declarado falido (quando empresário individual ou sociedade empresária). A falência do sócio não acarreta a da sociedade, hipótese em que se impõe a liquidação de suas quotas para a composição da massa falida. A lei não inclui a insolvência civil como causa de resolução da sociedade em relação a um sócio. Defendo a interpretação extensiva do citado artigo, isto é, o sócio declarado insolvente pode ser excluído de pleno direito da sociedade.[126]

d)exclusão do sócio cuja quota tenha sido liquidada nos termos dos arts. 1.026 e 1.030, parágrafo único do Código Civil.

e)exclusão judicial do sócio mediante iniciativa da maioria, por falta grave ou incapacidade superveniente.[127]

f)exclusão extrajudicial do sócio.[128]

g)exercício do direito de retirada pelo sócio.[129]

h)exercício do direito de retirada pelo sócio dissidente.[130]

i)cessão de quotas.[131]

O Código Civil não define falta grave para exclusão de sócio. Ainda aqui, os casos de resolução parcial de sociedades fundados nessa alegação cairão no subjetivismo do juiz. Quem, em regra, se vê alijado de uma sociedade pela inculpação de falta grave não se conforma com a imputação, especialmente se julgar que se trata de acusação infundada ou injusta. Que tipo de falta pode ser considerada grave a ponto de legitimar a sociedade a decidir pela exclusão *manu militari* de um ou mais sócios do convívio dos outros? Nenhum outro Direito senão o do Trabalho tem estudo tão copioso sobre o tema porque a terminação do contrato de trabalho, sem ônus para o empregador, tem nas faltas graves o seu maior pilar. Esse vasto cipoal de ideias, experiências e construções doutrinárias que florescem naquela disciplina jurídica específica não podem ser ignoradas na hora de se decidir se tal ou qual falta que se considera praticada pelo sócio é, de fato, grave o bastante para tornar o seu convívio pernicioso e indesejado. A doutrina trabalhista já conseguiu depurar um conceito do outro e sabe, por exemplo, que justa causa e falta grave são expressões heterônimas, que o bulício do foro costuma misturar. Toda rescisão de contrato (com o de sociedade não é diferente) por justa causa pressupõe, necessariamente, uma falta grave para justificá-la, mas nem toda falta grave basta para permitir uma rescisão de contrato por justa causa. Tanto na doutrina quanto na jurisprudência é cediço que a falta grave deve ser avaliada subjetiva (a personalidade do agente, os antecedentes funcionais, grau de cultura e de discernimento etc.) e objetivamente (levando-se em conta os fatos e circunstâncias em que a falta foi cometida). Nesse sentido, Bortolotto[132] ensina que

"(...) a avaliação da falta deve ser feita subjetiva e objetivamente. Do ponto de vista subjetivo, uma falta pode ser grave, mas pode, em relação aos méritos particulares do empregado e com uma prestação longa, laboriosa e honesta, perder o seu caráter de gravidade. Ao contrário, a falta pode não ser grave, mas, posta em relação com a conduta irrespeitosa e descuidada do dependente, pode assumir particular aspecto de gravidade. Sempre do ponto de vista subjetivo, a falta deve ser voluntária, deve depender do fato consciente de seu autor, e constituir uma violação dos princípios e das normas sob as quais se funda a relação de trabalho. Também tem importância a consideração objetiva da justa causa. Uma falta, que pode ser de natureza leve, se cometida em outro ambiente, pode tornar-se gravíssima. Por exemplo, o empregado que fuma, durante o trabalho, malgrado as proibições regulamentares, comete falta de pouca monta numa oficina de marmoaria; entretanto pode tal ocorrência tornar-se gravíssima, se passada num laboratório de gás ou de produtos químicos".

Enquanto a base ética do contrato de trabalho é a fidúcia (confiança), a dos contratos de sociedade é a *affectio societatis*, isto é, a intenção, a vontade, a afeição de se juntar, de se associar para obter um fim comum, e de assim permanecer até o momento em que quebrada a fidúcia (confiança) de um sócio em relação ao outro ou dos sócios em relação à sociedade. A identidade entre os contratos de trabalho e de sociedade é até certo ponto visível se for considerado esse elemento imaterial que é a relação defluente

da confiança. Por isso que Dorval Lacerda[133] utilizou uma metáfora para dizer que "(...) o ato faltoso está para o Direito do Trabalho assim como o crime está para o Direito Penal. Direi, mesmo forçando a expressão, que tal ato faltoso é o crime no contrato de trabalho". Sustento, também, que a falta grave do sócio equivale ao crime no contrato de sociedade, pois põe fim, de uma por todas as vezes, à relação de confiança, que é o substrato da afeição de se associar. Ainda assim permanece vago o conceito de falta grave. Seguindo a lição de Bortolotto,[134] para quem "(...) só haverá ato faltoso bastante para justificar a rescisão quando se verificar uma violação, de tal modo grave, que impeça a continuação, mesmo provisória, da relação de trabalho", entendo que poderá ser considerada falta grave suficiente para alijar o sócio da sociedade aquela comprovadamente a ele imputável e que torne impossível, ainda que de modo provisório, a relação de sociedade.

Em regra, aos juízes do trabalho, porque não podem quantificar a pena, impõe-se, antes de concluir pela existência ou não de justa causa para a dispensa, responder a estas três perguntas:

1ª)houve a falta que se imputa ao empregado?

2ª)há nexo etiológico entre a falta e aquele que se quer seu autor?

3ª)é a referida falta de tal modo grave que impeça a continuação, mesmo provisória, da relação de emprego?

Entendo que qualquer julgador, antes de decidir pela exclusão do sócio, se deva perguntar se de fato houve a falta, se há nexo entre ela e o sócio e se essa falta é de tal modo grave que impeça a presença do sócio nos quadros sociais. Claro que essa avaliação deverá supor o contexto e a gravidade em que a falta foi cometida, os antecedentes do sócio e, especialmente, as repercussões negativas que possam ter feito respingar no nome comercial e na honradez da sociedade.

<u>Sobre o tema:</u>

"Pedido de afastamento de sócio. Sentença de procedência. Fim do *affectio societatis*. Sócio majoritário que provoca o rompimento da confiança mútua entre os sócios pela criação de nova empresa do mesmo ramo. Decisão correta no aspecto cautelar. Existência de ação de dissolução de sociedade movida pelo apelante a justificar a postulação cautelar. Recurso conhecido e desprovido.

Trata-se de sentença de natureza cautelar, não satisfativa, portanto. A liminar concedida initio litis, mantida pelo

Tribunal em julgamento de agravo e referendada pela sentença, faz sentido diante do contexto probatório dos autos. O apelante criou nova empresa do mesmo ramo que a Shangri-lá, o que demonstra a má-fé da sua conduta perante os demais sócios. Os fatos alegados pelo apelante de desvio de verbas pelos novos administradores não foram demonstrados. Não há dúvida de que a affectio societatis não mais existe e a sociedade deve ser dissolvida. Até lá, o mais lógico é que o apelante seja afastado da administração, com a manutenção dos sócios minoritários à frente da empresa" (TJRJ, AC 2006.001.25902, Rel. Des. Gabriel Zéfiro).

A resolução da sociedade em relação a um sócio por morte, exclusão ou retirada não o exime da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, em até dois anos após a averbação da mesma. Essa regra aplica-se, também, aos herdeiros do sócio. Enquanto não requerida a averbação da resolução da sociedade no órgão competente, os sócios e herdeiros respondem pelas obrigações posteriormente contraídas pela sociedade.[135]

6.2.9.Dissolução da sociedade

O tema será tratado no Capítulo 13.

Em resumo:

	Natureza da sociedade	Cessão de Quotas	Penhora de Quotas	Ingresso do herdeiro de sócio falecido
Sociedade simples pura[136]	Pessoas	Vedação da cessão de quotas para terceiros.	Liquidação das quotas do sócio executado, com pagamento, em dinheiro, em até noventa dias, ao credor, pela sociedade.[137]	Liquidação das quotas do sócio falecido, com o pagamento do valor apurado aos herdeiros.[138]
Sociedade limitada simples	Pessoas	Vedação da cessão de quotas para terceiros ou	Liquidação das quotas do sócio executado, com pagamento, em	Liquidação das quotas do sócio falecido,

		cessão condicionada ex. direito de preferência.	dinheiro, em até noventa dias, ao credor, pela sociedade.[139]	com o pagamento do valor apurado aos herdeiros.[140]
Sociedade limitada empresária	Capital	Possibilidade da penhora de quotas de sociedade empresária.[141]	Livre penhora de quotas em razão da natureza da sociedade – sociedade de capital.	Livre ingresso do herdeiro do sócio falecido na sociedade.
Sociedade limitada empresária	Pessoas	Possibilidade da penhora de quotas de sociedade empresária.[142]	Livre penhora de quotas em razão da natureza da espécie sociedade – empresária, com restrições em relação ao ingresso do terceiro a fim de manter a natureza da sociedade – pessoas. Para se evitar esse ingresso, confere-se à sociedade/sócios os seguintes direitos: a) remição b) preferência	Liquidação das quotas do sócio falecido, com o pagamento do valor apurado aos herdeiros.

6.3.VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

Analise as proposições abaixo e diga se são verdadeiras ou falsas:

1)A sociedade personificada, própria de atividades empresariais e em que todos os sócios são solidariamente e ilimitadamente responsáveis pelas dívidas sociais, é denominada sociedade simples.

2)O sócio de uma sociedade simples que ceder suas quotas responde, por dois anos, depois de averbada a modificação do

contrato, solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio.
3)O sócio de sociedade simples que ceder parte ou totalidade de suas quotas poderá fazê-lo sem o consentimento dos demais sócios desde que tenha participação majoritária no capital social.
4)O sócio de uma sociedade simples que contribuir com seus serviços à sociedade pode se empregar em atividade estranha à mesma, independentemente de convenção no contrato social, desde que avise aos demais sócios.
5)O sócio de uma sociedade simples que vier a ser admitido em sociedade já constituída se exime das dívidas sociais anteriores à admissão.
6)A retirada do sócio não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade.
7)Como regra, considera-se empresária a sociedade cujo objeto é o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro, e, simples, as demais.
8)O direito brasileiro arrola como sociedade empresária: a sociedade limitada, a sociedade anônima, a sociedade em comandita por ações, a sociedade em comandita simples, a sociedade em nome coletivo, a sociedade em conta de participação e as cooperativas.
9)A sociedade empresária, como pessoa jurídica, é sujeito de direito personalizado. Como consequência, é correto afirmar que há responsabilização patrimonial, solidária e direta dos sócios, em relação aos credores, pelo eventual prejuízo causado pela sociedade.
10)O credor de uma sociedade empresária somente pode cobrar seus créditos diretamente da pessoa jurídica, pois esta não se confunde com seus sócios.
11)Independentemente de seu objeto, considera-se simples a sociedade limitada, e, empresária, a sociedade por ações.
12)Dois médicos constituíram uma sociedade, sob a forma limitada, para exercício conjunto da profissão em caráter não empresarial, e a registraram na Junta Comercial. A sociedade rege-se somente pelas regras relativas à sociedade simples, mesmo tendo adotado a forma limitada.
13)No regime do atual Código Civil a caracterização de determinada atividade econômica como empresarial depende de expressa previsão legal ou regulamentar, devendo a atividade constar em relação previamente expedida pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio.

14)É obrigatória a existência de pelo menos dois sócios para a configuração de uma sociedade, já que ninguém pode ser sócio de si. As sociedades comerciais passaram a ser reguladas pelo novo Código Civil Brasileiro e, quanto à figura do empresário, não se distingue da figura da empresa.
15)O sócio admitido em sociedade já constituída não responde por dívidas sociais anteriores à admissão.
16)Dois médicos constituíram uma sociedade sob a forma limitada para exercício conjunto da profissão em caráter não empresarial e a registraram na Junta Comercial. A sociedade não poderia ter adotado a forma limitada, que é privativa das sociedades empresárias.
17)As sociedades se dividem em duas espécies: limitadas e anônimas.
18)A sociedade simples pode optar por se constituir na forma de sociedade por ações.
19)As sociedades simples podem optar pela adoção dos tipos societários típicos das sociedades empresárias.
20)As sociedades simples que adotarem a forma de anônima podem registrar os seus atos no Registro Público de Empresas Mercantis.
21)As sociedades simples devem adotar um dos tipos societários previstos por lei.
22)A responsabilidade dos sócios nas sociedades simples é ilimitada e solidária.
23)O credor particular de sócio de sociedade simples pode requerer a liquidação da quota do sócio devedor, cujo valor deverá ser depositado em dinheiro no juízo da execução, nos 90 (noventa) dias subsequentes à liquidação ou adjudicação das quotas do sócio devedor.
24)As quotas de sociedades simples podem ser penhoradas em razão de dívida pessoal do sócio.
25)Nas sociedades simples o sócio, em regra, não pode ser substituído no exercício de suas funções, salvo consentimento dos demais, de forma expressa ou com a devida alteração contratual.
26)Qualquer sócio pode retirar-se da sociedade de prazo indeterminado mediante o ajuizamento da ação própria, com a devida comprovação da quebra da *affectio societatis*.
27)A quebra do *affectio societatis* não é causa para exclusão do sócio minoritário, mas apenas para dissolução (parcial) da sociedade.
28)A cessão de quotas nas sociedades simples depende da natureza da sociedade: pessoas ou capital.

29)O contrato social pode estipular se a mora do sócio remisso é *ex re* ou *ex personae*.

30)Presume-se que a administração é conjuntiva quando o contrato social for omisso.

---

[1]TJSP. Agravo de Instrumento nº 371.206-4/7-00, 1ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Carlos Augusto de Santi Ribeiro, j. 11.08.05. FALÊNCIA – Empresa ré que alega ser sua atividade civil (imobiliária) – 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 – Duplicatas, ademais, que autorizam ação executiva – Citação válida – Recurso desprovido.

[2]Cód. Civil, art. 966.

[3]DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 611.

[4]Cód. Civil, art. 982.

[5]ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 939: em Filosofia, tautologia significa genericamente um discurso vicioso e inútil, porque repete na definição um conceito contido no próprio enunciado do argumento. É o definir pelo indefinido. Na Lógica atual (pós-Wittgenstein), o termo *tautology* foi substituído por uma multiplicidade de noções análogas, como "proposição analítica", "C-verdadeira" etc.

[6]Contrato ou Estatuto.

[7]Registro Público de Empresas Mercantis, segundo o art. 967 do Código Civil.

[8]V. Cap. 2, item 2.1.3.

[9]Cód. Civil, art. 985.

[10]Cód. Civil, art. 985.

[11]CPC, art. 789.

[12]Cód. Civil, arts. 1.023 e 1.024.

[13]Cód. Civil, art. 986.

[14]Cód. Civil, art. 2.031.

[15]Cód. Civil, art. 2.045.

[16]Lei de Falência art. 48, *caput* e inciso I.

[17]Lei nº 8.666/1996, art. 28, II, III e IV.

[18]Lei de Falência, art. 48.

[19]Cód. Civil, art. 1.080.

[20]Enunciado aprovado pela autora na IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal.

[21]*Op. cit.*

[22]Conforme proposta de redação de enunciado apresentado pela autora ao Conselho de Justiça Federal na IV Jornada de Direito Civil, *verbis*: "Direito adquirido e ato jurídico perfeito nos ajustes societários anteriores à vigência do Código Civil. Ainda que não observado o art. 2.031 do Código Civil as sociedades não perdem o direito à personalidade jurídica adquirida antes de seu advento, sujeitando-se, contudo, às limitações previstas em lei."

[23]LOBO, Jorge. *Sociedades Limitadas*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. I, p. 59.

[24]Cód. Civil, art. 982, parágrafo único, e Lei nº 6.404/1976, art. 2º, § 1º.

[25]*Op. cit.*

[26]Cód. Civil, art. 982, parágrafo único.

[27]Cód. Civil, art. 982, parágrafo único e Lei nº 6.404/1976, art. 2º, § 1º.

[28]*Op. cit.*

[29]*Op. cit.*

[30]*Op. cit.*

[31]Capítulo I do Subtítulo II do Título II do Livro II da Parte Especial.

[32]Cód. Civil, art. 986.

[33]Cód. Civil, art. 1.040.

[34]Cód. Civil, arts. 1.040 e 1.046.

[35]Cód. Civil, art. 1.053, *caput.*

[36]Cód. Civil, art. 1.096.

[37]Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

[38]Cód. Civil, art. 998 e art. 1.151 § 1º.

[39]Cód. Civil, art. 998 e art. 1.151 § 2º.

[40]Cód. Civil, art. 999, parágrafo único.

[41]Enunciado nº 383 da IV Jornada de Direito Civil.

[42]Cód. Civil, art. 1.151.

[43]Notícia veiculada do site do STJ, em 07.01.2010.

[44]Cód. Civil, art. 997, parágrafo único.

[45]Cód. Civil, art. 999.

[46]Enunciado aprovado pela autora na IV Jornada de Direito Civil.

[47]Cód. Civil, art. 1.000.

[48]Cód. Civil, arts. 997 e seguintes.

[49]*Op. cit.*

[50]Justificativa: O artigo 983, "CC", faculta à sociedade simples usar um dos tipos empresariais do art. 1.039 a 1.092, "CC", dando a impressão de que todas elas são compatíveis com a sua natureza, todavia, o art. 982, p. único, do CC e também o art. 2.º, § 1.º, da "LSA", esclarecem que as sociedades por ações (ou seja, a sociedade anônima constante dos arts. 1.088 e 1.089, "CC", e a sociedade em comandita por ações dos arts. 1.090 a 1.092, do mesmo, situadas dentro dos quadrantes facultados à sociedade simples pelo art. 983, "CC") são empresárias, independentemente de seu objeto. Logo, a opção pelos tipos da sociedade anônima e das sociedades em comandita por ações conduza a sociedades simples a se tornar necessariamente empresarial.

[51]*Op. cit.*

[52]Cód. Civil, art. 982, parágrafo único.

[53]CPC, art. 789.

[54]Cód. Civil, art. 1.001.

[55]Cód. Civil, art. 1.109.

[56]No mesmo sentido, Gustavo César de Souza Mourão, conforme proposta de redação de enunciado apresentado ao Conselho de Justiça Federal na IV Jornada de Direito Civil, *verbis*: "A sociedade simples pode adotar a forma de responsabilidade limitada dos seus sócios, seja por expressa disposição no contrato social, seja pela adoção de um dos tipos societários empresariais de responsabilização limitada".

[57]WALD, Arnoldo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

[58]Parecer publicado no site <www.irtdpjbrasil.com.br/ParecerWald.pdf>.

[59]Enunciado aprovado pela autora na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Justificativa: "Nas sociedades simples puras, ou seja, aquelas que não adotam os tipos societários elencados nos arts. 1.039/1.092 do Código Civil, a responsabilidade dos sócios, ao invés de ilimitada e subsidiária, tese adotada por alguns doutrinadores, pode ser pactuada no contrato social (princípio da autonomia da vontade das partes), isto é, as partes podem convencionar sobre a responsabilidade: limitada, ilimitada, subsidiária ou solidária. Dificilmente encontraremos uma sociedade simples em que os sócios assumam espontaneamente responsabilidade ilimitada, arriscando o seu patrimônio pessoal no caso de inadimplemento das obrigações sociais. O Código Civil admite que os sócios optem expressamente pela responsabilidade ilimitada e subsidiária. Admitir a responsabilidade ilimitada nas sociedades simples, independentemente de cláusula contratual em sentido contrário, implica em verdadeiro retrocesso com evidente retração do mercado. A recentíssima Lei nº 12.441/2011 que instituiu a figura da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada tem como um dos propósitos o estímulo ao exercício de atividade empresarial por pessoas físicas, sem que precisem usar de artifício conhecido para escapar da responsabilidade ilimitada: a constituição de sociedade aparente ou fictícia, em que um dos sócios detém quase que a totalidade do capital social, deixando para o outro um percentual ínfimo. Dito isto, já está mais do que na hora de os sócios de sociedade simples pura terem segurança jurídica em relação à responsabilidade perante credores sociais. Este entendimento não contraria o disposto no Enunciado 61, aprovado na I Jornada do Conselho da Justiça Federal, pois nada impede que os sócios pactuem no contrato social a responsabilidade ilimitada, solidária ou subsidiária, ou a responsabilidade limitada. Entendo que, na omissão contratual, há responsabilidade ilimitada e subsidiária dos sócios, com base nos arts. 1.023 e 1.024 do Código. Segundo Arnoldo Wald, 'Em razão deste dispositivo, pode-se concluir que o regime de responsabilidade dos sócios é uma prerrogativa dos sócios, a ser definida no contrato social, não sendo obrigatória a adoção da responsabilidade subsidiária'".

[60]Enunciado proposto pela autora e aprovado na I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal.

[61]Cód. Civil, arts. 1.023 e 1.024.

[62]Cód. Civil, art. 983, *in fine.*

[63]CPC, art. 919, § 1º.

[64]*Op. cit.*

[65]Cód. Civil, art. 1.027.

[66]Processo nº 70.061.885.786/2014.

[67]AC nº 70.054.595.517, de 29.08.2013, rel. Des. Rui Portanova.

[68]Cód. Civil, arts. 1.007 e 1.008.

[69]Cód. Civil, art. 1.008.

[70]Cód. Civil, art. 1.102.

[71]Cód. Civil, art. 1.009.

[72]*Op. cit.*

[73]Cód. Civil, art. 1.010.

[74]Cód. Civil, art. 1.010, § 2º.

[75]Enunciado aprovado pela autora na IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal.

[76]Cód. Civil, art. 1.010, § 3º.

[77]Lei nº 6.404/1976, art. 115, §§ 1º e 4º.

[78]Podemos citar como exemplo, o voto proferido pelo administrador quando do julgamento de suas contas ao final do exercício social.

[79]Lei nº 6.404/1976, art. 221, parágrafo único.

[80]Cód. Civil, art. 1.029, parágrafo único.

[81]Cód. Civil, art. 1.031.

[82]Cód. Civil, art. 1.031.

[83]Cód. Civil, art. 1.032. V. Cap. 6, item 6.2.3.

[84]Cód. Civil, art. 1.107.

[85]Cód. Civil, art. 1.020.

[86]Cód. Civil, art. 1.021.

[87]Cód. Civil, art. 1.003.

[88]Nas sociedades simples que adotem a forma de limitada, prevalece o disposto no E. nº 225 do CJF, "Art. 1.057: Sociedade limitada. Instrumento de cessão de quotas. Na omissão do contrato social, a cessão de quotas sociais de uma sociedade limitada pode ser feita por instrumento próprio, averbado junto ao registro da sociedade, independentemente de alteração contratual, nos termos do art. 1.057 e parágrafo único do Código Civil".

[89]Cód. Civil, art. 997, VI.

[90]Cód. Civil, art. 1.003, parágrafo único.

[91]Cód. Civil, art. 1.005.

[92]Cód. Civil, art. 1.001.

[93]Cód. Civil, art. 981.

[94]Cód. Civil, art. 1.006.

[95]Cód. Civil, art. 1.007.

[96]*Op. cit.*

[97]Cód. Civil, art. 997, IV.

[98]Cód. Civil, art. 1.025.

[99]Cód. Civil, art. 1.004.

[100]Cód. Civil, art. 1.011.

[101]AGOSTINHO ALVIM. *Da inexecução das obrigações e Suas Consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 19.

[102]Cód. Civil, art. 1.004.

[103]Cód. Civil, art. 1.004, *caput*.

[104]*Op. cit.*

[105]Cód. Civil, art. 1.004, parágrafo único.

[106]Cód. Civil, art. 1.031.

[107]Cód. Civil, art. 45.

[108]Cód. Civil, art. 1.012.

[109]Cód. Civil, art. 1.013.

[110]Cód. Civil, art. 1.013, *caput* e § 1º.

[111]Cód. Civil, art. 997, VI.

[112]Cód. Civil, art. 1.011.

[113]Cód. Civil, art. 1.016.

[114]Cód. Civil, art. 1.013, § 2º.

[115]Cód. Civil, art. 1.017, parágrafo único.

[116]Cód. Civil, art. 1.017, *caput*.

[117]Cód. Civil, art. 1.020.

[118]Cód. Civil, art. 1.011, § 2º.

[119]Cód. Civil, art. 1.015, parágrafo único, incisos I, II e III.

[120]REsp 887.277-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 04.11.2010.

[121]Cód. Civil, art. 1.018.

[122]Cód. Civil, art. 1.019.

[123]Cód. Civil, art. 1.019, parágrafo único.

[124]Cód. Civil, art. 1.028.

[125]Ver Cap. 8, item 8.9.3. e arts. 1.004, parágrafo único, e 1.058 do Cód. Civil.

[126]Cód. Civil, art. 1.030, parágrafo único.

[127]Cód. Civil, art. 1.030.

[128]Cód. Civil, art. 1.085.

[129]Cód. Civil, art. 1.029.

[130]Cod. Civil, art. 1.077.

[131]Cód. Civil, art. 1.004, *caput* e parágrafo único.

[132]*Diritto del Lavoro*, Padova, Cedam, p. 400.

[133]LACERDA, Dorval. *A Falta Grave no Direito do Trabalho*, Ed. Trabalhistas, 5ª ed., 1989, p. 13.

[134]*Op. cit.*, p. 40.

[135]Cód. Civil, art. 1.032.

[136]Cód. Civil, art. 983, *in fine*.

[137]Cód. Civil, art. 1.026, parágrafo único.

[138]Cód. Civil, art. 1.028.

[139]Cód. Civil, art. 1.026, parágrafo único.

[140]Cód. Civil, art. 1.028.

[141]Cód. Civil, art. 665, VI.

[142]Cód. Civil, art. 665, VI.

OS PRINCÍPIOS E O DIREITO EMPRESARIAL

7.0.PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO SER HUMANO

Na apresentação da 9ª edição deste livro, propus aos leitores a seguinte reflexão: ”Há muito me questionava sobre a função social da empresa. Abordo esse tema ao longo do livro. É inquestionável a sua relevância, posto que fonte geradora de empregos, tributos, riqueza. Temos que a empresa é um dos arcabouços da segurança jurídica, da paz e harmonia sociais. Não é mais novidade que é papel determinante do Estado o de preservar empresas que se demonstrem economicamente viáveis. Pois bem. Surge o seguinte questionamento: se o Estado deve preservar as empresas economicamente viáveis, em razão de sua função social, como fica a preservação da função social do ser humano? Sustento que o ser humano tem, da mesma forma que a empresa, sua relevância na coletividade, e, por isso, deve ser preservado. O Estado tem o dever de zelar pela existência de um ser digno, assegurar sua integridade biofisicopsíquica e coibir desigualdades e preconceitos. Todo ser humano tem seu papel a ser desempenhado na sociedade. Apesar de micro, é determinante no macro. O individual está contido no todo, é fato determinante de equilíbrio social, econômico, político, religioso. *Seres doentes contribuem para agravar a patologia social*. É certo que somente podemos pensar na função social da empresa se tivermos seres humanos plenos de sua função social. A função social de um ser humano é, em última instância, adubar a sociedade onde repousa. Viver para nós mesmos macula nosso papel existencial. (...) Uns se entrincheiram contra seus medos, outros contra o excesso de euforia. Uns digladiam com suas preocupações, outros com sua alienação. Uns são assombrados por pensamentos fixos, outros por pensamentos mórbidos. Uns são abismados pelo futuro, outros pelo passado. Uns lutam contra o excesso de economia, outros com seus gastos compulsivos. Uns se atormentam com imagens mentais perturbadoras, outros com emoções angustiantes. Quem é educado para sobreviver nessa guerra? Quem é treinado para escapar ileso ou com traumas mínimos?”. Como dito, papel relevante a ser exercido pelo Estado é zelar e fomentar a função social da atividade econômica e do ser humano que a exerce. Ambos atuam diretamente na coletividade e têm compromissos com a sua função social. Para pensar no incentivo à atividade econômica, não nos esqueçamos que alguém, um ser humano, que faz parte de toda essa engrenagem, tem de ter sua higidez mental e física preservada para exercer satisfatoriamente seu papel social.

Tive grata surpresa ao ler que Platão já ressaltava a existência de outra modalidade de justiça, a solidariedade: cada qual deve cumprir, na sociedade, a função social que lhe incumbe. Os fortes devem proteger os fracos; os ricos, socorrer os pobres; os instruídos, educar os ignorantes, e assim por diante. A lei e os governantes devem zelar, na *polis*, pela justa distribuição desses bens entre todos, de sorte que ninguém saia lesado. (...).

A função do ser humano é o compromisso de cada um de nós perante a coletividade. É a exata compreensão de que temos deveres sociais. O conceito de homem justo não se limita apenas a quem não comete injustiças e pratica ações justas. O homem justo é mais. Além de não cometer injustiças e praticar ações justas, tem de estar compromissado com a coletividade por ser formador de opiniões (ex: professor, autor etc.), um modelo a ser seguido (pacificador) e, mais importante: resgatar valores já desacreditados, como, por exemplo, a honestidade de um político; uma justiça justa. Mais uma vez nos valemos das lições de Aristóteles, para quem a interface do princípio ético da justiça (conceito de homem justo) explica a união indissolúvel das duas categorias de direitos humanos: a dos direitos e liberdades individuais e a dos direitos sociais e econômicos. Essa junção nos dá a exata dimensão do princípio da justiça.

Questão delicada, controvertida e complexa diz respeito aos aplicadores das leis. Como, por exemplo, um magistrado cumpre sua função social? É dever do juiz entregar a prestação jurisdicional com a provocação da jurisdição. É sabido que o pedido é o que vai delimitar a movimentação do magistrado dentro do processo, ou seja, é como se estivesse confinado em si próprio, a partir da alegação de uma parte e resistência da outra. Acho oportuno lembrar a advertência de Cícero, que dizia, com frequência, que em determinadas ocasiões os atos que nos parecem os mais dignos de um homem justo se transmudam no seu contrário, como por exemplo, o dever de cumprir o pactuado. Se a prática do ato devido prejudicar o devedor, sem qualquer proveito para o credor, o inadimplemento da obrigação é plenamente sustentável, pois na justiça há a prevalência do bem sobre o mal. Em resumo: a virtude da justiça tende sempre a alcançar um estado de equilíbrio, longe de todo excesso.

Como bem observa José Cláudio Rocha, "O processo de construção da cidadania ativa requer, necessariamente, a formação de cidadãos conscientes dos seus direitos e deveres, e protagonistas da materialidade das normas e pactos que os regulamentam, englobando a solidariedade internacional e o compromisso com outros povos e nações. (...) a relação do advogado, sobretudo, o advogado público com os direitos humanos e a EDH (Educação em Direitos Humanos) diz respeito à sua função social e aos fins que a OAB assumiu no Brasil em defesa do Estado democrático e de direitos e na radicalização da democracia participativa para atingir a

igualdade e a justiça social, tomando a proteção aos direitos humanos como o principal objetivo do Estado democrático no Brasil”[1].

7.1.PRINCÍPIO DA JUSTIÇA CONTRATUAL

Para Leon Duguit (1975, p. 179), mais que a convivência, necessária se faz que esta seja solidária, haja vista a inexistência de autossuficência entre os seres humanos, ensejando a interdependência na dinâmica dos fatos sociais. Com isso, todo ser humano teria uma função social a desempenhar, responsabilidade esta estendida intensivamente aos detentores dos modos de produção. Seguindo esse entendimento, concluiu ser a propriedade não um direito, mas um dever de exercício da função social, tendo assim manifestado:

“Pero la propiedade no es un derecho; es una función social. El proprietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poeseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gubernantes es legitima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que possee conforme su destino.”[2]

7.2.FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

A concepção de justiça de Platão, em *A República*, representou um esforço de racionalização das funções públicas e da estrutura social, em que a organização da cidade ideal apoia-se numa divisão racional do trabalho. Como reformador social, Platão considera que a justiça depende da diversidade de funções exercidas por três classes distintas: a dos artesãos, dedicados à produção de bens materiais; a dos soldados, encarregados de defender a cidade; a dos guardiões, incumbidos de zelar pela observância das leis, produção, defesa, administração interna – estas três funções essenciais de uma cidade. Com sua sabedoria, Platão busca a libertação de consciências e de justiça social, aquele que faz da procura da verdade uma arte.[3] A noção parte de uma visão clássica em que a justiça consiste em dar a cada um o que lhe é devido. A partir dessa ideia temos uma primeira definição da justiça, ou seja, não fazer ao outro o que não queremos que nos façam. Podemos arriscar que a “justiça de Platão” equivale ao princípio da solidariedade, em que a ideia do coletivo é primordial.

Para o alcance do equilíbrio social, a Ética torna-se instrumento fundamental, por tratar-se de estudo da conduta justa; o mais elevado dos conhecimentos, conforme dizia SÓCRATES, é o conhecimento do bem e do mal, o conhecimento da sabedoria da vida.[4]

Para Platão, agir com Justiça, "é ter e fazer o que nos compete". Isto significa que cada homem irá receber o equivalente àquilo que produz, ou seja, àquilo pactuado entre as partes. Um homem justo é aquele colocado no lugar certo, fazendo o que lhe for possível e dando o pleno equivalente daquilo que recebe. Portanto, Justiça, numa sociedade, seria como aquela harmonia de relações graças à qual os planetas são mantidos unidos em seu movimento ordenado (ou, como teria dito Pitágoras, musical) (A História da Filosofia – Will Durant – Coleção "Os Pensadores" – Ed. Nova Cultural – f. 60).

Antes da conclusão do segundo volume de "Da democracia na América", Tocqueville procurou esboçar os traços que caracterizavam o "novo despotismo" a ser gerado com o regime democrático, em que "multidão inumerável de homens semelhantes e iguais que giram sem descanso em torno de si mesmos para obter pequenos e vulgares prazeres com os quais enchem sua alma".

Como bem coloca Fábio Konder Comparato, "A solidariedade é o fecho da abóbada do sistema de princípios éticos, pois complementa e aperfeiçoa a liberdade e a segurança. Enquanto a liberdade e a igualdade põem as pessoas umas diante das outras, a solidariedade as reúne, todas, no seio de uma mesma comunidade".

A moralidade medieval cristã correntia no século XIX buscava nos negócios privados o equilíbrio possível entre as partes, a exata equivalência entre o preço e o bem adquirido, de modo a identificar o justo preço *(justum pretium)* que, se ausente, autorizava a parte lesada a anular o negócio. A economia liberal quebrou esse paradigma contratual e propôs um modelo jurídico fundado não mais na igualdade jurídica, mas na igualdade formal dos partícipes do negócio. Fiando-se nos princípios do *qui dit contractuel, dit juste*,[5] e no *laisser faire, laisser passer*, o Estado Liberal subentendia implícito na autonomia da vontade o *lasser contracter*,[6] supondo bastar ao seu papel institucional assegurar a liberdade de contratar e a integridade do contrato, abstendo-se de interferir por qualquer modo na formatação do seu conteúdo. A liberdade, como um dos lemas da Revolução Francesa, não pode ser concebida, segundo nosso entendimento, como a busca de um Estado totalmente absenteísta. É inegável o direito que as partes têm de contratar ou não, bem como determinarem as bases do contrato. Essa liberdade não pode ser confundida com o total isolamento entre as partes. O substrato da igualdade é a segurança em sentido amplo. O dirigismo estatal deve assegurar a todo ser humano direitos mínimos. O direito à liberdade confere aos contratantes estabelecerem o conteúdo do contrato, desde que igual ou acima do mínimo legal, sob pena de violar-se a igualdade, um dos princípios que traduz a própria essência da justiça.

Muito depressa se viu que esse absenteísmo somente seria possível em situações sociais de absoluta simetria, nos quais os atores sociais dos contratos dispusessem dos mesmos instrumentos de negociação e do mesmo poder de barganha. Como essa equidade não poderia existir senão no plano teórico, o Estado passou a intervir cada vez mais intensamente nos negócios privados para corrigir eventuais desvios, restabelecer o sinalagma do contrato e resgatar os princípios da justiça contratual.[7]

Ao jungir a liberdade de contratar aos limites da função social do contrato o art. 421 do Código Civil[8] põe em evidência a preocupação ética que já habitava a consciência do homem médio, no sentido de que o contrato, como instrumento de regulação das relações privadas, não pode ser apenas um negócio entre as partes, mas um negócio jurídico entre duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas que projeta efeitos jurígenos para além dos interesses primários dos contratantes, e que, tanto quanto aqueles – os interesses diretos dos contratantes originais –, devem ser medidos e protegidos.

É errado supor que a função social dos contratos é princípio novo, aflorado no sistema positivo de direito com o advento do Código Civil. Não é isso. Doutrina e jurisprudência anteriores ao Código de 2002 são pródigas em exemplos de que sempre se levou em conta o efeito reflexo do conteúdo dos contratos. O que o Código Civil fez foi positivar um dever fiduciário, que era da essência de toda relação contratual privada. Deveres fiduciários, anexos ou acessórios são preocupações éticas que devem ser pinçadas de qualquer contrato, ainda que inexpressos ou sequer cogitados.[9] A aplicação de um princípio não depende de prévia autorização legal.[10] A Lei de Introdução ao Código Civil[11] tem caráter geral e aplica-se a todos os ramos do direito. Sendo um conjunto de normas sobre normas,[12] o seu art. 5º[13] serve de matriz genética para a adoção do princípio da função social dos contratos, antes mesmo do advento do art. 421 do Código, ainda que se referisse ao fim social a que a lei se dirigia ("lei" – supomos –, está no texto em sentido amplo), e não aos contratos, em sentido estrito. Como bem observa Antônio Junqueira Azevedo: "A ideia de "função social do contrato" está claramente determinada na Constituição ao fixar, como um dos fundamentos da República, "o valor social da livre iniciativa" (art. 1º, IV), essa disposição impõe ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro – de resto, o art. 170, *caput*, da Constituição da República, de novo, salienta o valor gera, para a ordem econômica da livre iniciativa (...).[14]

O princípio da função social mitiga os dogmas da força obrigatória dos contratos e intangibilidade e visa ao equilíbrio entre os interesses dos contratantes e os da coletividade, ao permitir sua revisão ou ajuste através, por exemplo, de ação civil pública.[15]

Para alguns autores essa nova realidade permeada por uma pluralidade de novos estatutos deu origem ao processo de "descodificação do direito civil", com a emigração das categorias jurídicas básicas do direito privado para a Constituição, em que a unidade do sistema do Direito Civil se desloca do Código Civil rumo ao texto constitucional.

Na opinião de Fabio Konder Comparato, "Apesar do caráter plurissêmico do termo, o princípio constitucional passou a ser compreendido como norma superior, que determina a interpretação e a própria criação de outras normas, no sistema da Constituição". Ouso discordar. Não se trata propriamente da descodificação do Direito Civil e emigração de suas categorias básicas para o texto constitucional, sob pena de verdadeiro retrocesso, ou seja, o dogma da privatização dos contratos seria substituído pelo da publicização.

Se a função social dos contratos tivesse por finalidade precípua essa emigração, estaríamos diante de verdadeiro processo de verticalização do direito. É inequívoco que a Constituição Federal serve de permeio a todos os ramos do direito. O que não podemos conceber é sua aplicação verticalizada. Atualmente, o princípio do diálogo das fontes tem uma concepção mais ampla. As fontes devem ser aplicadas não somente em conformidade com a Constituição (verticalização), mas também com outros ramos do direito, princípios gerais, analogia e, principalmente o 5º da LICC, que dispõe que, "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Para o Prof. Miguel Reale, coordenador do Código Civil, "(...) se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da sociabilidade, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana (...)". Essa solidariedade já era defendida por Duguit quando dizia que "o direito deve ser estabelecido pela observação de que o homem é sociável, isto é, que não vive e não pode viver senão em sociedade, ao mesmo passo em que ele é solidário com os outros homens, estabelecendo-se, em seguida, que tal solidariedade, bem compreendida, não é senão a coincidência permanente do individual e do social". Para ele, a "função social do contrato" acentua a diretriz de "sociabilidade do direito".[16]

<u>Sobre o tema:</u>

E. nº 21 do CJF: "Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do Código Civil, constitui cláusula geral, a

impor revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito".

E. nº 22 do CJF: "Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas".

E. nº 23 do CJF: "Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana".

E. nº 166 do CJF: Arts. 421 e 422 ou 113: A frustração do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil".

E. nº 167 do CJF: "Arts. 421 e 422: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos".

E. nº 360 do CJF – "Art. 421: O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes".

E. nº 361 do CJF – "Arts. 421, 422 e 475: O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475".

E. nº 362 do CJF – "Art. 422: A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil".

E. nº 363 do CJF – "Art. 422: Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação".

O princípio da função social do contrato também vige no direito societário e era já consagrado antes mesmo de sua positivação no Código Civil. Assim:

a)**o parágrafo único do art. 116 da Lei nº 6.404/1976** diz que o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e que tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

b)**o art. 154 da Lei nº 6.404/1976** diz que o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

c)**o art. 47 da Lei nº 11.101/2005** diz que a recuperação judicial tem por objetivo a superação 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 art. 981 do Código Civil[17] diz que a natureza das sociedades é contratual (contrato plurilateral), isto é, na constituição de uma sociedade as pessoas se ajuntam pela *affectio societatis*, e se obrigam, de modo recíproco, a amealhar bens e serviços em prol de uma atividade econômica, e a partilhar os resultados entre si. Logo, os efeitos desse contrato trespassam os interesses das partes anuentes (sociedade e sócios) e atingem ou podem vir a atingir a própria coletividade, causando-lhe danos e prejuízos (de ordem material ou moral), que devem ser ressarcidos. Nesse caso, o Estado está autorizado a intervir para reavaliar e alterar as condições contratadas sempre que, comprovadamente, servirem de instrumento de desestabilização social. Tenho advogado a tese de que a natureza institucional das sociedades por ações é irrelevante na aplicação do princípio da função social do contrato, já que tanto o acionista controlador quanto os administradores têm o dever legal de zelar pela função social da sociedade. A maioria da doutrina entende que esse dever está ligado à governança corporativa (v. Cap. 14, item 14.1). Até onde entendo, a função social do contrato não se contrapõe à governança corporativa, mas reforça-a, na medida em que salvaguarda os direitos da coletividade quando o contrato de sociedade gera algum tipo de dano ou prejuízo. Da mesma forma, sustento que a governança corporativa não deve se restringir às sociedades anônimas. A prática da boa governança deve ser estimulada em todas as sociedades.

A violação, pelos sócios, da função social do contrato de sociedade configura abuso do direito[18] e tipifica ato ilícito. Para Cunha de Sá, "a expressão qualificação de ilicitude para o chamado ato de exercício abusivo de um direito conduz, logicamente, a colocá-lo no plano sancionatório em pé de igualdade com a violação danosa do direito alheio".[19]

O parágrafo único do art. 927[20] imputa responsabilidade ao causador do dano independentemente de culpa.[21] O credor pode, uma vez comprovada a violação da função social do contrato de sociedade, por abuso do direito do sócio, atribuir-lhe responsabilidade pessoal e objetiva, sendo desnecessário desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade.

Sobre o tema:

E. nº 37 do CJF: "A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se no critério objetivo-finalístico".

E. nº 213 do CJF: "Art. 187. Os bons costumes previstos no art. 187 do CC possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época, e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé objetiva".

E. nº 414 do CJF: "Art. 187. A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança e aplica-se a todos os ramos do direito".

É importante, ainda, destacar a legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública para ajuizarem ação civil pública (Lei nº 7.347/1985) para dissolver sociedade pelo descumprimento de sua função social. A contratação e a manutenção de uma sociedade pressupõem a segurança social e econômica da coletividade. Impõe-se sua extinção, e não a conservação, à medida que sua preservação expõe a coletividade a riscos e inseguranças.

A justiça contratual implica na interpretação dos contratos segundo o que mais se aproxima da intenção das partes contratantes. Comungo do entendimento de Fernando de Noronha,[22] para quem o "princípio da boa-fé, exigindo comportamento leal e tendo por objetivo proporcionar aos sujeitos de qualquer relação obrigacional aquela confiança que é necessária às relações sociais de intercâmbio de bens e serviços, já é uma antecâmara do princípio da justiça contratual".

A doutrina majoritária não trata do princípio da justiça contratual de forma autônoma. Prefere incluí-lo no princípio da boa-fé objetiva. Há um fio tênue separando a boa-fé da justiça contratual. Inadimplido o contrato, frustrada a confiança que um dos contratantes depositou no outro, deve ser diminuído o prejuízo sofrido pela parte inocente, buscando-se, sempre que possível, o equilíbrio das partes quanto ao valor da prestação, os riscos e os encargos celebração do contrato (princípio da boa-fé). É inegável que a boa-fé não exclui a justiça contratual. Os princípios não são autônomos nem antinômicos, mas interdependentes. Não se bastam; complementam-se.

7.3.PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA[23]

Apenas com o advento da Lei nº 8.078/1990[24] a expressão boa-fé deixou de ter acepção meramente subjetiva.[25] Era sinônimo de um estado psicológico marcado pela ausência de malícia e baseado na crença ou suposição pessoal do sujeito de estar agindo em conformidade com o direito,[26] mas é errado supor que o princípio da boa-fé objetiva fosse desconhecido do direito romano,[27] conquanto seja certo que somente foi estudado mais amiúde no direito alemão, particularmente no BGB. Segundo Arnoldo Wald,[28] "... autonomia privada é a esfera de competência outorgada ao particular dentro do qual ele pode regulamentar suas relações por meio de negócios jurídicos. Com efeito, essa esfera pode ser maior ou menor, dependendo do assunto e da relevância social da relação jurídica regulamentada (...). Com a alteração do perfil do contrato, foi alçado também à condição de pilar da teoria contratual outro princípio que sempre esteve latente. Trata-se do princípio da boa-fé objetiva, de crucial importância para compreensão dos contratos na era contemporânea. (...) Na boa-fé objetiva, busca-se a proteção da confiança, exigindo-se que as partes atuem de acordo com padrões atuais. Representa, por um lado, o dever de lealdade, e, por outro, a correlativa proteção da expectativa que nasce em uma pessoa. Neste sentido é o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul". Para o Des. Sylvio Capanema de Souza, a boa fé-objetiva deixou de ser uma mera exortação ética para tornar-se norma de conduta obrigatória. A advertência é rigorosamente exata. Para mim, esse princípio tem de estar presente tanto na fase pré quanto na pós-contratual. Por outro lado, a operacionalidade (operabilidade ou efetividade) atribui ao contrato o caráter do justo e efetivo, vale dizer, na interpretação dos contratos, o juiz tem o dever ético de fazer com que o direito passe a ser instrumento de realização de uma justiça efetiva, estabelecendo soluções normativas para facilitar a interpretação e aplicação desse direito.

Tereza Negreiros[29] ensina que, "ontologicamente, a boa-fé objetiva distancia-se da noção subjetiva, pois consiste num dever de conduta

contratual ativo, e não de um estado psicológico experimentado pela pessoa do contratante; obriga a um certo comportamento, ao invés de outro; obriga à colaboração, não se satisfazendo com a mera abstenção, tampouco se limitando à função de justificar o gozo de benefícios que, em princípio, não se destinariam àquela pessoa. No âmbito contratual, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração dos interesses do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado". O princípio da boa-fé objetiva determina a observância de deveres não expressamente pactuados pelos contratantes, traduzindo-se na justa expectativa de conduta da contraparte. O contrato passa a ser um negócio jurídico que, além dos interessados diretos, também aproveita à sociedade e a todos quantos possam, de uma ou outra forma, ser alcançados por ele. O individualismo cede lugar ao coletivo. Numa palavra (e a lição é de Miguel Reale): o social se sobrepõe ao individual. Os efeitos do contrato não se circunscrevem aos limites da avença. Transcendem o próprio pacto ("efeito pancontratual"), de modo a gerar na outra parte contratante a confiança legítima, que deve ser amparada através de tutelas inibitórias ou indenizatórias, independentemente de culpa do agente.[30]

A boa-fé subjetiva explica-se pela conduta volitiva das partes em não desejarem causar prejuízo. Na boa-fé subjetiva, o sujeito age com a convicção de que está fazendo valer o seu direito; na objetiva, além de fazer valer o seu direito, tem de comportar-se de tal modo que não prejudique interesses legítimos do outro contratante, concorrendo, efetivamente, para que o contrato se realize da forma combinada. A diferença básica está em que a boa-fé subjetiva diz respeito a algo interior do sujeito, e a objetiva, a algo exterior.[31]

Vejamos o seguinte exemplo: o devedor fiduciante, se demando pelo credor fiduciário em ação de busca e apreensão, tem o direito de purgar a mora do valor devido, com os acréscimos. O contrato de alienação fiduciária gera para o devedor a expectativa de poder cumprir o contrato, mesmo na hipótese de eventual inadimplemento. A purga da mora não traz prejuízo para o credor fiduciário, pois ainda tem interesse no cumprimento da obrigação, além de atender os princípios da continuidade dos contratos, tutela do consumidor, diálogo das fontes. Para mim, o direito à purga da mora é intrínseco, ou seja, está presente em qualquer contrato; é direito do devedor, caso a obrigação ainda guarde interesse para o credor, de pagar o que deve, com os devidos acréscimos, e continuar o contrato.

São princípios correlatos ao da boa-fé objetiva:

1) ***Venire contra factum proprium***[32]

A expressão *nemo potest venire contra factum proprium* significa "ninguém pode contravir a própria conduta", ou "ninguém pode agir contra o próprio comportamento", e traduz a proibição do sistema jurídico de que uma parte, depois de se comportar de dada maneira, e em razão desse comportamento ter despertado na contraparte uma confiança legítima, passe, sem razão fundada, de fato ou de direito, a comportar-se de modo contrário ao comportamento inicial. É um comando metaético que impõe às partes o dever de se comportarem de acordo com as expectativas geradas pelo acordo de vontades.[33] Tomemos os seguintes exemplos:

> a)determinada sociedade tolera a permanência de sócio que praticou reiteradamente faltas graves. Depois de um lapso temporal considerável, decide por sua exclusão extrajudicial. O venire contra *factum proprium* impede a sociedade desse ato, em razão de ser contraditório o comportamento de tolerar e admitir a permanência de sócio que praticou atos comprovadamente graves.
> b)o locador de um imóvel cujos aluguéis vencem no dia cinco de cada mês, e tolera, por meses a fio, que sejam pagos, sem multa, no dia dez. Sem razão aparente, decide passar a cobrar multa em razão do inadimplemento do pagamento dos aluguéis em atraso entre os dias cinco e dez.[34]
> c)o contratante que, voluntariamente, iniciou a execução do negócio jurídico anulável não pode mais invocar essa nulidade[35], pois o cumprimento voluntário do negócio anulável implica extinção de todas as ações ou exceções de que dispusesse o devedor, já que optou por dada conduta e não pode, posteriormente, surpreender a outra parte com tal mudança. Trata-se de uma punição à parte que age com intenção de molestar a outra e, portanto, com dolo de pedir aquilo que deve ser restituído. Caso típico se dá na hipótese de demanda por dívida já paga. O art. 940 do Código Civil diz que aquele que demanda por dívida já paga fica obrigado a pagar ao devedor o dobro do que houver cobrado. É verdadeiro desdobramento do princípio do dolo agit, pois pune o credor que propõe demanda contra o devedor por puro espírito de emulação, já que nada mais tinha a receber.

Inferir se certo comportamento despertou no outro confiança legítima é um processo subjetivo que nem sempre pode se apoiar em indícios visíveis ou em elementos concretos. Talvez por isso não se exija prova absoluta desse estado anímico. O que se busca é o direito justo, o justo concreto ou o direito concreto que somente se pode formatar na pessoa concretamente considerada.[36] O juiz pode presumi-lo a partir de circunstâncias de fato, variável caso a caso,[37] porque o comportamento contraditório é objetivo – mas a inferência é sempre subjetiva –, isto é, obriga por si, independentemente da intenção do agente de contrariar a conduta

inicial.[38] Repudia à noção tuitiva do venire esperar da parte que suporta a sequela do comportamento contrariado que prove tanto a existência da conduta preliminar quanto sua contrariedade, e, mais ainda, o prejuízo efetivo e a extensão do dano dela advindos.[39] Se o fato próprio devesse ou pudesse ser provado, o direito posto já se teria ocupado dele e o enquadrado em uma de suas categorias normativas. A confiança legítima que justifica a tutela é um estado psicológico, de boa-fé, e como boa-fé se presume, quem reclama direitos ligados a ela não tem prova a fazer.[40] O comportamento contraditório viola a confiança da parte contratante, sendo considerado verdadeiro abuso do direito e, pois, ato ilícito. O ato abusivo é ilícito em sentido lato e dispensa prova da culpa, requisito essencial do ato ilícito em sentido estrito.[41]

<u>Sobre o tema:</u>

E. nº 37 do CJF: "A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico".

"Processual civil. Documento. Juntada. Lei geral das telecomunicações. Sigilo telefônico. Registro de ligações telefônicas. Uso autorizado como prova. Possibilidade. Autorização para juntada de documento pessoal. Atos posteriores. "Venire contra factum proprium". Segredo de justiça. Art. 155 do Código de Processo Civil. Hipóteses. Rol exemplificativo. Defesa da intimidade. Possibilidade.

1 – A juntada de documento contendo o registro de ligações telefônicas de uma das partes, autorizada por essa e com a finalidade de fazer prova de fato contrário alegado por essa, não enseja quebra de sigilo telefônico nem violação do direito à privacidade, sendo ato lícito nos termos do art. 72, § 1º, da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações).

2 – Parte que autoriza a juntada, pela parte contrária, de documento contendo informações pessoais suas, não pode depois ingressar com ação pedindo indenização, alegando violação do direito à privacidade pelo fato da juntada do documento. Doutrina dos atos próprios.

3 – O rol das hipóteses de segredo de justiça não é taxativo, sendo autorizado o segredo quando houver a necessidade de

defesa da intimidade" (REsp 605687/AM, *Rel*. Min. Nancy Andrighi).

"Processual civil. Prequestionamento. Embargos de declaração Acolhidos para declarar prequestionados os dispositivos legais Suscitados. Insuficiência. Necessidade de efetivo enfrentamento dos temas. 'Venire contra factum proprium'.

I – O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável da própria previsão constitucional, ao tratar do recurso especial, impondo-se como um dos principais requisitos ao seu conhecimento. Não examinada a matéria objeto do especial pela instância *a quo*, mesmo com a oposição dos embargos de declaração, incide o enunciado 211 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

II – Tendo a parte suscitado embargos de declaração para provocar a manifestação do Tribunal de origem a respeito dos temas que pretendia discutir no Recurso Especial, é porque reconheceu, naquela oportunidade, que eles não estavam devidamente prequestionados. Assim não pode, posteriormente, afirmar o contrário, pois a ninguém é dado '*venire contra factum proprium*'. Agravo regimental improvido" (AgRg no Ag 892068/RS, Rel. Sidney Benetti).

2) ***Tu quoque?***

Atribui-se a expressão "tu quoque?" a Júlio César,[42] na interpelação feita a Marcus Junius Brutus, a quem tinha por filho, ao surpreendê-lo, em 44 a.C, entre os que o emboscaram para matar.[43] Alguns ensinam que tu quoque? é a "deslealdade contratual mútua".[44] Divirjo! Para mim, basta à sua configuração a deslealdade de uma das partes, e não necessariamente a "deslealdade mútua". No tu quoque? está implícita a ideia de que não se pode invocar normas jurídicas após descumpri-las, pois não se adquire direitos de má-fé. A deslealdade contratual mútua permite ao demandado opor exceção de contrato não cumprido,[45] que não se assemelha ao *tu quoque*?. Conquanto a doutrina aluda a uma possível identidade entre o tu quoque? e o venire, porque em ambos há a ideia de incoerência ou de contradição, são coisas distintas. O tu quoque? é subespécie do venire.[46] Sua origem histórica qualifica-o como sanção a quem age ardilosamente, o que não ocorre no venire, onde a malícia não é relevante, pois a intenção de prejudicar não é elemento do tipo.[47] A quebra da confiança legítima que

decorre do cotejo de dois comportamentos, em que o segundo desdiz o primeiro, no qual a contraparte legitimamente confiou, é bastante para a sua configuração. Vedando-se o tu quoque?, tutela-se a boa-fé. Seu fundamento é a garantia do sinalagma contratual.[48]

Entendo que o tu quoque? pode ser invocado na seguinte hipótese: sociedades limitadas, cientes da vedação legal,[49]admitem em seus quadros sócio que contribuiu com serviços. Sob a alegação da quebra da affectio societatis, o sócio se retira da sociedade e ajuíza ação competente para receber o suposto valor decorrente da liquidação de sua quotas. Em contestação, a sociedade alega que não houve contribuição em bens, mas em serviços, o que é expressamente vedado por lei. Está clara a ideia de que não se pode invocar normas jurídicas após descumpri-las, pois não se adquire direitos de má-fé.

Sobre o tema:

"Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória. Consumo de energia elétrica. Inscrição em cadastros restritivos. Dano moral. Sentença que julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento de multa por litigância de má-fé, bem como por ato atentatório à dignidade da justiça, ambas em 5% do valor da causa. Contrato de confissão de dívida com o parcelamento do débito. Negativação lícita, em razão do inadimplemento. Destaque-se que o ordenamento jurídico veda à parte invocar cláusula ou regra que haja previamente violado. Trata-se da parêmia *tu quoque*, corolário do princípio da boa-fé objetiva. Desse modo, ninguém pode adquirir direitos de má-fé. Desprovimento do recurso" (TJRJ, Ap. Cível nº 2009.001.21120 des. Luiz Felipe Francisco).

"Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Administrativo. Titular de serventia judicial suspenso preventivamente. Legalidade.

Autotutela da moralidade e legalidade – Aplicação da teoria dos Atos próprios (tu quoque) – Ausência de direito líquido e certo.

1. No caso dos autos, alega o recorrente violação de seu direito líquido e certo, em face do afastamento de suas funções – oficial de registro de imóveis pelo Juiz de Direito, com a

finalidade de apurar denúncias de diversos crimes que o recorrente supostamente teria cometido contra a Administração Pública, em razão da sua função.

2. Observância do devido processo legal para o afastamento do indiciado. Indícios veementes de perpetração de vários crimes contra a Administração Pública e atos de improbidade pelo oficial de registro.

3. Alegar o recorrente que o afastamento de suas funções, bem como a devida apuração dos fatos em face a fortes indícios de cometimento de crimes contra a administração, inclusive já com a quebra do sigilo bancária decretada, fere direito líquido e certo, é contrariar a lógica jurídica e a razoabilidade. A bem da verdade, essa postura do recorrente equivale ao comportamento contraditório – expressão particular da teoria dos atos próprios, sintetizado no anexim tu quoque, reconhecido nesta Corte nas relações privadas, mas incidente, também, nos vínculos processuais, seja no âmbito do processo administrativo ou judicial.

4. Ausência do direito líquido e certo. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no entendimento de que nada obsta o afastamento preventivo do titular de serviço notarial e de registro, por prazo indeterminado, a teor do disposto nos artigos 35 e 36 da Lei n. 8.935/94. A suspensão preventiva não tem caráter punitivo, mas sim cautelar. Precedentes. Recurso ordinário improvido" (RMS 14908/07/BA).

"Recurso especial. Direito cambiário. Ação declaratória de nulidade de título de crédito. Nota promissória. Assinatura escaneada. Descabimento. Invocação do vício por quem o deu causa. Ofensa ao princípio da boa-fé objetiva. Aplicação da Teoria dos Atos Próprios sintetizada nos brocardos latinos 'tu quoque' e 'venire contra factum proprium'. 1. A assinatura de próprio punho do emitente é requisito de existência e validade de nota promissória. 2. Possibilidade de criação, mediante lei, de outras formas de assinatura, conforme ressalva do Brasil à Lei Uniforme de Genébra. 3. Inexistência de lei dispondo

sobre a validade da assinatura escaneada no Direito brasileiro. 4. Caso concreto, porém, em que a assinatura irregular escaneada foi aposta pelo próprio emitente. 5. Vício que não pode ser invocado por quem lhe deu causa. 6. Aplicação da 'teoria dos atos próprios', como concreção do princípio da boa-fé objetiva, sintetizada nos brocardos latinos 'tu quoque' e 'venire contra factum proprium', segundo a qual ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente, segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé. 7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 8. Recurso especial desprovido" (STJ, REsp 1.192.678/PR 2010/0083602-0).

3) ***Supressio e surrectio***[50]

A doutrina adverte não ser incomum que se atribua "... à *supressio e à surrectio* efeitos similares aos do venire.[51] Isso é equivocado. *Supressio* e *surrectio* são correlatos, mas não sinônimos, e nenhum dos dois equivale ao comportamento contraditório, conquanto dele se aproximem em alguns aspectos. O termo supressio incrustou-se no direito civil por meio do alemão verwirkung, que não tem correspondente em português. Alguns o tomam por caducidade,[52] outros por preclusão,[53] mas em rigor não é nem uma nem outra coisa. Originariamente, verwirkung se aproxima de perda merecida do direito.[54] Diz-se, supressio, aquela situação de fato em que o direito, por inação da parte, não mais pode ser exercitado se contrariar a boa-fé.[55] Não é preclusão porque esta é a perda de uma faculdade processual[56] e a supressio cuida de fatos do mundo pré-processual. Mais: sendo perda de faculdade processual, a preclusão não comporta gradação, ao passo que a supressio impede apenas o exercício daquele direito que possa contrariar a boa-fé, e não qualquer direito. É, pois, uma gradação. Preclusão é fruto de tratamento legislativo (processual) e liga-se necessariamente a prazos. Supressio diz com a boa-fé e não se condiciona a termo. Entendo que o art. 330 do Código Civil é um exemplo de supressio: "O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato".

A *surrectio* é vista como um direito subjetivo que decorre do advento da supressio. Seria, por assim dizer, o lado reflexivo da supressio. Outra explicação talvez calhe: o não agir do titular de um direito, durante certo tempo, o impede de fazê-lo depois, se o exercício desse direito contrariar a boa-fé do outro de que tal direito não mais seria exercitado. Isso é supressio. Cria para o sujeito ativo da obrigação um não fazer, ou um não direito. Configurada a supressio, isto é, tendo ficado certo que o exercício temporão desse direito não poderá ocorrer por contrariar a boa-fé do outro

consorte, nasce, para o sujeito passivo da obrigação contra quem aquele direito – embora tardinheiro – seria exercitado, o direito subjetivo de impedir o exercício do direito do outro contratante. Isso é *surrectio*.

Tomemos o seguinte exemplo: a parte final do art. 1.030 do Código Civil autoriza a exclusão judicial de sócio, se caracterizada sua incapacidade superveniente. A ciência inequívoca da sociedade dessa incapacidade, e a permissão, ainda que tácita, de que continue sócio, pode gerar para ele, na pessoa de seu representante legal, expectativa legítima de que continua a compor o quadro societário, independentemente da sua incapacidade. Essa expectativa não pode ser frustrada posteriormente. Vejamos outra hipótese, calcada no mesmo art. 1.030 do Código. A 1ª parte desse artigo autoriza a exclusão judicial de sócio por falta grave no cumprimento de suas obrigações, mediante iniciativa da maioria dos demais. Se a sociedade despreza a gravidade das faltas cometidas pelo sócio e com ele continua a relacionar-se como se nenhuma conduta atípica lhe pudesse ser imputada, descaracteriza-se a gravidade da falta. A surrectio nascida com a inação da sociedade na punição da falta permitiria ao sócio impor aos demais um non facere, isto é, um abster-se compulsório de exercer a faculdade de alijá-lo do empreendimento.

Em resumo:

Princípios	Conceitos
AUTONOMIA DA VONTADE	Poder conferido às partes contratantes de autorregulamentar a sua atividade jurídica.
"PACTA SUNT SERVANDA"	"Os pactos (contratos) são (existem)para ser cumpridos."[57] Regra de conteúdo ético que pressupõe o cumprimento do contrato ou da obrigação segundo o que foi espontaneamente ajustado, como se tratasse de preceito legal imperativo.
"REBUS SIC STANTIBUS"	"Pelas coisas, no estado em que estavam". Regra de conteúdo ético que obriga as partes no contrato se e enquanto subsistirem as condições iniciais sobre as quais o ajuste foi firmado.[58]
RELATIVIDADE	Fia-se na máxima romana "res inter alios acta, aliis neque nocet neque potest",[59] ou seja, o contrato somente obriga aqueles que tomaram parte em sua formação, não prejudicando nem aproveitando a terceiros, já que ninguém pode se tornar devedor ou credor sem sua plena aquiescência. É o efeito interna

	corporis[60] dos contratos.
ETICIDADE	Eticidade é conceito metajurídico, trespassa o formato jurídico para incluir valores – tais como a lealdade, a transparência, a moralidade etc.[61] – de outras disciplinas.
SOCIALIDADE	Socialidade é a superação do caráter individualista.[62] O coletivo sobrepondo-se ao individual.
OPERACIONALIDADE	É a efetivação do direito. A possibilidade de sua efetiva concreção.
BOA-FÉ OBJETIVA	Uma das condições essenciais da atividade ética, nela incluída a jurídica, caracterizando-se pela sinceridade e probidade dos que dela participam, em virtude do que se pode esperar que será cumprido e pactuado, sem distorções ou tergiversações, máxime se dolosas, tendo-se sempre em vista o adimplemento do fim visado ou declarado como tal pelas partes.[63] Boa-fé é tanto forma de conduta e norma de comportamento, numa correlação objetiva entre meios e fins, quanto exigência de adequada e fiel execução do que tenha sido acordado pelas partes, o que significa que a intenção destas somente pode ser endereçada ao objetivo a ser alcançado, tal como esse se acha definitivamente configurado nos documentos que o legitimam. Poder-se-ia concluir afirmando que a boa-fé representa o superamento normativo e, como tal imperativo, daquilo que, no plano psicológico, se põe como intentio leal e sincera, essencial à juridicidade do pactuado.
“VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM”	Proibição de que a parte se comporte de maneira a contrariar o próprio fato, depois de despertar confiança legítima na contraparte. Exige das partes comportamento de acordo com as expectativas geradas pelo acordo de vontades.

“TU QUOQUE?”	Veda a deslealdade contratual. Impede que aquele que viola norma contratual exija da outra satisfação de sua pretensão com base na norma por ele mesmo infringida.
“SUPRESSIO”	É a situação de fato em que o direito, por inação da parte, não mais pode ser exercitado se contrariar a boa-fé. É o não agir do titular de um direito, durante certo tempo, que o impede de fazê-lo depois, se o exercício desse direito contrariar a boa-fé do outro de que tal direito não mais seria exercitado.
“SURRECTIO”	“É um direito subjetivo que decorre da configuração da supressio, ou seja, é o direito subjetivo de impedir a ação. Seria, por assim dizer, o lado reflexivo da supressio. Tendo ficado certo que o exercício temporão desse direito não poderá ocorrer por contrariar a boa-fé do outro consorte, nasce para o sujeito passivo da obrigação contra quem aquele direito – embora tardinheiro – seria exercitado o direito subjetivo de impedir o exercício do direito do outro contratante”.[64]

Sobre o tema:

E. nº 412 do CJF: “Art. 187. As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva”.

7.4.VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

Analise as proposições abaixo e diga se são verdadeiras ou falsas:

1)A propriedade deve ser entendida como um direito, e não um dever de exercício da função social.
2)O Código Civil uniu a liberdade de contratar com função social do contrato.
3)A função social do contrato, prevista no art. 421 do Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual.

4)O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes.
5)O princípio da função social dos contratos pode ser invocado no Direito Empresarial.
6)A legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública para ajuizarem ação civil pública pode ter como fundamento o princípio da função social dos contratos.
7)O Código Civil atribui à boa-fé uma concepção subjetiva.
8)O *venire contra factum proprium* pode ser caracterizado como ato ilícito.
9)A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato.
10)O *venire contra factum proprium* significa deslealdade contratual mútua.
11)A deslealdade contratual mútua permite ao demandado opor exceção de contrato não cumprido.
12)A *supressio* decorre de uma ação repetitiva da parte, que tem que continuar a ser exercida, sob pena de se contrariar a boa-fé.
13)A *surrectio* é vista como um direito subjetivo que decorre do advento da *supressio*.
14)Os princípios decorrentes da boa-fé estão implícitos nos contratos.
15)O *tu quoque* equivale a exceção do contrato não cumprido.

---

[1]Artigo publicado no site <http://jus.com.br/revista/texto/20423/a-funcao-social-do-advogado-publico-e-a-educacao-em-direitos-humanos>.

[2]Tradução Livre: Porém a propriedade não é um direito, é uma função social. O proprietário é o possuidor de uma riqueza, pelo fato de possuir esta riqueza terá uma função social a cumprir; entretanto cumprida esta obrigação seus direitos de proprietário estão protegidos. Se não a cumpre ou cumpre mal, se, por exemplo, não cultiva sua terra ou deixa arruinar sua casa, a intervenção dos governantes é legítima para obrigá-lo a cumprir sua função social de proprietário, que consiste em assegurar o emprego das riquezas que possuir, conforme sua própria vontade.

[3]Coleção “Os Pensadores”, Nova Cultural, f. 23 e 26.

[4]Will Durant, *A História da Filosofia*, Coleção “Os Pensadores”, Nova Cultural, f. 27.

[5]Expressão atribuída a Fouillé.

[6]GHESTIN, Jacques. *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français*: principes directeurs, consentment, caus et objet. Montreal: Institut de Droit Comparé-Faculté de Droit Université MacGill; Coop. Harpell, 1982, p. 36.

[7]GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 31-32.

[8]Cód. Civil, art. 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

[9]MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., pp. 219-230, diz: “os princípios inexpressos não são mais só aqueles retirados, abstratamente, de regras particulares expressas, mas também os que, por dicção judicial, são diretamente formulados no caso concreto, recolhidos do ordenamento, sem que, num ou noutro caso, se lhes reconheça diversa essência, sempre de fundamento justificativo no e do sistema”.

[10]GRAU, Eros Roberto*. A ordem econômica na Constituição de 1988*, Malheiros, ensina: “princípios são proposições descritivas (e não normativas), através das quais os juristas referem, de maneira sintética, o conteúdo e as grandes tendências do direito positivo (...) mas sempre com recurso ao direito posto, em que eles, os princípios gerais, se encontram em estado de latência”.

[11]Lei nº 4.657/1942.

[12]GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro*, *op. cit.,* v. I.

[13]LICC, art. 5º: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins-sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

[14]JUNQUEIRA, Antônio Junqueira de. *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado*, p. 116.

[15]JURIS LEASIN.

[16]FIÚZA, Ricardo. *Código Civil Comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 377.

[17]Cód. Civil, 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”.

[18]Cód. Civil, art. 187.

[19]CUNHA SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito.* Porto: Almedina, 2005.

[20]Cód. Civil, art. 927: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo”.

[21]Parágrafo único – Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

[22]Conforme proposta de enunciado apresentado pela autora ao Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal na IV Jornada de Direito Civil: “O abuso do direito tipifica ato ilícito, que não depende de prova da culpa ou do prejuízo porque a responsabilidade do agente é sempre objetiva” (aprovado sem emendas ou acréscimos).

[23]Os conceitos de boa-fé objetiva, “venire contra factum proprium”, “Tu quoque?”, “supressio” e “surrectio”, aqui adotados, foram baseados na monografia (inédita) do Juiz José Geraldo da Fonseca, intitulada “Venire Contra Factum Proprium no Processo do Trabalho – Estudos de Casos Concretos do Comportamento Contraditório na Justiça do Trabalho”, apresentada à Faculdade de Direito da UERJ como requisito de conclusão do curso “Obrigação como Processo”, promovido em convênio com a EMATRA – Escola da Magistratura do Trabalho do Rio de Janeiro, em 2006, e na bibliografia citada naquele trabalho acadêmico.

[24]Código de Defesa do Consumidor.

[25]CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Op. cit.*, p. 164-165.

[26]TEPEDINO,Gustavo e SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.,* p. 29 *apud* FONSECA, José Geraldo (monografia citada).

[27]Judith Martins-Costa lembra como raiz romana da boa-fé objetiva a relação que deveria ser de assistência e colaboração – paradigma de conduta – entre o *pater*

familias, patrício, cidadão, e a clientela, pessoas que se estabeleciam ao seu redor, o acompanhavam à guerra e lhe deviam respeito em troca de proteção, a *fides* promessa (garantia). *Op. cit., apud* GODOY, Cláudio Luiz Bueno.

[28]WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil Brasileiro* – Obrigações e Contratos. São Paulo: RT.

[29]NEGREIROS, Tereza. *Op. cit.*, p. 123.

[30]FONSECA, José Geraldo, monografia citada.

[31]CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. *Op. cit.*, *apud* SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Op. cit.*, p. 13.

[32]Conforme enunciado apresentado pela autora ao Conselho de Justiça Federal na IV Jornada de Direito Civil, nos seguintes termos: "O princípio da boa-fé objetiva reafirma a natureza contratual da recuperação judicial. A boa-fé objetiva é uma regra de comportamento jurídico que legitima intervenção do magistrado, que, como órgão do Estado, e sendo o processo um instrumento da jurisdição, deve intervir sempre que vislumbrar no pedido de recuperação protelação do devedor, de modo a impedir que a conduta aparentemente decorrente de um ato lícito provoque um dano à outra parte, à sociedade e ao próprio sistema jurídico".

[33]FONSECA, José Geraldo, monografia citada.

[34]SIMÃO, José Fernando. *A Boa-Fé e o Novo Código Civil* – Parte III (artigo disponível no site <www.professorsimão.com.br>).

[35]Cód. Civil, art. 175.

[36]CORDEIRO, Menezes. *Op. cit.*, p. 759 *apud* SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 135: "Pela própria função que o*nemo potest venire contra factum proprium* desempenha no sistema jurídico, qual seja, a de garantir efeitos jurídicos a situações de abusividade mantidas geralmente à margem da lei, pode o magistrado presumir a adesão ao comportamento inicial, a partir das circunstâncias fáticas presentes. A própria existência de um prejuízo sugere, normalmente, que o prejudicado aderiu, em alguma medida, ao *factum proprium*".

[37]*Ibid*., p. 135.

[38]*Ibid.*, p. 137.

[39]MILHOMES, Jônatas. *Op. cit.*, pp. 54-55: "Presunção, de *prae, sumere* = tomar por antecipação, significa, em direito, o ato de supor provado um fato antes de demonstrada a sua existência. Não se confunde com indício, fato conhecido em que se sustém, nem com a conjetura, opinião, estado de espírito sem maior fundamento. O *Prof*. Bonuma distingue, no mecanismo das presunções, três elementos: a) a verificação do fato conhecido, que deve ser certo e provado; b) o raciocínio indutivo, deixado à livre atividade mental do julgador, e consistente na aplicação de regras de experiência ou no descobrimento de um nexo ou relação ligando o fato conhecido ao desconhecido; c) o reconhecimento do fato probando".

[40]*Ibid.,* p. 61.

[41]CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Op. cit.,* pp. 64-65: "No campo da exceção de dolo, como aplicação da proibição geral de venire contra factum proprium, um dos institutos que mais largamente tem sido objeto de elaboração pela jurisprudência alemã é o da Verwirkung, o qual entre nós foi chamado, embora sem qualquer preocupação de rigor, de "caducidade do direito", e a que prefiro, por mais expressiva e apropriada, a designação de "exercício inadmissível do direito". Trata-se de proibir que, no âmbito de uma relação preexistente, o titular de um direito venha fazer valer em contradição com a própria conduta anterior, por tal se afigurar inadmissível perante os deveres de correção e de boa fé vigentes na relação, que seriam violados por tal exercício – nomeadamente, se a

conduta anterior do titular, objetivamente interpretada, legitimava a convicção de que o direito não seria exercido (o titular, por hipótese, são fazia uso dele há já muito tempo) ou nunca seria exercido por aquela forma, violadora da lei, dos bons costumes, da boa-fé".

[42]"*Tu quoque, Brutus, tu quoque, fili mili?*" ("Até tu, Brutus, até tu, meu filho?").

[43]SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 174.

[44]MEIRELES, Edilton. *Op. cit.*, p. 75.

[45]"*Exceptio nom adimplenti contractus*".

[46]*Ibid.,* p. 177.

[47]FONSECA, José Geraldo, monografia citada.

[48]NEGREIROS, Tereza. *Op. cit.*, p. 143: "A respeito do *tu quoque*, a ideia básica é a de que atenta contra a boa-fé o comportamento inconsistente, contraditório com o comportamento anterior, e, especificamente, que resulte em desequilíbrio entre os contratantes, na medida em que permita que contratantes igualmente faltosos sejam, não obstante, tratados de forma desigual. Voltar-se contra os próprios atos constitui, nesta hipótese, um comportamento que o princípio da boa-fé não tolera: equity must come in clean hands – resume o brocardo inglês. No caso específico da regra do *tu quoque*, a boa-fé objetiva atua como guardiã do sinalagma contratual, impedindo que o contratante que descumpriu norma legal ou contratual venha a exigir do outro que, ao contrário, seja fiel ao programa contratual".

[49]Cód. Civil, art. 1.55, § 2º.

[50]O contrato de trabalho é ambiente propício à *supressio* porque traduz uma relação de débito continuativo que não tem conteúdo específico e se funda na fidúcia. Inúmeras situações concretas podem vir a lume, mas a doutrina se refere, por exemplo, à hipótese do empregado cujo contrato de trabalho preveja a possibilidade de transferência compulsória por necessidade do serviço. Tal se dá, v.g*.,* nos contratos de trabalho bancário e nos de empresas que, em razão da própria atividade, tenham de prestar serviços em diversas praças, como vendas, empreiteiras e empresas de construção civil, especialmente as de notória especialização na construção de barragens, usinas atômicas, hidrelétricas, portos, metrô e estradas de ferro. Se, durante anos, essa cláusula permanece inerme e o empregado organiza a sua vida supondo que jamais será executada, a empresa não pode, de modo abrupto, alterar o foro da prestação do serviço e transferi-lo para praça distante. O ato patronal, embora lícito, forçaria o empregado ao rompimento dos laços sociais e familiares cultivados no local da prestação do serviço. A *supressio* poderia legitimar o*jus resistentiae* do empregado, pois a inação continuada do patrão lhe criara um direito subjetivo de não ver alterado o centro de sua ocupação habitual por ato temporão da sociedade empresária Outra hipótese também referida na doutrina é a do (erradamente) chamado perdão tácito. O patrão flagra o empregado em delito contratual consistente na prática de uma das espécies de falta grave de que trata o art. 482 da CLT. Em vez de iniciar imediatamente o procedimento investigatório para aplicar a punição, deixa escoar o tempo para além do razoável. Quando o faz, o empregado entende ter havido perdão tácito, isto é, renúncia ao direito potestativo de punir. Vista essa circunstância pelo ângulo da *supressio*, a inação do empregador na punição imediata do ato faltoso o impediria de exercer o direito punitivo porque esse comportamento tardio quebraria a boa-fé do empregado de que a sua conduta não era grave a ponto de justificar a resilição do contrato, ou a empresa, sopesando as circunstâncias objetivas que cercaram o evento, concluíra que, embora existente e grave, a falta não comportava mais qualquer sanção, pelo decurso do tempo. Vista a mesma hipótese pelo prisma da *surrectio*,

o não agir a tempo do patrão criara para o empregado o direito subjetivo de não ser punido por aquela falta.

[51]Numa palavra: *supressio* e *surrectio* teriam cabida em todas aquelas hipóteses em que dadas cláusulas, estipuladas individual ou coletivamente, dormitam inexecutadas nos contratos, por anos a fio, e são acionadas.

[52]PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 269.

[53]GOTTSCHALK, Egon Félix. *Norma Pública e Privada no Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1944, p. 238.

[54]*Ibid*., pp. 238-239.

[55]CORDEIRO, Menezes. *Op. cit.,* p. 797.

[56]Preclusão, do latim *praeclusio* ou *praeclusionis*: ação de encerrar, do étimo *praecludere*, que quer dizer fechar antes, cerrar, excluir; significa o encerramento da possibilidade de exercício de um direito, pelo transcurso de determinado prazo, pela inércia de quem possui legitimação ativa para exercitá-lo, ou pela prática efetiva do ato, ou pela impossibilidade de praticar um ato processual posterior, no todo ou em parte, por ter sido praticado um antecedente, incompatível com o seguinte, que se quer praticar. Diz-se do efeito que se atribui às sentenças, decisões interlocutórias, despachos e atos processuais pelo qual, após o escoamento do prazo para o respectivo recurso ou manifestação, não podem mais ser reformados ou reconsiderados, em virtude da força vinculativa de tais decisões dentro do processo. É um fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual. A preclusão só produz efeito dentro do processo (produz coisa julgada formal). Não há preclusão contra o órgão julgador. O trânsito em julgado da sentença (coisa julgada) é a preclusão máxima. A preclusão pode ser lógica (a parte pratica determinado ato, num dado momento processual e, mais à frente, pratica ou pretende praticar outro, logicamente incompatível com o anteriormente praticado), temporal (parte deixa de praticar determinado ato que lhe competia num dado momento processual) ou consumativa (quando a faculdade processual já foi exercida validamente *non bis in idem*).

[57]GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 36.

[58]DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro: Forense.

[59]"O que foi negociado entre as partes não pode prejudicar nem beneficiar terceiros".

[60]É o que podemos chamar de efeitos "endo" contratual, diferente do princípio da função social dos contratos que, na verdade, relativiza o princípio da relatividade, provocando um efeito "pan" contratual.

[61]O Código Civil afastou-se do formalismo jurídico adotando conceitos abertos, cláusulas gerais que permitem oxigenação constante dos seus institutos e maior proximidade das relações jurídicas em concreto.

[62]Prof. Miguel Reale.

[63]Prof. Miguel Reale.

[64]FONSECA, José Geraldo, monografia citada.

PERSONALIDADE JURÍDICA

8.0.PERSONALIDADE JURÍDICA[1]

Personalidade jurídica é a aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações.[2]É uma qualidade ou atributo do ser humano. Personalidade, capacidade e legitimação são coisas distintas. Personalidade é a aptidão genérica para se exercer direitos e contrair obrigações.[3] A capacidade, como medida da personalidade, pode ser de direito[4] ou de fato.[5] Legitimação é a aptidão para o exercício de certos e determinados atos jurídicos.[6] A personalidade das pessoas naturais inicia-se com o nascimento com vida e cessa com a morte.[7] A das sociedades começa com o arquivamento dos atos constitutivos no órgão competente[8] e termina pela via judicial ou extrajudicial (fusão, incorporação, cisão total[9] ou baixa dos atos no registro próprio).[10] O nascimento da personalidade do empresário individual coincide com o da pessoa natural, isto é, com o nascimento com vida. O registro da firma individual desse empresário no órgão competente não lhe confere personalidade, mas regularidade. Tavares Borba[11] discorda dessa afirmação. Para ele, a personalidade advém da simples constituição da sociedade, e não do registro. Pelo que ensina, "embora, segundo o Código Civil, as sociedades só adquiram personalidade com a inscrição no registro próprio (art. 985), na verdade adquirem-na com a sua constituição, tanto que terceiros podem provar a existência da sociedade não inscrita (art. 987). Não poderão, todavia, funcionar, isto é, exercer o seu objeto, sem que os atos constitutivos estejam inscritos e, se sociedade anônima, também publicados".

São efeitos da aquisição da personalidade jurídica:

1º)direito à proteção legal do nome empresarial (v. Cap. 10, item 10.5.1);
2º)autonomia patrimonial da sociedade em relação aos seus sócios (o patrimônio da sociedade é distinto do patrimônio dos sócios); ainda que a responsabilidade dos sócios seja ilimitada por força do tipo societário adotado,[12] será subsidiária, ou seja, o credor terá de observar o benefício de ordem previsto no art. 1.024 do Código Civil;[13]
3º)aquisição de domicílio;
4º)aquisição de nacionalidade própria[14] (v. Cap.4º, itens 4.8 e 4.9).

8.1.SOCIEDADES NÃO PERSONIFICADAS

Até o advento do Código Civil, o comerciante classificava-se como de direito (ou regular) ou de fato (ou irregular). Era de direito ou regular quando sua personalidade jurídica adviesse do registro dos atos constitutivos na Junta Comercial. Era considerado irregular ou de fato quando comercializasse sem esse registro. Parte da doutrina não distinguia o comerciante irregular do de fato. Para quem aceitava a distinção, o comerciante irregular possuía os atos constitutivos e subsequentes alterações, mas não os arquivava na Junta Comercial. O comerciante de fato sequer possuía atos constitutivos ou outros documentos. A diferença entre uma figura e outra não estava no fato de arquivarem ou não os atos constitutivos, mas no de tê-los ou não. Provava-se a existência do comerciante de fato por todos os meios admitidos em direito. Eunápio Borges[15]considera irrelevante a diferença entre as sociedades irregulares e de fato. Para Carvalho de Mendonça,[16] "as sociedades irregulares se diferenciam das de fato porque as primeiras funcionam durante certo tempo sem o cumprimento das solenidades legais da constituição, registro e publicidade, enquanto as últimas são afetadas por vícios que as inquinam de nulidade". Segundo Waldemar Ferreira,[17] a sociedade de fato "formada por mero ajuste verbal, sem contrato escrito, não tem, nem poderá ter existência legal como pessoa jurídica de Direito Privado (...) esta sociedade vive, funciona e prospera. Mas vive de fato. A sociedade irregular "é constituída por escrito não levado a arquivamento no Registro de Comércio". Para esses doutrinadores, a responsabilidade dos sócios é ilimitada e solidária em razão da unicidade patrimonial. Rubens Requião[18] entende que "o credor da sociedade deve, primeiro, pelas dívidas sociais, executar a sociedade, para, na falta de bens, realizar a responsabilidade ilimitada do sócio, que por isso é subsidiária". O Código Civil não mais distingue empresário irregular do de fato. Classifica as sociedades em personificadas e não personificadas. As sociedades não personificadas subdividem-se em sociedades em comum e sociedades em conta de participação. As sociedades não personificadas têm capacidade processual,[19] isto é, podem ajuizar ou sofrer ações, mas não podem requerer a falência de eventual credor em razão da especialidade da lei de falência.

Como já dito, a sociedade em comum é destituída de personalidade jurídica, porém possui capacidade processual. O art. 75 do novo CPC diz que:

"Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

(...)

VIII – a pessoa jurídica, por quem os respectivos atos constitutivos designarem ou, não havendo essa designação, por seus diretores;

(...)

§ 2º A sociedade ou associação sem personalidade jurídica não poderá opor a irregularidade de sua constituição quando demandada.

(...)".

Segundo Luiz Tzirulnik,[20] "...para ser empresário, porém, não basta o exercício da profissão. É obrigatório que o pretenso empresário faça a sua inscrição junto ao Registro Público de Empresas Mercantis (necessariamente o da sede do empresário), de modo que possa dar início à sua atividade profissional e, então, ser considerado empresário de direito." Tal lição, conquanto proveitosa, não merece meu endosso. Para mim, o empresário poderá iniciar suas atividades ainda que inexistente o registro. A diferença é que, sem o registro, será empresário de fato, e não de direito.

A Lei de Falências,[21] no art. 97, I, permite o pedido de autofalência do empresário, exigindo a observância dos requisitos listados no art. 105:

"Art. 105. O devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, acompanhadas dos seguintes documentos:

I – demonstrações contábeis referentes aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

a)balanço patrimonial;
b)demonstração de resultados acumulados;
c)demonstração do resultado desde o último exercício social;
d)relatório do fluxo de caixa;

II – relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos;

III – relação dos bens e direitos que compõem o ativo, com a respectiva estimativa de valor e documentos comprobatórios de propriedade;

IV – prova da condição de empresário, contrato social ou estatuto em vigor ou, se não houver, a indicação de todos os sócios, seus endereços e a relação de seus bens pessoais;

V – os livros obrigatórios e documentos contábeis que lhe forem exigidos por lei;

VI – relação de seus administradores nos últimos 5 (cinco) anos, com os respectivos endereços, suas funções e participação societária".

O inciso IV determina ao empresário que comprove a sua condição de empresário, com o contrato social, estatuto em vigor, ou, se não houver, a indicação dos sócios e seus bens sociais. Entendo que o empresário irregular não pode se beneficiar da autofalência, pois o direito não pode admitir situações antijurídicas e ninguém pode se beneficiar de sua irregularidade. Cito o seguinte exemplo: se o empresário irregular tivesse legitimidade para autofalência, poderia se valer da regra do art. 158 da Lei

de Recuperação e Falência e acabar por fraudar credores. Definitivamente não é essa a *mens legis*.

8.1.1.Sociedades em comum[22]

Diz-se sociedade em comum a que não tem os atos constitutivos inscritos no órgão competente: se simples, o Registro Civil de Pessoas Jurídicas; se empresária, o Registro Público de Empresas Mercantis. O parágrafo único do art. 999 do Código Civil obriga ao arquivamento de qualquer modificação do contrato social no órgão competente, sob pena de o ato sujeito a registro não ser oponível a terceiro, exceto se houver prova de seu conhecimento. Partindo-se de uma interpretação literal do art. 986 do Código Civil, a sociedade é em comum quando não inscreve os seus atos constitutivos no órgão competente. Esse dispositivo não dispõe sobre o não arquivamento das alterações contratuais essenciais e indispensáveis. Defendo que as sociedades em comum se equiparam às antigas irregulares, ou seja, são consideradas sociedades em comum aquelas que não têm os seus atos constitutivos inscritos no órgão competente (irregularidade originária) ou deixam de promover as alterações contratuais necessárias e obrigatórias (irregularidade superveniente).

Sobre o tema:

E. nº 58 do CJF: "Art. 986: A sociedade em comum compreende as figuras doutrinárias da sociedade de fato e da irregular".

E. nº 383 do CJF: "A falta de registro do contrato social (irregularidade originária – art. 998) ou de alteração contratual versando sobre matéria referida no art. 997 (irregularidade superveniente – art. 999, parágrafo único) conduz à aplicação das regras da sociedade em comum (art. 986)".[23]

Entendem os nossos Tribunais*[24]*:

"Sociedade comercial. Responsabilidade limitada. Alteração contratual não levada a registro. Circunstância que a torna em situação irregular, acarretando, consequentemente, solidariedade e responsabilidade ilimitada de todos os sócios. Arrecadação de seus bens pessoais nos autos da falência, portanto, admissível. Basta inexistir registro de alteração contratual (de cessão de quotas) para que a sociedade por cotas de responsabilidade limitada passe a ser considerada irregular,

> acarretando, consequentemente, a solidariedade e a responsabilidade ilimitada de todos os sócios, que podem ter seus bens pessoais arrecadados no processo de falência" (*RT* 639/1978).

As sociedades em comum disciplinam-se pelos arts. 986 a 990 do Código Civil e, subsidiariamente, até onde houver compatibilidade, pelas normas das sociedades simples. A sua existência somente pode ser provada pelos sócios, por escrito. Terceiros podem fazê-lo por qualquer meio de prova admitido em direito. Os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial de que são titulares os sócios.[25] O patrimônio da sociedade responde pelos atos de gestão praticados por qualquer expresso limitativo de poderes, que somente terá eficácia contra o terceiro que o conheça ou deva conhecer.[26]Ou seja: terceiro, que contratar com a sociedade, não poderá responsabilizá-la pelos atos de seus sócios caso tenha conhecimento de cláusula expressa limitativa desses poderes. Do contrário, aplica-se a teoria da aparência, segundo a qual o terceiro não é obrigado a conhecer todas as informações quando não cumpridas as formalidades legais.[27]

<u>Sobre o tema:</u>

> E. nº 210 do CJF: "Art. 988: O patrimônio especial a que se refere o art. 988 é aquele afetado ao exercício da atividade, garantidor de terceiro, e de titularidade dos sócios em comum, em face da ausência de personalidade jurídica".

O art. 990 do Código é atécnico e confuso quanto à responsabilidade dos sócios. Diz que "todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que tratou pela sociedade". Fica a dúvida: a responsabilidade dos sócios é solidária ou subsidiária? O artigo deve ser interpretado deste modo: o sócio que contratou em nome da sociedade responde com ela ilimitada e solidariamente. Os demais respondem subsidiariamente, isto é, podem invocar o benefício de ordem previsto no art. 1.024 e exigir que os seus bens somente sejam atingidos se os bens da sociedade e do sócio que a obrigou não bastarem para a satisfação das dívidas. A nós parece verdadeiro retrocesso. Nas sociedades em comum, a responsabilidade de todos os sócios deveria ser ilimitada e solidária a fim de coibir-se esse tipo de irregularidade e evitar o esvaziamento da garantia dos credores. De mais a mais, o princípio da autonomia patrimonial não pode ser aplicado às sociedades não personificadas, onde vige o princípio da confusão patrimonial, isto é, o patrimônio da sociedade despersonificada confunde-se com o patrimônio dos sócios, e isso veda o benefício de ordem. Para

mim o Código Civil mitigou esse princípio admitindo o benefício de ordem pelos sócios não contratantes.

Sobre o tema:

> E. nº 208 do CJF: "As normas do Código Civil para as sociedades em comum e em conta de participação são aplicáveis independentemente de a atividade dos sócios, ou do sócio ostensivo, ser ou não própria de empresário sujeito a registro (distinção feita pelo art. 982 do Código Civil entre sociedade simples e empresária)".
>
> E. nº 209 do CJF: "O art. 986 deve ser interpretado em sintonia com os arts. 985 e 1.150, de modo a ser considerada em comum a sociedade que não tenha seu ato constitutivo inscrito no registro próprio ou em desacordo com as normas legais previstas para esse registro (art. 1.150), ressalvadas as hipóteses de registros efetuados de boa-fé".

A lei determina o arquivamento dos atos constitutivos da sociedade antes do início de sua atividade, sob pena de ser considerada uma sociedade em comum. Repito: a inexistência do registro não retira a condição de empresária das sociedades. A elas se aplicam as seguintes regras:

- não podem requerer recuperação judicial e extrajudicial.[28]
- incidem em falência fraudulenta.[29]
- não podem requerer a falência dos seus devedores.[30]
- podem requerer a própria falência (autofalência).[31]
- não podem participar de licitações públicas.[32]
- não podem se registrar no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ –, nos cadastros estaduais e municipais e no INSS;
- não têm personalidade jurídica, mas têm legitimação processual e existência reconhecida por lei.[33]
- responsabilidade solidária e ilimitada do sócio que contratou pela sociedade e subsidiária dos demais.[34]
- a falência da sociedade acarreta a falência dos sócios com responsabilidade ilimitada.[35]

8.1.2.Sociedade em conta de participação[36]

A origem das sociedades em conta de participação eram as chamadas societas maris (sociedades marítimas) e constituía-se de um sócio stans (que ficava na cidade) e de um sócio tractator (o que exercia no navio, a

atividade mercantil), tendo breve duração, visto que constituída para, em regra, uma só viagem.[37]

A sociedade em conta de participação é atípica. Trata-se de verdadeiro contrato (escrito ou verbal) de participação entre os sócios ostensivo e participante. Diferentemente das demais sociedades, em que a lei determina cláusulas essenciais, na sociedade em conta de participação a vontade dos contratantes prevalece quanto à determinação do conteúdo do contrato. A sociedade em conta de participação é oculta para os terceiros, que contratam somente com o sócio ostensivo. Para Maria Helena Diniz[38] trata-se de "um contrato associativo, de participação ou parceria provisória, não sujeito a registro, em que o contratante financiador não assume obrigações e riscos perante terceiros e pode exigir do financiado o retorno do capital empregado para um ou mais negócios, acrescido de lucro.

Filio-me à corrente que lhe atribui natureza contratual e nega sua natureza societária porque há, na verdade, uma sociedade interna, formada por um contrato de participação entre sócio ostensivo e participante, além da *affectio societatis*e conjugação de esforços para busca do lucro.

Sérgio Campinho entende que a partir das notas essenciais de sua caracterização deve

"a sociedade em conta de participação ser conceituada como um contrato associativo ou de participação, pelo qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas se obrigam a explorar uma ou mais atividades econômicas, em proveito comum, visando à partilha de seus resultados, mas sob o nome e responsabilidade individual daquele que praticar as operações, obrigando-se perante terceiros para a realização do objeto do contrato."

Apesar de legal, a sociedade em conta de participação não tem personalidade jurídica porque a própria lei a dispensa de certas formalidades essenciais, como o arquivamento dos atos constitutivos,[39] dispondo, ainda, que a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não lhe confere personalidade jurídica.[40] A despeito de não possuir personalidade jurídica, ou nome empresarial, a sociedade em conta de participação não se confunde com a sociedade em comum porque a dispensa de formalidades decorre da própria lei. Não é de sua característica a exteriorização da sociedade e dos atos societários. Não é próprio, contudo, denominá-la oculta ou secreta, dado o cunho pejorativo dessas expressões.[41] A existência da sociedade em conta de participação pode ser demonstrada por todos os meios de prova usuais em direito.[42]

A sociedade em conta de participação é formada por duas categorias de sócios: o ostensivo e o participante. O sócio ostensivo exerce a atividade constitutiva do objeto social em nome próprio e individual, sob sua exclusiva responsabilidade.[43] Assume obrigações em seu próprio nome, com responsabilidade ilimitada. Pode ser pessoa natural ou jurídica, empresário ou não.[44]

Sobre o tema:

"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 bem com estes nada trata" (*RSTJ* 150:352).

O contrato social pode ser registrado e terceiros podem ter conhecimento da existência da sociedade e da identidade do sócio participante. Isso não desvirtua a sociedade em conta de participação, ou seja, não passa a ser caracterizada como sociedade personificada.[45] O sócio participante, denominado "oculto" pelo Código Comercial, contribui com o capital e, em regra, não responde perante terceiros. Obriga-se com o sócio ostensivo nos termos do contrato social e participa dos resultados positivos e das perdas do negócio. Tem o direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais e responde solidariamente pelas obrigações em que intervier,[46] se tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros. Por estranho que soe, o Código Civil chama participante ao antigo sócio oculto, mas proíbe sua participação nas relações do sócio ostensivo com terceiros. O que temos, na verdade, é a existência de um sócio participante que não pode participar da sociedade. A atuação dessa sociedade está associada a empreendimentos de risco, em que várias pessoas físicas ou jurídicas confiam a execução de determinado negócio ao chamado sócio ostensivo mediante realização de algum investimento. Em geral, surge do interesse do sócio (participante) em aportar recursos em determinada atividade que considere lucrativa, conferindo poderes ao sócio ostensivo para a execução do objeto contratado.

Sobre o tema:

"Prestação de contas. Obrigação de quem administra bens alheios. Sociedade em conta de participação. Obrigação do sócio ostensivo. Possibilidade jurídica do pedido.

Na sociedade em conta de participação os sócios ocultos têm direito a exercer fiscalização e pedir prestação de contas ao sócio ostensivo" (TJSC, *RT* 648/147).

"Intervenção de terceiro. Chamamento ao processo.

(...) na sociedade em conta de participação, inexistindo solidariedade pelas obrigações assumidas – mas, diversamente, constituição que envolve aspectos peculiares em

relação aos sócios (ocultos e ostensivos) que unem o capital para determinado fim, com absoluta reserva na participação dos lucros – não se estabelece relação de Direito Material que possibilite o chamamento ao processo, com base no art. 7º, II, do CPC, posto inexistente responsabilidade recíproca" (TJSP, *RT* 615/1965).

"Na sociedade em conta de participação (art. 326 do Código Comercial), os sócios ostensivos ou gerentes são os que praticam os atos de comércio e são os únicos responsáveis para com os terceiros com quem tratam. No caso, com a finalidade de administrar locações de flats, foi criada uma sociedade em conta de participação, tendo como sócios uma empresa especializada na exploração de serviços e os condôminos do edifício de apartamentos. Essa sociedade em conta de participação celebrou contrato para fornecimento de móveis para mobiliar cada apartamento. Assim, a sócia ostensiva, no caso a empresa especializada na exploração dos serviços, é que responde perante a empresa fornecedora do mobiliário, uma vez que a duplicata sacada em nome dos condôminos é inexigível. Precedente citado: Resp nº 168.028-SP, DJ de 22/10/2001" (REsp 192.603-SP, Rel. Min. Barros Monteiro).

"Penal. Conflito de competência. Sociedade em conta de participação. Atividade material de administração de grupos de consórcio. Falta de autorização legal. Crime contra o sistema financeiro nacional. Instituição financeira por equiparação. Recente jurisprudência da Terceira Seção desta corte. Garantia da solvência da instituição e Credibilidade dos agentes do sistema. Competência da justiça Federal.

1. A formação e o funcionamento de grupos para aquisição de bens por meio de sociedade em conta de participação não têm respaldo legal.

2. A Lei 7.492/86 equipara ao conceito de instituição financeira a pessoa jurídica que capta ou administra seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros.

3. Encontrando-se a conduta tipificada, ainda que em tese, em dispositivo da Lei 7.492/86, a ação penal deve ser julgada na Justiça Federal.

4. Havendo interesse da União na higidez, confiabilidade e equilíbrio do sistema financeiro, tem-se que a prática ilícita configura matéria de competência da Justiça Federal.

5. Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado de eventuais crimes conexos de competência federal e estadual (Súmula 122 do STJ).

6. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 3ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo/SP, suscitante" (CC 41915/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima).

O art. 996 do Código Civil diz que as normas das sociedades simples se aplicam subsidiariamente às sociedades em conta de participação onde houver compatibilidade, regendo-se a liquidação da sociedade pelas normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual.[47] O art. 994 da mesma cartilha, de forma obscura e imprecisa, diz que "(...) a contribuição do sócio participante constitui, com a do sócio ostensivo, patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais". O que vem a ser patrimônio especial? Georges Ripert, aprofundando o tema, assim coloca a controvérsia:

> a)parte da doutrina entende que a sociedade tem o usufruto dos bens cedidos pelos sócios, que conservam a sua propriedade;
> b)o patrimônio especial determina a transferência de propriedade dos bens do sócio participante para o sócio ostensivo, obrigando-se este a utilizá-los em consonância com o objeto da sociedade;
> c)existência de um condomínio entre os sócios em relação aos bens cedidos à sociedade.

Suponho que a última corrente seja a mais razoável, e a ela me filio. Convém ressaltar que o sócio ostensivo assume obrigações em seu próprio nome, com responsabilidade ilimitada. Inadimplida a obrigação contraída, o credor não poderá requerer a falência da sociedade em conta de participação, mas sim a do sócio ostensivo, se empresário (individual ou sociedade empresária). Vindo a ser decretada, acarretará a dissolução da sociedade e a liquidação da respectiva conta, hipótese em que eventual crédito dos sócios participantes em relação ao falido (sócio ostensivo) será considerado quirografário.[48] Na falência do sócio participante,[49] se empresário, o contrato de sociedade em conta de participação sujeita-se às

normas que regulam os contratos bilaterais. O art. 117 da Lei de Falência diz que "(...) os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser executados pelo administrador, se achar de conveniência para a massa", ou seja, pode ele optar pelo cumprimento do contrato ou pela sua resolução.

As sociedades em conta de participação são equiparadas às pessoas jurídicas para os efeitos do imposto de renda. Na apuração dos resultados, assim como na tributação dos lucros apurados e dos distribuídos, serão observadas as normas atinentes às pessoas jurídicas em geral.[50] O sócio ostensivo é responsável pela apuração e declaração dos resultados e pelo pagamento dos tributos e contribuições devidos.

Em resumo:

1)a lei[51] dispensa a sociedade em conta de participação de arquivar os seus atos constitutivos no órgão competente.

2)a sociedade em conta de participação é classificada como sociedade não personificada, não sendo, porém, considerada uma sociedade em comum.[52]

3)a existência da sociedade em conta de participação pode ser provada por todos os meios admitidos em direito.[53]

4)o sócio ostensivo assume responsabilidade pessoal e ilimitada perante terceiros e, se empresário, incide pessoalmente em falência.[54]

5)a sociedade em conta de participação não pode ter firma ou denominação[55] e o sócio ostensivo se responsabiliza em seu próprio nome.

6)como nem mesmo se reconhece à sociedade em conta de participação a condição de sociedade, não se lhe aplica a Lei de Falência e Recuperação de empresa.[56] Quem incide em falência e tem legitimidade para requerer a recuperação é o sócio ostensivo, se empresário.

8.1.3.Sócio oculto e fraude

O art. 305 do Código Comercial, revogado pelo Código Civil de 2002, presumia a existência de sociedade sempre que alguém exercitava atos próprios de sociedade e que regularmente se não costumavam praticar sem a qualidade social. Era o chamado sócio oculto que, por não poder ou não querer assumir a condição jurídica de sócio, não constava do contrato

social, mas praticava atos se ocultando por trás do nome dos demais sócios para exercer atividade empresarial.

É conveniente distinguir o sócio oculto que integra sociedade em conta de participação,[57] do sócio oculto que não integra sociedade, mas age na condição de sócio. Como já dito, a sociedade em conta de participação é despersonificada porque a própria lei a dispensa de certas formalidades essenciais, como o arquivamento dos atos constitutivos no órgão competente.[58] Não é de sua característica a exteriorização da sociedade e dos atos societários. Não é próprio, contudo, denominá-la oculta ou secreta, dado o cunho pejorativo dessas expressões.[59] A existência da sociedade em conta de participação pode ser demonstrada por todos os meios de prova usuais em direito.[60] A sociedade em conta de participação é formada por duas categorias de sócios: o ostensivo e o participante.[61-62]

Dito isto, não podemos confundir uma sociedade que, embora destituída de personalidade jurídica, existe entre os sócios (ostensivo e oculto) para facilitar as relações empresariais, com uma sociedade regular, com atos devidamente registrados no órgão competente, e que, com intuito de fraude, não inclui em seu ato constitutivo determinado sócio por impedimento deste. A fraude é inequívoca. A sociedade, na condição de devedora, em regra se obriga perante seus credores em razão do vínculo obrigacional surgido. Entendo que se o credor comprovar, através de quaisquer meios de prova admitidos em Direito, a existência do sócio oculto, pode lhe imputar responsabilidade em razão da fraude cometida. O Direito não pode acobertar situações antijurídicas. Não é diferente o entendimento de nosso Tribunal ao proferir a seguinte decisão:[63]

"Embargos de terceiro – Execução contra empresa comercial – Sócio oculto – Fraude a credor desconsideração da pessoa jurídica – Possibilidade – Litigância de má-fé.

O marido que se oculta por trás do nome da mulher para exercer atividade empresarial identifica-se como sócio oculto (art. 305 do Código Comercial) e responde com seus bens particulares pela dívida da empresa, cuja personalidade jurídica pode ser desconsiderada. Configura fraude a credor firmar contrato de locação como falso representante da empresa locatária. Aquele que postula direito com fundamento em fato que sabe inverídico é litigante de má-fé (artigo 17, II, do CPC). Improvimento do apelo".

"Sócios oculto e aparente. Ampliação da execução.

Constatada durante a execução trabalhista, após a desconsideração da personalidade jurídica, que o executado é mero sócio aparente, deve-se ampliar a execução para alcançar o sócio oculto. Tal medida não viola a coisa julgada."[64]

Convém esclarecer que o Código Civil, no art. 987, permite que os sócios provem a existência de sociedade nas relações entre si ou com terceiros, por escrito, mas os credores podem prová-la de qualquer modo. Entendo que não só os credores podem provar a existência do sócio oculto,

mas também a própria sociedade. Comprovada a existência de um sócio que optou por não ter o seu nome incluso no contrato social para fugir a essa condição terá responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais. Desde que comprovada a condição do sócio "oculto", os demais sócios poderão invocar a responsabilidade solidária e ilimitada daquele sócio.

8.2.VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

Analise as proposições abaixo e diga se são verdadeiras ou falsas:

1)A personalidade jurídica da sociedade somente se forma com a inscrição de seus atos constitutivos no registro próprio e no modo da lei.

2)Os efeitos do arquivamento de documentos no registro de comércio retroagem à data de sua assinatura, desde que apresentados à Junta Comercial no prazo de 15 dias.

3)Os efeitos do arquivamento de documentos no registro de comércio retroagem à data de sua assinatura, desde que apresentados à Junta Comercial no prazo de 30 dias.

4)Dois médicos constituíram uma sociedade sob a forma limitada, para exercício conjunto da profissão em caráter não empresarial, e registraram-na na Junta Comercial. A sociedade não adquiriu personalidade jurídica porque o registro é irregular e os sócios são pessoalmente responsáveis pelas dívidas sociais.

5)Se os sócios não registram o ato constitutivo de sociedade empresária da qual façam parte, a sociedade é considerada regular para todos os efeitos, inclusive em suas relações com terceiros.

6)Se os sócios não registram o ato constitutivo de sociedade empresária da qual façam parte, a personalidade jurídica da sociedade estará resguardada, assim como a sua autonomia patrimonial em relação ao patrimônio dos sócios.

7)Se os sócios não registram o ato constitutivo de sociedade empresária da qual façam parte, todos são pessoalmente responsáveis pelos atos praticados em nome da sociedade, solidariamente entre si e subsidiariamente em relação à sociedade.

8)Os efeitos do arquivamento de documentos no registro de comércio operam-se apenas na data do arquivamento.

9)Independentemente de seu objeto, considera-se personificada a sociedade comum.

10)Independentemente de seu objeto, considera-se personificada a sociedade em conta de participação.

11)Independentemente de seu objeto, consideram-se personificadas e empresárias as sociedades por ações e, simples as cooperativas.
12)Sociedade de pessoas voltadas à consecução de atividades econômicas em que todos os sócios, pessoas físicas, responderão, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais, podendo os bens particulares dos sócios responder por débitos da sociedade. O enunciado se refere à sociedade em conta de participação.
13)Cada sócio responde pelo valor de sua cota e todos terão responsabilidade solidária pela integralização do capital social. Após esta integralização do capital, se a sociedade vier a sofrer perdas irreparáveis em razão das operações efetivadas proceder-se-á a redução do capital social diminuindo-se proporcionalmente o valor nominal das quotas de cada sócio. As características acima correspondem à sociedade em conta de participação.
14)De acordo com o Código Civil, a sociedade em conta de participação é uma sociedade não personificada que independe de qualquer formalidade e é formada com duas modalidades de sócios: o ostensivo e os participantes.
15)A liquidação de uma sociedade em conta de participação será eficaz apenas quando arquivada no registro de comércio.
16)A sociedade em conta de participação tem por característica peculiar que a diferencia de todos os outros tipos societários o fato de o sócio ostensivo participar só com trabalho.
17)A sociedade em conta de participação tem por característica peculiar que a diferencia de todos os outros tipos societários o fato de somente poder ser constituída por pessoas físicas.
18)A sociedade personificada, própria de atividades empresariais e em que todos os sócios são solidariamente e ilimitadamente responsáveis pelas dívidas sociais, é denominada sociedade em comum.
19)Na sociedade em comum, os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, ficando excluído do benefício de ordem o sócio que contratou pela sociedade.
20)A inscrição do contrato social no órgão competente confere capacidade jurídica às sociedades em conta de participação.
21)O registro dos atos de comércio é constitutivo de direitos.
22)Os atos das sociedades empresárias serão arquivados no Registro Público das Empresas Mercantis independentemente de seu objeto, salvo as exceções previstas em lei.
23)Será cancelado administrativamente o registro de empresa mercantil que não comunicar à Junta Comercial que está em

funcionamento, caso não tenha procedido a qualquer arquivamento no período de 15 anos consecutivos.

24)A aquisição de personalidade jurídica das sociedades ocorre com assinatura dos seus atos constitutivos pelos sócios.

25)A inscrição do contrato social no órgão competente não confere capacidade jurídica às sociedades, exceto às sociedades em conta de participação.

26)O sócio participante é unicamente obrigado perante o sócio ostensivo na forma do contrato.

27)A existência da sociedade dá-se para os fins de direito a partir da data da assinatura de seu ato constitutivo.

28)A sociedade em comum é um tipo de organização que não define um centro autônomo de imputação.

29)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.

---

[1]Cód. Civil, art. 485.

[2]BEVILÁQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, v. 1, obs. 1 ao art. 2º do Cód. Civil de 1916.

[3]GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op.* e *loc. cit.*

[4]A capacidade de direito é adquirida com o nascimento com vida, e, por ser genérica, é atribuída a todo ser humano, permitindo-lhe o exercício de direitos e obrigações.

[5]A capacidade de fato é a aptidão da pessoa para se exercer, por si só, os atos da vida civil.

[6]Cód. Civil, arts. 496; 1.749, I, 1.647 etc.

[7]Cód. Civil, art. 2º.

[8]Se sociedade empresária, Registro Público de Empresas Mercantis; se sociedade simples, Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

[9]Lei nº 6.404, art. 219, II.

[10]Cód. Civil, art. 1.109.

[11]BORBA, Tavares. *Op. cit.*

[12]Por exemplo, a sociedade em nome coletivo.

[13]Cód. Civil, art. 1.024: "Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais".

[14]Cód. Civil, arts. 1.126 e 1.134.

[15]BORGES, J. Eunápio. *Curso de Direito Comercial*, Rio de Janeiro: Forense.

[16]CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 4. ed, Freitas Bastos.

[17]FERREIRA, Waldemar. *Instituições de Direito Comercial*, Freitas Bastos, 1965.

[18]REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

[19]CPC, art. 75, IX.

[20]TZIRULNIK, Luiz. *Empresas e Empresários no Novo Código Civil*, São Paulo: RT.

[21]Corresponde ao art. 8º, III, do DL nº 7.661/1945.

[22]Cód. Civil, arts. 986/990.

[23]Enunciado apresentado pela autora à IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, em Brasília, em out./2006 (aprovado por unanimidade).

[24]TJRJ AC Nº 0106837-38.2004.8.19.001. DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA SILVA – Julgamento: 05/10/2010 – 9ª Câmara Cível Apelação Cível. Pedido de falência. Prestação de serviço médico. Atividade empresarial. Reconhecimento. Sociedade irregular. Falta de registro na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro. Reforma da decisão. Decretação da falência com reconhecimento da responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios. Recurso provido.

[25]Cód. Civil, art. 998.

[26]Cód. Civil, art. 999.

[27]Cód. Civil, art. 1.154, parágrafo único.

[28]LF, art. 48.

[29]LF, art. 168.

[30]LF, art. 97, § 1º.

[31]LF, art. 105, IV.

[32]Lei nº 8.666/1993, art. 28, III.

[33]CPC, art. 75, IX.

[34]Cód. Civil, art. 990.

[35]LF, art. 81.

[36]Cód. Civil, arts. 991/996.

[37]Ver nota de rodapé 49 – Maria Helena Diniz.

[38]*Op. cit.*

[39]Cód. Civil, art. 992.

[40]Cód. Civil, art. 993.

[41]LOPES, Mauro Brandão. *Sociedade em conta de participação*, São Paulo: Saraiva, 1990.

[42]Cód. Civil, art. 992.

[43]Cód. Civil, art. 991.

[44]Cód. Civil, art. 991, *caput* e parágrafo único.

[45]NERY JUNIOR, Nelson. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*. São Paulo: RT, 2002.

[46]Cód. Civil, art. 993, parágrafo único.

[47]CPC, arts. 550 a 553.

[48]Cód. Civil, art. 994, § 2º c/c LF, art. 83, VI.

[49]Cód. Civil, art. 994, § 3º.

[50]D. nº 3.000, de 26/03/1999, arts. 148 e 149.

[51]Cód. Civil, art. 992.

[52]Cód. Civil, art. 986.

[53]Cód. Civil, art. 992.

[54]Cód. Civil, art. 991, *caput* e parágrafo único.

[55]Cód. Civil, art. 1.162.

[56]Lei nº 11.101/2005.

[57]Cód. Civil, art. 991.

[58]Cód. Civil, art. 992.

[59]LOPES, Mauro Brandão. *Sociedade em conta de participação*, São Paulo: Saraiva, 1990.

[60]Cód. Civil, art. 992.

[61]Cód. Civil, art. 991.

[62]Cód. Civil, art. 991, *caput* e parágrafo único.

[63]AP. nº 2006.001.04456 – *Des*. José Geraldo Antônio – Julgamento: 25/04/2006 – Sétima Câmara Civil.

[64]E. nº 5 aprovado na Jornada Nacional sobre Execução na Justiça do Trabalho, em Cuiabá.

DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA[1]

9.0.NOÇÕES GERAIS

A partir do século XIX, acentuou-se a preocupação da doutrina e da jurisprudência com a utilização da pessoa jurídica para fins diversos daqueles tipicamente considerados pelos legisladores.[2] Meios idôneos de obstar a sua má utilização passaram a ser buscados.[3] Dentre esses, Verrucoli[4] recorda a teoria da soberania, precedente da disregard doctrine,[5]idealizada na Alemanha por Haussmann, e aperfeiçoada na Itália, por Mossa. Há quem sustente que a teoria foi sistematizada de forma pioneira por Rolf Serick,[6] professor de direito da Universidade de Heidelberg, na Alemanha, em sua monografia *Aparência e realidade nas sociedades comerciais: o abuso de direito por meio da pessoa jurídica*.[7] Foi no âmbito da common law, principalmente a norte-americana, que se desenvolveu, inicialmente na jurisprudência, a desconsideração da personalidade jurídica.[8]

No direito brasileiro, a teoria foi introduzida por Rubens Requião.[9]

9.1.CONCEITO

A desconsideração da personalidade jurídica implica a suspensão da personalidade jurídica, operada pelo órgão judiciário, no curso do processo, permitindo que, excepcionalmente, sejam ampliados os limites subjetivos da relação processual para alcançar o patrimônio dos sócios, para coibir os efeitos de fraude comprovada, levada a efeito mediante a utilização da pessoa jurídica para finalidades outras que não seu objeto social, impedindo que os sócios ou terceiros se locupletem indevidamente às custas da pessoa jurídica.

O Código Civil, no art. 50, positivou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica:

"Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

O novo CPC, no art. 133, dispõe que:

"Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo".

Não resta dúvida de que o novo CPC ratifica o entendimento do art. 50 do Código Civil, no sentido de não admitir a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica de ofício. O art. 133 do CPC diz que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

O afastamento momentâneo da personalidade jurídica está arrimado no desvio de finalidade da pessoa jurídica. É corriqueiro o caso de sociedade simulada ou aparente, em que um dos sócios detém quase todo capital social, servindo o consórcio de participação irrisória, apenas, como "dama de companhia" para justificar a existência da sociedade, em se tratando de execução de título extrajudicial firmado pelo sócio-gerente de sociedade por quotas de responsabilidade limitada da qual ele detém 99,90% do capital social.[10] Este é o típico exemplo que possibilita a descaracterização da condição do empresário individual, com afastamento de sua responsabilidade ilimitada, pois o sujeito de direito e obrigações passa a ser a pessoa jurídica, que, como já dito, tem responsabilidade ilimitada perante seus credores. O "sócio" titular de quase a totalidade do capital social fica em situação de extrema "segurança e conforto", pois utiliza a figura da sociedade como uma couraça acobertadora de situações antijurídicas. Ao que indica, um dos propósitos da Lei nº 12.441/2011, que criou a figura da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, é incentivar o exercício de atividade empresarial por pessoa física (ou jurídica) sem que exponha o comprometimento do patrimônio pessoal de forma ilimitada. Fica a questão: o sócio titular de parte inexpressiva do capital social assume responsabilidade perante credores quando da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica? Na Justiça do Trabalho o entendimento dominante é não imputar tal responsabilidade, salvo comprovada fraude.

Sobre o tema:

> "Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Execução fiscal com penhora em bem de sócio-gerente. Embargos de terceiro.
>
> Sociedade realmente fictícia, em que o sócio-gerente é dono de 99,2% do capital, sendo os restantes 0,8% de sua mãe e concunhado. A assertiva de que a pessoa jurídica não se confunde com a do sócio é um princípio jurídico básico, não um tabu, e merece ser desconsiderada quando a sociedade é apenas um *alter ego* de seu controlador, na verdade

comerciante em nome individual. Lição de Konder Comparato. Embargos de terceiro rejeitados (...)" (TJRS, *RDM* 63/1983).

"Sócio minoritário que não contribuiu diretamente para o dano aos credores não pode responder integralmente pela execução com seu patrimônio. Com esse entendimento, a 4ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC) negou pedido para que o sócio de uma empresa com cota inexpressiva bancasse dívida devida a um grupo de 60 trabalhadores.

Os autores cobram cerca de R$ 230 mil da massa falida de uma confecção de Jaraguá do Sul (SC), em execução que tramita há mais de 15 anos. Como a dívida não foi quitada pelos sócios majoritários, eles pediam o redirecionamento da execução a um minoritário, argumentando que ele deveria ser responsabilizado pelo valor total.

O pedido já havia sido negado em primeira instância, mas os credores recorreram da decisão. Para eles, a responsabilidade dos sócios em relação a dívidas trabalhistas deveria ser encarada como solidária e ilimitada, independentemente do percentual reduzido na participação societária.

Mas os desembargadores concluíram, por maioria de votos, que não seria razoável ordenar que um único sócio minoritário pagasse a dívida. Eles decidiram limitar a sua responsabilidade à proporção do capital integralizado, ou seja, 0,12% da dívida trabalhista. Com informações da Assessoria de Comunicação Social do TRT-12" (AP 01715-2005-046-12-00-4).

A Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região entendeu que um ex-sócio que participa somente com 1% (um por cento) do capital social da empresa não pode ser considerado responsável pelas dívidas trabalhistas. No entendimento da relatora, ratificado pela Terceira Turma, o ex-sócio da empresa, que não detém poderes de administração e apenas cumpre formalidade para constituição desta, não pode ser considerado responsável pelo pagamento das verbas trabalhistas, de reclamações ajuizadas por seus trabalhadores, vez que empregado também é.[11] Ouso discordar da decisão. Ainda que titular de parcela insignificante, o sócio participou do conluio para a criação da sociedade. A prevalência desse entendimento é uma porta aberta para fraude, pois incentivará a transferência do patrimônio do sócio majoritário para o titular de percentual inexpressivo do capital social, frustrando todas as expectativas dos

credores. Da mesma forma não se pode presumir a condição de empregado pelo fato de o sócio deter parcela ínfima do capital, pois não é incomum que sua participação na sociedade sirva de fachada para encobrir situação evidentemente fraudulenta.

Giovanni Comodaro Ferreira[12] diz haver "situações em que a utilização da pessoa jurídica é feita ao arrepio dos fins para os quais o Direito albergou o instituto. Em muitos casos, os integrantes de um ente coletivo se ocultam por detrás de sua autonomia formal para lesar direitos ou infringir norma legal ou estatutária, valendo-se da pessoa jurídica como instrumento de fraude ou ilicitude".

Não se pode confundir a despersonificação com a desconsideração. Na primeira, a sociedade perde por completo a sua personalidade jurídica, enquanto, na desconsideração, a personalidade jurídica é afastada, temporariamente, para atingir o patrimônio dos sócios que se tenham utilizado da sociedade de forma fraudulenta. No mesmo sentido, Rubens Requião.[13]

Para alguns, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica excepciona o princípio da separação patrimonial. Divirjo. A nosso ver, a teoria não é exceção a esse princípio, mas uma reafirmação dele, na medida em que não permite a utilização fraudulenta da sociedade pelos sócios, ou o desvio de finalidade. Para Fábio Ulhoa, "... a aplicação da teoria da desconsideração não implica a anulação ou o desfazimento do ato constitutivo da sociedade empresária, mas apenas a sua ineficácia episódica". Disso não diverge Tavares Borba.[14]

Sobre o tema:

> E. nº 284 do CJF: "Art. 50 – As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não econômicos estão abrangidas no conceito de abuso da personalidade jurídica".
>
> E. nº 285 do CJF: "Art. 50 – A teoria da desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica, em seu favor".

Discute-se, na doutrina, a possibilidade de o juiz desconsiderar, de ofício, a personalidade jurídica. Até onde o estudo me permite ir, essa teoria somente pode ser aplicada se requerida pela parte a quem a desconsideração aproveita. É o que está no art. 50 do Código Civil[15] quando diz que o juiz pode decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público. Para Waldo Fazzio Júnior, o "que se pretende dizer é que o Código Civil de 2002 não acolheu, totalmente, a tese da desconsideração da personalidade jurídica, fazendo-a dependente de iniciativa da parte". Da mesma forma, o art. 133 do novo CPC reproduziu a regra do art. 50 do

Código Civil, não admitindo a aplicação da teoria de ofício pelo juiz. Conforme sua convicção, o juiz pode aplicar a *diregard of legal entity*, mas depende sempre de provocação do interessado. A regra do art. 50 do Código Civil não tem a mesma amplitude que lhe confere o Código de Defesa do Consumidor e os demais microssistemas legais. Como dito, a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade não é possível quando a responsabilidade dos sócios advier de expressa previsão legal.[16]

Questão controvertida diz respeito à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade para se atingir o bem de família dos sócios. Em recente julgado do STJ:

"Direito civil e processual civil. Impenhorabilidade do bem de família frente a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica. A desconsideração da personalidade jurídica de sociedade empresária falida que tenha sido decretada em decorrência de fraude contra a massa falida não implica, por si só, o afastamento da impenhorabilidade dos bens de família dos sócios. A desconsideração da personalidade jurídica, de um modo geral, não pode, por si só, afastar a impenhorabilidade do bem de família, salvo se os atos que ensejaram a *disregard* também se ajustarem às exceções legais previstas no art. 3º da Lei nº 8.009/1990. Embora o instituto da desconsideração da personalidade jurídica se apresente como importante mecanismo de recuperação de crédito, combate a fraude e, por consequência, fortalecimento da segurança do mercado, esses nobres propósitos não se sobrepõem aos valores legais e constitucionais subjacentes à proteção do bem de família. É por isso que a fraude à execução ou contra credores não se encontra prevista como exceção à regra legal da impenhorabilidade de bens de família. Além disso, a proteção legal conferida pela Lei nº 8.009/1990, consectária da proteção constitucional e internacional do direito à moradia, não tem como destinatária apenas a pessoa do devedor; na verdade, protege-se também a sua família quanto ao fundamental direito à vida digna" (REsp 1.433.636/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.10.2014).

O novo CPC trata da teoria da desconsideração no Capítulo IV, como "Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica". O art. 134 desse diploma legal diz que: "O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial". A instauração do incidente tem que ser imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas,[17] salvo quando pedido de desconsideração for requerido na petição inicial, em que será necessária a citação do sócio ou da pessoa jurídica.[18] O art. 134, § 3º, diz que: "A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º". O incidente pode ser resolvido por decisão interlocutória, caso necessário.[19] Se decisão for proferida pelo relator, é cabível agravo de instrumento.[20]

O acolhimento do pedido de desconsideração enseja a ineficácia da alienação ou oneração de bens, havida em fraude de execução.[21]

9.2.OBJETIVO

Tema de extrema relevância é a definição do sujeito passivo quando do inadimplemento de obrigação contraída por pessoa jurídica, em razão de ato fraudulento de seu sócio. É inegável que o vínculo jurídico originário entre credor e devedor autoriza o sujeito ativo da obrigação a direcionar sua pretensão em face do devedor, como permite o art. 789 do CPC. A questão torna-se delicada quanto à possibilidade de se direcionar a pretensão em face do sócio que tenha praticado, desde o início, os atos descritos no art. 50 do Código Civil, e seus microssistemas legais. Sempre sustentei que a teoria da desconsideração amplia o centro de imputação de responsabilidade. Admito sua aplicação independentemente de o credor provar a insolvência da pessoa jurídica para só depois voltar-se contra o sócio. Comprovados os requisitos autorizadores da aplicação da teoria, o credor escolhe em face de quem vai exercer sua pretensão.

Sobre o tema:

> E. nº 281 do CJF: "A aplicação da teoria da desconsideração descrita no art. 50 do Código Civil prescinde da demonstração da insolvência da pessoa jurídica".

A desconsideração da personalidade jurídica tem por objetivo ampliar campo de imputação de responsabilidade dos sócios. Desconsiderada a personalidade jurídica, o credor poderá demandar tanto a sociedade quanto o sócio que dela tentou se utilizar em proveito próprio. Entendimento diverso fomentaria a fraude.[22]

Como é sabido, a personalidade do sócio e o seu patrimônio pessoal, em princípio, não se confundem com os da sociedade. Mas, repudia ao direito a ideia de que a personalidade jurídica da sociedade sirva de couraça para acobertar situações antijurídicas. O objetivo da teoria é desconsiderar, momentaneamente, a personalidade jurídica da sociedade para atingir os bens particulares dos sócios na hipótese de comprovação da prática de atos fraudulentos (sentido lato), preservando-se, desse modo, os interesses e direitos dos credores prejudicados pelo mau uso da sociedade. A teoria não visa anular, desconstituir ou dissolver a sociedade, mas desconsiderar, momentaneamente, a sua personalidade jurídica para atingir o patrimônio pessoal do sócio, tendo por objetivo principal evitar o injusto e realizar a justiça.

É conveniente ressaltar que a teoria da desconsideração não se aplica às sociedades não personificadas, ou seja, à sociedade em comum e à sociedade em conta de participação. Um dos pressupostos de aplicação da teoria é que a sociedade ou a pessoa jurídica, como por exemplo, as associações, a empresa individual de responsabilidade limitada, etc. tenham

personalidade jurídica para que, comprovada a fraude de sócios, possa ser desconsiderada.

Questão que merece destaque é a utilidade da aplicação da teoria aos tipos societários em que a responsabilidade dos sócios já é ilimitada.[23] É sabido que, apesar da ilimitação da responsabilidade dos sócios, o credor, em razão do princípio da autonomia patrimonial, tem de observar o benefício de ordem, ou seja, tem de primeiro exaurir os bens sociais para poder voltar-se contra os sócios[24] a fim de satisfazer a totalidade ou o remanescente de seu crédito. Entendo que a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica possibilita ao credor imputar de imediato responsabilidade solidária ao sócio que agiu com fraude, ao invés da observância do benefício de ordem que institui a responsabilidade subsidiária do sócio que tiver originariamente responsabilidade ilimitada.

Sobre o tema:

E. nº 7 do CJF: "Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular, e limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido".

E. nº 146 do CJF: "Art. 50: Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial)".

9.3.ABUSO DO DIREITO, ATO *ULTRA VIRES* E TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Não é ocioso relembrar que a noção de ato jurídico no Código Civil de 1916 era ampla. Prevalecia a seguinte divisão: ato jurídico em sentido *lato* dividia-se em ato jurídico em sentido estrito (as consequências do ato não eram determinadas pela manifestação de vontade do agente, e, sim, pelo próprio ordenamento jurídico), negócio jurídico (a manifestação de vontade do agente era o fator determinante da produção de efeitos do ato) e atos ilícitos (ato que viola direito subjetivo de outrem, responsabilizando-se o agente pelos danos causados). O art. 81 daquele diploma definia ato jurídico como "todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos". Na verdade, o Código de 1916 não distinguia com clareza ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico. Essa imprecisão provocava dúvidas e

críticas. Para Caio Mário, como a "... expressão ato jurídico é um valor semântico abrangente de um conceito jurídico mais amplo, compreensivo de qualquer declaração de vontade, individual ou coletiva, do particular ou do Estado destinado à produção de efeitos, o negócio jurídico deve ser compreendido como uma espécie do gênero ato jurídico". Essa imprecisão não escapou à astúcia de Pontes de Miranda. Luiz Edson Fachini disse que, "... promovendo tal distinção, Pontes de Miranda se antecipou à proposta do novo Projeto".

No Código de 1916, o ato ilícito era concebido sob o prisma subjetivo, ou seja, a prova da culpa pelo agente era pressuposto caracterizador.[25] O Código Civil, de forma acertada e técnica, não recepcionou a separação clássica e genérica de ato jurídico, dividindo os fatos jurídicos em negócios jurídicos (arts. 104 e seguintes) e atos jurídicos lícitos (art. 185). Falemos do ato ilícito. Para Sérgio Cavalieri Filho, o ato ilícito é um "ato voluntário e consciente do ser humano, que transgride um dever jurídico".[26] Comete ato ilícito quem viola direito subjetivo de outrem, responsabilizando-se pelos danos causados. Para Zanobi, "... a responsabilidade jurídica, por seu turno, pode ser definida como sendo a consequência imediata da infração de um dever normativo preexistente, causador da lesão ao interesse jurídico que se pretendia tutelar". O Código Civil mitiga o elemento subjetivo do ato ilícito (a culpa ou o dolo, antes pressupostos determinantes de sua caracterização). Atualmente, a responsabilidade objetiva convive com a subjetiva.[27] A obrigação de reparação do dano independe de culpa ou dolo nos casos especificados em lei ou quando a atividade produzida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

Por sua vez, o art. 187 do Código Civil diz que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". Define-se abuso do direito a partir do art. 188, I, em sentido contrário, ou seja, comete abuso do direito quem pratica atos no exercício irregular de direito reconhecido.

Sérgio Cavalieri Filho ensina que "o fundamento principal do abuso do direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina". O ato é formalmente legal, mas o titular do direito se desvia da finalidade da norma, transformando-a em ato substancialmente ilícito (...) Enquanto no ato ilícito a conduta não encontra apoio em dispositivo legal e até no direito. Segundo Alvino Lima, "no ato abusivo há violação da finalidade do direito praticada contra dever jurídico preexistente; no abuso de direito a conduta é respaldada em lei, mas, como já ressaltado, fere ostensivamente o seu espírito. (...). O ato será normal ou abusivo se guiado ou não por um motivo legítimo; se tiver ou não por finalidade a satisfação

de um interesse sério e legítimo; se servir ou não para causar dano a outrem, e sem proveito próprio". No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira: "É suficiente determinar que, sem esta indagação extremamente subjetiva, abusa de seu direito aquele que leva o seu exercício ao extremo de convertê-lo em prejuízo para outrem sem vantagem para si mesmo. O propósito de causar dano não requer apuração de intenção íntima do titular. "Induz-se o abuso da circunstância de servir dele o titular, excedendo manifestamente o seu fim econômico ou social, ou atentando contra a boa-fé ou os bons costumes". A despeito de tese majoritária em contrário, entendo que o prejudicado pode demandar o sócio diretamente nos casos de abuso do direito, isto é, quando abusar dos seus direitos de sócio ou exercê-los de forma anormal. O fundamento é a prática de ato ilícito, em razão de abuso direito, de seu espírito, violação essa aferível objetivamente, de dolo ou culpa.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica serve ao caso sempre que comprovadas fraude, má-fé, confusão patrimonial, desvio de finalidade etc., mas, já não é cabível se a responsabilidade do sócio advier de lei (como, por exemplo, no abuso do direito). Doutrina e jurisprudência majoritárias ainda entendem que o abuso do direito cometido por um sócio é pressuposto da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Sustento tese diversa. O abuso do direito[28] não se confunde com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Em geral, aplica-se a teoria de modo equivocado. Não se pode confundir a teoria da desconsideração da personalidade jurídica com o ato *ultra vires*, o abuso do direito e a responsabilidade decorrente da própria lei.

O Código Civil considera abuso da personalidade jurídica o desvio de finalidade e a confusão patrimonial. Por desvio de finalidade, entenda-se a utilização da sociedade, pelo sócio, ainda que dentro do seu objeto social, mas com a intenção de auferir vantagens indevidas. O ato praticado pelo sócio, apesar da fraude, é lícito. No abuso do direito tem-se o ato como ilícito. Comete ato ilícito todo aquele que, a pretexto de exercer um direito, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes (v. Cap. 7, item 7.4).[29]

No ato *ultra vires*,[30] o sócio obriga a sociedade em atividade diversa da declarada em seus atos constitutivos, utilizando a figura da pessoa jurídica para desviar-se de sua finalidade, sem necessariamente objetivar a obtenção de vantagens indevidas.

Para Fábio Konder Comparato,[31] "vem de longa data a orientação de que a responsabilidade decorrente da desconsideração é espécie do gênero responsabilidade por ato ilícito (ou quando menos assemelhável), devendo, portanto, observar, no que cabível, os pressupostos e instrumentos referentes à estrutura do instituto (dano, nexo de causalidade e ação ou

omissão antijurídica)". Em sentido contrário, Salomão Filho, quando afirma que a desconsideração da personalidade jurídica "nem sempre constitui um ato ilícito", motivo pelo qual a sanção que lhe é mais adequada é a de ineficácia relativa.[32]

Sobre o tema:

"A prática de atos *ultra vires* não obriga a sociedade, por eles respondendo o sócio signatário dos títulos (...)" (Ap. Cível 63955/81-TARJ).

"Sociedade comercial. Desconsideração da personalidade jurídica. *'Disregard doctrine'*. Fraude e abuso de direito. Existência de apenas indícios ou presunções. Inaplicabilidade do instituto por exigir prova inconteste.

Com a teoria da 'disregard doctrine' *visa-se coibir o uso irregular da forma societária, geradora da personalidade jurídica, para fins contrários ao direito. Contudo, a fraude e o abuso de direito, que autorizam a adoção desta teoria, no caso concreto, hão de ser cabalmente demonstrados, não sendo suficiente a existência de indícios ou presunções porque se cuida de uma excepcionalidade, demanda prova inconteste. A desconsideração da personalidade jurídica não pode ser levada ao exagero, acabando por destruir o instituto da pessoa jurídica, construído através dos séculos pelo talento de eméritos juristas dos povos civilizados. Assim, a simples fatura em nome da empresa, de produtos das associadas não basta para adoção da* 'disregard of legal entity', *de molde a justificar a penhora de bens daquela execução movida contra associada. O que é devido pelos sócios não o é pela sociedade; e o que a sociedade deve não é devido pelos sócios"* (TJBA, *RT* 736/315).

"Agravo de instrumento, decisão interlocutória que indefere a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Não demonstração cabal de fraude e/ou abuso de direito.

Não há como se examinar, nos estreitos limites do agravo de instrumento, a ocorrência dos requisitos exigíveis ex vi legis *para a aplicação da teoria da desconsideração da*

personalidade jurídica. Mister faz-se a comprovação de que a pessoa formal, por intermédio de pessoas físicas, esteja perpetrando atos fraudulentos e/ou em abuso de direito em detrimento de terceiros. Acerto da decisão hostilizada, à falta da demonstração dos pressupostos jurídicos do pedido. Recurso conhecido e não provido" (TJ/RJ, Agravo de Instrumento nº 2001.002.16788, JDS. Werson Rego).

"Desconsideração da pessoa jurídica. Falta de prova do abuso de direito ou de fraude no uso da sociedade. Descabimento.

A autonomia entre a sociedade e os seus membros continua sendo a regra, só estando o juiz autorizado a desconsiderar a pessoa jurídica quando esta é utilizada para a realização de fraude ou abuso de direito. A simples insatisfação de um crédito não é suficiente, por si só, para o desprestígio da personalização. Desprovimento do recurso" (TJ/RJ, Agravo de Instrumento 1998.002.01243, 2ª Câm. Cível, Des. Sérgio Cavalieri Filho).

O abuso do direito implica responsabilidade objetiva, isto é, o credor pode demandar o sócio sem necessidade de comprovação de culpa.

Sobre o tema:

E. nº 37 do CJF: "A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico".

Vejamos:

"Ação de indenização por ato ilícito. Demissão injustificada de empregado. Abuso de direito. Dano moral. Caracterização.

Empregado de empresa, que prestava serviços em caráter exclusivo à Petrobrás, a qual exige o seu afastamento, embasada em cláusula contratual, em razão, todavia, de incidente causado por empregado seu, resultando na demissão do apelado. Teoria do abuso de direito. A perda do emprego, em país assolado por recessão de forma injusta, acarreta dano moral, pois decorrente de exercício abusivo e irregular do direito, razão por que a verba compensatória, fixada de forma expressiva, deve ser mantida, ainda mais que a relação de emprego já durava há mais de 12 anos. Recurso desprovido" (TJ/RJ, Ap. Civ. nº 1185/2003, Des. Carlos Eduardo Passos).

Abusa do direito, e age na ilicitude, o sócio que, por exemplo, por rixa, retaliação ou assédio moral, dispensa empregado sob alegação (falsa) de falta grave (justa causa), requer imotivadamente a falência ou a concordata da sociedade etc. Nesses e noutros casos de abuso do direito não é cabível

nem útil ao credor invocar a aplicação da teoria desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. A razão é simples. O sócio que abusa do direito responde pelo dano independentemente da prova de fraude, ao contrário do que ocorre quando se desconsidera a personalidade jurídica da empresa porque, segundo a opinião prevalente na doutrina, no *lifting the veil* se exige a comprovação da fraude.

Para Tavares Borba,[33] o art. 116 da Lei nº 6.404/1976 afasta o caráter institucional das sociedades anônimas por entender que controladores e administradores se encontram jungidos à obrigação de preservar os interesses dos acionistas, empregados e comunidade, sob pena de a inobservância gerar abuso de poder e propiciar ao interessado a prerrogativa de obter judicialmente a competente reparação. Como observa o Des. Sérgio Cavalieri Filho, o fato de o Código Civil ter elevado o abuso do direito ao patamar de princípio geral tem sido alvo de várias críticas, em razão do perigo que representa para a segurança das relações jurídicas deixarem-se os direitos individuais subordinados ao arbítrio judicial. Ao comentar o art. 187 do Código Civil, Maria Helena Diniz afirma que "o uso de um direito, poder ou coisa, além do permitido, ou extrapolando as limitações jurídicas, lesando alguém traz como efeito o dever de indenizar". Realmente, sob a aparência de um ato legal ou lícito esconde-se a ilicitude do resultado, por atentado ao princípio da boa-fé e aos bons costumes, ou por desvio da finalidade socioeconômica, ou social. O abuso é manifesto, ou seja, o direito é exercido de forma ostensivamente ofensiva à justiça. A ilicitude do ato praticado com abuso de direito possui natureza objetiva, aferível independentemente de culpa ou dolo.[34] Essa advertência é digna de nota, especialmente se se tem em conta que o Código Civil trouxe à cena das relações interpessoais novos pressupostos (eticidade, socialidade, boa-fé objetiva etc.), estribando-se, de um lado, na probidade e na boa-fé dos contratantes (eticidade, naquilo que é ético, naquilo que é razoavelmente esperado) e, de outro, na socialidade (o contrato refoge da moldura simplista de negócio entre as partes para espargir efeitos na sociedade ou, pelo menos, naqueles afetados por ele direta ou proximamente). Esses novos paradigmas têm a clara intenção de relativizar os contratos e condicionar a autonomia da vontade à satisfação do interesse social.

Com a destreza intelectual de sempre, o Des. Capanema ensina "que o Código de 1916 é silente se o abuso de direito é ato ilícito. Ele não faz a menor referência ao abuso de direito, à chamada "Teoria dos Atos Emulativos". A doutrina se digladia para saber se o abuso de direito é ou não ato ilícito. O Código Civil dispõe no art. 187 que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". Para alguns, a expressão é incoerente porque, se é direito,

o seu titular pode exercê-lo e não há abuso. Não se poderia abusar de um direito.

Em suma, era uma instigante discussão doutrinária a questão do abuso de direito, exatamente porque o Código de 1916 era silente quanto a isso. Agora, não! Vem expresso no art. 187. Cometerá ato ilícito quem abusar do seu direito. Aqui, neste artigo, está a eticidade. O abuso de direito agora é ato ilícito e gera indenização, inclusive de ordem moral. Constitui ato ilícito o fato de alguém usar de um direito de forma contrária aos limites impostos pela boa-fé, pelo fim econômico e social ou pelos bons costumes.

Em resumo:

INSTITUTOS	PREVISÃO LEGAL	CONCEITO
Abuso do direito	Art. 187 do Código Civil	É o ato ilícito consistente no exercício de um direito, por seu titular, que excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.
Ato *ultra vires*	Art. 1.015, parágrafo único, III, do Código Civil	Ato praticado por administrador que extrapola os poderes a ele conferidos pela sociedade. O ato *ultra vires* implica violação de cláusula contratual essencial: objeto social.
Responsabilide do contribuinte e reponsável solidário	Arts. 134 e 135, III do CTN	
Responsabilidade no Direito do Trabalho	Art. 9º da CLT	
Desconsideração da personalidade jurídica	Arts. 50 do Código Civil e 133 do novo CPC	A desconsideração da personalidade jurídica é uma medida que permite que a personalidade jurídica da sociedade seja afastada em caráter transitório para que o sócio que agiu com fraude responda de forma ilimitada e solidária com a sociedade, perante terceiros.

9.4.APLICAÇÃO

A maioria da doutrina sustenta que, caracterizadas a fraude, o dolo, a má-fé, o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, levanta-se o véu da sociedade para alcançar o patrimônio pessoal dos sócios.

O art. 50 do Código Civil positivou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica ao dizer que "em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

É importante lembrar que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem por objetivo principal o afastamento momentâneo da personalidade jurídica da pessoa jurídica, nos casos de confusão patrimonial ou desvio de finalidade, atingindo os integrantes da pessoa jurídica, razão pela qual, admite-se sua aplicação não somente nas sociedades, mas em qualquer pessoa jurídica, como, por exemplo, as empresas individuais de responsabilidade limitada.

Sobre o tema:

> E. nº 284 do CJF: Art. 50. As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não econômicos estão abrangidas no conceito de abuso da personalidade jurídica".
>
> E. nº 470 do CJF: "Art. 980-A. O patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica".

A teoria ainda gera inúmeras polêmicas, a começar pelo próprio art. 50, que peca por sua imprecisão, como, por exemplo, o que seriam "certas e determinadas relações de obrigações?"

Entendo que o novo Código de Processo Civil dispôs sobre a teoria de forma tímida. Em resposta a uma indagação da autora sobre o tema, publicada na *Revista Justiça e Cidadania*, edição n. 176, p. 12, o Ministro Luiz Fux, coordenador da "Comissão de Notáveis", encarregada da redação do novo CPC, disse que: "A desconsideração da personalidade jurídica consagrada no novo Código Civil foi regulada apenas na sua vertente procedimental. Relegamos para jurisprudência a opção pela teoria menor

ou maior. De toda sorte, sempre que houver desconsideração, a participação prévia da parte atingida é de obrigatória observância. A Comissão manteve a ideia de que *societas distat singulis* e que a invasão do patrimônio do sócio ou desvio em prol da sociedade para obrigações pessoais reclama incidente probatório".

A teoria é admitida no caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado na forma da lei. Igualmente, permite sua aplicação aos bens de empresa do mesmo grupo econômico.

Sobre o tema:

> E. nº 07 do CJF: "Art. 50 – Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido".
>
> E. nº 51 do CJF: "A teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema".
>
> E. nº 09 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: "Quando aplicado às relações jurídicas empresariais, o art. 50 do Código Civil não pode ser interpretado analogamente ao art. 28, § 5º, do CDC ou ao art. 2º, § 2º, da CLT".
>
> E. nº 146 do CJF: "Art. 50 – Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial)". (Este Enunciado não prejudica o Enunciado 7.)

O enunciado supracitado manteve os parâmetros existentes nos microssistemas legais, ou seja,

- Art. 28 da Lei nº 8.078/1990;
- Art. 4º da Lei nº 9.605/1998;
- Art. 18 da Lei nº 8.884/1994 (atualmente, art. 34 da Lei nº 12.529/2011);
- Lei nº 12.846/2013 – aplicação da teoria no âmbito do processo administrativo.

É importante ressaltar que quando a própria lei dispuser sobre a responsabilidade do sócio não haverá utilidade na aplicação da teoria da desconsideração, pois os sócios podem ser apenados em razão de dispositivo expresso,[35] diferente da hipótese prevista na Lei Complementar

n. 104/200, que acrescentou parágrafo único ao artigo 116 do Código Tributário Nacional, para permitir a autoridade administrativa fazendária a "(...) desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária."

9.4.1.A aplicação da teoria no Direito do Trabalho

Os limites da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho não são bem definidos, e, por isso, criticados. Apesar de alguns doutrinadores admitirem o § 1º do 2º da CLT[36] como mais uma hipótese de aplicação da teoria, não comungo desse entendimento. Esse artigo disciplina a responsabilidade das sociedades integrantes de grupo econômico, permitindo a ampliação do centro de imputação da responsabilização da pessoa jurídica pelos débitos existentes e não pagos ao empregado, consubstanciada na responsabilidade solidária das sociedades coligadas.

Entendo que a responsabilidade das sociedades integrantes do mesmo grupo econômico não traduz a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, pois a responsabilidade decorre da própria lei, sendo desnecessária a aplicação desta teoria.

Sobre o tema:

"Grupo empresarial por coordenação – Comunhão de interesses – Pulverização de diversos ramos de atividade econômica – Responsabilidade solidária – Artigo 2º, § 2º, da CLT – Direcionamento da execução.

O conceito de grupo empresarial no Direito do Trabalho é amplo, bastando a verificação de que as entidades integram um mesmo consórcio fático, mesmo que possuam personalidade jurídica distinta e até mesmo finalidades diferentes. Trata-se da figura do grupo econômico por coordenação, onde não se exige a existência de domínio de uma empresa sobre outras, mas a mera comunhão de interesses, caracterizada pela participação social comum e pela pulverização de diversos ramos de atividade econômica, com intenção de ampliação de negócios. Verificada a formação de grupo, incide a regra do art. 2º, § 2º, da CLT, e o credor trabalhista pode exigir de todas ou de

qualquer empresa do grupo o pagamento integral da dívida (art. 275 do Código Civil), ainda que sido contratado ou laborado para apenas uma delas" (Processo TRT/SP nº 02981.2005.042.02.00-3).

"O grupo econômico de que trata o artigo 2º, § 2º, da CLT, possui amplitude muito maior do que o previsto na legislação comercial, cujos participantes têm de ser necessariamente sociedades. No Direito do Trabalho, o grupo pode ser composto de empresas e o controle poderá ser exercido por pessoas físicas, já que a tônica do grupo está no poder que o comanda, e não na natureza da pessoa que detenha a sua titularidade. Admite-se, ainda, a existência de grupo econômico instituído sem a existência de empresa líder, mas com todas as empresas dispostas horizontalmente, no mesmo plano, exercendo reciprocamente controle ou vigilância e participando todas de um empreendimento global" (TRT/MG, AP nº 90-2005-056-03-00-5, Rel. Alice Monteiro de Barros).

Questão interessante diz respeito ao redirecionamento da execução trabalhista contra empresa de grupo econômico que não foi parte na ação cognitiva.

<u>Sobre o tema:</u>

Empresa integrante de grupo econômico que não participou do processo de conhecimento pode ser incluída na fase de execução. Assim relatou a Desembargadora Marta Casadei Momezzo em acórdão da 10ª Turma do TRT da 2ª Região (São Paulo): "O fato de a empresa integrante do grupo econômico não ter participado do processo de conhecimento não impede sua inclusão na fase de execução. Tanto é assim, que a Súmula n. 205 do C. TST, que entendia em sentido contrário, foi cancelada. Ademais, não cabe arguir nulidade por falta de notificação, vez que a agravante vem exercendo seu direito de defesa, tanto que opôs embargos de terceiro. Afasto. (…) Constituição de grupo econômico comprovada por prova documental. Admite-se na melhor doutrina a existência do grupo econômico, ainda que não haja hierarquia organizacional, mesmo que determinadas empresas não

estejam sob o comando de uma outra, bastando que haja coordenação entre elas. No caso em pauta, o sócio que integrava o quadro societário da Masterbus Transportes, a empregadora, quando do contrato de trabalho do agravado, também integra o quadro societário da ora agravante. (…) A existência de grupo econômico implica responsabilidade solidária de todos os seus componentes, sendo totalmente descabido sujeitar o exequente ao infindável processo de arrecadação de bens no juízo universal falimentar em virtude da falência de um dos componentes do grupo. Há de se ter em conta que, dentre os direitos fundamentais do cidadão, se encontram os princípios da razoável duração do processo e da celeridade de sua tramitação, disposições contidas no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal" (Proc. 02341200904202007 – Ac. 20100374942).

Não se pode negar que a hipossuficiência do trabalhador nas relações de emprego incentiva o empregador a "mandar o empregado procurar seus direitos". Essa visão do empregador serviu para marginalizar a Justiça do Trabalho, estigmatizando-a como uma justiça paternalista. Acho que já está na hora desse dogma ser revisto, e, para tanto, a responsabilidade dos sócios por dívida do empregador deve ser repensada.

Para o Direito do Trabalho, a figura da empresa está associada à do empregador. Não há qualquer atecnia no art. 2º da CLT[37], pois a intenção do legislador foi a de tutelar os direitos do empregado ao criar verdadeira blindagem quando houver alteração na estrutura da empresa.[38] Reconheço, contudo, que o legislador foi atécnico ao dizer que o empregador é a empresa individual ou coletiva. Como já dito, empresa é atividade econômica organizada, não podendo ser fracionada. O que é individual ou coletiva é a figura do empresário. Se individual, será a pessoa natural que explora a atividade (empresário individual); se coletiva, a sociedade empresária.

Questão polêmica diz respeito à possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na hipótese de condenação de devedor subsidiário.

<u>Sobre o tema:</u>

"Responsabilidade subsidiária e aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Posição dos sócios em sede de execução.

Não há que falar que o esgotamento da tentativa executória contra a primeira reclamada deve antes também envolver a execução contra seus sócios, eis que estes devem responder pelo crédito obreiro enquanto não houver outro responsável passível de perseguição executória, e ainda assim limitado ao valor do capital social, se do título executivo judicial não fizeram parte originalmente nem foi descaracterizada a personalidade jurídica da referida empresa. Confirmada nos autos a insuficiência patrimonial da primeira reclamada, legítimo o prosseguimento da execução contra o segundo reclamado, responsável subsidiário. Agravo de petição conhecido e desprovido" (TST, AP 1258200401810009/DF, 2ª Turma, Rel. Des. alexandre Nery de Oliveira).

"Dívida trabalhista. Incapacitação financeira do empreendimento. Responsabilidade direta do devedor subsidiário. Impossibilidade jurídica. Execução em face dos sócios do devedor principal. A informação alusiva ao prosseguimento da atividade empresarial constitui-se em informação salutar, pois o encerramento das atividades do empreendimento (devedor principal) pode levar à excussão dos bens dos sócios; ressalte-se que os bens da empresa subsidiária não preferem aos do sócio do devedor principal, por força do disposto no art. 596 do CPC. A exegese do texto de lei em comento traz em favor do sócio tão somente o benefício de ordem; primeiramente respondem os bens da empresa pela dívida, e, após, os dos sócios. Isso quer dizer que a responsabilidade principal pela liquidação da dívida transfere-se da pessoa jurídica para a pessoa física do sócio. Não há juridicidade em se direcionar a execução para o devedor subsidiário antes da comprovação da insuficiência patrimonial da empresa principal e do esgotamento dos bens dos sócios. Atente-se para a previsão do art. 28 do CDC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho (art. 769): (...) A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. Na hipótese de comprovação do estado falimentar, de insolvência, ou

mesmo de encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, transfere-se o liame obrigacional à figura dos sócios. Apenas na hipótese de insuficiência financeira dos componentes da base societária é que a dívida pode ser cobrada do subsidiariamente vinculado ao pagamento das verbas condenatórias. Apelo parcialmente provido" (Agravo de Petição 00160-2005-231-02-00-5, Acórdão 20100070960, 8ª Turma, Rel. Des. Rovirso Aparecido Boldo, j. 10.02.2010, Publicação 19.02.2010).

A responsabilidade dos sócios advém da própria lei, não sendo necessária a aplicação da teoria da desconsideração para atingir o seu patrimônio em ação ajuizada por empregado que não teve a sua pretensão satisfeita pela empresa. Dito isso, entendo que o redirecionamento da execução trabalhista tem por fundamento a Lei de Execução Fiscal, que obriga expressamente o responsável tributário (sócio), não cabendo a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos moldes do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor. Por outro lado, tenho que admitir que nem os Tribunais Superiores utilizam a teoria de forma técnica.

Questão importante é a conscientização de que o juiz do trabalho tem um compromisso maior do que "procurar quem vai pagar a conta". Não nego o direito que o empregado tem de exigir o redirecionamento da execução contra o sócio, comprovada sua culpa em sentido lato, mas é determinante ressaltar que o comprometimento da empresa e dos sócios deve ser criterioso, pois a empresa não é instituto dissociado do trabalho. Ao contrário do que muitos pensam, deve ser preservada para que cumpra sua função social: fonte geradora de empregos, riquezas e tributos.

Em resumo: enquanto os juízes do trabalho, por conta de uma visão desnecessariamente paternalista, insistirem em banalizar a teoria da desconsideração ao invés de se valerem do instituto legal apropriado, perde a Justiça do Trabalho como instituição.

Por fim, muito se discute sobre a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho, de ofício, pelo juiz. Reconheço que o Código Civil somente admite a aplicação dessa teoria mediante provocação da parte interessada ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. Sendo assim, o Código Civil afastou a possibilidade de sua aplicação de ofício. O único fundamento razoável para a aplicação de ofício da teoria é o art. 9º da CLT quando dispõe serem nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na lei. Como se não bastasse, o art. 134, *caput* e inciso VII, do CTN, dispõe que quando da

impossibilidade do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte (sociedade), os sócios respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis, bem quando da dissolução de sociedade de pessoas.

Há muito o STJ reconhece que a dissolução irregular de sociedade é fraude, ensejando a aplicação da teoria para alcançar o patrimônio pessoal dos sócios, ainda que não tenham integrado o polo passivo de ação cognitiva.

Sobre o tema:

"Recurso de revista. 1. Administração pública indireta. Sociedade de economia mista. Exaustão patrimonial. Responsabilidade do estado-membro instituidor. Empresa de processamento de dados do acre S.A. – ACREDATA e Estado do Acre. 2. Execução. Ente público. Necessidade de expedição de precatório.

1. As entidades que compõem a Administração Pública Indireta congregam bens públicos em seu patrimônio. Na sua extinção, o patrimônio público é reincorporado ao domínio do ente matriz.

2. A doutrina admite a responsabilização subsidiária da pessoa jurídica de direito público instituidora quando se exaure o patrimônio de paraestatal. O fundamento dessa responsabilidade é o mesmo que inspirou a regra do art. 37, § 6º, da Constituição (adotado desde a Constituição de 1946), e que leva o Estado a responder objetivamente por atos de entidades a que ele deu vida, quando o patrimônio das mesmas seja insuficiente; afinal, é o particular sofrendo prejuízo pela atuação, direta ou indireta do Estado (Maria Sylvia Zanella di Pietro).

3. Ao lado de tais aspectos, a desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilização patrimonial dos sócios é potência que encontra induvidosa guarida no ordenamento jurídico (Código Civil, art. 50; CPC, art. 592, II).

4. Frustrada a execução, no que diz respeito à sociedade de economia mista empregadora, o seu direcionamento ao Estado-membro instituidor não viola a Constituição Federal. O trânsito em julgado da decisão proferida em fase de execução atende ao

comando inserto no art. 100 da Lei Maior. Recurso de revista não conhecido" (RR – 16700-28.1999.5.14.0404 Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira).

"O instituto da personalidade jurídica constitui-se em uma técnica de separação patrimonial dos bens da sociedade e dos bens particulares dos sócios que a compõem, autorizado pelo artigo 50 do Código Civil Brasileiro. Entretanto, tal princípio autoriza a execução de bens do sócio da empresa demandada, mesmo que esse não conste no título executivo judicial, quando verificado o seu mau uso em prejuízo de terceiros e fraude à lei [A]. Parafraseando Fábio Ulhoa Coelho, a personalidade jurídica não poderá servir para criação de situações injustas. Ademais, atualmente o próprio ordenamento jurídico prevê a desconsideração da personalidade jurídica. Nesse sentido, o art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, já determinava em 1990 que: poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Tal situação é análoga ao Processo do Trabalho, diante do seu caráter tutelar e da natureza alimentar dos créditos do trabalhador [B]. (...) Diante de tais situações, o princípio da autonomia da pessoa jurídica, que não é absoluto, relativiza-se e pode ser derrogado, tanto para imputar responsabilidade da sociedade ao sócio, quanto para conferir à sociedade qualidade humana do sócio. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica possibilita, pois, a imputação exclusiva do responsável pelo mau uso da pessoa jurídica. Assim, com base nessa elaboração recente da dogmática jurídica, o juiz pode e deve ignorar a existência da pessoa jurídica, suspendendo episodicamente a eficácia do seu ato constitutivo, sempre que houver a sua utilização como instrumento para a realização de fraudes ou de abusos de direito. Pode então, pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica, recepcionada no artigo 50 do atual Código Civil, o credor trabalhista buscar a satisfação de seu crédito além do patrimônio da sociedade empregadora, com o redirecionamento da execução contra os bens dos sócios, ou

ex-sócios, sempre que, por meio do uso indevido de uma sociedade, consistente em fraude à lei ou abuso de direito, ocorrer a lesão do direito de terceiros, como se verifica no caso dos autos, em que o simples descumprimento, por parte da reclamada, das obrigações como empregadora, já caracteriza o abuso de direito [C]. (...) Conclui-se, portanto, que deve ser permitida a penhora sobre o patrimônio dos sócios e ex-sócio, sob pena de restar frustrada a satisfação do crédito de natureza alimentar. Aplica-se subsidiariamente o artigo 4º, inciso V e § 3º, da Lei 6.830/1980, segundo o qual a execução pode ser dirigida contra os responsáveis pelas pessoas jurídicas, tal como ocorre com o sócio em relação à sociedade [D].” (AIRR – 160/2005-026-04-40, 5ª Turma).

“Desnecessária, ainda, a participação do sócio-executado na fase cognitiva processual porquanto a sociedade em si é mera construção jurídica que se materializa na figura dos sócios. Portanto, se a Reclamada foi regularmente citada na fase de conhecimento, os sócios foram plenamente cientificados da existência de demanda em face da pessoa jurídica, que é mera ficção legal [H].” (AIRR – 2024/2005-071-02-40, 6ª Turma)

Uma das questões mais relevantes da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é o aspecto processual. O art. 889 da CLT diz que aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem o Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal. Não há dúvida de que nas execuções trabalhistas a Lei nº 6.830/1980[39] tem aplicação supletiva à CLT, ou seja, deve ser aplicada nos casos omissos, desde que mantida a compatibilidade. Por outro lado, o art. 769 da CLT admite a aplicação do CPC, nas hipóteses de omissões, e, desde que não haja incompatibilidade com as normas da própria CLT. Pois bem: a CLT não prevê expressamente a responsabilidade dos sócios por dívidas trabalhistas, o que enseja a aplicação das regras das execuções fiscais. O art. 4º da Lei nº 6.830/1980 dispõe sobre os legitimados passivos da execução fiscal e o inciso V[40] autoriza o ajuizamento da ação em face dos responsáveis tributários, ou seja, os sócios (v. Cap. 12, item 12.4).

O Ofício Circular 16/2014, publicado pela Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, determina necessidade de citação do sócio para que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique bens da sociedade ou, não os havendo, garanta a execução, sob pena de penhora com o fim de habilitá-lo

à via dos embargos à execução para imprimir discussão sobre a existência ou não de sua responsabilidade executiva secundária.

O novo CPC estabelece de forma clara a necessidade de intimação dos sócios, quando requerida a aplicação da teoria da desconsideração, nos arts. 10, 64 e 65:

"Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício".

"Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e querer as provas cabíveis no prazo 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória".

Como dito, a responsabilidade dos sócios no direito do trabalho tem por fundamento o art. 4º da Lei nº 6.830/1980, contudo a maioria da doutrina e jurisprudência admite a responsabilidade com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Pois bem: ainda que a teoria seja utilizada para imputação de responsabilidade aos sócios, alguns cuidados devem ser observados:

> 1)A responsabilidade dos sócios será, via de regra, subsidiária, salvo comprovada a fraude, razão pela qual aplica-se a teoria menor da desconsideração;
> 2)O juiz não deve aplicar a teoria da desconsideração de ofício em razão de vedação do Código Civil e novo CPC, ainda que se admita que o processo de execução se dê por impulso oficial;
> 3)Admitida a aplicação da teoria da desconsideração devem-se garantir o contraditório e ampla defesa aos sócios, com a devida intimação ou citação, e, se for o caso, alteração do polo passivo para inserção dos sócios como executados, sob pena de violação do princípio do devido processo legal.

9.4.2.A aplicação da teoria no Direito Administrativo

A teoria da desconsideração deve ser aplicada no Direito Administrativo se comprovado desvio de função da pessoa jurídica, por atos dos sócios, ou na falta de correspondência entre o fim social. O melhor exemplo é a Lei de Licitações[41], em que o legislador autoriza o afastamento momentâneo da personalidade jurídica da empresa para impedir a participação do autor do projeto básico, em licitação, se for sócio de licitante ou sociedade integrante do mesmo grupo econômico:

"Art. 9º. Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução da obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: (...)

II – empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado; (...)

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se o fornecimento de bens e serviços a estes necessários[42]".

Segundo Marçal Justen Filho, *verbis*:

"Suponha-se que o projeto seja elaborado por pessoa física, sócia de uma pessoa jurídica, e que esta última pretenda participar da licitação. A aplicação mecânica do princípio da distinção entre a pessoa jurídica e seus sócios conduziria a reconhecer-se o direito de a sociedade participar da licitação. Isso reduziria, de modo sensível, a eficácia da regra moralizadora do art. 9º, inc. I.

Para evitar riscos dessa espécie, a Lei estendeu o impedimento a todas as pessoas jurídicas relacionadas ao autor do projeto, respeitado o limite do inc. III do caput do art. 9º. Afasta-se a distinção jurídica entre sócio e sociedade, para o fim específico de aplicar o impedimento do art. 9º. Aplica-se aquela teoria conhecida como 'desconsideração da pessoa jurídica', quando existam vínculos entre o autor do projeto e pessoa jurídica."

Sobre o tema:

O Tribunal de Contas da União nos autos do processo nº 675.295/1994-7, – Min. Guilherme Palmeira – relator, emitiu parecer favorável à desconsideração da personalidade jurídica:

"Concluindo, não é de justiça e conforme o direito contemporâneo esquecer os fatos insertos nos autos para não aplicar ao verdadeiro culpado as penalidades cabíveis, principalmente porque, se não aplicada à regra da desconsideração da personalidade jurídica, poder-se-á estar inviabilizando a execução, não punindo o verdadeiro infrator, impossibilitando a aplicação de sanções outras que não o débito (multa por exemplo) àqueles que praticaram os ilícitos, usufruíram pessoalmente das verbas ilicitamente auferidas (já que não contabilizaram na empresa e sacaram diretamente no banco) e que não figurarão nos autos, dificultando a apuração da responsabilidade dos mesmos e consequente encaminhamento dos fatos ao Ministério Público Federal para as ações de direito, enfim, uma série de consequências jurídicas capazes de tornar este processo inefetivo e injusto." (Acórdão 189/2001 – Plenário)

"Administrativo. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. licitação. Sanção de inidoneidade para licitar. Extensão de efeitos à sociedade com o mesmo objeto social, mesmos sócios e mesmo endereço. Fraude à lei e abuso de forma. Desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa. Possibilidade. Princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos.

– *A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída*.

– *A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular*.

– *Recurso a que se nega provimento"* (RMS 15166/BA, nº 2002/0094265-7, Rel. Min. Castro Meira).

O Superior Tribunal de Justiça ao julgar legítimo o ato administrativo que decretara a desconsideração da pessoa jurídica por fraude em processo licitatório, por certo, mesmo sem declarar, admitiu a aplicabilidade da *disregard* no Direito Administrativo (ROMS 15.166-BA – 2002/0094265-7, Rel. Ministro Castro Meira). Na ementa desse v. Acórdão restou consignado entendimento que assegura a exatidão dessa afirmação, ou seja: "A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações – Lei nº 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída" (BLC n. 2, de 2004, p. 159). Portanto, é incontestável, em face da doutrina especializada e desse v. Acórdão, que a

desconsideração da pessoa jurídica, tal como se passa nos demais ramos do Direito, Público ou Privado, é aplicável ao Direito Administrativo.

9.5.TEORIA MAIOR DA DESCONSIDERAÇÃO

Parte da doutrina[43] admite a divisão da teoria da desconsideração em teoria maior e teoria menor. Para os adeptos da teoria maior, de concepção subjetiva, a personalidade jurídica da sociedade pode ser desconsiderada sempre que se provar a existência de fraude, em sentido lato. Para a teoria menor, a fraude é irrelevante, bastando para sua aplicação, a comprovação da simples insatisfação do crédito. Requião[44] ensina que "... diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos". Tavares Borba[45] adverte para o fato de que "alguns juízes e tribunais vêm aplicando, com muita largueza, e sem qualquer rigor técnico, a teoria da desconsideração. Deve-se, contudo, reservar essa doutrina para situações excepcionais". Convém esclarecer que o mero inadimplemento de obrigações contraídas pela sociedade não autoriza a aplicação da teoria.

Na lição de Cândido Rangel Dinamarco,[46] "(...) o pilar fundamental do presente estudo é, portanto, a afirmação de que sem fraude não se desconsidera a personalidade jurídica, sendo extraordinários na ordem jurídica os casos de desconsideração".

Sobre o tema:

"A aplicação da *disregard doctrine*, ao par de ser salutar meio para evitar a fraude via utilização da personalidade jurídica, há de ser aplicada(sic) com cautela e zelo, sob pena de destruir o instituto da pessoa jurídica e olvidar os incontestáveis direitos de pessoa física. Sua aplicação terá de ser apoiada em fatos concretos que demonstrem o desvio da finalidade social da pessoa jurídica, com proveito ilícito dos sócios" (*RT* 673/160).

"A Turma, ao continuar o julgamento, entendeu, por maioria, que, na hipótese, é possível presumir a dissolução irregular da sociedade e, em consequência, redirecionar a execução fiscal para seus sócios, visto que certificado por oficial de justiça que ela não mais existe no endereço indicado (art. 127 do CTN). No Direito Comercial, há que se valorizar a aparência externa

da sociedade, e a mera suposição de que estaria a funcionar em outro endereço, sem que o tivesse comunicado à Junta Comercial, não pode obstar o crédito da Fazenda" (REsp 800.039-PR, Rel. originário Min. Peçanha Martins, Rel. para acórdão Min. Eliana Calmon, julgado em 25/4/2006).

"Pessoa jurídica – desconsideração da personalidade jurídica – fraude à execução registro irregular de sociedade empresária realizado pelo Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas – *Por possuir personalidade jurídica distinta dos seus sócios, e consequentemente inexistir confusão patrimonial entre eles, por diversas vezes, a pessoa jurídica é utilizada como escudo para a prática de atos tendentes a prejudicar direitos de terceiros. A pessoa jurídica passa a servir de amparo para que seus sócios pratiquem fraudes ou abusos de direitos. O agravante propôs ação de obrigação de fazer cumulada com pedido indenizatório em face da agravada, que deixou de apresentar sua peça de bloqueio não obstante ter sido validamente citada. Instaurado processo de execução, a agravada quedou-se novamente inerte ao chamado judicial, sendo constatada inexistência de bens passíveis de constrição para pagamento do montante devido, também verificada quando da realização da penhora on line em sua conta-corrente. A documentação acostada aos autos demonstra ter sido constituída sociedade limitada figurando único sócio, registrado ato constitutivo no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, havendo alteração contratual objetivando cessão total de cotas. Desta forma, a narrativa da situação fático-processual demonstra utilização da pessoa jurídica com objetivo de fraudar a lei e prejudicar direitos de terceiros, ocorrendo alienação de bens para núcleo familiar do seu único sócio. Por fim, a fraude à execução se caracteriza por manobras de devedor com objetivo de furtar-se ao cumprimento de obrigações legais, máxime quando retira de seu patrimônio, em situações previstas em lei, bens que possam garantir determinado débito, o que se dá em violação ao princípio da responsabilidade patrimonial, pelo qual deve responder o devedor com a totalidade de seus bens, presentes*

e futuros, para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.[47]*A agravada alienou bem imóvel no curso do processo de conhecimento, sendo certo que tal disposição patrimonial contribuiu para frustração da satisfação do crédito do agravante. O fato só se tornou possível devido ao registro irregular de sociedade empresária realizado pelo Cartório do Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Provimento ao recurso"* (TJRJ, AI nº 2008.002.02011, Rel. Des. Edson Vasconcelos).

"Agravo inominado. Execução. Desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. Providência que exige a prova da prática de atos ilícitos, de desvio de finalidade, má-fé, confusão patrimonial, abuso de personalidade ou de outros atos fraudulentos e estranhos aos fins da sociedade. O direito brasileiro prestigia a autonomia patrimonial. A inexistência de saldos bancários em nome da sociedade não constitui motivo suficiente para a decretação da medida, que tem caráter excepcional. Interpretação dos artigos 592, II, e 596, do CPC, 50 e 1.080, do Código Civil. Recurso improvido" (TJRJ, AI nº 2008.002.27867, Rel. Des. Carlos C. Lavigne de Lemos).

"Agravo de instrumento. Ação de despejo. Fase de cumprimento de sentença. Desconsideração da personalidade jurídica. Presença dos pressupostos. Execução frustrada há muitos anos. Devedora que não indica bens à penhora e não demonstra sua regular existência, ou, ainda, sua regular dissolução. Ausência de declarações perante a Receita Federal desde 1997. Conjunto que autoriza a desconsideração da personalidade jurídica. Recurso a que se dá provimento" (TJRJ, AI nº 2008.002.28731 Rel. Des. Jose Roberto Compasso).

9.5.1.Aplicação incidental da teoria em sede de execução

A doutrina tradicional não admite a desconsideração incidental da personalidade jurídica, ou seja, que ela se dê na execução. Sustenta que o

juiz não pode apenhar bens de sócio que não figure no polo passivo da relação processual. Entende indispensável que o credor tenha um título executivo contra o demandado, o que lhe impõe a obrigação de ajuizar ação de conhecimento em face do sócio. Não sendo assim, estariam violados o devido processo legal, o limite subjetivo da coisa julgada, o contraditório e a ampla defesa.

Sobre o tema:

E. nº 146 do CJF: "Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial)".

"Embargos à execução de multa cominatória. Desconsideração da personalidade jurídica para atingir empresa que não foi parte na ação anterior. Impossibilidade.

Nula, a teor do art. 472 do CPC, a decisão que estende a coisa julgada a terceiro que não integrou a respectiva relação processual. A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional, que reclama o atendimento de pressupostos específicos, relacionados com a fraude ou abuso de direito em prejuízo de terceiros, o que deve ser demonstrado sob o crivo do devido processo legal" (REsp. nº 347.524/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha).

"Agravo de instrumento. Decisão que rejeitou o pedido de desconsideração da personalidade jurídica. Embargos de declaração que interrompeu o prazo para a interposição do competente agravo. Suspeita de dissolução irregular da sociedade executada.

Na fase de execução da sentença, a empresa foi intimada no endereço constante dos cadastros da Receita Federal e da Junta Comercial, no qual, de fato, não funciona mais a pessoa jurídica. Porém, o agravante não diligenciou a intimação para cumprimento da sentença no endereço do representante legal, tal qual já foi feito na fase de conhecimento com sucesso. Possuindo a desconsideração da personalidade jurídica caráter excepcional e sendo certo que sua aplicação importa

em sérias consequências para os sócios, não se revela prudente que, por ora, seja a mesma efetivada, já que pode ainda o agravante intimar a pessoa jurídica através do sócio Sergio Roberto da Silva Valério na Comarca de Petrópolis, tal qual assim o fez na fase de conhecimento. Recurso a que se nega seguimento, a teor do art. 557, caput, *do CPC."* (AI 2008.002.29660; Des. Monica Tolledo de Oliveira – Julgamento: 29/09/2008 – Quarta Câmara Cível).

"Ação monitória. Título executivo. Desconsideração da personalidade jurídica. Citação dos sócios. Indeferimento. Agravo provido.

Agravo de instrumento. Título executivo constituído em ação monitória. Pretensão da credora de desconsiderar a personalidade da empresa *devedora, com o fim de dirigir a execução ao patrimônio dos sócios. Prevalência do pleito da exequente, para cuja satisfação se faz a execução forçada, sobre o fundamento da decisão agravada, de que o título foi constituído apenas contra a pessoa jurídica. Manutenção desta como executada, sem prejuízo de chamar-se à responsabilidade os seus sócios. A possível oposição de embargos por estes é contingência processual a que se deve sujeitar a credora por sua exclusiva opção, incumbindo-se o Juízo de impedir que o incidente dê azo a transverso e equívoco contraditório entre o titular do cartório e a exequente, acerca de matéria afeta à jurisdição. Recurso provido*" (TJ/RJ, AI nº 2002.002.16156, Rel. Des. Jessé Torres).

Tese contrária admite a aplicação incidental da teoria da desconsideração na execução com fundamento nos princípios da celeridade, da economia processual e da efetividade do processo. Endosso essa corrente. Contraria o fim ontogênico da jurisdição exigir que o exequente, na execução, somente possa demandar o sócio depois de obter, por sentença, título em que fique claro o que se sabia desde o início, isto é, que a sociedade agiu em fraude. A dilação probatória pode ser feita nos próprios autos da execução, seja em objeção de pré-executividade, embargos ou impugnação.

O art. 134 do novo CPC dispõe sobre o tema:[48]

"Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica".

É conveniente ressaltar que o fato de a sociedade não ter sido encontrada na sede indicada no contrato social por si só não autoriza a aplicação da teoria. É determinante que o exequente comprove a dissolução irregular da sociedade através de certidão expedida pelo órgão competente. A matéria está amparada pela Súmula 435 do STJ, que dispõe, "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".

A aplicação incidental da teoria na execução implica alteração do polo passivo para a devida inclusão dos sócios, sob pena de nulidade, em razão da inobservância do devido processo legal. Impõe-se a citação do sócio para exercer seu direito de defesa, em atenção aos princípios do contraditório e ampla defesa. Nesse sentido dispõe o novo Código de Processo Civil: "Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias".[49]

Sobre o tema:

E. nº 60 do TJRJ dispõe que: "É cabível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, inclusive na fase de execução, quando da relação jurídica de direito material decorrer da relação de consumo".

"Agravo de instrumento. Desconsideração de personalidade jurídica. Interpretação restritiva. Indeferimento. Recurso interposto em face de decisão que indeferiu a desconsideração de personalidade jurídica da empresa litisdenunciada pela Ré, ora Agravante, ao fundamento de que a medida é excepcional e deve ser interpretada restritivamente. Decisão que merece confirmação. Descabimento da tese recursal baseada na alegação de que a mudança de domicílio comercial não foi

comunicada à JUCERJA e, portanto, caracterizada está a fraude autorizadora da medida requerida. Incidência do art. 50, do Código Civil, que estabelece as hipóteses de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, não sendo o caso em análise enquadrado em nenhuma delas. Possibilidade de citação da empresa na pessoa de seus sócios cotistas, cujo endereço está indicado no contrato social e onde não foi feita ainda qualquer diligência. Recurso ao qual se nega provimento" (TJ/RJ, Agravo de Instrumento nº 2008.002.38678, Rel. Orlando Secco).

"Embargos à execução. Empresa falida. Desconsideração da personalidade jurídica. Possibilidade.

Embargos à execução. Insurgência contra decisão que desconsiderou a personalidade jurídica de sociedade *falida e deferiu o prosseguimento da execução contra os sócios. Prova convincente da prática de atos censuráveis pelos sócios e administradores da falida, exprobrados na própria sentença declaratória de falência. Legalidade da decisão. Alegação infundada de impenhorabilidade de bem constrito, sob alegação de tratar-se de bem de família. Alegações infundadas de incompetência absoluta e ilegitimidade para a causa. Sanção de litigante de má-fé corretamente aplicada. Desprovimento do recurso"* (TJ/RJ, Ap. Cív. nº 2003.001.22672, Rel. Des. Ruy Alcantara).

"Processo Civil. Agravo de Instrumento. Execução. Despersonalização da pessoa jurídica. Pressupostos não ocorrentes.

A execução se faz contra a empresa emitente do título. Decisão que determina a emenda da inicial para que do polo passivo figure a emitente não viola norma processual. A despersonalização da pessoa jurídica *é medida extrema e exige provas de que os sócios ao administrá-la se afastaram dos objetivos sociais. Ausentes tais provas, mantêm-se a decisão agravada. Desprovimento do recurso"* (TJ/RJ, AI nº 2002.002.06356, Des. José de Magalhães Peres).

"Execução. Expedição de ofício à Receita Federal. Bens dos sócios da empresa executada. Teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Violação dos estatutos ou do contrato social. Efetivo prejuízo do consumidor. Precedentes jurisprudenciais. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

1. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, adotada pela jurisprudência predominante nos nossos tribunais, encontra-se prevista no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor*.

2. A aplicação da teoria pressupõe efetivo prejuízo *do consumidor e solicitação da tutela jurisdicional*.

3. *Pode ser aplicada através de sumária valoração dos fatos, independentemente do rito procedimental*.

4. O processo de execução não é óbice à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

5. A prática do ato deve, no entanto, consubstanciar abuso de direito, ou excesso de poder, ou infração à lei, ou ato ilícito ou, por fim, violação dos estatutos ou contrato social.

6. Sem a comprovação destes requisitos, descabe a quebra do sigilo dos sócios, com a expedição de ofício à Receita Federal.

7. Desprovimento do agravo de instrumento" (TJ/RJ, AI nº 2004.002.06387, Des. Letícia Sardas).

"Processo civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Desconsideração da personalidade jurídica de sociedade empresária. Sócios alcançados pelos efeitos da falência. Legitimidade recursal.

– *A aplicação da teoria da* desconsideração da personalidade jurídica *dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros.*

– *O sócio alcançado pela* desconsideração da personalidade jurídica *da sociedade empresária torna-se parte no processo e assim está legitimado a interpor, perante o Juízo de origem, os recursos tidos por cabíveis, visando a defesa de seus direitos. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento" (*RMS nº 16274/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi).

"Recurso Especial – Sociedade anônima – Execução frustrada – Desconsideração da personalidade jurídica – Violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil – Não ocorrência – Julgamento '*extra petita*' – Inexistência – Revolvimento fático – Inadmissibilidade – Dissídio não comprovado.

I – Havendo encontrado motivos suficientes para fundar a decisão, o magistrado não se encontra obrigado a responder todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos.

II – Não há falar em julgamento extra petita quando o tribunal aprecia o pedido por outro fundamento legal. Em outras palavras, o juiz conhece o direito, não estando vinculado aos dispositivos citados pelas partes.

III – No âmbito do recurso especial, não há como se reavaliar entendimento firmado pelo tribunal estadual com espeque nas provas dos autos (Súmula 7/STJ).

IV – O sócio alcançado pela desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária torna-se parte no processo.

V – Não se conhece do recurso pela alínea 'c' quando não demonstrada similitude fática apta a configurar a alegada divergência interpretativa entre os julgados confrontados.

Recurso especial não conhecido" (REsp 258812/MG, Rel. Ministro Castro Filho).

"Agravo de instrumento. Execução. Pessoa jurídica. Citação do sócio. Renovação. Agravo de Instrumento. Processual. Citação de sócio da empresa.

Se não efetuada a desconsideração da pessoa jurídica, *e se o sócio citado aduziu que não é mais integrante da empresa, nem seu representante, deve-se renovar a diligência em nome daquele que representa a executada. Recurso improvido"* (TJ/RJ, AI nº 2002.002.21295, Rel. Des. Sidney Hartung).

E. nº 282 do CJF: "Art. 50 – O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso da personalidade jurídica".

9.6.TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO

Ao contrário da chamada teoria maior da desconsideração, em que a imputação de responsabilidade aos sócios depende, necessariamente, da prova da culpa (lato senso), a teoria menor admite o levantamento da personalidade jurídica da sociedade e consequente responsabilização dos sócios se a sociedade não dispuser de bens suficientes para ressarcir o prejuízo do credor. Entendo que a adoção dessa teoria, ao invés de relativizar a distinção consagrada entre a figura da sociedade e a de seus sócios, bem como da autonomia patrimonial existente, acaba por negar toda a base do direito societário e, pior, sem qualquer fundamento substancial, partindo de casuísmo.

A má redação do art. 28 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) induz a equívocos. Há quem invoque a regra do § 5º do citado artigo como fundamento para a aplicação dessa teoria, ou seja, a insatisfação do credor seria o bastante para que o juiz determinasse a responsabilidade pessoal dos sócios. Isso é inexato. Esse artigo somente permite a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade quando, em prejuízo do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, falência, insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. É de se ressaltar o entendimento de Gustavo Bandeira,[50] para quem,

"Com efeito, os casos em exame, que envolvam relação de consumo, e que a falta, insuficiência ou inadequação do patrimônio da pessoa jurídica impeçam a reparação dos danos causados ao consumidor, na verdade caracterizam relativização da pessoa jurídica, na medida em que, tratando-se de relação de consumo, o princípio da autonomia patrimonial não pode se sobrepor ao princípio da defesa do consumidor e do meio ambiente, regente de toda e qualquer atividade econômica, conforme art. 170, V e VI, da CF".

Para essa teoria, a inclusão do sócio na execução independe da existência de título onde figure como sujeito passivo. Para a legitimação passiva basta a comprovação da insolvabilidade da sociedade. Trocando em miúdos: enquanto a primeira teoria (maior) firma-se na exigência do mau uso da sociedade, a segunda (menor) contenta-se com a insatisfação do credor e sua condição de hipossuficiente.

Sobre o ponto, ouça-se a jurisprudência:

"Penhora. Bens particulares de sócios.

Admissibilidade, uma vez inexistentes bens da pessoa jurídica para garantia executória, não estando a mesma extinta. Aplicabilidade da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Com efeito, inexistentes bens da pessoa jurídica sucumbida para garantia executória, não estando a mesma extinta, insta realmente se deferir a postulação para a salvaguarda dos interesses do exequente. Assim, justo é que seja efetuada a constrição em bens de seus sócios de molde a garantir o débito judicialmente acatado, agasalhando-se a teoria da desconsideração da pessoa jurídica" (1º TACivSP, *RT* 721/156).

"Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial.

Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. *Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º.*

– Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.

– A teoria maior da desconsideração, *regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações*.

Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

– A teoria menor da desconsideração, *acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial*.

– Para a teoria menor, *o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica*.

– A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28 do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput *do*

artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Recursos especiais não conhecidos" (REsp 279273/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi).

"Decisão que indeferiu pedido de desconsideração da personalidade jurídica. Relação de consumo configurada, ensejando a aplicação do artigo 28, parágrafo quinto, do CDC, bem como da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica. Pedido de desconsideração que foi formulado após tentativa infrutífera de penhora online, sem que se tentasse antes a penhora de outros bens. Não tendo sido demonstrada, portanto, a insolvência da pessoa jurídica, não se cogita da desconsideração de sua personalidade. Decisão que se mantém" (TJRJ, AI nº 2008.002.11296, Rel. Des. Maria Augusta Vaz).

"Agravo de instrumento. Execução de título judicial. Desconsideração da personalidade jurídica.

1 – agravo contra a decisão que deferiu a extensão dos efeitos das obrigações aos sócios da ré, ora agravante.

2 – o art. 28 do CDC trata das hipóteses de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito de proteção das relações de consumo, prevendo a possibilidade de sua ocorrência quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados pela má administração.

3 – dificuldade dos agravados em localizar os bens da agravante a serem penhorados.

4 – reiteradas práticas abusivas cometidas contra os consumidores de forma notória na regional onde se processa o feito principal.

5 – Aplicação da teoria menor, a qual se satisfaz com mero inadimplemento da obrigação, para desconsiderar a personalidade jurídica e responsabilizar patrimonialmente os sócios. Recurso não provido" (TJRJ, AI nº 2008.002.0505, Rel. Des. Benedicto Abicair).

"Agravo de instrumento. Execução fundada em título extrajudicial. Decisão de 1º grau que indefere o pedido de desconsideração da personalidade de pessoa jurídica. Falência do fornecedor. Relação de consumo. Inteligência do art. 28, caput e § 5º, da Lei nº 8.078/1990 (CDC). Teorias maior (subjetiva) e menor (objetiva). Situação que se amolda à disposição do § 5º do art. 28 do CDC, que positiva a teoria menor da despersonalização. Dispensa da prova da utilização fraudulenta da pessoa jurídica, exigindo-se tão somente a comprovação do efetivo obstáculo ao ressarcimento de prejuízos do consumidor. Proteção do vulnerável. Princípio da efetividade da tutela jurisdicional. Decisão agravada que se reforma. Agravo provido" (TJ/RJ, AI nº 2008.002.36557, Rel. Des. Cristina Tereza Gaulia).

"A controvérsia está a determinar se a simples inexistência de bens de propriedade da empresa executada constitui motivo apto à desconsideração da personalidade jurídica – o que, como é cediço, permite a constrição do patrimônio de seus sócios ou administradores. Explica a Min. Relatora que são duas as principais teorias adotadas no ordenamento jurídico pátrio: a teoria maior da desconsideração (consagrada no art. 50 do Código Civil) – é a mais usada –, nela mera demonstração da insolvência da pessoa jurídica não constitui motivo suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica, pois se exige a prova de insolvência ou a demonstração de desvio de finalidade (ato intencional dos sócios fraudar terceiros) ou a demonstração de confusão patrimonial (confusão quando não há separação do patrimônio da pessoa jurídica e de

seus sócios). Já na outra, a teoria menor da desconsideração, justifica-se a desconsideração pela simples comprovação da insolvência de pessoa jurídica, e os prejuízos são suportados pelos sócios, mesmo que não exista qualquer prova a identificar a conduta culposa ou dolosa dos sócios ou administradores. Essa teoria tem-se restringido apenas às situações excepcionalíssimas. Na hipótese dos autos, a desconsideração jurídica determinada pelo TJ baseou-se na aparente insolvência da empresa recorrente, pelo fato de ela não mais exercer suas atividades no endereço em que estava sediada, sem, contudo, demonstrar a confusão patrimonial nem desvio de finalidade. Por isso, tal entendimento não pode prosperar, sendo de rigor afastar a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente. Diante do exposto, a Turma deu provimento ao recurso especial" (REsp 970.635-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 10.11.2009).

9.7.TEORIA INVERTIDA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Pode dar-se, também, a desconsideração ao inverso, pela qual desconsidera-se a personalidade da pessoa jurídica a fim de responsabilizá-la por atos praticados por seus sócios. É o caso, por exemplo, do casal que se separa e o cônjuge sócio transfere seus bens à sociedade para fraudar a partilha ou esvaziar seu patrimônio quando demandado por eventual credor, por dívida particular.

Sobre o tema:

"Separação judicial. Reconvenção. Desconsideração da personalidade jurídica. Meação.

O abuso de confiança na utilização do mandato, com desvio dos bens do patrimônio do casal, representa injúria grave do cônjuge, tornando-o culpado pela separação. Inexistindo prova da exagerada ingestão de bebida alcoólica, improcede a pretensão reconvencional. É possível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, usada como instrumento de fraude ou abuso à meação do cônjuge promovente da ação, através de ação declaratória, para que estes bens sejam considerados comuns e comunicáveis entre os cônjuges, sendo objeto de partilha. A exclusão da meação da mulher em relação às dívidas contraídas unilateralmente pelo varão só pode ser reconhecida em ação própria, com ciência dos credores" (Ap. Civ. nº 1999.001.14506, Rel. Des. Letícia Sardas).

"Família. Competência. Ação de indenização. Teoria da *disregard* aplicada à relação matrimonial.

Competente a Vara de Família e Sucessões para o processamento e julgamento de ação de indenização com base na teoria do disregard, sustentada em fraude à meação quando da separação judicial do casal, em face da estreita relação com a sociedade conjugal. Agravo de instrumento provido de plano" (TJRS, AI nº 70002924165, Rel. Des. Jorge Luis Dall'Agnol).

"Mostra-se admissível pedido de inclusão na relação processual executiva do sócio-gerente da executada, demonstradas sua dissolução irregular e inexistência de bens para garantia do débito, bem como de terceira empresa, também constituída majoritariamente pelo mesmo sócio, estabelecida no mesmo endereço da primeira, e dedicada ao mesmo ramo de atividades, ante a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. A aplicação da '*disregard doctrine*' objetiva justamente desvendar a realidade que se oculta sob os véus do formalismo jurídico, e senão para que este não prevaleça em detrimento dos credores e de terceiros de boa-fé. Redirecionamento, entretanto, para outra sócia, que não fazia parte da empresa executada, e que não tem poderes de gerência na outra sociedade, que se afasta. Agravo parcialmente provido" (TJRS, AI nº 70004233011, Rel. Des. Eduardo Uhlein).

"Agravo. Execução. Alimentos. Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Realizado acordo quanto ao débito, não restou o mesmo cumprido pelo devedor. Não encontrado bens passíveis de penhora do executado, foi efetuada a penhora sobre as quotas sociais deste, restando, porém, infrutífera a constrição diante do passivo a descoberto da sociedade. Penhora do veículo da sociedade como única forma de dar efetividade à execução. Deve ser desconsiderada a pessoa jurídica para adentrar-se no patrimônio da sociedade a fim de saldar o débito da pessoa do sócio que age com abuso e descumpre com suas obrigações

legais. Resguardo das quotas sociais do sócio não devedor. Agravo parcialmente provido" (TJRS, AI nº 70006144380, Rel. Des. Rui Portanova).

"Embargos infringentes. Procedência. Aplicação da *disregard doctrine* em sede de execução de alimentos. Possibilidade. Negócio jurídico dissimulado. Ineficácia perante a credora. Transferência de patrimônio aos filhos, pelo ex-companheiro, sob a forma de transferência de cotas sociais das empresas das quais era sócio majoritário com vistas a reserva patrimonial para si e para os cessionários. Obrigação alimentar que vincula os cessionários" (TJRJ, EI nº 70027161579, Rel. José Conrado de Souza Júnior).

Ainda sobre o tema:

E. nº 283 do CJF: "Art. 50. É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada "inversa" para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiro".

"DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA. Discute-se, no REsp, se a regra contida no art. 50 do CC/2002 autoriza a chamada desconsideração da personalidade jurídica inversa. Destacou a Min. Relatora, em princípio, que, a par de divergências doutrinárias, este Superior Tribunal sedimentou o entendimento de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica dentro do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria. Por outro lado, expõe que, da análise do art. 50 do Cód. Civil, depreende-se que o ordenamento jurídico pátrio adotou a chamada teoria maior da desconsideração, segundo a qual se exige, além da prova de insolvência, a demonstração ou de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração) ou de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). Também explica que a interpretação literal do referido artigo, de que esse preceito de lei somente serviria para atingir bens dos sócios em razão de dívidas da sociedade e não o inverso, não deve prevalecer. Anota, após essas considerações, que 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, então, o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações de seus sócios ou administradores. Assim, observa que o citado dispositivo, sob a ótica de uma interpretação teleológica, legitima a inferência de ser possível a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sua modalidade inversa, que encontra justificativa nos princípios éticos e jurídicos intrínsecos à própria *disregard doctrine*, que vedam o abuso de direito e a fraude contra credores. Dessa forma, a finalidade maior da *disregard doctrine* contida no preceito legal em comento é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios. Ressalta que, diante da desconsideração da personalidade jurídica inversa, com os efeitos sobre o patrimônio do ente societário, os sócios ou administradores possuem legitimidade para defesa de seus direitos mediante a interposição dos recursos tidos por cabíveis, sem ofensa ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal. No entanto, a Min. Relatora assinala que o juiz só poderá decidir por essa medida excepcional quando forem atendidos todos os pressupostos relacionados à fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/2002. No caso dos autos, tanto o juiz como o tribunal *a quo* entenderam haver confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente. Nesse contexto, a Turma negou provimento ao recurso. Precedentes citados: REsp 279.273-SP, DJ 29/3/2004; REsp 970.635-SP, DJe 1º/12/2009, e REsp 693.235-MT, DJe 30/11/2009."

O novo CPC dispõe sobre a teoria inversa no art. 133, § 2º: "Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica".

9.8.TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO INDIRETA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, sensíveis aos problemas advindos dos grupamentos das sociedades, ao comentar a Lei n°

6.404/1976 já trataram desse quadro ressaltando que "no seu processo de expansão, a grande empresa levou à criação de constelações de sociedades coligadas, controladoras e controladas, ou grupadas – o que reclama normas específicas que redefinam, no interior desses grupamentos, os direitos das minorias, as responsabilidades dos administradores e as garantias dos credores". Não é incomum nos depararmos com fraudes cometidas por controladores, que utilizam a personalidade jurídica da sociedade controlada, coligada ou subsidiária integral para obter vantagens indevidas.

Segundo Daniela Storry Lins,[51]

"A nosso ver, tomando em consideração a concepção em que se funda a desconsideração da personalidade jurídica, esta se vincula à existência de controle societário, a partir do momento em que a vontade da empresa muitas vezes identifica-se com a vontade de seu controlador, que pode, assim, aplicá-la abusivamente, tornando-se imprescindível estabelecer *in casu* os exatos limites e efeitos da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica."

Sobre o tema:

"Execução. Propositura contra empresa controladora. Confusão patrimonial com empresa controlada. Aplicação da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica. Inteligência dos art. 50 do Código Civil de 2002 e 245 e 266 da LSA. Viabilidade da penhora sobre depósitos bancários ou ativos financeiros, já determinada no AI 433.149.4/7-00. Recurso improvido, cassada a liminar" (AI nº 451.689-4/2, TJESP, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Waldemar Nogueira Filho, j. em 19.10.2006).

"Desconsideração da personalidade jurídica ('disregard doctrine'). Hipóteses.

1. A desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora, imputando-se ao grupo controlador a responsabilidade pela dívida, pressupõe – ainda que em juízo de superficialidade – a indicação comprovada de atos fraudulentos, a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade.

2. No caso, a desconsideração teve fundamento no fato de ser a controlada (devedora) simples longa manus *da controladora, sem que fosse apontada uma das hipóteses previstas no art. 50 do Código Civil de 2002*.

3. Recurso especial conhecido" (REsp 744107/SP Rel. Min. Fernando Gonçalves).

"Sociedade anônima. Personalidade jurídica. Desconsideração. Empresas coligadas pela falida. Arrecadação dos bens de sua propriedade. Agravo de instrumento interposto contra tal despacho. Recurso não provido.

A personalidade jurídica passa a ser considerada doutrinariamente um direito relativo, permitindo ao Juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude, através de seu uso" (TJSP, AI nº 190.367-1).

"Falência. Empresa Holding. Efeitos estendidos às empresas controladas por ela constituída como mero escopo para aquisições de ações. Vínculo patrimonial com a falida, ademais, amplamente demonstrado. Legitimidade da desconsideração da personalidade jurídica das aludidas coligadas. Recurso não provido.

Diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, pode o Juiz desconsiderar tal personalidade para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que nela se escondem para aqueles fins" (TJSP, AI nº 190.368-1).

"Falência. Arrecadação. Decisão que determinou a arrecadação de ações da sociedade controlada da falida que já haviam sido adquiridas por terceiros. Admissibilidade. Desconsideração da personalidade jurídica dentro do grupo de empresas para maior garantia dos credores" (TJSP, Ag. Reg. 178660).

<u>Sobre o tema:</u>

E. nº do CJF: "Art. 50. A desconsideração da personalidade jurídica alcança os grupos de sociedade quando presentes os pressupostos do art. 50 do Código Civil e houver prejuízo para os credores até o limite transferido entre as sociedades".

9.9.TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO EXPANSIVA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

"Desconsideração expansiva" da personalidade jurídica da sociedade é uma terminologia nova, utilizada pelo Prof. Rafael Mônaco[52] para permitir a desconsideração da personalidade de uma sociedade para atingir o patrimônio de eventuais sócios ocultos. Por exemplo: em ação de execução em face da sociedade A, pela sociedade B, a exequente verifica a dissolução irregular da executada e tem ciência de que a sociedade C, constituída por alguns sócios da sociedade A, exerce suas atividades no mesmo domicílio da executada, dissolvida irregularmente. Nesse caso, a fim de coibir eventual fraude, admite-se a desconsideração expansiva da personalidade jurídica da sociedade C para atingir o patrimônio dos sócios ocultos, verdadeiros 'testas de ferro' da sociedade executada. No dizer do *Prof*. Rafael Mônaco, "cuida-se da situação do chamado 'sócio oculto', não nos termos da sociedade em conta de participação, fique claro, mas na condição '*daquele que é sem nunca ter sido*', ou seja, daquele que é o protagonista da empresa se valendo de interpostas pessoas contratuais, denominadas na expressão popular de 'laranjas', 'testa de ferro', 'homem de palha' e 'boneco de gelo', a funcionar como um véu, um anteparo, uma cortina, enfim uma armadura à sua responsabilidade".

Sobre o tema:

"Execução. Embargos de terceiro. Improcedência. Demonstração, mediante prova nos autos, de que os embargantes eram sócios ocultos da empresa executada, vez que esta se caracterizava como empresa familiar, na qual toda a entidade familiar detinha vantagens com a atividade produtiva da empresa ervateira. Negado provimento ao apelo" (TJ/RS, Apelação Cível nº 598586196, Rel. Luiz Felipe Silveira Difini).

"Embargos de terceiro – Execução contra empresa comercial – Sócio oculto – Fraude a credor. Desconsideração da pessoa jurídica – Possibilidade – Litigância de má-fé.

O marido que se oculta por trás do nome da mulher para exercer atividade empresarial identifica-se como sócio oculto (Artigo 305 do Código Comercial) e responde com seus bens particulares pela dívida da empresa, cuja personalidade

jurídica pode ser desconsiderada. Configura fraude a credor firmar contrato de locação como falso representante da empresa locatária. Aquele que postula direito com fundamento em fato que sabe inverídico é litigante de má-fé (artigo 17, II, do CPC). Improvimento do apelo" (TJ/RS, Ap. Cível 2006.001.04456, Rel. Des. José Geraldo Antônio).

9.10.A APLICAÇÃO DA TEORIA EM FAVOR DA SOCIEDADE

Já vimos que o objetivo primordial da teoria da desconsideração é evitar que a sociedade seja manipulada indevidamente em favor dos sócios. A recíproca é verdadeira. A sociedade pode invocar a teoria em seu benefício para proteger o seu próprio patrimônio.

Sobre o tema:

E. nº 285 do CJF – "Art. 50: A teoria da desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica, em seu favor"[53].

"Penhora. Bem de família. Lei 8.009/1990. Sociedade comercial. Entidade familiar. Desconsideração da personalidade jurídica.

1. O conceito de entidade familiar, no direito civil brasileiro, corresponde ao disposto na constituição da republica (art. 226 e parágrafos), não compreende a sociedade comercial, cujos sócios integram uma mesma família. Trata-se ai de um empresa familiar, mas não da entidade familiar referida no artigo 1º da Lei 8.009/90.

2. A desconsideração da personalidade jurídica, não para beneficiar os credores, mas para proteger os sócios, alem de implicar alteração nos fundamentos do instituto, somente pode ser examinada em recurso especial se atendidos os requisitos processuais específicos. Recurso não conhecido. (REsp 35.281/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar).

"Processual Civil – Execução fiscal – Penhora – Bem de família – Impenhorabilidade – Imóvel de propriedade de

sociedade comercial residência dos dois únicos sócios – Empresa familiar – Precedentes.

1. A Lei n. 8.009/90 estabeleceu a impenhorabilidade do bem de família, incluindo na série o imóvel destinado à moradia do casal ou da entidade familiar, a teor do disposto em seu art. 1º.

2. Sendo a finalidade da Lei n. 8.009/90 a proteção da habitação familiar, na hipótese dos autos, demonstra-se o acerto da decisão de primeiro grau, corroborada pela Corte de origem, que reconheceu a impenhorabilidade do único imóvel onde reside a família do sócio, apesar de ser da propriedade da empresa executada, tendo em vista que a empresa é eminentemente familiar.

Recurso especial improvido" (REsp 1024394/RS, Rel. Ministro Humberto Martins).

9.11.A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A FALÊNCIA DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA

O art. 6º do DL. nº 7661/45 dispunha sobre a responsabilidade dos sócios administradores e controladores da sociedade falida. A imputação de responsabilidade dependia do ajuizamento de ação de responsabilidade no juízo falimentar. A doutrina e jurisprudência admitiam a desconsideração incidental na falência, sem necessidade do ajuizamento de ação própria.

Sobre o tema:

"Falência – Extensão dos seus efeitos às empresas coligadas – Teoria da desconsideração da personalidade jurídica – Possibilidade – Requerimento – Síndico – Desnecessidade – Ação autônoma – Precedentes da segunda seção desta Corte.

I – O síndico da massa falida, respaldado pela Lei de Falências e pela Lei nº 6.024/74, pode pedir ao juiz, com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, *que estenda os efeitos da falência às sociedades do mesmo grupo, sempre que houver evidências de sua utilização com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros*.

II – A providência prescinde de ação autônoma. Verificados os pressupostos e afastada a personificação societária, os terceiros alcançados poderão interpor, perante o juízo falimentar, todos os recursos cabíveis na defesa de seus direitos e interesses. Recurso especial provido" (REsp 228357/SP, Rel. Min. Castro Filho).

Atualmente, decretada a falência da sociedade, o sócio, administrador, controlador ou minoritário somente pode ser responsabilizado mediante a observância do preceituado no art. 82 da Lei de Falências: "A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil".

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica pode ser aplicada a fim de que os sócios da sociedade falida respondam pessoalmente perante os credores, independentemente do ajuizamento da ação de responsabilidade.[54]

O parágrafo único do art. 82 da Lei de Falências autoriza o juiz a decretar, de ofício, a indisponibilidade dos bens dos réus, a fim de evitar a sua disposição ou oneração. Essa medida não impede o apresamento desses bens por dívida particular dos réus. Não há que se confundir decretação de ofício da indisponibilidade dos bens dos réus com a aplicação de ofício da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Sobre o tema:

"Penhora. Bens indisponíveis. Ação civil pública.

A indisponibilidade de bens em ação civil pública é para proteção do interesse dos credores, não para impedir que prossiga a execução contra o patrimônio da devedora por dívida desvinculada daquela ação, oriunda de sentença que resolveu contrato de compra e venda.

Recurso conhecido e provido para que prossiga a execução sobre bem de propriedade da devedora, ainda que atingido por indisponibilidade decretada em ação civil pública" (REsp 418702/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

"Execução. Liquidação extrajudicial. Bens dos administradores. Indisponibilidade. Praceamento.

Os bens dos administradores de empresas em liquidação extrajudicial que tenham sido arrestados a requerimento do Ministério Público estão indisponíveis para os seus proprietários, mas podem ser alienados judicialmente para o pagamento de seus credores. Recurso não conhecido" (REsp 200183/SP, Rel Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Em sentido contrário, temos:

"Sentença. Falência. Indisponibilidade. Bens. Teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A matéria trata de saber se é possível, na sentença declaratória de falência, determinar-se de ofício a indisponibilidade de bens de ex-diretor da empresa falida. O juízo de falência também está autorizado a determinar medidas cautelares inominadas, de ofício, desde que presentes os requisitos, os quais devem ser avaliados levando-se em conta que, no processo falimentar, há a presença de um forte interesse do Estado em garantir tanto a ordem econômica quanto a social, certamente abaladas pela decretação de falência (art. 798, CPC). Conclui-se pela regularidade da medida cautelar de indisponibilidade de bens determinada na sentença declaratória da falência. Outro ponto merecedor de análise é o fundamento pelo qual o ex-diretor da empresa falida foi atingido pela medida cautelar. A personalidade jurídica da Sociedade Anônima, ora falida, foi corretamente desconsiderada, a fim de responsabilizar patrimonialmente sociedades controladas, sócios, diretores e ex-diretores que atuaram fraudulentamente no período denominado termo legal da falência. A Turma, prosseguindo o julgamento, e por maioria, não conheceu do recurso" (REsp 370.068/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi).

Convém, mais uma vez, lembrar que não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica da sociedade quando a responsabilidade dos sócios já estiver fixada em lei. A ação de responsabilidade em face dos sócios a ser ajuizada no juízo falimentar pode fiar-se, por exemplo, nos seguintes fundamentos legais:

a)art. 50 do Código Civil;
b)art. 1.015, parágrafo único, incisos I, II e III, do Código Civil;

c)art. 1.1016 do Código Civil;
d)art. 1.080 do Código Civil;
e)art. 158 da Lei nº 6.404/1976;
f)art. 135, III, CTN;
g)art. 134, VIII, CTN;
h)art. 13 da Lei nº 8.934/1994;
i)art. 187 do Código Civil.

9.12.VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

Analise as proposições abaixo e diga se são verdadeiras ou falsas:

1)As condições para a desconsideração da personalidade jurídica, tais como regidas pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), são idênticas.
2)As condições para a desconsideração da personalidade jurídica, tais como regidas pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), são distintas, porque além das condições já previstas pelo Código Civil o Código de Defesa do Consumidor exige, adicionalmente, a comprovação da violação dos estatutos ou do contrato social em detrimento ao consumidor.
3)As condições para a desconsideração da personalidade jurídica tais como regidas pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) são distintas porque o Código Civil permite a desconsideração apenas em casos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, ao passo que o Código de Defesa do Consumidor traz hipóteses mais amplas.
4)A desconsideração da pessoa jurídica não ocorre no direito brasileiro, dada a separação patrimonial entre pessoas físicas e jurídicas.
5)A desconsideração da pessoa jurídica implicará responsabilização pessoal, direta, do sócio por obrigação original da empresa, em caso de fraude ou abuso, caracterizando desvio de finalidade ou confusão patrimonial.
6)A desconsideração da pessoa jurídica prescinde de fraude para sua caracterização, bastando a impossibilidade de a pessoa jurídica adimplir as obrigações assumidas.
7)A desconsideração da pessoa jurídica se dá quando o Juiz estabelece que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.
8)A desconsideração da pessoa jurídica se dá quando o Juiz declara de ofício a nulidade do negócio jurídico, impondo apenas aos sócios

a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações assumidas pela pessoa jurídica com terceiros.
9)A desconsideração da pessoa jurídica se dá quando o Juiz reconhece que o negócio jurídico foi simulado e impõe a seus sócios ou administradores a obrigação de reparar o prejuízo causado a terceiros.
10)A desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade empresária poderá se dar somente a requerimento do Ministério Público quando verificada a ocorrência de crime de sonegação fiscal.
11)A desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade empresária poderá se dar por decisão judicial ou ato administrativo quando verificada infração da lei com prejuízo à Fazenda Pública.
12)A desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade empresária poderá se dar por decisão judicial tomada de ofício ou a requerimento da parte quando se verificar desvio de finalidade.
13)A desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade empresária poderá se dar por decisão judicial a requerimento da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir em caso de confusão patrimonial.
14)A desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade empresária poderá se dar por decisão judicial tomada de ofício ou a requerimento da parte sempre que a sociedade não tiver bens para honrar suas obrigações.
15)A desconsideração da personalidade jurídica, para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens de seus administradores e sócios, é ato privativo do Juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, se caracterizado desvio de finalidade ou ocorrer confusão patrimonial.
16)A desconsideração da personalidade jurídica, para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens de seus administradores e sócios, é ato que o Juiz pode praticar de ofício, sempre que houver encerramento irregular do estabelecimento comercial, a fim de que os credores privilegiados recebam seus créditos.
17)A desconsideração da personalidade jurídica, para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens de seus administradores e sócios, é ato privativo do Ministério Público, se verificada fraude contra credores, a requerimento dos credores privilegiados.
18)A desconsideração da personalidade jurídica, para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens de seus administradores e sócios, é ato que pode ser praticado

pelo Juiz, por qualquer autoridade administrativa ou pelo Ministério Público.

19)A desconsideração da pessoa jurídica será configurada apenas com a insolvência do ente coletivo, sem outras considerações.

20)A desconsideração da personalidade jurídica prescinde prova de abuso da personalidade ou desvio de finalidade nos litígios entre empresários, como definido no Código Civil.

21)A desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade empresária poderá dar-se por decisão judicial, tomada de ofício ou a requerimento da parte, sempre que a sociedade não tiver bens para honrar suas obrigações.

22)O artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor prevê a desconsideração da personalidade jurídica, atribuindo responsabilidade solidária às sociedades integrantes dos grupos societários e às sociedades controladas.

23)A simples existência de prejuízo patrimonial para o consumidor é suficiente para autorizar a desconsideração da personalidade jurídica.

24)A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica depende de expressa previsão legal.

25)A desconsideração poderá ser efetivada quando ocorrer o encerramento irregular da pessoa jurídica.

26)É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada "inversa" para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiro.

27)A teoria da desconsideração da personalidade jurídica pode ser aplicada a fim de que os sócios da sociedade falida respondam pessoalmente perante os credores, com o ajuizamento da ação de responsabilidade.

28)O abuso do direito se confunde com desvio de finalidade e autoriza a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

29)O abuso do direito implica na responsabilidade objetiva, isto é, o credor pode demandar o sócio sem necessidade de comprovação de culpa.

30)A teoria da desconsideração da personalidade jurídica não se aplica às sociedades em nome coletivo.

---

[1]A teoria também é conhecida como *disregard of legal entity*, *disregard doctrine, disregard of corporate entity*, *lifting the corporate veil*, *piercing the corporate veil*, lifting *the corporate veil, craccking open the corporate shell*, *superamento della personalità giuridica* (no italiano), *Drchgriff der juristichen Person* (no alemão) e *teoría de la penetración* ou*desestimación de la personalidade* (no espanhol, Argentina).

[2]No início do século XIX, em 1809, as Cortes norte-americanas já admitiam a responsabilidade pessoal dos sócios, a fim de evitar manobras fraudulentas, ainda que por ato praticado em nome da pessoa jurídica, como se vislumbra da decisão proferida pelo juiz Marshall, em ação que envolvia o *Bank of United* States v. *Deveaux*. A doutrina tributa ao caso Salomon v. Salomon & Co. a origem da disregard. Contudo, embora não tenha sido pioneiro, o caso, de reconhecida repercussão mundial, ocorreu na Inglaterra. Aaron Salomon criou uma companhia em que detinha 20.000 ações. Os demais sócios, todos da família, detinham uma ação. O acionista majoritário Aaron Salomon também exercia atividade mercantil como comerciante individual. A integralização das ações na companhia criada deu-se com os bens do seu estabelecimento comercial. Em razão do inadimplemento do comerciante individual Aaron Salomon, vislumbrou-se a hipótese de que o esvaziamento do patrimônio do devedor se tenha dado por ter sido utilizado na integralização das ações da companhia constituída com seus familiares. A fraude foi reconhecida no primeiro grau, que determinou o alcance dos bens particulares do sócio Aaron Salomon, mas negada pela House of Lords, que reformou o julgado por entender não configurada a fraude e por admitir que o patrimônio da companhia não se confunde com o dos sócios.

[3]Conforme proposta de redação de enunciado apresentado pela autora ao Conselho de Justiça Federal na IV Jornada de Direito Civil, *verbis*: “Abusa da personalidade jurídica da sociedade o sócio que dela se vale, com intuito de fraude (sentido lato), para obter vantagem indevida, para si ou para outrem. Nesse caso, responderá solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais”.

[4]VERRUCOLI, Piero. *Il superamento della personalitá giuridica delle societá di capitali nella Common Law e nella Civil Law.* Milano: Giuffrè, 1964.

[5]KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

[6]SERICK. Rolf. *Forma e realità della persona giuridica*. Tradução de Marco Vitale. Milão: Giuffrè, 1996. Título original:*Rechsform und realität juristischer personem*.

[7]Traduzida para o espanhol sob o título de *Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles*: El abuso de derecho por medio de persona jurídica. Ariel: Barcelona, 1958.

[8]REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.*: “Esboçada nas jurisprudências inglesas e norte-americana é conhecida no direito comercial como a doutrina do disregard of legal entity. Na Alemanha surgiu uma tese apresentada que estudou profundamente a doutrina, tese essa que adquiriu notoriedade causando forte influência na Itália e Espanha”.

[9]REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*, artigo publicado em 1969.

[10]FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial.* São Paulo: Atlas, 2006.

[11]RO nº 0091800-45.2007.5.17.0009.

[12]Reflexões sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Artigo disponível no site “Jus Navigandi”.

[13]*Op. cit.*, p. 65.

[14]BORBA, Tavares. *Op. cit.*: “com o novo texto condiciona-se a desconsideração da personalidade jurídica ao seu uso abusivo, sendo portanto pressuposto do comprometimento dos bens particulares dos sócios ou administradores a demonstração de que a sociedade estava sendo desviada de seus próprios fins e interesses, ou que o patrimônio social era objeto de promíscua confusão com os

bens de sócios ou administradores. A desconsideração atingirá então os bens particulares dos sócios ou administradores responsáveis pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial."

[15]No mesmo sentido, o art. 133 do novo Código de Processo Civil: "O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.".

[16]Cód. Civil, arts. 187 e 927, parágrafo único; Lei nº 6.404/1976, art. 158; CTN, art. 135, III; Cód. Civil, art. 1.015, parágrafo único e incisos, 1.016 e 1.080; Lei nº 8.620/1993, art. 13, entre outros.

[17]Novo CPC, art. 134, § 1º.

[18]Novo CPC, art. 134, § 2º.

[19]Novo CPC, art. 136.

[20]Novo CPC, art. 136, parágrafo único.

[21]Novo CPC, art. 137.

[22]CASTELO, Jorge Pinheiro. *Revista Synthesis* 38/04, diz: "... essa percepção, muitas vezes não observada, é essencial para autorizar a figuração dos sócios no polo passivo, já no processo de conhecimento, não por conta da responsabilidade patrimonial subsidiária que é automática e decorre da lei e se opera, ipso iure, com a desconsideração da personalidade jurídica, em sede de execução à vista da inidoneidade econômica da empresa executada, mas sim por decorrência da responsabilidade direta e solidária do sócio, resultante da prática de atos de infração à lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, que impõe a condenação por obrigação pessoal dele (sócio), desde logo, no processo de conhecimento, já como obrigado e devedor solidário. Nessas circunstâncias, com a condenação direta e pessoal do sócio no processo de conhecimento, resta facilitada a sua imediata execução direta, sem que se tenha que percorrer todo o calvário da busca do patrimônio da empresa (ou de sócios presentes laranjas) sem nenhuma idoneidade econômica e se escapa da discussão a respeito da possibilidade da continuidade da execução no caso de quebra".

[23]Sociedades em nome coletivo, comandita simples e comandita por ações.

[24]Cód. Civil, arts. 1.023 e 1.024.

[25]Assim estava no art. 159: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou casar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

[26]FILHO. Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

[27]Cód. Civil, art. 927.

[28]Discute-se no REsp se o reconhecimento da divisibilidade da obrigação de reparar os prejuízos decorrentes de ato ilícito desnatura a solidariedade dos sócios administradores de sociedade limitada para responderem por comprovados prejuízos causados à própria sociedade em virtude de má administração. Na hipótese, a Turma entendeu ficar comprovado que todos os onze sócios eram administradores e realizaram uma má gestão da sociedade autora, acarretando-lhe prejuízos de ordem material e não haver incompatibilidade qualquer entre a solidariedade passiva e as obrigações divisíveis, estando o credor autorizado a exigir de qualquer dos devedores o cumprimento integral da obrigação, cuja satisfação não extingue os deveres dos coobrigados, os quais podem ser demandados em ação regressiva. As obrigações solidárias e indivisíveis têm consequência prática semelhante, qual seja, a impossibilidade de serem pagas por partes, mas são obrigações diferentes, porquanto a indivisibilidade resulta da natureza da prestação (art. 258

do CPC), enquanto a solidariedade decorre de contrato ou da lei (art. 265 do CC/2002). Nada obsta a existência de obrigação solidária de coisa divisível, tal como ocorre com uma condenação em dinheiro, de modo que todos os devedores vão responder integralmente pela dívida. Em regra, o administrador não tem responsabilidade pessoal pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em decorrência de regulares atos de gestão. Todavia, os administradores serão obrigados pessoalmente e solidariamente pelo ressarcimento do dano, na forma da responsabilidade civil por ato ilícito, perante a sociedade e terceiros prejudicados quando, dentro de suas atribuições e poderes, agirem de forma culposa. Precedente citado: REsp 1.119.458-RO, DJe 29.04.2010. REsp 1.087.142-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 18.08.2011.

[29]Cód. Civil, art. 187.

[30]V. Cap. 12, item 12.10.1.

[31]COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 274-275.

[32]*Op. cit.,* p. 64 *apud* GUIMARÃES NUNES, Márcio Tadeu.

[33]*Op. cit.*

[34]*RJTJRS* 28:373, 43:374, 47:345; *RSTJ* 120:396, 145:446; Súmula nº 409 do STF.

[35]Informativo nº 282, STJ, Execução fiscal. Redirecionamento. Sócios. Dissolução irregular.

[36]Art. 2º Considera-se empregador a empresa individual ou coletiva, que, assumindo os riscos de atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

§ 1º Equiparam-se ao empregador, para os direitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

[37]Art. 2º "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço".

[38]CLT, arts. 10 e 448.

[39]Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências.

[40]Art. 4º, V, da Lei nº 6.830/1980: "o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado".

[41]Lei nº 8.666/1993, art. 9º, II.

[42]JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 125.

[43]Cf. Fábio Ulhoa.

[44]*Op. cit.*

[45]*Op. cit.*

[46]DINAMARCO. Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, *Op. cit.,* p. 1.183 *apud* GUIMARÃES NUNES, Márcio Tadeu. *Op. cit.,* p. 56.

[47]CPC, art. 789.

[48]Art. 134 do novo CPC.

[49]Art. 135 do CPC/2015 (Lei nº 13.105/2015).

[50]BANDEIRA, Gustavo. *Op. cit.,* p. 189 apud GUIMARÃES NUNES, Márcio Tadeu. *Op. cit.,* p. 31.

[51]LINS, Daniela Storry. *Aspectos Polêmicos Atuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. *Op. cit.* GUIMARÃES, Márcio de Souza,*Aspectos Modernos da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Artigo disponível no site <www.femperj.org.br>.

[52]Ver artigo Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro: A Eficácia Da Desconsideração Expansiva Da Personalidade Jurídica No Sistema Jurídico, de autoria de Mariana Rocha Correia, no site <www.monicagusmao.pro.br>.

[53]Enunciado aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF). Justificativa: A constitucionalização do Direito Civil implica a fiel subsunção a paradigmas ou fundamentos da Constituição Federal. Todo instituto jurídico tem de realizar objetivos, metas, sob pena de disfunção, mau funcionamento, desvio. Assim devem ser a pessoa jurídica, as regras da autonomia ou a separação de responsabilidades entre sócios e sociedade, para evitar resultados incompatíveis com os valores e os propósitos que as inspiraram. O humano existe in natura; pessoa jurídica é concepção técnica. Personificação é sanção premial, pelo que o Estado promove o social, os fins que lhe são caros. Só a isso servem as regras. Disfunção não pressupõe ato intencional. Vista objetivamente, basta-lhe mera assimetria entre a razão de ser daquelas regras e os resultados concretamente ensejados. Abuso, fraude e desvio são indícios, não pressupostos daquela. Mesmo aí, a aferição não cogita do animus do agente (187, CC). A noção de abuso – objetivo – do direito enuncia a de abuso da personificação societária, da regra da limitação da responsabilidade dos sócios. A técnica da desconsideração auxilia na correção de disfunções (não coibidas por regra jurídica própria), no combate ao mau funcionamento do sistema, à supressão de lacunas (axiológicas). Quase sempre se destina a instituir sanção ou imputação, sendo, pois, exclusivamente judiciária. Não se confunde com regras excepcionais existentes. Incide sobre regras da personificação societária, episódica e concretamente, gerando excepcional afastamento, desprezo, superação, desestimação, ignorância ou ineficácia daqueles, evitando ou coibindo resultado incompatível com os motivos que as inspiraram. É ampla (durchgriff) ou estrita (responsabilização: Durchgriffshaftung ou Haftungsdurchgriff – direta [dos sócios, por dívida social] ou inversa [dela, por débito do sócio]); desfavorável (a quem injustamente dela se beneficiaria) ou favorável (a quem injustamente se prejudicaria). Basta, para esta, que a regra societária – in concreto – viabilize resultado incompatível com seus fundamentos (o caso da Súmula 486, STF, é um exemplo: ora, a sociedade pode fundamentar a retomada “para uso próprio” de imóvel seu, locado, a fim de destiná-lo à moradia de um sócio; ou, também, o sócio pode pedir a retomada de sua casa, alugada, para uso próprio, consistente este na instalação de pessoa jurídica – ou extensão desta – da qual é sócio; e a nenhum desses casos se prestaria a frieza da regra da separação das pessoas da sociedade e do sócio, para configurar insinceridade a inviabilizar a procedência da pretensão de retomada do prédio). Pressupostos à ampla (idem na favorável): a) existência de sociedade personificada; b) efetivo ou potencial descompasso, disfunção (incompatibilidade) objetiva entre fins ou propósitos que

abstratamente inspiraram a criação das regras societárias e c) ausência de regra que coíba a disfunção de modo adequado, desejável. (d) existência de comportamento abusivo, o (e) nexo causal entre conduta e disfunção e a (f) existência de dano ou prejuízo (às vezes, a insatisfação de obligatio). E mais: o art. 50 do Código Civil (objetivista) é impreciso. Deixou fora genuínas situações de disregard. Aludiu à forma direta (contra os sócios), omitindo-se quanto ou, não tão incomum: à indireta, ou inversa (contra a sociedade). Ainda: em vez de se usar a expressão "desvio de finalidade" (dos fins societários), melhor seria se a referência fosse a "desvio de função". Já a "confusão patrimonial" nem sempre denota disfunção (ex: a "sociedade unipessoal"). Em vez de "parte", "Ministério Público", poderia se restringir a "qualquer interessado".

Exige-se o devido processo legal, ainda que não específico. Se na execução houver dados seguros de que o sócio incorreu em disfunção, é possível, por ato fundamentado, estender-lhe a eficácia abstrata do título, determinando sua citação e submetendo o título a cobrança. Incorreto seria a direta penhora de bens. Nulla executio sine titulo é regra relativa (arts. 273, 568, incs. II a V, e 592, CPC).

Encerramento irregular não é caso de disregard. Poder de controle, confusão patrimonial (de administração e escrituração) podem ser indicativos de disfunção. Geralmente, o são a descapitalização, a integralização incompatível com os objetivos sociais, a retirada (autorizada) de pro labore em quantia incompatível com a capacidade econômica do ente. O mesmo se diz quanto a sócio estrangeiro que a utiliza a fim de livrar-se da proibição do exercício de certa atividade. Os desvios devem ser investigados objetivamente.

Enfim, o mecanismo da desconsideração é excepcional; não pode ser banalizado nem tido como panaceia para todos os males.

[54]Discute-se, no REsp, se a regra contida no art. 50 do Cód. Civil autoriza a chamada desconsideração da personalidade jurídica inversa. Destacou a Min. Relatora, em princípio, que, a par de divergências doutrinárias, este Superior Tribunal sedimentou o entendimento de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica dentro do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria. Por outro lado, expõe que, da análise do art. 50 do CC/2002, depreende-se que o ordenamento jurídico pátrio adotou a chamada teoria maior da desconsideração, segundo a qual se exige, além da prova de insolvência, a demonstração ou de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração) ou de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). Também explica que a interpretação literal do referido artigo, de que esse preceito de lei somente serviria para atingir bens dos sócios em razão de dívidas da sociedade e não o inverso, não deve prevalecer. Anota, após essas considerações, que 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, então, o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações de seus sócios ou administradores. Assim, observa que o citado dispositivo, sob a ótica de uma interpretação teleológica, legitima a inferência de ser possível a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sua modalidade inversa, que encontra justificativa nos princípios éticos e jurídicos intrínsecos à própria *disregard doctrine*, que vedam o abuso de direito e a fraude contra credores. Dessa forma, a finalidade maior da *disregard doctrine* contida no preceito legal em comento é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios. Ressalta que, diante da desconsideração da personalidade jurídica inversa, com os efeitos sobre o patrimônio do ente societário, os sócios ou administradores possuem legitimidade para defesa de seus direitos mediante a

interposição dos recursos tidos por cabíveis, sem ofensa ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal. No entanto, a Min. Relatora assinala que o juiz só poderá decidir por essa medida excepcional quando forem atendidos todos os pressupostos relacionados à fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/2002. No caso dos autos, tanto o juiz como o tribunal *a quo*entenderam haver confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente. Nesse contexto, a Turma negou provimento ao recurso. Precedentes citados: REsp 279.273-SP, *DJ* 29.03.2004; REsp 970.635-SP, *DJe* 1º.12.2009, e REsp 693.235-MT, *DJe* 30.11.2009. REsp 948.117-MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 22.06.2010.

ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

10.0.CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Azienda, negócio empresarial, fundo de empresa e estabelecimento empresarial são expressões sinônimas. Significam o conjunto de bens corpóreos ou incorpóreos utilizados pelo empresário no exercício de sua atividade profissional visando torná-la mais eficiente para a obtenção de lucros. O art. 1.142 do Código Civil define estabelecimento como "(...) todo o complexo de bens organizados, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária".

Os elementos do estabelecimento possuem valor patrimonial e podem ser realizados em dinheiro. Nesse caso, tais elementos podem ser vendidos, em conjunto ou isoladamente. A organização eficiente dos elementos do estabelecimento viabiliza o empreendimento por ser fato gerador de maiores lucros (aviamento).

Para fins de alienação, o estabelecimento é considerado um bem móvel. Os elementos que o integram devem ser inseridos na liquidação das quotas ou apuração de haveres do acionista (v. Cap. 13, item 13.2). Pode ser transferido por escritura pública ou particular, salvo se a transferência incluir um bem imóvel, já que, neste caso, a escritura pública é da essência do ato. Em caráter excepcional,[1] a lei[2] assegura ao empresário individual casado, qualquer que seja o regime de bens, o direito de alienar ou gravar de ônus real os imóveis que integrem o patrimônio da empresa, sem necessidade de outorga conjugal. Na opinião de Rubens Requião,[3] "o estabelecimento comercial pertence à categoria dos bens móveis (...), formando em decorrência dessa unidade um patrimônio comercial que deve ser classificado como incorpóreo".[4]

É tese majoritária que o estabelecimento não é sujeito de direitos e não tem personalidade jurídica. Pode ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos translativos ou constitutivos que sejam compatíveis com a sua natureza.[5]

Para Tavares Borba,[6] "(...) agências, lojas, fábricas, escritórios, sucursais, filiais são palavras que integram a vasta nomenclatura com que se designa o estabelecimento. A matriz ou sede é o estabelecimento principal. (...) Convém deixar bem clara a distinção existente entre estabelecimento e subsidiária. O estabelecimento é parte, parcela, unidade de ação de sociedade; a subsidiária não integra a sociedade, visto ser uma outra sociedade, da qual aquela participa. Exemplificando: a Refinaria Duque de Caxias é um estabelecimento da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS –

, enquanto a Petrobrás Distribuidora S.A. é uma subsidiária. A refinaria é, portanto, uma unidade da PETROBRAS, não tendo personalidade jurídica. A Distribuidora, embora controlada pela PETROBRAS, é uma outra pessoa jurídica, daí decorrendo a sua condição de sujeito de direito".

Vem a talho, também, a observação de Fábio Ulhoa:[7] "(...) o desenvolvimento do comércio eletrônico, via internet, importou a criação do estabelecimento virtual, que o consumidor ou adquirente de produtos ou serviços acessa exclusivamente, por via de transmissão e recepção eletrônica de dados".

10.1.NATUREZA JURÍDICA DO ESTABELECIMENTO

Há controvérsia quanto à natureza jurídica do estabelecimento. A doutrina majoritária entende-o como uma universalidade de fato. Várias são as teses apontadas:

a)**Ente dotado de personalidade jurídica.**[8] A tese é insustentável, pois o estabelecimento não é sujeito de direitos, não pode exercer direitos nem contrair obrigações em seu próprio nome. O empresário é o ente dotado de personalidade jurídica, não o seu estabelecimento;

b)**Patrimônio afetado, separado.** A crítica existente é a de que o estabelecimento, na verdade, compõe o patrimônio do empresário, é uma parte que integra o todo, não havendo separação ou afetação;

c)**Propriedade incorpórea,**[9] ou seja, é o direito à clientela. Aqui, o estabelecimento confunde-se com a própria clientela. A tese é minoritária, pois a clientela é um dos elementos que integram o estabelecimento, não se confundindo com ele;

d)**Universalidade de direito,**[10] ou seja, um complexo de relações jurídicas de uma pessoa, dotado de valor econômico. Essa tese, a meu ver, não se aplica, pois universalidades de direito se constituem em razão de lei, como o espólio, a massa falida, a herança jacente etc.;

e)**Universalidade de fato**[11] (doutrina majoritária), ou seja, a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária. É a tese a que me filio.

10.2.PENHOR DO ESTABELECIMENTO

O penhor é um direito real de garantia que recai sobre bens móveis, vinculando-os ao adimplemento de determinada obrigação assumida pelo devedor. Há controvérsia quanto à possibilidade de o estabelecimento ser empenhado por dívida contraída pelo empresário. A maioria dos doutrinadores repudia a ideia de que é possível o penhor do estabelecimento como um todo, pela dificuldade de sua mensuração.

Entendo possível o penhor dos elementos isolados que compõem o estabelecimento.

10.3.PENHORA DO ESTABELECIMENTO

A possibilidade da penhora do estabelecimento por dívida contraída por empresário, da mesma forma que o penhor, é questão controversa. Como já dito admite-se a possibilidade da penhora dos elementos isolados do estabelecimento, em razão de sua natureza jurídica.

É importante destacar que nossa Corte Especial[12] admite, em caráter excepcional, que penhora incida sobre imóvel no qual se localiza o estabelecimento da empresa quando inexistirem outros bens passíveis de penhora, e desde que não seja servil à residência da família. O art. 833, V, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.382/2006, dispõe que são absolutamente impenhoráveis os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado. A interpretação teleológica desse artigo, em observância aos princípios fundamentais constitucionais da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (art. 1º, III e IV, da CF/1988) e do direito fundamental de propriedade limitado a sua função social (art. 5º, XXII e XXIII, da CF/1988), legitima a inferência de que o imóvel profissional constitui instrumento necessário ou útil ao desenvolvimento da atividade objeto do contrato social, em especial quando se tratar de pequenas empresas, empresas de pequeno porte ou firma individual. O estabelecimento preceituado no art. 1.142 do Código Civil compreende o conjunto de bens materiais e imateriais necessários ao atendimento do objetivo econômico pretendido, entre os quais se insere o imóvel onde se realiza a atividade empresarial. A Lei nº 6.830/1980, em seu art. 11, § 1º, determina que, excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre o estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, regra especial aplicável à execução fiscal, cuja presunção de constitucionalidade, até o momento, não restou ilidida. Dessa forma, admite-se a penhora de imóvel que constitui parcela do estabelecimento industrial, desde que inexistentes outros bens passíveis de serem penhorados. Consequentemente, revela-se legítima a penhora, em execução fiscal, do bem de propriedade do executado onde funciona a sede da empresa individual, o qual não se encontra albergado pela regra de impenhorabilidade absoluta, ante o princípio da especialidade (*lex specialis derrogat lex generalis*).[13]

<u>Sobre o tema:</u>

A Corte Especial, ao julgar o REsp submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Res. n. 8/2008-STJ, reafirmou que a penhora de imóvel no qual se localiza o estabelecimento da empresa é, excepcionalmente, permitida, quando inexistem outros bens passíveis de penhora e desde que não seja servil à residência da família. O art. 649, V, do CPC, com a redação dada pela Lei n. 11.382/2006, dispõe que são absolutamente impenhoráveis os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão. A interpretação teleológica do mencionado artigo, em observância aos princípios fundamentais constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV, da CF/1988) e do direito fundamental de propriedade limitado a sua função social (art. 5º, XXII e XXIII, da CF/1988), legitima a inferência de que o imóvel profissional constitui instrumento necessário ou útil ao desenvolvimento da atividade objeto do contrato social, máxime quando se tratar de pequenas empresas, empresas de pequeno porte ou firma individual. O estabelecimento preceituado no art. 1.142 do CC/2002 compreende o conjunto de bens materiais e imateriais necessários ao atendimento do objetivo econômico pretendido, entre os quais se insere o imóvel onde se realiza a atividade empresarial. A Lei n. 6.830/1980, em seu art. 11, § 1º, determina que, excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre o estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, regra especial aplicável à execução fiscal, cuja presunção de constitucionalidade, até o momento, não restou ilidida. Destarte, revela-se admissível a penhora de imóvel que constitui parcela do estabelecimento industrial, desde que inexistentes outros bens passíveis de serem penhorados. Consequentemente, revela-se legítima a penhora, em execução fiscal, do bem de propriedade do executado onde funciona a sede da empresa individual, o qual não se encontra albergado pela regra de impenhorabilidade absoluta, ante o princípio da especialidade (*lex specialis derrogat lex generalis*). Precedentes citados: AgRg nos EDcl no Ag 746.461-RS, *DJe*04.06.2009; REsp 857.327-PR, *DJe* 05.09.2008; REsp

994.218-PR, *DJe* 05.03.2008; AgRg no Ag 723.984-PR,*DJ* 29.05.2006, e REsp 354.622-SP, *DJ* 18.03.2002. REsp 1.114.767-RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 02.12.2009.

"Agravo de instrumento. Execução fiscal. Penhora sobre a marca da empresa. Frustração de tentativas de constrições anteriormente operadas. Inexistência de indicação viável de substituição. A penhora de marca de empresa enquadra-se na categoria 'outros direitos', constante dos incisos VIII da Lei nº 6.830/1980 e XI do art. 655 do CPC. Durante a tramitação do feito, houve duas tentativas frustradas de penhora pelo sistema BACEN-JUD e uma terceira exitosa, porém insuficiente. Não há notícia da existência de bens em nome da empresa, nem ela os indica para substituição da penhora realizada. A execução dá-se no interesse do credor. Não há ferimento ao art. 620 do Código de Processo Civil, pois a escolha do meio menos gravoso deve ser dentre aqueles igualmente eficazes. Agravo de instrumento desprovido" (TJRS, Agravo de Instrumento 70060237427, 21ª *Câmara Cível, Rel*. Almir Porto da Rocha Filho, j. 17.09.2014).

E. nº 451 do STJ: "É legítima a penhora da sede do estabelecimento comercial".

E. nº 488 do CJF: "Art. 1.142 e Súmula n. 451 do Superior Tribunal de Justiça. Admite-se a penhora do *website* e de outros intangíveis relacionados com o comércio eletrônico"[14].

10.4.DESAPROPRIAÇÃO DO ESTABELECIMENTO

A desapropriação é uma forma de intervenção do Poder Público, um ato compulsório emanado de decisão de autoridade administrativa visando à satisfação do interesse social ou de utilidade pública. Não é técnico falar em "desapropriação de estabelecimento", pois o que se desapropria é o imóvel onde se situa o estabelecimento. A maioria entende pelo cabimento do pedido de indenização pelo empresário (locatário, titular do ponto) ao Poder Público, em ação autônoma, em razão da desapropriação do imóvel locado.

Sobre o tema:

“Ação ordinária. Pedido de reconhecimento de desapropriação indireta, com a consequente indenização do valor do bem imóvel expropriado. Cumulação com pedido de reparação, pela interrupção das atividades de exploração de minério da empresa autora. Pericias de engenharia e contábil. Se o ato do Município, no sentido da desapropriação de parte do imóvel utilizado pela autora, inviabilizou por inteiro a sua atividade, caracterizada está a desapropriação indireta. Esta não depende do desapossamento do bem, bastando haver seria restrição ao uso da propriedade. No tocante à reparação pecuniária, correta esta’ a pericia que apura o valor dos bens tangíveis e dos intangíveis, consistindo estes no fundo de comercio perdido. Desnecessidade de deixar para fase posterior, de liquidação, a apuração do valor da reparação, principalmente se já ha’ no processo duas perícias, ambas bem elaboradas, devendo ser considerado, ainda, que a liquidação de uma empresa extinta, inativa, anos depois, pode se apresentar dificílima ou ate’ impossível, tornando sem qualquer eficácia pratica uma sentença de procedência. Provimento integral do apelo da autora, para reconhecer a desapropriação indireta e fixar desde logo o valor da reparação, na forma da pericia de contabilidade, com os juros moratórios e compensatórios devidos na forma da lei, especificados no corpo deste acordão. Ônus sucumbenciais a serem suportados pelo réu, na integra, fixados os honorários da autora em 10% (dez por cento) do valor da condenação, observada a regra do art. 20, par. 4., do CPC. Desprovimento do apelo do Município réu” (TJRJ, Apelação nº 2002.001.26750, 9ª Câmara Cível. Rel. Des. Laerson Mauro, julgamento em 05.08.2003).

“Administrativo. Desapropriação. Locação comercial do imóvel. Fundo de comércio. Perdas e danos. Indenização. Cabimento.

Na desapropriação de imóvel locado para fins comerciais, é assegurado ao locatário, despojado do fundo de comércio, por via de procedimento expropriatório, o direito de ressarcimento por perdas e danos, esteja ele protegido, ou não, pela Lei de

Luvas. Precedentes jurisprudenciais. Recurso provido" (REsp 406502/SP, Rel. Min. Garcia Vieira).

"Processual civil. Administrativo. Agravo regimental no Recurso Especial. Desapropriação. Indenização pela perda do fundo de comércio. Matéria de prova. Súmula 7/STJ.

1. Eventuais prejuízos ocasionados em razão da perda do fundo de comércio, em caso de desapropriação, devem ser indenizados pelo ente expropriante.

2. Hipótese, contudo, em que a Corte de origem, após percuciente análise do laudo pericial, reformou a sentença de primeiro grau de jurisdição, para julgar improcedente a ação, deixando consignado que os autos não demonstram qualquer prejuízo decorrente da mudança ou da desapropriação.

3. Se é certo que a indenização é devida em caso de prejuízos causados pela desapropriação, não menos correto é que esses prejuízos devem ser comprovados pela parte que pleiteia a indenização correspondente.

4. Qualquer conclusão em sentido contrário ao que decidiu o aresto atacado, relativamente à existência de prejuízos decorrentes da perda do fundo de comércio, envolve o reexame do contexto fático-probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp 647660/SP, Rel. Min. Denise Arruda).

10.5.ELEMENTOS DO ESTABELECIMENTO

a)Bens corpóreos – são elementos que têm existência física, material, *v.g.*, mercadorias, instalação, estoque, máquinas, dinheiro etc. Antes do advento do Código Civil, a doutrina dividia-se quanto ao fato de os bens imóveis integrarem o estabelecimento. Essa questão perdeu o seu interesse com a unificação parcial dos Direitos Civil e Comercial.

b)Bens incorpóreos – são bens que não têm existência física, *v.g.*, nome empresarial, marca, desenhos industriais etc.

Sobre o tema:

E. nº 7 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: "O nome de domínio integra o estabelecimento empresarial como bem incorpóreo para todos os fins de direito".

A seguir, passamos a analisar os bens incorpóreos integrantes do estabelecimento.[15]

10.5.1.Nome empresarial

O conceito e a regulamentação do nome empresarial foram positivados no art. 2º do D. nº 916, de 24.11.1890, *litteris*: "Firma ou razão comercial é o nome sob o qual o comerciante ou sociedade exerce o comércio e assina-se nos atos a ele referentes".

O art. 1.155 do Código Civil define nome empresarial como "(...) a firma ou denominação adotada, de conformidade com este Capítulo, para o exercício da empresa". O parágrafo único diz que se equipara "(...) ao nome empresarial, para os efeitos da proteção da lei, a denominação das sociedades simples, associações e fundações".

O nome empresarial é o meio pelo qual o empresário adquire direitos, contrai obrigações, distingue a responsabilidade dos sócios e a própria atividade do empresário.

Há controvérsia quanto à natureza jurídica do nome empresarial:

a)**clássica ou subjetiva:** o nome empresarial configura um direito da personalidade e não pode ser arrecadado nem penhorado;
b)**objetiva ou moderna:** o nome empresarial é um direito patrimonial e, como tal, pode ser arrecadado e penhorado;
c)**mista:** o nome empresarial tem natureza de direito da personalidade e natureza patrimonial.

A proteção do nome empresarial é constitucionalmente assegurada nas garantias e direitos fundamentais:

"Art. 5º, XXIX – *A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como a proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento econômico do País"*.

A proteção do nome empresarial decorre, primeiramente, como já dito, de norma constitucional e, depois, de outros dispositivos infraconstitucionais.[16] O § 2º do art. 1.151 do Código determina que os documentos necessários ao registro devem ser apresentados ao órgão competente no prazo de trinta dias contados da lavratura dos atos respectivos. O prejudicado tem direito de ação para anular a inscrição do nome empresarial feita com violação da lei ou do contrato. A Súmula nº

142 do STJ, cancelada no julgamento da AR–512/DF, previa a prescrição vintenária para ajuizamento da ação para exigir-se abstenção do uso de marca comercial. Atualmente, aplica-se a regra geral do Código Civil, que fixou o prazo prescricional em 10 (dez) anos.[17]

A cessação do exercício da atividade empresarial,[18] ou a cessação e a liquidação da sociedade determinam o cancelamento da inscrição do nome empresarial, mediante requerimento de qualquer interessado.

O art. 1.166 do Código Civil assegura a proteção ao nome empresarial após a inscrição do empresário no órgão competente, nos limites do respectivo Estado. O parágrafo único desse artigo admite a extensão da proteção do nome a todo território nacional, se registrado na forma da lei especial.[19] Comungo do entendimento majoritário que sustenta que a proteção conferida pela Junta Comercial ao nome empresarial se dá em âmbito estadual, e não nacional, diferentemente do que dispõe no art. 8º da Convenção de Paris, que confere proteção ao nome empresarial independentemente de registro como marca, *litteris*: "o nome comercial será protegido em todos os países da União sem obrigação de depósito ou de registro, quer faça ou não parte de uma marca de fábrica ou de comércio", posição adotada na V Jornada de Direito Civil do CJF:

E. nº 491 do CJF: "Art. 1.166. A proteção ao nome empresarial, limitada ao Estado-Membro para efeito meramente administrativo, estende-se a todo o território nacional por força do art. 5º, XXIX, da Constituição da República e do art. 8º da Convenção Unionista de Paris[20]".

<u>Sobre o tema:</u>

"O direito ao uso exclusivo do nome comercial, por força do art. 8º da Convenção de Paris, mesmo entre nacionais, não está sujeito a qualquer registro ou depósito e surge tão só com a constituição jurídica da sociedade" (TJSP, RT, 689/153).

"O direito ao uso exclusivo do nome comercial em todo território nacional não está sujeito ao registro no INPI, e surge tão só com a constituição jurídica da sociedade, através do registro de seus atos constitutivos no Registro de Comércio, devendo prevalecer o registro do nome comercial feito com anterioridade, no caso de firmas com a mesma denominação e objeto social semelhante, que possibilitem confusão" (*JSTJ* 30/162).

"Comercial. Nome comercial e marca. Conflito.

Em havendo conflito entre nome comercial e marca, deve prevalecer o registro efetuado em data anterior. Agravo regimental não provido" (Agrg nos Edcl no Ag 805623/PR, Rel. Min. Ari Pargendler).

"Recurso especial. Violação aos arts. 458 e 535 do Código de Processo Civil. Inocorrência. Propriedade industrial. Registro no INPI. Princípio da especificidade. Utilização de nome civil comum aos sócios das sociedades comerciais em litígio ('*armelin*'). Impossibilidade, diante das peculiaridades do caso concreto. Prejuízos causados à recorrida e imitação de marca.

1. Não se verifica a suscitada violação aos arts. 458 e 535 do CPC, porquanto as questões submetidas ao tribunal de origem foram suficiente e adequadamente delineadas, com abordagem integral do tema e fundamentação compatível.

2. O registro da recorrida junto ao INPI na classe 38.60 – serviços de alimentação – da tabela nacional de classificação, vigente à época do depósito, tem o condão de proteger sua marca, pois atua no ramo de confeitarias, o qual, quando do registro, não gozava de proteção específica. Há, ainda, pedido de registro, por parte da recorrida, na classe 30 da 7ª edição da tabela internacional de classificação (relativa, dentre outros, ao ramo de confeitaria), dependente apenas de providências finais. Opera, pois, a seu favor o princípio da especificidade.

3. Ademais, esta quarta turma já decidiu que 'vige no Brasil o sistema declarativo de proteção de marcas e patentes, que prioriza aquele que primeiro fez uso da marca, constituindo o registro no órgão competente mera presunção, que se aperfeiçoa pelo uso' (REsp 964.780/SP, DJ de 24.09.2007). Neste passo, e tendo concluído o aresto impugnado que a recorrida foi quem primeiro iniciou as atividades no ramo de confeitaria (conclusão inalterável em sede Especial, a teor da Súmula 07 desta Corte, merece esta a proteção de seus serviços.

4. Consoante melhor doutrina, 'qualquer tentativa de registro ou mesmo da utilização pelos homônimos ou por terceiros que

tenham nomes semelhantes, *deverá, logicamente, ser rechaçada em razão do disposto no artigo 65, nº 17, da Lei nº 5.772/71, que trata especificamente da reprodução e da imitação de marca anteriormente registrada'.*

5. Assim, correto o aresto impugnado ao vedar o uso do nome 'armelin' pela ora recorrente no que concerne ao ramo de confeitaria, uma vez demonstrados tanto o prejuízo sofrido pela recorrida, decorrente da confusão ocasionada aos consumidores, quanto à clara imitação de marca *(conclusões, novamente, inalteráveis nesta sede*, ut *Súmula 07/STJ).*

6. Recurso especial não conhecido" (REsp 1034650/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves).

E. nº 1 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: "Decisão judicial que considera ser o nome empresarial violador do direito de marca não implica a anulação do respectivo registro no órgão próprio nem lhe retira os efeitos, preservado o direito de o empresário alterá-lo".

A decisão proferida no REsp 262.643-SP[21] gira em torna da pretensão do reconhecimento do uso exclusivo do nome comercial e da marca. Foi alegado que o termo foi devidamente registrado, em momento anterior, como marca e parte do nome empresarial, era suficiente para elidir seu uso por terceiros, tendo em vista o caráter absoluto da proteção conferida pelo registro. O julgado entendeu que apesar da existência de um vocábulo idêntico na formação de nomes empresariais, não se verifica seu emprego indevido, tendo em vista as premissas estabelecidas pelo tribunal de origem ao analisar colidências, tais como, ausência de possibilidade de confusão entre consumidores e atuação empresarial em atividades diversas e inconfundíveis. Desse modo, não obstante a existência de registro anterior, esse não tem a capacidade de elidir, de forma absoluta, o uso de vocábulo por outrem, desde que não se vislumbre a infringência às finalidades ensejadoras da proteção ao nome empresarial quando as atividades econômicas exercidas se derem em campos distintos. A tutela do nome comercial deve ser entendida de modo relativo, pois o registro mais antigo gera a proteção no ramo de atuação da empresa que o detém, mas não impede a utilização do nome em segmento diverso, sobretudo quando não se verificar qualquer confusão, prejuízo ou vantagem indevida em seu emprego.

O art. 124 da Lei nº 9.279/1996 proíbe a reprodução ou imitação do nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação.

A reprodução ou a imitação de nome comercial é crime de concorrência desleal.[22] O art. 33 da Lei nº 8.934/1994 diz que "a proteção ao nome empresarial decorre automaticamente dos atos constitutivos de firma individual, ou de suas alterações".

O Decreto nº 1.800/1996, que regulamenta a Lei nº 8.934/1994, prevê:

"Art. 61. A proteção ao nome empresarial, a cargo das Juntas Comerciais, decorre automaticamente da declaração de firma individual, do ato constitutivo de sociedade mercantil ou de alterações desses atos que impliquem mudança de nome.

§ 1º A proteção ao nome empresarial circunscreve-se à unidade federativa de jurisdição da Junta Comercial que procedeu ao arquivamento de que trata o *caput* deste artigo.

§ 2º A proteção ao nome empresarial poderá ser estendida a outras unidades da federação, a requerimento da empresa interessada, observada instrução normativa do Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC".[23]

São princípios informadores do nome empresarial:[24]

a)**veracidade** – o nome empresarial, se firma individual, deve ser formado a partir do nome do empresário individual; se coletiva (ou razão social), a partir do nome de um, alguns ou de todos os sócios.
b)**novidade** – autoriza a exclusividade do uso do nome empresarial ao seu titular.

O princípio da novidade foi parcialmente recepcionado pelo Código Civil quando dispõe que "(...) o nome do empresário deve distinguir-se de qualquer outro já inscrito no mesmo registro". A lei mitiga o princípio da novidade no parágrafo único do mesmo artigo ao dizer que "(...) se o empresário tiver nome idêntico ao de outros já inscritos deverá acrescentar designação que o distinga".

O STJ vinha consolidando o entendimento de permitir o uso concomitante de nomes semelhantes ou idênticos, desde que diferentes as atividades exercidas pelos titulares (princípio da especificidade), independentemente da anterioridade do registro. O Código adotou esse entendimento ao permitir a coexistência de nomes idênticos, bastando, para tanto, o acréscimo de designação que os distinga.[25]

<u>Sobre o tema:</u>

"Comercial e processual civil. Acórdão estadual. Nulidade não configurada. Nome comercial. Registro. Anterioridade. Conjugação de palavras inglesas ('*best way*'). Atividades semelhantes. Ausência de expressão comum. Identificação própria. Uso desautorizado. Proteção legal. Lei n. 8.934/1994, arts. 33 e 35, V.

I. A conjugação de palavras corriqueiras, mas que, conjugadas, criam expressão que traz significado próprio e identificação específica para quem a emprega em seu nome ('Best Way'), constitui marca a que a lei confere proteção a partir do registro da empresa na Junta Comercial, *de sorte que se afigura ilegítima a utilização, por outra, da* mesma denominação, *notadamente quando ainda exercem* atividades *sociais semelhantes, caso dos autos*.

II. Recurso especial conhecido e provido" (REsp 267541/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior).

"Processual civil. Agravo no recurso especial. Prescrição. Nome comercial. É de dez anos entre presentes e quinze, entre ausentes, o prazo prescricional para ações que discutam a abstenção do uso do nome ou da marca comercial. Recurso não provido" (Agrg no REsp 981004/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi).

"Comercial e civil. Direito marcário. Uso indevido de marca caracterizado. Abstenção. Indenização.

A violação marcária se dá quando a imitação reflete na formação cognitiva do consumidor, que é induzido, por erronia, a perceber identidade nos dois produtos de fabricações diferentes. O uso indevido de marca alheia sempre se presume prejudicial a quem a lei confere a titularidade. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido" (REsp 510885/GO, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha).

Questão controvertida diz respeito ao juízo competente para a propositura de ação cabível de abstenção de uso de nome.

Sobre o tema:

"Conflito de competência. Justiça Estadual e Federal. Ação de Abstenção de uso de nome comercial. Junta Comercial.

Se o litígio versa sobre abstenção de uso de nome comercial, *apenas por via reflexa será atingido o registro efetuado na* Junta Comercial, *o que afasta o interesse da União. Portanto, o processo deverá ter curso perante a Justiça do estado. Conflito de competência conhecido para declarar a*

competência do Juízo da Oitava Vara Cível de Curitiba-PR" (CC 37386/PR, Rel. Min. Castro Filho).

É conveniente ressaltar que o STJ tem pacificamente afirmado ser a Justiça Federal a competente para o julgamento de mandado de segurança contra ato praticado pela Junta Comercial.

Sobre o tema:

"Competência. Conflito. Justiça Estadual e Justiça Federal. Mandado de Segurança contra ato do Presidente da Junta Comercial do Estado de Minas Gerais. Competência *ratione personae*. Precedentes. Conflito procedente.

I – Em se cuidando de Mandado de Segurança, a competência se define em razão da qualidade de quem ocupa o polo passivo da relação processual.

II – as Juntas Comerciais efetuam o registro do comércio por delegação federal, sendo da competência da Justiça Federal, a teor do artigo 109-VIII, da Constituição, o julgamento de Mandado de Segurança contra ato do Presidente daquele órgão.

III – Consoante o art. 32, I, da Lei 8.934/94, o registro do comércio compreende 'a matrícula e seu cancelamento: dos leiloeiros, tradutores públicos e intérpretes comerciais, trapicheiros e administradores de armazéns-gerais'" (CC 31357/MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

"Conflito negativo de competência. Justiça estadual e Justiça Federal. Ação proposta por particular contra junta comercial. Órgão Vinculado à Secretaria da Fazenda Estadual. Competência da Justiça Estadual.

1. A competência federal prevista no art. 109, I, da CF, tem como pressuposto a efetiva presença, no processo, de um dos entes Federais ali discriminados.

2. No caso concreto, trata-se de ação de procedimento comum proposta por particular contra a Junta Comercial do Estado de São Paulo – JUCESP, que é órgão subordinado à secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, o que evidencia a competência da justiça estadual para a Causa.

3. Conflito conhecido e declarada a competência do juízo de direito da 10ª vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo – SP, o Suscitante" (CC 93176/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavaski).

"Conflito de Competência. Registro de Comércio. As Juntas Comerciais estão, administrativamente, subordinadas aos Estados, mas as funções por elas exercidas são de natureza federal. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 3ª Vara de Londrina – TJ/SP" (CC 43225/PR, Rel. Min. Ari Pargendler).

10.5.1.1.Espécies de nome empresarial

A) **Firma** – é equivalente à assinatura (prenome ou patronímico) do empresário individual (*v.g*., Carlos Henrique Alfaiate) ou de uma sociedade, indicando um (*v.g*., Henrique Alfaiate e Cia.), alguns (*v.g*., Henrique e Santos Alfaiates e Cia.) ou todos os seus sócios (*v.g*., Henrique e Santos Alfaiates).

Sempre houve restrições quanto à cessão da firma de forma isolada, pois equivale a um direito personalíssimo, inalienável e intransmissível, um atributo da personalidade. O atual Código manteve a regra: a firma somente pode ser negociada quando da cessão de todo o estabelecimento a que esteja ligada, hipótese em que o adquirente do estabelecimento deveria acrescer a expressão "sucessor de" a fim de dar publicidade à sucessão).[26]

Pode ser:

a.1)*Individual* – quando utilizada pelo empresário individual;
a.2)*Coletiva* – quando utilizada por uma sociedade. A firma coletiva equivale à razão social.

O empresário individual deve operar sob firma constituída por seu nome completo ou abreviado e pode aditar designação mais precisa de sua pessoa ou do gênero da atividade exercida.[27] A lei também diz que a sociedade em que houver sócio de responsabilidade ilimitada operará sob firma, na qual somente os nomes dos sócios poderão figurar, com o acréscimo da expressão "e companhia", ou sua abreviatura.[28]

Em regra, quem dá nome à firma tem responsabilidade ilimitada,[29] exceto nas sociedades limitadas, onde é necessário o acréscimo da expressão "Ltda.", abreviada ou por extenso, ao final do nome empresarial.[30] Em caso de falecimento, exclusão ou retirada do sócio que deu nome à firma,

impõe-se a supressão de seu nome.[31] Para mim, essa regra aplica-se quando o nome do sócio constar na denominação da sociedade, e não, apenas – e como é usual –, quando o sócio der nome à firma. O direito ao nome é pessoal e indisponível.[32]

B) **Denominação** – é a espécie de nome empresarial formada por palavras de uso comum na língua nacional ou estrangeira. Não tem por base um nome civil. Quem assina pela sociedade é a pessoa indicada no contrato ou no estatuto social. A denominação não pode ser confundida com razão social. Razão social equivale à firma coletiva.

Até o advento do atual Código Civil, não havia restrições à alienação da denominação, diferentemente da firma. O art. 1.164 do Código proíbe a alienação do nome empresarial, abrangendo a firma e a denominação, salvo se o adquirente do estabelecimento, por ato entre vivos, e havendo cláusula contratual expressa, usar o nome do alienante precedido do seu próprio, com a qualificação de sucessor. Segundo penso não há sentido prático na proibição nem razão jurídica relevante para se restringir a alienação da denominação.

Sobre o tema:

E. nº 72 do CJF: "Suprimir o art. 1.164 do Código Civil".

Diferentemente da firma, a denominação não é direito personalíssimo de seu titular, mas um bem incorpóreo integrante do estabelecimento (em muitos casos, aliás, o principal elemento, dado o elevado valor patrimonial de mercado). A restrição pode, em alguns casos, por o empresário em dificuldades para se desfazer do seu nome empresarial.

Sobre o tema:

"Nome comercial. Denominação em que se inclui patronímico alheio. Inadmissibilidade. Ofensa à boa-fé comercial e ao princípio da veracidade.

'Não pode constar da denominação de sociedade comercial patronímico de quem não seja seu sócio. Embora de forma menos rigorosa do que no tocante à firma, o princípio da veracidade, resguardando a boa-fé comercial e direitos alheios também informa a denominação, espécie de nome comercial'" (TJSP, *RT* 728/229).

"Não há que se confundir marca e nome comercial. A primeira, cujo registro é feito junto ao INPI, destina-se a identificar produtos, mercadorias e serviços. O nome comercial, por seu

turno, identifica a própria empresa, sendo bastante para legitimá-lo e protegê-lo, em âmbito nacional e internacional, o arquivamento dos atos constitutivos no Registro de Comércio. Sobre eventual conflito entre um e outro tem incidência, por raciocínio integrativo, o princípio da especificidade, corolário do direito marcário. Fundamental, assim, a determinação dos ramos da atividade das empresas litigantes. Se distintos, de molde a não importar confusão, nada obsta possam conviver concomitantemente no universo mercantil" (REsp 9.142-0/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

"O titular da marca não tem o direito de incluí-la na sua denominação social, se outra sociedade já está registrada na Junta Comercial com o mesmo nome. Recurso conhecido e provido" (REsp 35.806/SP, Rel. Min. Barros Monteiro).

"A Junta Comercial não tem legitimidade passiva ad causam na ação em que duas sociedades comerciais litigam sobre o nome comercial. Por ser um cartório de registro, não cabe à Junta Comercial intervir na lide, cabendo, apenas, cumprir a decisão que vier a ser adotada. Precedente citado" (REsp 41.584/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

A Instrução Normativa nº 15/2013 do DREI dispõe sobre a formação do nome empresarial e sua proteção, e dá outras providências:

REGRAS

HIPÓTESES	ESPÉCIE DE NOME	PREVISÃO LEGAL
EMPRESÁRIO INDIVIDUAL	FIRMA INDIVIDUAL	Código Civil, art. 1.156
SOCIEDADE SIMPLES	FIRMA COLETIVA (RAZÃO SOCIAL) OU DENOMINAÇÃO	Código Civil, art. 997, II, e E. nº 213 do CJF: "O art. 997, inc. II, não exclui a possibilidade da sociedade simples utilizar firma ou

		razão social”.
SOCIEDADES COOPERATIVAS	DENOMINAÇÃO – acrescida da expressão cooperativa	Código Civil, art. 1.159
SOCIEDADE EM NOME COLETIVO	FIRMA COLETIVA (RAZÃO SOCIAL)	Código Civil, art. 1.157
SOCIEDADE EM COMANDITA SIMPLES	FIRMA (RAZÃO SOCIAL)	Código Civil, art. 1.157
SOCIEDADE EM COMANDITA POR AÇÕES	FIRMA (RAZÃO SOCIAL) OU DENOMINAÇÃO – acrescida da expressão comandita por ações	Código Civil, art. 1.161
SOCIEDADES LIMITADAS	FIRMA (RAZÃO SOCIAL) OU DENOMINAÇÃO – acrescida da palavra final limitada ou a sua abreviatura	Código Civil, art. 1.158
SOCIEDADES ANÔNIMAS	DENOMINAÇÃO	Código Civil, art. 1.160 c/c art. 3º da Lei nº 6.404/1976
SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO	NÃO PODEM USAR FIRMA OU DENOMINAÇÃO	Código Civil, art. 1.162
MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE	As microempresas e as empresas de pequeno porte, nos termos da legislação civil, acrescentarão à sua firma ou denominação as expressões “Microempresa” ou “Empresa de Pequeno Porte”, ou suas respectivas abreviações, “ME” ou “EPP”, conforme o caso, sendo facultativa a inclusão do objeto da sociedade.	Lei Complementar nº 123/2007, art. 72
EMPRESA INDIVIDUAL DE	O nome empresarial deverá ser formado pela	Código Civil, art. 980 – A, § 1º

RESPONSABILIDADE ILIMITADA	inclusão da expressão "EIRELI" após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.	

10.5.2.Acessórios do nome empresarial

São acessórios do nome empresarial: título do estabelecimento, a insígnia e a expressão ou sinal de propaganda.

10.5.2.1.Título de estabelecimento

O título do estabelecimento identifica-o. É o seu apelido, o seu nome fantasia, a sua designação popular (*v.g*., Ponto Frio Bonzão, C&A etc.). Numa palavra: a forma pela qual o estabelecimento é conhecido. O título do estabelecimento é acessório do nome empresarial. Esse elemento não goza da tutela legal conferida aos demais, exceto o disposto no art. 124, V, da Lei nº 9.279/1996, *litteris:*

"Não são registráveis como marca:

V – reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos".

A lei não especifica em que órgão se deve fazer o registro do título de estabelecimento. Para mim, a simples inscrição dos atos constitutivos da sociedade no órgão competente já lhe confere proteção. Assim já decidiu a E. 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,[33] *verbis*:

"A anterioridade do registro do título de estabelecimento, da razão social ou símbolo, na Junta Comercial, confere exclusividade e impede que outrem proceda a idêntico registro ou assemelhado, no INPI, sob a exculpação de fazê-lo para distinguir marca de mercadorias que venda da sua loja".

Por outro lado, o art. 191 do citado diploma legal considera crime:

"(...) reproduzir ou imitar, de modo que possa induzir em erro ou confusão, armas, brasões ou distintivos oficiais nacionais, estrangeiros ou internacionais, sem a necessária autorização, no todo ou em parte, em marca, título de estabelecimento, nome empresarial, insígnia ou sinal de propaganda, ou usar essas reprodução ou imitações com fins econômicos".

Sobre o tema:

"Direito comercial e propriedade industrial. Direito processual civil. Legitimidade ativa. Litisconsórcio passivo necessário do

INPI. Anulação de registro de marca. DL. nº 7.903-45 e Lei nº 5.772-71.

I – *Conforme o preconizado pela* Teoria da Asserção, *a legitimidade* ad causam *da autora tem que ser averiguada hipoteticamente, com base somente em suas afirmações, ficando reservada para solução do mérito a definição da titularidade do direito real* **sub judice**.

II – Necessariedade do litisconsórcio passivo do INPI, nos termos do artigo 47 do Código de Processo Civil. Afastada a sua condição de mero assistente, pois o ato impugnado é um ato administrativo, praticado pelo INPI em benefício da apelante. Se se pudesse falar em assistência seria desta última, pessoa jurídica detentora do registro da marca originado no ato reputado ilegal, a qual, embora não o tenha praticado, dele beneficiou-se, sofrendo indiretamente os efeitos da ilegalidade da autarquia federal.

III – Até o advento da Lei nº 5.772-71, o 'título de estabelecimento' poderia ser registrado como propriedade industrial (art. 3º 'b', do Decreto-Lei nº 7.903-45). A atual Lei de Propriedade Industrial voltou a conferir proteção, somente com relação ao elemento característico ou diferenciador, ao nome comercial e ao título de estabelecimento (artigo 124, V, da Lei 9.279-96).

IV – Em que pese ao vácuo legislativo ocasionado pela vigência Lei nº 5.772-71, nossas cortes superiores se mostraram sensíveis ao descompasso entre a lei e a realidade em pronunciamento realizados à época, conferindo tratamento equânime à marca, ao nome comercial e ao título de estabelecimento no que tange à proteção da propriedade industrial (REsp nº 30636 e 9142).

V – Embora o item 17 do artigo 65 da Lei nº 5.772-71 literalmente confira proteção somente à 'marca alheia registrada'(e não titulo de estabelecimento), mostra-se irrelevante o aspecto distintivo. Uma interpretação lógico-sistemática do dispositivo ultrapassa a mera literalidade da lei e faz prevalecer os princípios norteadores da proteção à propriedade industrial, tais como a repressão *à concorrência*

desleal (art. 2º, 'd'), a exclusividade*(arts. 59 e 64), a* especialidade, *a* originalidade *e a* novidade.

VI – Há uma clara interseção entre os ramos de atividades da autora e da primeira ré – comércio de roupas –, e a utilização nos produtos da ré de parte da expressão constante do título de estabelecimento anteriormente registrado, constituiria manifesta prática de concorrência desleal, já que resultaria na captação de clientes da autora. Por outro lado, laborou em erro a autarquia federal quando não verificou a colidência entre os elementos da marca e o título de estabelecimento, bem como a anterioridade do registro da autora (art. 59 da Lei nº 5.772-71).

VII – Descabida a tese de impedimento do exame de legalidade do ato de registro pelo Judiciário em razão da preclusão administrativa. O exaurimento da via administrativa importa apenas na irretratabilidade da decisão no âmbito da Administração, o que não afasta a sua apreciação pelo Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça de lesão (artigo 5º, XXXV, da CRFB). O controle judicial dos atos da administração restringe-se estritamente à legalidade, não cabendo ao julgador adentrar na conveniência e oportunidade do ato. No caso em testilha, o reexame efetuado pelo Judiciário será pleno, visto que o ato de deferimento de registro de marca é plenamente vinculado, submisso ao preenchimento dos já mencionados requisitos legais da originalidade, novidade, não colidência, dentre outros.

VIII – Desprovimento dos apelos" (TRF, 2ª Região, Apelação nº 22.412/02, Rel. Des. André Fontes).

"Civil e Processual Civil. Propriedade Industrial. Conflito entre nome fantasia e nome empresarial. Registro de marca superveniente. Vocábulo de uso comum.

1. O Tribunal a quo manifestou-se acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida. Não cabe alegação de violação do artigo 535 do CPC, quando a Corte de origem aprecia a questão de

maneira fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente. Precedentes.

2. A falta de prequestionamento em relação aos arts. 58 e 175 da Lei 9.279/96; 33 e 34 da Lei 8.934/94; 129 e 130, III, da Lei 9.279/96, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da súmula 211/STJ.

3. É vedada a esta Corte apreciar violação a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

4. Em princípio, os elementos que formam o nome da empresa, devidamente arquivado na Junta Comercial, não podem ser registrados à título de marca, salvo pelo titular da denominação ou terceiros autorizados.

5. O termo 'Brasil', principal elemento do nome empresarial, é, contudo, vocábulo de uso comum, podendo, em função de seu caráter genérico, ser objeto de registro de marca até mesmo por empresas que atuem no mesmo ramo comercial, pois carece da proteção firmada nos termos do art. 124, V, da Lei 9.279/96.

6. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido, para julgar improcedentes os pedidos iniciais, invertendo os ônus sucumbenciais" (REsp/RS nº 1.082.734, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).

10.5.2.2.Insígnia

A insígnia é a representação gráfica (sinal, distintivo, desenho, figura, traço, letra, símbolo ou emblema) do estabelecimento (*v.g.*, o pinguim do Ponto Frio Bonzão, o "M" do McDonald's etc.).

10.5.2.3.Expressão ou sinal de propaganda

Por expressão ou sinal de propaganda entende-se a legenda, o anúncio, o reclame, a palavra, o desenho ou a gravura que revelam a qualidade dos produtos, das mercadorias ou dos serviços, ou atraem a atenção dos consumidores ou usuários.[34]Seu registro é feito no INPI, conforme o Ato Normativo nº 137, de 30/04/1997.

10.5.3.Propriedade empresarial

Equivale a ponto empresarial. É o lugar, o espaço físico onde o empresário se estabelece e exerce a sua empresa (atividade). O ponto constitui propriedade do empresário e destaca-se da propriedade do imóvel.

No contrato de locação não residencial, o empresário é o titular do ponto; o locador, o titular do imóvel. O Estado tem interesse na preservação do ponto como forma de garantir, ainda que de modo indireto, a continuidade da empresa. Sua finalidade é a preservação da função social da empresa (fonte geradora de empregos, tributos etc.). A tutela do ponto dá-se, por exemplo, no direito conferido ao empresário-locatário de pedir a renovação compulsória de seu contrato de locação não residencial, preenchidos os requisitos do art. 51 da Lei nº 8.245/1991 (contrato celebrado por escrito e com prazo determinado, prazo mínimo de cinco anos, ininterruptos ou não, exploração, pelo locatário, da mesma atividade pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos etc.).

A Lei de Locações confere às antigas sociedades civis, atuais sociedades simples,[35] regularmente constituídas, o direito à renovação.

Sobre o tema:

"Ação renovatória. Propositura por empresa administradora de imóveis, organizada sob a forma de sociedade civil.

O direito à renovação do contrato, previsto na antiga Lei de Luvas (Dec. nº 24.150/34) e hoje no art. 51, § 4º, da Lei nº 8.245, de 18.10.91, estende-se às locações celebradas por sociedades civis, prestadoras de serviços com fins lucrativos. Precedentes do STJ. Recurso especial não conhecido" (REsp 24671/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro).

O art. 52, § 3º, da Lei nº 8.245/1991 dá ao locatário (empresário) o direito a indenização para ressarcimento dos prejuízos e dos lucros cessantes com que tiver de arcar com a mudança, perda do lugar e desvalorização do fundo de comércio, se a renovação não ocorrer em razão de proposta de terceiro, em melhores condições, ou se o locador, no prazo de três meses da entrega do imóvel, não der o destino alegado ou não iniciar as obras determinadas pelo Poder Público, ou que declarou pretender realizar.

Sobre o tema:

"Locação – Renovatória. 'Acessio temporis'. Admissibilidade. Locatários que exercem a mesma atividade no imóvel

renovando. Evidência da continuidade entre os contratos escritos. Carência de ação repelida.

Considerando terem os locatários exercido sempre a atividade no imóvel renovando e sendo evidente a continuidade entre os contratos escritos de locação, impunha-se o reconhecimento da 'acessio temporis', *tendo andado igualmente bem o juiz ao repelir a preliminar de carência de ação fundada na insuficiência do lapso temporal para ajuizamento da renovatória"* (2º TACivSP, *RT* 712/201).

"Locação. Escritório de advocacia. Ação renovatória. Decreto nº 24.150/34. Impossibilidade. Ausência de fundo de comércio.

O Decreto nº 24.150/34 foi editado com a finalidade de impedir a cobrança das chamadas 'luvas', por ocasião da renovação do contrato de locação comercial ou industrial, assegurando a proteção do fundo de comércio. *O escritório de advocacia não pode ser concebido como atividade comercial capaz de garantir a possibilidade de ingressar com ação renovatória com base no Decreto nº 24.150/34. Recurso especial não conhecido*" (REsp 278768/CE, Rel. Min. Vicente Leal).

"Locação. Locação não residencial. Ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança de alugueres e encargos.

Constando do contrato que o locatário seria substituído por pessoa jurídica a ser por ele criada, a criação desta, por imperativo contratual, importa a substituição acertada entre as partes. A partir de então, extinguira-se o primitivo vínculo locatício. A cessão das quotas *que representam a integralidade do capital social da empresa que passou a ser a locatária, e em face do princípio da autonomia da pessoa jurídica em relação à de seus sócios, não importa modificação subjetiva do contrato de locação. Ademais, somente a cessão pura e simples da locação comercial é que depende do consentimento do locador. Não aquela que ocorre com a transferência do fundo empresarial, do qual é a locação um dos seus elementos incorpóreos. Diante do princípio da causalidade, que também*

orienta a sucumbência, responde pelos encargos processuais a parte que tenha dado causa à ação. Recurso parcialmente provido" (TJ/RJ, Apelação Cível, nº 2005.001.01614).

"Contrato de locação sucedido por pessoa jurídica. Ausência de autorização do locador. Infração contratual. Multa. Sucumbência recíproca.

Embora seja a locação não residencial, é certo que a possibilidade de constituição de uma sociedade por parte do locatário se insere no contexto contratual e, assim, deve ser convencionada por escrito, de modo que o locador tenha o prévio conhecimento de que o locatário poderá ser sucedido por uma pessoa jurídica da qual venha este integrar. Todavia, esta não é a situação em comento. Não se vislumbra nos autos a existência de prévia anuência do locador para que o locatário fosse sucedido por uma pessoa jurídica, fato que, aliás, veio a ocorrer na hipótese, passando a sociedade a deter a posse direta do imóvel locado e, ainda no decorrer desta posse teve alterada sua composição societária através de cessão *de* quotas do capital social, *evidenciando a infração contratual cometida pelo locatário, a ensejar a aplicação da multa estipulada no contrato de locação. Considerando que o locador não logrou êxito na totalidade dos pedidos formulados, sendo recíproca a sucumbência, afigura-se correta a aplicação do disposto no artigo 21 do Código de Processo Civil. Recursos conhecidos e improvidos"* (TJ/RJ, Apelação Cível nº 2004.001.29139).

As luvas são valores tradicionalmente pagos aos locadores nas locações comerciais ou industriais. Inicialmente, as luvas eram cobradas na assinatura e renovação dos contratos. Em 1934, o presidente Getúlio Vargas editou um decreto[36] que regulamentou "as condições e processo de renovação dos contratos de locação de imóveis destinados a fins comerciais ou industriais", proibindo sua cobrança.

Há controvérsia na doutrina e na jurisprudência sobre a legalidade da cobrança de "luvas" do empresário. Luvas são um sobrevalor cobrado pelo locador, em três momentos:

(1º) quando da celebração do contrato de locação;
(2º) na renovação do contrato;

(3º)na venda do ponto, a terceiro, pelo locatário. O D. nº 24.150/1934 proibia expressamente essa cobrança. Assim, também, o art. 45 da Lei nº 8.245/1991.

Há julgados que admitem que as luvas não podem ser cobradas, no início da locação, quando o locatário não puder se valer do direito à renovação, previsto no art. 51 da lei de locação. Ou seja, é possível a cobrança de luvas desde que o prazo do contrato permita ao locatário exercer o direito à renovação, prazo este de no mínimo cinco anos. Tal entendimento, no entanto, não é pacífico.

Para mim, a estipulação de luvas é ilegal. É forma velada de abuso do poder econômico do locador. O STJ não pensa assim, *litteris*:

"Locação. Lei nº 8.245/91. 'Luvas Iniciais'.

A Lei nº 8.245/91, em seu art. 45, veda, expressamente, a cobrança de 'luvas' – obrigações pecuniárias – quando da renovação do contrato. Contudo, silencia, ao contrário da legislação anterior (Decreto nº 24.150/34), no que se refere ao contrato inicial. Não há, pois, qualquer proibição, sequer implícita, quanto à sua cobrança. Não afasta esse entendimento o disposto no art. 43 da Lei nº 8.245/91, pois o dispositivo veda a cobrança de valores além dos encargos permitidos e não a expressamente elencados. Assim, apesar de não se fazer referência às 'luvas' iniciais para permiti-las, tampouco se faz para proibi-las, o que, em termos obrigacionais, tendo em conta a liberdade contratual, faz concluir pela possibilidade da cobrança de valor sob esse título. Recurso provido" (REsp 406934/RJ, Rel. Min. Félix Fisher).

"Direito civil. Locação. Pagamento do ponto e/ou luvas. Art. 45 da Lei nº 8.245/91. Interpretação.

1 – A exigência de pagamento pelo ponto comercial e/ou luvas, quando já em vigor o contrato de locação, ainda que não seja uma renovação, no sentido estrito da palavra, representa verdadeira perturbação ao direito do locatário de permanecer no imóvel, ferindo os princípios norteadores da lei nº 8.245/91, insculpidos no seu art. 45.

2 – Recurso conhecido e provido" (REsp 440872/SC, Rel. Min. Fernando Gonçalves).

"Direito civil. Recurso especial. Locação. Luvas. Contrato inicial. Cobrança. Possibilidade. Precedente do STJ. Dissídio jurisprudencial Comprovado. Recurso especial conhecido e provido.

1. Não há ilegalidade na cobrança de luvas em contrato inicial de Locação. Inteligência dos arts. 43, I, e 456 da Lei 8.245/91.

Precedente do STJ.

2. Dissídio jurisprudencial comprovado.

3. Recurso especial conhecido e provido" (REsp 1003581/RJ, Rel. Arnaldo Esteves Lima).

"Agravo de Instrumento. Decisão saneadora que deferiu a produção de prova oral, consubstanciada no depoimento pessoal do representante legal do autor e do primeiro réu, sendo, no entanto, omissa quanto à prova testemunhal requerida. Na hipótese vertente, a prova testemunhal pleiteada pelo agravante se destina a comprovar a alegada cobrança ilegal de luvas pelos réus, quando da renovação de contrato de

locação comercial, pelo que se afigura razoável sejam as testemunhas do autor ouvidas na AIJ designada, já que a cobrança de luvas, por ser prática vedada pela Lei 8.245/91, ocorre, em tese, de forma dissimulada, sendo, portanto, suscetível de demonstração através de prova de natureza testemunhal. Decisão reformada, em parte. Agravo provido" (TJRJ, AC. 2009.002.23184, Rel. Des. Maria Inês Gaspar, Décima Sétima Câmara Cível).

10.5.4.Propriedade industrial

Entende-se por propriedade intelectual o conjunto de direitos relativos às obras literárias, científicas, artísticas, marcas, patentes, etc. A propriedade industrial é uma das espécies da propriedade intelectual. Registram-se os seus elementos no Instituto Nacional de Propriedade Industrial.[37] Para o ECAD,[38] a propriedade intelectual é um conjunto de prerrogativas conferidas por lei à pessoa física criadora da obra intelectual para que goze dos benefícios morais e intelectuais resultantes da exploração de suas criações.

O Direito Autoral é regido por um conjunto de normas jurídicas cuja finalidade é a proteção das relações entre o criador e a utilização de obras artísticas, literárias ou científicas, tais como textos, livros, pinturas, esculturas, músicas, ilustrações, projetos de arquitetura, gravuras, fotografias etc. Para efeitos didáticos, os direitos autorais são divididos em morais e patrimoniais. Direitos morais são os laços permanentes que unem o autor à sua criação intelectual e permitem a defesa de sua própria personalidade. Os direitos patrimoniais são os relativos à utilização econômica de obra intelectual por qualquer processo técnico já existente ou a ser inventado. Caracteriza-se pela possibilidade de o autor, diretamente ou por meio de terceiros, usar, fruir e dispor livremente da obra de criação. É um direito de propriedade constitucionalmente assegurado.

10.5.4.1.Marca

Marca é o sinal distintivo de determinado produto, serviço ou mercadoria, visualmente perceptível e não compreendido nas proibições legais.[39] Identifica direta ou indiretamente produtos ou serviços. A proteção à marca decorre, em regra, do princípio atributivo, em que a tutela somente advém do efetivo registro no INPI.

O art. 124 da Lei nº 9.279/1996 enumera as hipóteses que não ensejam o registro como marca. São requisitos de registrabilidade: novidade,[40] distintividade[41] e licitude.[42]

São princípios inerentes às marcas:

a)**especificidade ou especialidade** – o registro de determinada marca ocorre em classes específicas, sendo possível a coexistência de marcas idênticas ou semelhantes caso as classes de registro sejam diferentes;
b)**territorialidade** – a proteção conferida pelo Estado à patente ou ao desenho industrial somente tem validade nos limites do país que concede a proteção, salvo na hipótese de marcas notoriamente conhecidas.[43] É importante ressaltar que essas não se confundem com as marcas de alto renome.[44]

Requião[45] pondera que as marcas têm dupla função: resguardar os direitos de seu titular e, ao mesmo tempo, proteger o interesse do consumidor. A ação de perdas e danos pelo uso indevido da marca comercial tem prazo prescricional de três anos.[46] O uso indevido de marca comercial é crime. Leiam-se, a propósito, os arts. 189 e 190 da Lei nº 9.279/1996,*litteris*:

"Art. 189. Comete crime contra registro de marca quem:

I – reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão; ou

II – altera marca registrada de outrem já aposta em produto colocado no mercado.

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa".

"Art. 190. Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque:

I – produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte; ou

II – produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem.

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa".

<u>Sobre o tema:</u>

E. nº 2 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: "A vedação de registro de marca que reproduza ou imite elemento característico ou diferenciador de nome empresarial de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação (art. 124, V, da Lei nº 9.279/1996), deve ser interpretada restritivamente e em consonância com o art. 1.166 do Código Civil".

"Direito empresarial. Utilização de propaganda comparativa.

É lícita a propaganda comparativa entre produtos alimentícios de marcas distintas e de preços próximos no caso em que: a comparação tenha por objetivo principal o esclarecimento do consumidor; as informações veiculadas sejam verdadeiras,

objetivas, não induzam o consumidor a erro, não depreciem o produto ou a marca, tampouco sejam abusivas (art. 37, § 2º, do CDC); e os produtos e marcas comparados não sejam passíveis de confusão. Com efeito, a propaganda comparativa é a forma de publicidade que identifica explícita ou implicitamente concorrentes de produtos ou serviços afins, consagrando-se, em verdade, como um instrumento de decisão do público consumidor. Embora não haja lei vedando ou autorizando expressamente a publicidade comparativa, o tema sofre influência das legislações consumerista e de propriedade industrial nos âmbitos marcário e concorrencial. Pelo prisma dos arts. 6º, III e IV, 36 e 37 do CDC, a publicidade comparativa não é vedada, desde que obedeça ao princípio da veracidade das informações, seja objetiva, e não seja abusiva. Segundo entendimento doutrinário, para que a propaganda comparativa viole o direito marcário do concorrente, as marcas devem ser passíveis de confusão ou a referência da marca deve estar cumulada com ato depreciativo da imagem de seu produto, acarretando a degenerescência e o consequente desvio de clientela. Além do mais, a doutrina também ensina que a tendência atual é no sentido de permitir a publicidade comparativa, desde que: a) o seu conteúdo seja objetivo – isto é, que se mostre sem enganosidade ou abusividade, confrontando dados e características essenciais e verificáveis (que não sejam de apreciação exclusivamente subjetiva) –, não se admitindo a comparação que seja excessivamente geral; b) não seja enganosa (no sentido de possibilitar a indução em erro dos consumidores e destinatários da mensagem); c) não veicule informação falsa em detrimento do concorrente; e d) distinga de modo claro as marcas exibidas, sem dar ensejo a confusão entre os destinatários da mensagem e sem contribuir para a degenerescência de marca notória. De mais a mais, a Resolução 126/1996, III, do Mercosul e o art. 32 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP) também mencionam, como limite à propaganda comparativa – além do fato de não se poder estabelecer confusão entre os produtos ou marcas e de não ser permitido denegrir o objeto da comparação – que o seu principal objetivo seja o

esclarecimento da informação ao consumidor. Além disso, a jurisprudência do STJ já se pronunciou no sentido de que a finalidade da proteção ao uso das marcas – garantida pelo disposto no art. 5º, XXIX, da CF e regulamentada pelo art. 129 da LPI – é dupla: por um lado a protege contra usurpação, proveito econômico parasitário e o desvio desleal de clientela alheia e, por outro, evita que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto (REsp 1.105.422-MG, Terceira Turma, *DJe*18.05.2011; e REsp 1.320.842-PR, Quarta Turma, *DJe* 1º.07.2013). Entender de modo diverso seria impedir a livre-iniciativa e a livre concorrência (art. 1º, IV, 170, *caput*, e IV, da CF), ensejando restrição desmedida à atividade econômica e publicitária, o que implicaria retirar do consumidor acesso às informações referentes aos produtos comercializados e o poderoso instrumento decisório, não sendo despiciendo lembrar que o direito da concorrência tem como finalidade última o bem-estar do consumidor" (REsp 1.377.911/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.10.2014).

Classificação das marcas:

1º)**Quanto à origem:**

a)**brasileira** – aquela regularmente depositada no Brasil por pessoa domiciliada no país;

b)**estrangeira** – aquela regularmente depositada no Brasil por pessoa não domiciliada no país, ou que, depositada regularmente em país vinculado a acordo ou tratado do qual o Brasil seja signatário, ou em organização internacional da qual o país faça parte, seja, também, depositada no território nacional no prazo estipulado no respectivo acordo ou tratado, e cujo depósito no país contenha reivindicação de prioridade em relação à data do primeiro pedido.

2º)**Quanto ao uso:**

a)**produto ou serviço** – aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa;

b)**certificação** – aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço a determinadas normas ou especificações técnicas;[47]

c)**coletiva** – aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de determinada entidade. O titular da marca será sempre uma associação empresarial que congregue os

empresários de determinado produto ou de certa região.[48] Sua natureza jurídica é de direito patrimonial, que tem por objeto bens incorpóreos. Tem natureza pública (o interesse social é resguardado) e privada (o interesse individual do inventor é resguardado).

3º)**Quanto à apresentação:**

a)**nominativas** – constituídas por uma ou mais palavras, como por exemplo "Adidas", "Victoria's Secret".

b)**figurativas** – constituídas por desenho, emblema, imagem, figura, letra ou número, como o emblema da "*Nike*";

c)**mistas** – apresentam elementos nominativos e figurativos, como "McDonalds";

d)**tridimensionais** – constituídas pela forma plástica, isto é, a configuração ou conformação física de produto ou de embalagem cuja forma tenha capacidade distintiva em si mesma e esteja dissociada de qualquer efeito técnico, como Coca-Cola, por exemplo.

Em resumo:

MARCAS

Princípios	Especificidade ou Especialidade
	Territorialidade
Quanto à origem	Brasileira
	Estrangeira
Quanto ao uso	Produto ou Serviço
	Certificação
	Coletiva
Quanto à apresentação	Nominativa
	Figurativa
	Mista
	Tridimensional

Questão polêmica diz respeito ao conflito entre nome empresarial e marca.[49] O nome empresarial identifica o empresário (individual ou sociedade empresária), enquanto a marca, o produto ou o serviço.

Sobre o tema:

"Trata-se, na origem, de ação indenizatória por perdas e danos objetivando, em síntese, a abstenção de uso de marca comercial em razão da ocorrência de prática de concorrência

desleal. Nas instâncias ordinárias não houve comprovação de que a marca detinha proteção especial por ser de alto renome, uma vez inexistente manifestação do INPI nesse sentido. Assim, qualquer conclusão que contrarie tal entendimento demandaria o reexame de provas, o que é vedado pela Súm. n. 7 deste Superior Tribunal. No caso, a marca foi registrada por sociedade empresária cujo objeto social é gestão de planos de saúde e hospitais bem como por sociedade empresária para fazer referência a produtos de higiene doméstica, tais como sabão em pó, detergente, alvejante de roupa, dentre outros. Os ramos comerciais em que atuam são, portanto, distintos. Logo, como a utilização da marca refere-se a diferentes classes de produtos, a Turma entendeu que não há colidência de marcas capaz de gerar dúvida no consumidor, motivo que leva a convivência pacífica do uso da marca pelas duas sociedades empresárias. Precedente citado: REsp 550.092-SP, *DJ* 11/4/2005" (REsp 1.262.118-RJ, Rel. Min. Massami Uyeda)[50].

"Marca Comercial. Abstenção de uso. Admissibilidade. Produtos registrados em classes distintas. Irrelevância. Pedido formulado por empresa que detém marca notória. Inteligência do art. 125 da Lei nº 9.279/1996.

O direito brasileiro vincula-se ao princípio da especificidade, *segundo o qual a marca produz efeitos somente em relação a produtos ou serviços da respectiva classe de registro. Entretanto, a própria lei de regência traz exceção à regra, disciplinando que a* marca notória, *declarada em registro próprio, goza de proteção em todas as classes. A proteção legal tem por escopo resguardar o consumidor adquirente do produto, crédulo da procedência comum dos bens, sobretudo em razão do grande potencial econômico das empresas que detém a titularidade da* marca notória" (STJ, *RT* 743/220).

"Direito comercial. Marca e nome comercial. Colidência de marca '*etep*' (registrada no INPI) com nome comercial

(arquivamento dos atos constitutivos da sociedade na Junta Comercial). Classe de atividade. Princípio da especificidade. Interpretação lógico-sistemática. Recurso provido parcialmente.

I – Não há confundir-se marca *e* nome comercial. *A primeira, cujo registro é feito junto ao INPI, destina-se a identificar produtos, mercadorias e serviços. O nome comercial, por seu turno, identifica a própria empresa, sendo bastante para legitimá-lo e protegê-lo, em âmbito nacional e internacional, o arquivamento dos atos constitutivos no Registro do Comércio*.

II – Sobre eventual conflito entre uma e outro, tem incidência, por raciocínio integrativo, o princípio da especificidade, *corolário do nosso* direito marcário. *Fundamental, assim, a determinação dos ramos de atividade das empresas litigantes. Se distintos, de molde a não importar confusão, nada obsta possam conviver concomitantemente no universo mercantil*.

III – No sistema jurídico nacional, tanto a marca, *pelo Código de Propriedade Industrial, quanto o* nome comercial, *pela Convenção de Paris, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 75.572/75, são protegidos juridicamente, conferindo ao titular respectivo o direito de sua utilização*.

IV – Havendo colidência entre marca *e parte do* nome comercial, *sendo distintas as atividades das duas empresas, a fim de garantir a proteção jurídica tanto a uma quanto a outro, determina-se ao proprietário do nome que se abstenha de utilizar isoladamente a expressão que constitui a marca registrada pelo outro, terceiro, de propriedade desse, sem prejuízo da utilização do seu* nome comercial *por inteiro*" (REsp 119998/SP, Rel. Min Sálvio de Figueiredo).

"Comercial. Nome comercial e marca. Conflito.

Em havendo conflito entre nome comercial e marca, deve prevalecer o registro efetuado em data anterior. Agravo regimental não provido" (Agrg nos Edcl no Ag 805623/PR, Rel. Min. Ari Pargendler).

"Propriedade industrial. Nome comercial e marca. Embargos de Divergência. Impossibilidade de confronto quanto aos requisitos de admissibilidade do recurso especial entre decisão que conhece e a que dele não conhece. Inexistência de rigorosa similitude fática entre os julgados. Questão relativa à possibilidade de confusão que não se identifica nos paradigmas.

I. Descabido o confronto, em embargos de divergência, entre acórdão que não conhece de recurso especial por ausência de atendimento a pressuposto de admissibilidade com outro que dele conhece e lhe dá provimento. Precedentes do STJ.

II. Considerado pelo aresto embargado que na espécie dos autos há possibilidade de confusão, pelo consumidor, dos produtos fabricados pelas partes, em razão de identidade entre o nome comercial *de uma e a* marca *da outra, tornam-se inadmissíveis os embargos de divergência cujos paradigmas colacionados revelam situação inversa, Impossibilitando o confronto por falta de similitude fático-jurídica*.

III. Embargos de divergência não conhecidos" (EREsp 284742/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior).

E. nº 2 da II Jornada de Direito Comercial do CJF: "Os acordos e negócios de abstenção de uso de marcas entre sociedades empresárias não são oponíveis em face do Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, sem prejuízo de os litigantes obterem tutela jurisdicional de abstenção entre eles na Justiça Estadual".

10.5.4.2.Modelo de utilidade

Modelo de utilidade é um objeto, ou parte deste, de uso prático, suscetível de aplicação industrial, que apresenta nova forma ou disposição e envolve ato inventivo de que resulte melhoria funcional no uso ou na fabricação.[51] Para Requião[52], "o modelo de utilidade compreende sempre uma disposição ou forma nova obtida ou introduzida em ferramentas, instrumentos de trabalho ou utensílios, destinados a um uso prático".

Segundo o art. 9º da Lei nº 9.279/1996, "é patenteável em modelo de utilidade, o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato

inventivo que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação".

Para Gama Cerqueira,[53] são modelos os objetos que, sem visarem a um efeito técnico peculiar (caso em que constituiriam invenção propriamente dita), se destinam a simplesmente melhorar o uso ou utilidade do objeto, e dotá-lo de maior eficiência, comodidade em seu emprego, utilização por meio de nova configuração que lhe é dada, da disposição ou combinação diferente de suas partes, de novo mecanismo ou dispositivos Numa palavra: mediante modificação especial ou vantajosa introduzida nos objetos comuns.

10.5.4.3.Invenção[54]

Invenção é a aplicação prática ou técnica do princípio científico na criação de produto ou processo novo. Patente de invenção é o documento comprobatório do direito de propriedade e de exploração da invenção conferido pelo Estado ao inventor para que possa comercializar o seu invento. Para ser patenteada, a invenção tem de atender aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.[55] Para Rubens Requião,[56] a invenção origina o direito do inventor, que se funda no direito natural. Para o INPI,[57] a patente é "um título de propriedade temporária sobre uma invenção ou modelo de utilidade, outorgados pelo Estado aos inventores ou autores ou outras pessoas físicas ou jurídicas detentoras de direitos sobre a criação. Em contrapartida, o inventor se obriga a revelar detalhadamente todo o conteúdo técnico da matéria protegida pela patente. Durante o prazo de vigência da patente, o titular tem o direito de excluir terceiros, sem sua prévia autorização, de atos relativos à matéria protegida, tais como fabricação, comercialização, importação, uso, venda, etc.".

O inventor é sujeito de direito de invenção. O registro tem natureza constitutiva. É uma propriedade temporária, pois a garantia constitucional e legal do privilégio concedido é limitada no tempo.

Em relação à invenção por empregado, a propriedade é exclusiva do empregador. O art. 88 da Lei 9.279/1996 determina que "a invenção e o modelo de utilidade pertencem ao empregador, com retribuição salarial para o empregado em caso de expressa disposição contratual, ou seja, a atividade inventiva ou criativa é prevista ou decorrente da própria natureza do trabalho do emprego". Pertencerá exclusivamente ao empregado a invenção ou o modelo de utilidade por ele desenvolvido, desde que desvinculado do contrato de trabalho e não decorrente da utilização de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador.[58]

A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos, e a de modelo de utilidade pelo prazo de 15 (quinze) anos contados da data de depósito.[59]

Sobre o tema:

"Direito empresarial. Requisitos de validade de patente de revalidação.

Uma patente pipeline *concedida no exterior e revalidada no Brasil não pode ser anulada ao fundamento de falta de um dos requisitos de mérito do art. 8º da Lei nº 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial LPI), mas apenas por ausência de requisito especificamente aplicável a ela (como, por exemplo, por falta de pagamento da anuidade no Brasil) ou em razão de irregularidades formais*. Da leitura dos arts. 230 e 231 da LPI e de acordo com doutrina especializada, uma vez concedida a patente *pipeline* por outra jurisdição, ela não poderá ser anulada invocando-se a ausência de um dos requisitos de mérito previstos no art. 8º da LPI para a concessão das patentes ordinárias (novidade, atividade inventiva e aplicação industrial). Precedentes citados: REsp 1.145.637-RJ, Terceira Turma, *DJe* 08.02./2010; e REsp 1.092.139-RJ, Terceira Turma, *DJe* 04.11.2010" (REsp 1.201.454/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 14.10.2014).

10.5.4.4.Desenho industrial[60]

É a forma ornamental de um objeto ou conjunto de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original à sua configuração externa, de modo a servir de tipo de fabricação industrial.

10.5.5.Propriedade imaterial

10.5.5.1.Aviamento

É o bom aparelhamento do empresário, a organização da empresa e o seu potencial de lucratividade. Diz-se, também, a aptidão que a empresa possui de produzir lucros decorrentes da qualidade e da melhor perfeição de sua organização.[61]

Endosso o entendimento de Fábio Ulhoa[62] que sustenta tratar-se de um atributo, uma qualidade da empresa, e não um bem integrante do estabelecimento.

10.5.5.2.Freguesia e clientela

Freguesia e clientela são, para alguns expressões sinônimas. Para Requião,[63] há distinção: freguês é eventual; cliente, habitual. Freguesia ou clientela é o conjunto de pessoas que habitualmente consome os produtos ou serviços fornecidos por um empresário. Da mesma forma, Fábio Ulhoa[64] entende que a clientela não é bem integrante do estabelecimento, mas atributo, qualidade da empresa.

Sobre a impossibilidade de enquadrar-se o conceito de clientela e aviamento nos elementos integrantes do fundo de empresa, Oscar Barreto Filho[65] ensina que "nem o conjunto de clientes ou fregueses, nem a habitualidade de suas relações, nem a constância no volume de negócios constituem parte ou elemento do estabelecimento. (...) A clientela não é um bem imaterial, objeto autônomo de direito; é uma situação de fato, à qual se atribui um valor econômico, muitas vezes relevante, que é protegido indiretamente pela lei. Essa situação de fato decorre dos fatores do aviamento, sobre o qual também influi."

QUADRO SINÓTICO

ESTABELECIMENTO

Nome Empresarial	Firma	a) Individual
		b) Coletiva ou Razão Social
	Denominação	
Acessórios do Nome Empresarial	Título de Estabelecimento	
	Insígnia	
	Expressão de Propaganda	
Propriedade Empresarial	Ponto	
Propriedade Industrial	Marca	
	Modelo de Utilidade	
	Invenção	
	Desenho Industrial	
Propriedade Imaterial (atributo	Aviamento	

ou qualidade da empresa)	Clientela	

10.6.CESSÃO, ALIENAÇÃO OU TRESPASSE DO ESTABELECIMENTO

Como já dito, o estabelecimento pode ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos translativos ou constitutivos que sejam compatíveis com a sua natureza.[66] O contrato que tiver por objeto a alienação, usufruto ou arrendamento do estabelecimento somente produzirá efeitos em relação a terceiros após a averbação no Registro Público de Empresas Mercantis e publicação na imprensa oficial.[67]

O devedor responde por suas obrigações com todos os seus bens, presentes e futuros.[68] O estabelecimento empresarial é uma garantia do direito dos credores. O trespasse do estabelecimento difere da cessão de quotas porque, na cessão, o objeto da venda é a participação societária. Não há mudança na titularidade do estabelecimento. O trespasse implica alienação de todos os seus elementos ou dos elementos essenciais à atividade. Em regra, o trespasse envolve a cessão da locação e depende, assim, da anuência expressa do locador.

É importante destacar que somente haverá sucessão do passivo pelo adquirente do estabelecimento se mantiver a atividade exercida pelo alienante. Do contrário, se o adquirente passar a exercer atividade diversa, o alienante responde por suas dívidas até a venda do estabelecimento.

A eficácia da alienação do estabelecimento está condicionada ao pagamento de todos os credores do empresário. Se não lhe restarem bens suficientes para solver o seu passivo, deverá o alienante notificar todos os credores para obtenção de consentimento, expresso ou tácito, no prazo de trinta dias a contar da notificação.[69] A inobservância dessas regras pode servir de fundamento para eventual requerimento de falência do empresário, por prática de ato de falência,[70] que, em caso de procedência, implicará na declaração de ineficácia do ato de alienação, inclusive de ofício, pelo juiz,[71] e consequente restituição dos bens alienados ao ativo da massa.[72] É importante ressaltar que o reivindicante não será considerado credor do falido, pois pede a devolução de um bem, no caso, quantia, que é de sua titularidade por estar indevidamente em poder do falido ou massa falida. Por não se enquadrar na condição de credor, terá prioridade no recebimento da quantia reivindicada[73], sob pena de vedação ao princípio constitucional que tutela o direito de propriedade.

O Código Civil inovou a disciplina de transferência do passivo social ao adquirente do estabelecimento. Pelas novas disposições,[74] o adquirente do estabelecimento responde pela quitação dos débitos anteriores à

transferência, desde que regularmente contabilizados. Pelos créditos vencidos, o alienante assume responsabilidade solidária até o prazo de um ano a partir da publicação da transferência do estabelecimento. Pelos vincendos, da data do respectivo vencimento. Em relação aos credores, é ineficaz qualquer cláusula contratual em sentido contrário. Havendo previsão no contrato, o adquirente tem direito de regresso em face do alienante, caso este tenha assumido a responsabilidade pelo passivo existente antes do trespasse.

Sobre o tema:

E. nº 8 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: "A sub-rogação do adquirente nos contratos de exploração atinentes ao estabelecimento adquirido, desde que não possuam caráter pessoal, é a regra geral, incluindo o contrato de locação".

E. nº 50 da II Jornada de Direito Comercial do CJF: "A mera instalação de um novo estabelecimento, em lugar antes ocupado por outro, ainda que no mesmo ramo de atividade, não implica responsabilidade por sucessão prevista no art. 1.146 do CCB".

10.6.1.Créditos tributários

O art. 133 do CTN dispõe que a "pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato:

I – integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II – subsidiariamente com o alienante se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de 6 (seis) meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão".

De fato, a interpretação teleológica das novas disposições do Código Civil e das disposições dos incisos I e II do art. 133 do CTN leva a uma única conclusão: no inciso I, citado, protege-se o crédito fiscal atribuindo-se ao adquirente, integralmente, a obrigação em caso de cessação da atividade do alienante; no inciso II, a responsabilidade do adquirente é meramente subsidiária. Já, pelo regime do Código Civil, nas demais dívidas, tanto em um caso quanto no outro, alienante e adquirente respondem pela dívida toda, independentemente de benefício de ordem,

vinculando-se o alienante pelo prazo de um ano.[75] Convém ressaltar que, salvo disposição de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos não podem ser opostas à Fazenda Pública para modificar a definição do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.[76] Entendo que eventuais cláusulas excludentes de responsabilidade asseguram tão somente o direito do regresso de quem se eximiu da obrigação.

Os incisos I e II do art. 133 do CTN ensejam acirrada controvérsia. Para Luiz Emygdio, Aliomar Baleeiro, Fabio Fanucchi, Ricardo Lobo Torres, Zelmo Denari e Hugo de Brito Machado, o legislador empregou de forma errônea o termo "integralmente", no inciso I do art. 133 do CTN, sugerindo que o adquirente do estabelecimento empresarial responde de forma exclusiva pelos tributos devidos até o trespasse, caso o alienante cesse a exploração de atividade empresarial, eximindo o cedente de qualquer responsabilidade, no que acaba por incentivar o cometimento de fraude. Segundo Hugo de Brito Machado, essa fraude ocorreria, por exemplo, no caso de o alienante retirar-se da atividade comercial por seis meses e um dia, e, no dia seguinte, iniciar nova atividade, determinando responsabilidade exclusiva do adquirente.

Com o brilhantismo costumeiro, o *Prof*. Poul Erik Dyrlund ensina que "outro aspecto a ser burilado, concernente à responsabilidade tributária, decorrente de sucessão negocial, é o que pertine a ser solidária ou não, aquela entre o alienante do fundo de comércio (rectius: fundo empresarial), e o respectivo adquirente no caso de o primeiro cessar a exploração do respectivo comércio, indústria ou atividade, conforme hipótese do inciso I, do art. 133, do CTN. A apreensão correta da questão pressupõe, necessariamente, a consciência de que as hipóteses de responsabilidade tributária se consubstanciam em modalidades de garantia do crédito tributário, que somente podem ser afastadas por determinação expressa da lei, conforme deflui do art. 141 do CTN. Nessa ordem de ideias comanda o instituto de responsabilidade tributária a regra do art. 128, do CTN, que reza que a exclusão da responsabilidade do contribuinte, quanto ao pagamento de crédito tributário, na hipótese, o alienante, deve ser expressa e não havendo a mesma, subsiste tal responsabilidade com terceira pessoa, indicada na lei – no caso o adquirente – de forma simultânea ou supletiva. O que asseverou resta demonstrável, em leitura atenta, do artigo 133 do CTN".

<u>Sobre o tema:</u>

> "Tributário. Recurso especial. Embargos à execução fiscal. Alienação de fundo de comércio. Responsabilidade tributária da empresa sucessora. Art. 133, II, do CTN.

I – O art. 133, I, do CTN responsabiliza integralmente o adquirente do fundo de comércio *pelos débitos tributários contraídos pela empresa até a data da sucessão quando o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade*.

II – Comprovada a alienação do fundo de comércio, a execução deverá ser dirigida primeiramente ao sucessor deste.

III – Recurso especial improvido" (REsp 706016/RS, Rel. Min. Carlos Falcão).

No inciso II, resta consignado que o adquirente responde pelos tributos (*rectius*: créditos tributários) subsidiariamente com o alienante, quando este prosseguir na exploração, e iniciar dentro de seis meses nova atividade. Frise-se: responde o adquirente com o alienante, ou seja, de forma solidária, todavia, na forma subsidiária, ou sucessiva, modalidade própria do Direito Tributário, desconhecida do Direito Civil, que só reconhece a solidariedade simultânea.

Entendo que:

a)há responsabilidade solidária entre alienante e adquirente na hipótese de cessação de atividade do alienante.

b)há responsabilidade subsidiária do adquirente na hipótese de prosseguimento ou início de nova atividade no mesmo ou noutro ramo de comércio, indústria ou profissão, dentro de 6 (seis) meses contados da data da alienação do estabelecimento.

c)há responsabilidade solidária do adquirente na hipótese de início de nova atividade no mesmo ou noutro ramo de comércio, indústria ou profissão, após 6 (seis) meses contados da data da alienação do estabelecimento. Entendimento diverso estimularia a fraude, pois bastaria o alienante esperar o decurso do prazo exigido pela lei (seis meses) para começar a exercer atividade e livrar-se de sua responsabilidade. Nesta hipótese, o alienante pode ser demandado com o adquirente até que decorra o prazo prescricional para a cobrança do crédito tributário, conforme o disposto no art. 124, I, do CTN.

É oportuno ressaltar que esta controvérsia pressupõe que o adquirente do estabelecimento empresarial continue exercendo a mesma atividade do alienante, pois, em caso contrário, cada um será diretamente responsabilizado pelo débito dos tributos.

É importante ressaltar que não haverá sucessão tributária quando a aquisição do estabelecimento for originária, ou seja, quando de leilão ou hasta pública.

Sobre o tema:

> *"O adquirente não responde pelos débitos tributários relativos ao fundo de comércio ou estabelecimento, quando a aquisição se deu em leilão (...), não havendo, pois, que ser falar em aquisição do fundo de comércio, inexistindo consequentemente, responsabilidade por sucessão tributária"* (TRF, 4ª R., AC 97.04.45394-9/PR)

Questão polêmica diz respeito à abrangência da responsabilidade tributária no trespasse. A responsabilidade tributária da empresa sucessora abrange, além dos tributos devidos pela empresa sucedida, as multas moratórias ou punitivas que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pela empresa sucessora, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão. Segundo dispõe o art. 113, § 3º, do CTN, o descumprimento de obrigação acessória faz surgir, imediatamente, nova obrigação consistente no pagamento da multa tributária. Isso porque a responsabilidade da sucessora abrange, nos termos do art. 129 do CTN, os créditos definitivamente constituídos, em curso de constituição ou constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.[77]

10.6.2.Créditos trabalhistas

Sucessão no direito do trabalho é questão tormentosa. Quando, afinal, há sucessão de empregadores no direito do trabalho, de modo que o sucessor responda perante os empregados pelas obrigações do sucedido? A doutrina é uníssona e remansosa: para que haja sucessão de empregadores (ou de empresas, para quem não cuida do idioma), são necessários dois requisitos:

> 1º)a empresa (atividade do empresário) deve ter sido transferida das mãos de um para as de outro empresário, no todo ou em parte, e por qualquer modo (alienação, fusão, cisão etc.);
> 2º)o adquirente do estabelecimento tem que continuar a exercer a mesma atividade (empresa) antes exercida pelo alienante e
> 3º)não pode ter havido solução de continuidade nos contratos de trabalho dos empregados.

Para a lei[78], empregador é a empresa. O conceito de empresa é econômico. Empresa é a atividade do empresário[79]. Ninguém em juízo

pleno diria que a certa empresa corresponde um dado direito de propriedade. Não corresponde! Empresa não é sujeito de direito, mas seu objeto. Tecnicamente, não há nem pode haver sucessão de empresa, mas para o Direito do Trabalho um dos princípios norteadores é o que tutela dos direitos dos empregados, logo, qualquer alteração na estrutura da empresa, não pode alterar direitos do empregado.

A doutrina diz:[80]

"Pouco importam aos exercentes de uma relação de emprego as transformações subjetivas que se operem na estrutura jurídica do organismo fazendário: venda, cessão, doação, alteração, fusão, locação, usufruto ou qualquer outra modificação quanto à sua propriedade ou titularidade. O único critério válido e indispensável é que a empresa ou o estabelecimento apresentem reais e objetivas condições de sobrevivência, de continuidade no seu exercício, com todos ou alguns elementos indispensáveis para o seu funcionamento. O que importa é a manutenção do seu aviamento, isto é , a esperança de lucros futuros, seu verdadeiro objetivo organizacional".

Segundo ROMITA:[81]

"A sucessão trabalhista pressupõe a verificação conjunta de dois requisitos:

1º)a transferência da uma unidade econômica titular;
2º)que não haja solução de continuidade na prestação de serviços por parte dos empregados".

Na opinião do Des. Federal José Geraldo da Fonseca, "a atividade tem de passar de um para outro empresário, no todo ou em parte, e os empregados dessa empresa (dessa atividade) devem ter trabalhado tanto para o antigo quanto para o novo dono. Se não houve transferência da empresa, isto é, se não houve transferência da *mesma atividade*, não há sucessão de empregadores; se os empregados trabalharam apenas para o dono antigo, e não para o novo, não há sucessão, porque os contratos de trabalho sofreram solução de continuidade. Se num determinado ponto de comércio havia uma escola e ali passou a funcionar um açougue, não há sucessão porque a atividade (atividade do empresário) já não é a mesma, mesmo que os empregados da escola tenham passado a trabalhar para o açougue. Da mesma forma, se, num certo ponto físico do comércio, havia uma escola, e ali passou a funcionar outra escola, mas os empregados da primeira escola não trabalharam para a segunda, não há sucessão. Em suma: haverá sucessão quando um açougue suceder a um açougue, quando uma escola suceder a outra escola, e desde que os empregados do primeiro açougue continuem trabalhando para o segundo e desde que os empregados da primeira escola continuem trabalhando para a segunda".

Ouso discordar. Para mim, a sucessão pode ser invocada ainda que tenha havido solução de continuidade na prestação dos serviços. *Explico melhor*:

o empregado que já não tenha mais vínculo com o alienante, se ocorrer o trespasse do estabelecimento, poderá demandar o adquirente. Aplica-se, neste caso, a norma mais benéfica ao empregado, que é o Código Civil.

Por outro lado, entendo que o prazo prescricional que rege a sucessão trabalhista no trespasse *não é* previsto no art. 1.146. O empregado pode invocar a solidariedade entre alienante e adquirente pelo prazo de cinco anos.

10.6.3.Cláusula de não restabelecimento

Salvo autorização expressa (cláusula de não restabelecimento),[82] o alienante não pode concorrer com o adquirente nos cinco anos subsequentes à transferência do estabelecimento. Infração a essa regra tipifica concorrência desleal e obriga à reparação dos danos.[83] Trata-se de regra explícita de não concorrência. Essa restrição posta na lei refere-se exclusivamente ao exercício da mesma atividade empresarial no lugar onde o alienante atuava. Nada obsta que ele se dedique à mesma atividade noutra praça, desde que não faça concorrência desleal ao adquirente.

Essa cláusula é presumida no trespasse, ou seja, está implícita no contrato, não havendo necessidade de previsão expressa. As partes podem convencionar expressamente o contrário. Na omissão, aplica-se o disposto em lei.

Sobre o tema:

> E. nº 490 do CJF: "Art. 1.147. A ampliação do prazo de 5 anos de proibição de concorrência pelo alienante ao adquirente do estabelecimento, ainda que convencionada no exercício da autonomia da vontade, pode ser revista judicialmente, se abusiva"[84].

A *cláusula de não restabelecimento* assemelha-se à *cláusula de raio*. A primeira, objetiva preservar o adquirente de eventual concorrência desleal feita por alienante, impondo-lhe, salvo cláusula contratual expressa, uma obrigação de não fazer. A *cláusula de raio* aplica-se, em geral, aos contratos de locação de *shopping center*, em que o locatário também assume obrigação de não fazer (não exercer atividade similar à do locador) em determinado raio de distância contratualmente previsto. Há quem sustente que essa cláusula viola o princípio da livre concorrência ao restringir o exercício da atividade empresarial[85]: "Ela pode assim configurar como uma restrição territorial não razoável à concorrência, na medida em que restringe o comércio de rua nas proximidades dos *shopping centers* e pode dificultar a constituição e o funcionamento de

outros *shopping* concorrentes localizados dentro da área do raio que não podem contar com aquele estabelecimento comercial em seu *mix* de lojas. Em casos limitados, a cláusula de raio pode ser considerada lícita quando adstrita razoavelmente para prevenir comportamentos oportunistas e garantir o retorno do investimento sem impor limites não razoáveis à concorrência[86]".

Sobre o tema:

> "A Turma, por maioria, entendeu ser cabível recurso especial contra decisão não definitiva, desde que não se trate de reexame do seu contexto fático, mas da interpretação da abrangência de norma legal sobre a viabilidade da aplicação do instituto da tutela antecipada, ou o controle da legitimidade das decisões de medidas liminares. No mérito, o colegiado deferiu a suspensão provisória – até julgamento definitivo nas instâncias ordinárias – da execução de decisão administrativa do CADE que, dentre outras medidas, obrigou *shopping center* a abster-se de incluir nas relações contratuais de locação de espaços comerciais a cláusula de raio, pela qual os lojistas se obrigam a não instalar lojas a pelo menos 2 km de distância do centro de compras. Precedentes citados: AgRg no REsp 1.052.435-RS, DJe 5/11/2008, e REsp 696.858-CE, *DJe* 1º/8/2006"(REsp 1.125.661-DF**,**Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho).

10.6.4.Sucessão na falência e recuperação

Em artigo publicado na Revista da EMERJ,[87] comentei os efeitos da falência e da recuperação no estabelecimento empresarial.

Questão tormentosa diz respeito à sucessão trabalhista na falência e na recuperação. É preciso definir, a priori, alguns pontos relevantes. Para o Direito do Trabalho, empregador é a empresa, individual ou coletiva, que assume os riscos do negócio, admite, remunera e dirige a prestação pessoal dos serviços.[88] A doutrina majoritária registra a atecnia do conceito, pois *empresa*, no sentido econômico, é a *atividade* economicamente organizada que reúne capital, trabalho, insumos e tecnologia para a produção e circulação de bens ou prestação de serviços. Porque considerada objeto de direito do empresário, a "empresa" não poderia assumir a condição de empregador.

Penso de modo diferente. Ao invés de atécnico, o conceito de empresa na CLT é preciso. Não estou, com essa afirmação, sugerindo um novo conceito de empresa. Como dito, empresa é a atividade exercida pelo empresário. Quando a lei trabalhista diz que nenhuma alteração na estrutura da empresa afetará os contratos de trabalho,[89] está, em rigor, emprestando ao conceito de empresa o objetivo principal de resguardar os direitos do empregado.

A despersonalização do empregador consolida o princípio maior que tutela os interesses dos hipossuficientes, além de outros princípios constitucionais que asseguram a dignidade da pessoa humana e o direito ao trabalho. Como anota Sérgio Pinto Martins,[90] "a equiparação do empregador à empresa tem por base a teoria institucionalista. A empresa é algo que perdura no tempo, feita para durar, duradoura". Com precisão, Evaristo Moraes Filho registra que

"Esta despersonalização do empregador, cuja correspondência em termos jurídicos implica em dizer que o contrato de trabalho não é tributário dos pactos *intuitu personae* quanto a um dos contratantes (exatamente o empregador), embora possa sê-lo em casos excepcionais, leva diretamente ao reconhecimento de uma afirmativa nova e mais audaciosa: a de que o contrato de trabalho, uma vez celebrado, leva mais em consideração a empresa do que propriamente a pessoa de quem o concluiu pelo lado patronal".[91]

Dito isso, passo às controvérsias. O art. 141, II, da Lei de Falências diz 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, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidente de trabalho". (grifo nosso)

É inquestionável que o art. 141, II, da Lei de Falências não deixou margem para interpretação diversa, pois excluiu expressamente da sucessão os créditos trabalhistas e acidentários. Diz mais: os empregados do devedor, que forem contratados pelo arrematante, devem ser admitidos mediante novos contratos de trabalho, não respondendo o arrematante por obrigações decorrentes do contrato anterior.[92] Por expressa disposição legal, não há que se falar, na falência, em sucessão do arrematante nas obrigações trabalhistas e acidentárias. A regra não poderia ser diversa, pois a existência da sucessão implicaria inúmeras dificuldades na alienação do estabelecimento do falido se onerado com esses passivos. A atual lei prima pelo princípio da maximização do ativo, ou seja, sempre que possível, deve-se otimizar, maximizar o ativo para uma maior satisfação dos credores.

A sucessão na recuperação é questão ainda mais delicada. O *caput* do art. 60 e o parágrafo único dizem não haver sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive nas de natureza tributária, se o plano de

recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou unidades produtivas isoladas, do devedor. Há quem sustente que esse artigo deve ser interpretado de forma extensiva, no sentido de que o legislador apenas exemplificou as obrigações, não as taxando *numerus clausus*. O argumento é inconsistente, pelos seguintes motivos:

> a)é certo que o intérprete não pode excepcionar se o próprio legislador não o fez. Se a mens legis fosse exemplificar as obrigações em que não haveria sucessão, teria disposto da mesma forma no art. 141, II;
> b)na recuperação judicial não há regra impondo ao adquirente de estabelecimento a celebração de novos contratos de trabalho com os empregados que continuarem a prestação dos serviços;
> c)o *caput* do art. 60 somente se refere a filiais ou unidades produtivas *isoladas*, envolvidas no plano de recuperação judicial proposto pelo devedor empresário;
> d)se reconhecida a sua utilidade, pelo juiz, o art. 66 admite, em caráter excepcional, a alienação ou oneração de bens ou direitos do ativo permanente do devedor. Não se questiona que essa alienação do estabelecimento será extrajudicial, ou seja, o chamado trespasse do estabelecimento, em que a regra é a sucessão do arrematante por todas as obrigações existentes, desde que regularmente contabilizadas.[93]

A execução é essencialmente patrimonial, constringindo bens do devedor e, excepcionalmente, de terceiro. Diz-se que toda a execução é real, pois incide sobre todo o patrimônio e não sobre a pessoa do devedor, como expresso no art. 789 do novo Código de Processo Civil: "O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei".

<u>Sobre o tema:</u>

> "Tributário. Sucessão. Arrematação judicial. – A arrematação judicial não vincula o arrematante ao antigo proprietário dos bens arrematados. Não e contrato, mas negócio jurídico processual entre o estado e o arrematante (Pontes de Miranda). Por isto o arrematante não e sucessor tributário, e os bens arrematados não podem ser penhorados em execução movida contra seu anterior proprietário. – Precedentes do tfr e deste tribunal. – Apelação improvida" (TRF5, Apelação Cível: AC 4139 PE 89.05.11296-0, Rel. Des. Federal Hugo Machado).

"Processo Civil. Arrematação. Falência. Tributo predial incidente sobre o imóvel arrematado. Matéria concernente ao processo falimentar. Negativa de vigência ao art. 130, parágrafo único, ctn. Precedentes doutrina. Recurso especial provido.

I – Na hipótese de arrematação em hasta pública, dispõe o parágrafo único do art. 130 do Código Tributário Nacional que a sub-rogação do crédito tributário, decorrente de impostos cujo fato gerador seja a propriedade do imóvel, ocorre sobre o respectivo preço, que por eles responde. Esses créditos, até então assegurados pelo bem, passam a ser garantidos pelo referido preço da arrematação, recebendo o adquirente o imóvel desonerado dos ônus tributários devidos até a data da realização da hasta.

II – Se o preço alcançado na arrematação em hasta pública não for suficiente para cobrir o débito tributário, não fica o arrematante responsável pelo eventual saldo devedor. A arrematação tem o efeito de extinguir os ônus que incidem sobre o bem imóvel arrematado, passando este ao arrematante livre e desembaraçado dos encargos tributários" (STJ, REsp 166975, 4ª T., *DJ* 04.10.1999, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

"Sucessão configurada. Inclusão do sucessor no polo passivo da execução. Responsabilidade patrimonial. Dentre as hipóteses de responsabilidade patrimonial, encontra-se a sucessão, que se configura pela transferência patrimonial do devedor para o sucessor. Verifica-se, pois, o fenômeno da sucessão quando os elementos constantes dos autos são suficientes à formação da convicção de que houve transferência da unidade econômica jurídica de um para outro titular, de modo que deve ser atribuída a responsabilidade patrimonial do devedor executado ao terceiro sucessor, que, nesta hipótese, assume a obrigação pelo débito até o limite do capital absorvido. Nesta sistemática, a configuração da sucessão trabalhista autoriza, com respaldo no art. 568, II, do CPC, a inclusão do sucessor no polo passivo da execução, quando cabalmente comprovado o aproveitamento da estrutura

organizacional da empresa sucedida, bem como a aquisição da organização produtiva, sem alteração nos seus fins" (TRT23, AP – 01445.2007.003.23.00-5, 1ª Turma, Rel. Des. Tarcísio Valente, Publicado em 14.05.2010).

"Sucessão trabalhista. Arrematação em hasta pública. Não ocorrência. Não se caracteriza a sucessão trabalhista quando a alteração na propriedade do imóvel onde o reclamante prestou labor decorreu em razão de arrematação do bem em hasta pública, consistindo a hipótese em exceção às regras previstas nos artigos 10 e 448 da CLT" (TRT – AP-00339.2002.031.23.00-9)

"Tributário – Arrematação judicial de veículo – Débito de IPVA – Responsabilidade tributária – CTN, art. 130, parágrafo único.

1. A arrematação de bem em hasta pública é considerada como aquisição originária, inexistindo relação jurídica entre o arrematante e o anterior proprietário do bem.

2. Os débitos anteriores à arrematação sub-rogam-se no preço da hasta. Aplicação do artigo 130, § único, do CTN, em interpretação que se estende aos bens móveis e semoventes.

3. Por falta de prequestionamento, não se pode examinar a alegada violação ao disposto no art. 131, § 2º, da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido" (REsp 807.455/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon).

Em resumo:

Sempre haverá sucessão quando caracterizado o trespasse, ou seja, venda extrajudicial do estabelecimento, conforme o disposto nos artigos 10 e 448 da CLT. Por outro lado, não há que se falar em sucessão quando a venda do estabelecimento for judicial, como na execução, falência e recuperação judicial. Entendo que se houver autorização judicial para a alienação extrajudicial ou oneração de estabelecimento do devedor, não indicado no

plano,[94] aplicam-se as regras relativas ao trespasse: o arrematante sucede o alienante.

10.7.PRINCIPAL ESTABELECIMENTO E SEDE

As expressões sede e principal estabelecimento não são sinônimas. Sede identifica domicílio e tem conotação meramente administrativa. É adequada do ponto de vista contratual. Principal estabelecimento revela o aspecto operacional da empresa e é termo mais adequado do ponto de vista econômico. A locução principal estabelecimento encerra o conteúdo completo do lugar onde estão os livros obrigatórios da empresa, onde se situa a sua chefia, de onde partem ordens, diretrizes e instruções. Numa palavra: o centro das suas decisões, a sua matriz.[95] As filiais, sucursais e agências são estabelecimentos secundários, de modo geral vinculados ao estabelecimento principal. Há quem sustente que o principal estabelecimento é o local de maior concentração da atividade empresarial; local mais expressivo em termos patrimoniais; local do maior volume de negócios. Para Miranda Valverde, é o local onde é feita a contabilidade, onde estão os livros exigidos por lei, de onde se emanam as ordens e os comandos da empresa.

O art. 3º da Lei nº 11.101/2005 dispõe: "É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil".

Esta competência é absoluta, improrrogável, por ser funcional.

Sobre o tema:

E. nº 466 do CJF: "Arts. 968, IV, parte final, e 997, II. Para fins do Direito Falimentar, o local do principal estabelecimento é aquele de onde partem as decisões empresariais, e não necessariamente a sede indicada no registro público[96].

10.8.VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

Analise as proposições abaixo e diga se são verdadeiras ou falsas:

1)Estabelecimento empresarial é o complexo de bens organizado para exercício da empresa, por empresário ou por sociedade empresária.

2)Salvo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente nos cinco anos subsequentes à transferência.

3)O adquirente do estabelecimento não responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, contabilizados ou não, exceção feita aos débitos fiscais.
4)A natureza jurídica do estabelecimento empresarial é de uma universalidade de direito.
5)A alienação de estabelecimento empresarial não é possível por se tratar de patrimônio indisponível da sociedade empresária.
6)O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que estejam regularmente contabilizados. A responsabilidade do credor primitivo permanecerá pelo prazo de um ano a contar da publicação da transferência quando se referir a créditos vencidos ou a contar da data do vencimento da dívida quando se tratar de outros créditos.
7)O estabelecimento é composto por bens corpóreos e incorpóreos, sendo o aviamento um exemplo de bem intangível.
8)O estabelecimento é o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos operado pelo empresário, sendo sujeito de direito, portanto, tendo poder para ingressar em juízo na defesa de seus interesses.
9)Como regra geral, o contrato de trespasse depende, como condição de sua validade, do consentimento dos credores do alienante.
10)Como regra geral, o contrato de trespasse depende, como condição de sua eficácia perante os credores do adquirente, do consentimento expresso destes.
11)Como regra geral, o contrato de trespasse depende, como condição de sua validade perante terceiros, apenas de sua averbação no órgão do registro do comércio.
12)Quanto à alienação de um estabelecimento, pode-se afirmar que implica no impedimento de o alienante fazer concorrência ao adquirente, no prazo de cinco anos subsequentes à transferência, salvo se tal condição tiver sido expressamente dispensada pelo adquirente.
13)Quanto à alienação de um estabelecimento, pode-se afirmar que o adquirente do estabelecimento não ficará sub-rogado no pagamento das dívidas anteriores à alienação.
14)Quanto à alienação de um estabelecimento comercial, pode-se afirmar que o adquirente ficará sub-rogado nos créditos referentes ao estabelecimento, independentemente da publicação da transferência.
15)Dá-se a extinção da patente com a morte de seu titular.

16)A patente garante a seu titular o direito de explorar com exclusividade, por determinado prazo de tempo, um modelo de utilidade.
17)A patente garante a seu titular o direito de explorar com exclusividade, por determinado prazo de tempo, uma marca tridimensional.
18)A patente garante a seu titular o direito de explorar com exclusividade, por determinado prazo de tempo, uma descoberta.
19)O prazo de vigência da patente de modelo de utilidade não será inferior a oito anos, a contar da data da concessão, ressalvada a hipótese do INPI estar impedido de proceder ao exame do mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.
20)A patente do modelo de utilidade vigorará pelo prazo de dez anos, contados da data do depósito.
21)A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 anos, contados da data do depósito.
22)A patente de um modelo de utilidade vigorará pelo prazo de 15 anos, contados da data do depósito, nunca inferior a sete anos da data de concessão do registro, ressalvada a hipótese do Instituto Nacional de Propriedade Industrial estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.
23)Quanto às "marcas de alto renome" é possível afirmar que sua proteção se dá por períodos de 20 anos, renováveis.
24)A utilização indevida de título de estabelecimento alheio, com a intenção de induzir a clientela a erro, consistirá em ato de concorrência desleal, mesmo que o título de estabelecimento não coincida com marca registrada pelo empresário.
25)Constitui prática tipificada de concorrência desleal reter bens de produção ou de consumo, ainda que para garantir a cobertura dos custos de produção.
26)A espécie societária que não admite firma para formação do nome comercial é a sociedade anônima.
27)A espécie societária que não admite firma para formação do nome comercial é a sociedade limitada.
28)A espécie societária que não admite firma para formação do nome comercial é a sociedade em nome coletivo.
29)A espécie societária que não admite firma para formação do nome comercial é a sociedade em comandita simples.
30)A invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando não compreendidos no estado da técnica.

31)O estabelecimento pode ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza.
32)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.
33)O adquirente do estabelecimento responde individualmente pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados.
34)O alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos três anos subsequentes à transferência, mesmo diante de autorização expressa.
35)Para o direito empresarial brasileiro, o conceito de empresa é objetivo, ou seja, empresa é o estabelecimento, enquanto empresário é a pessoa física que exerce sua atividade na empresa.
36)Nome empresarial e título do estabelecimento são conceitos que não se confundem, uma vez que o nome empresarial se refere às relações do empresário perante os consumidores em geral, enquanto o título do estabelecimento significa a forma empresarial adotada no que concerne à limitação da responsabilidade.
37)Mesmo que o empresário adote o sistema de fichas de lançamentos, o livro diário, por ser obrigatório, não pode ser substituído pelo livro balancetes diários e balanços, ainda que observadas as mesmas formalidades extrínsecas exigidas para aquele.
38)A sociedade anônima opera sob firma ou razão social, sempre designativa do objeto social e integrada pelas expressões sociedade anônima ou companhia, por extenso ou abreviadamente.
39)O nome empresarial não pode ser objeto de alienação.
40)Pode constar da denominação da sociedade anônima o nome do fundador.
41)O nome de sócio que vier a falecer pode ser conservado na firma social, desde que ele seja seu fundador.
42)A denominação das associações e fundações é equiparado ao nome empresarial, para os efeitos da proteção da lei.
43)A sociedade cooperativa funciona sob denominação integrada pelo vocábulo “cooperativa”.
44)Um símbolo ou sinal específico formado por cores e denominações que estejam dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo podem ser registrados como marca.

45)A reprodução ou imitação de título, de moeda ou cédula de curso forçado da União, dos Estados, do DF, dos territórios e dos municípios, podem ser registradas como marca.

46)Consideram-se bens imateriais, para os efeitos legais, os direitos de propriedade industrial.

47)Dá-se a extinção da patente com a morte de seu titular.

48)Somente as sociedades empresárias, regularmente constituídas, têm o direito à renovação do contrato de locação.

49)A freguesia e clientela são bens incorpóreos que integram o estabelecimento.

50)No trespasse o adquirente responde solidariamente com o alienante por créditos tributários.

51)No trespasse o adquirente responde pelas dívidas anteriores à venda.

---

[1]Cód. Civil, art. 1.647, I.

[2]Cód. Civil, art. 978.

[3]*Op. cit*.

[4]*Op. cit*.

[5]Cód. Civil, art. 1.143.

[6]*Op. cit*.

[7]*Op. cit*.

[8]ENDEMAN. *Op. cit*.

[9]PLANIOL. *Op. cit*.

[10]Cód. Civil, art. 91.

[11]Cód. Civil, art. 90.

[12]Informativo nº 418 do STJ, REsp 8/2008.

[13]Precedentes citados: AgRg nos EDcl no Ag 746.461-RS, *DJe* 04.06.2009; REsp 857.327-PR, *DJe* 05.09.2008; REsp 994.218-PR, *DJe* 05.03.2008; AgRg no Ag 723.984-PR, *DJ* 29.05.2006, e REsp 354.622-SP, *DJ* 18.03.2002. REsp 1.114.767-RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 02.12.2009.

[14]Enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF). Justificativa: O estabelecimento comercial é o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos organizados para o exercício da empresa, pela sociedade empresária ou empresário, diante essa clássica definição de estabelecimento, temos a presença do estabelecimento comercial virtual que tem a mesma natureza jurídica do estabelecimento físico, enquadrando-se no artigo 1.142 do Código Civil, mesmo aquele possuindo em sua maioria bens imateriais. Diante a Súmula 451 do STJ, o estabelecimento comercial pode ser objeto de penhora, salvo exceções, assim temos a possibilidade de um website pertencente a uma empresa ser objeto de penhora e avaliação para garantia de um credito, visto que, esse é equiparado ao estabelecimento comercial físico. Ante tal quadro, como deve ser a regra para a penhora do website se há necessidade de nomeação de um administrador, ou depositário, e o modo de avaliação, deve se verificar a conjuntura/reconhecimento desse no ramo de sua atividade, se, situação bem peculiar, pois se trata de um bem incorpóreo.

[15]O E. nº 473 da V Jornada do CJF dispõe: “Art. 980-A, § 5º. A imagem, o nome ou a voz não podem ser utilizados para a integralização do capital da EIRELI”.

[16]Lei nº 8.934/1994, arts. 33, 34 e 35, V.

[17]Cód. Civil, art. 205.

[18]O art. 60 da Lei nº 8.934/1994 determina a perda da proteção do nome empresarial caso a sociedade, no período de 10 (dez) anos, não promova qualquer arquivamento na Junta Comercial nem comunique que se manterá em funcionamento.

[19]Lei nº 8.934/1994 e Decreto nº 1.800/1996.

[20]Enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF). Justificativa: O Código Civil, no 1.166 e seu par. único, estabelece que a proteção ao nome empresarial circunscreve-se aos limites do respectivo Estado. Todavia, preveem a possibilidade de extensão da proteção para esfera nacional, desde que se promova o arquivamento da certidão originária do registro dos atos constitutivos nas demais Juntas Comercias do país, o que torna onerosa e praticamente inviável a obtenção da proteção do nome empresarial em âmbito nacional. Tais dispositivos não se compatibilizam com a Convenção da União de Paris, da qual o Brasil é signatário e que estabelece, em seu art. 8, a proteção ao nome empresarial de estrangeiros em esfera nacional independentemente do registro. Isto gera uma violação ao princípio constitucional da isonomia, pois confere tratamento distinto a nacionais e estrangeiros. Deve-se lembrar que o nome empresarial apresenta status constitucional, art. 5, XXIX, da CR/1988, o que por si só descaracterizaria a reduzidíssima proteção trazida ao instituto pelo Código Civil, tendo em vista que seria no mínimo irrazoável amparar apenas em esfera estadual direito constitucional. Frise, ademais, que o nome empresarial integra os direitos da personalidade e objetiva a tutela da clientela e do crédito, para impedir que a má atuação de um empresário contamine outro. Por fim, continua em vigor o art. 3º, da Lei 6.404/1976, que não restringe a proteção da denominação de sociedades por ações ao estado de seu registro e a interpretação literal do art. 1.166 do Código Civil criaria dois regimes distintos e discriminatórios: proteção nacional para S.A. e estadual para as demais sociedades do Código Civil.

[21]Informativo nº 426 do STJ.

[22]Lei nº 9.279/1996, art. 191, V.

[23]O Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC) foi extinto e, em seu lugar, foi criado o Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI).

[24]Lei nº 8.934/1994, art. 34.

[25]Cód. Civil, art. 1.163, *caput* e parágrafo único.

[26]Decreto nº 916/1890, art. 7º, parágrafo único; Cód. Civil, art. 1.164.

[27]Cód. Civil, art. 1.155, parágrafo único.

[28]Cód. Civil, art. 1.157.

[29]Cód. Civil, art. 1.157, parágrafo único.

[30]Cód. Civil, art. 1.158, § 3º.

[31]Cód. Civil, art. 1.165.

[32]“Não são apenas as pessoas físicas que recorrem ao STJ para a proteção de sua identidade. Empresas, fundações e outras pessoas jurídicas também têm procurado a Casa para garantir seu direito de manter o nome, como o caso da Odebrecht Comércio e Indústria de Café Ltda. A gigante do ramo de engenharia e petroquímica, a Odebrecht S/A acionou a empresa do ramo de alimentos para que esta parasse de usar o nome. A empresa baiana alegou já atuar no mercado

desde 1945, sendo que seus produtos são reconhecidos pela marca Odebrecht, o nome de seu fundador. A empresa de café foi estabelecida em 1963 e foi também denominada com o sobrenome de seu fundador. O ministro Jorge Scartezzini, agora aposentado, considerou que, como Odebrecht era o sobrenome de ambos os fundadores das empresas e como elas atuavam em ramos diferentes do mercado, ambas poderiam continuar usando o nome. O magistrado entendeu que o nome já seria parte do patrimônio da empresa, sendo de caráter fundamental da identificação desta.

Também ocorrem alguns casos em que um dos sócios rompe a sociedade e exige a retirada de seu sobrenome da empresa anteriormente constituída. Os julgados do STJ têm usado diversos critérios nessas ações, como o tempo de constituição da empresa, o dano que poderia ser causado etc. Num caso julgado pelo falecido ministro Hélio Quaglia, um dos fundadores de uma firma de advocacia carioca deixou a empresa e exigiu a retirada de seu nome dela. O magistrado, entretanto, considerou que não haveria necessidade disso e que a retirada do nome causaria um severo prejuízo à firma. O advogado Estevão Rogério, especialista na área de Direito Comercial, afirma que essa decisão mostra a importância da defesa do papel social das empresas, que, como geradoras de emprego e produtoras de riquezas, não devem ser constantemente abaladas por desavenças pessoais entre seus gestores.

Apesar da maior flexibilidade adotada no Tribunal para tratar a questão dos nomes, há o cuidado de evitar abusos e mudanças de registros por mera vaidade ou desconforto social. Foi o caso de um advogado de Cuiabá que pediu a mudança de seu nome para incluir um prenome. O advogado alegou ter um nome extremamente comum e, segundo ele, o grande número de homônimos geraria situações desagradáveis, como negativação do seu nome na Receita, inclusão em serviços de proteção ao crédito e várias outras. Todavia, para a relatora da matéria, ministra Nancy Andrighi, um nome só poderia ser alterado se expusesse a pessoa ao vexame ou ridículo, o que não teria ficado claramente demonstrado. A ministra considerou ainda que o advogado não comprovou que o prenome que pretendia adotar já fosse de amplo conhecimento no seu meio familiar e social.

Impedir que um nome seja alterado também pode ser uma maneira de proteger um menor. Numa ação procedente de São Paulo, uma mãe pediu que o nome do pai de seu filho fosse retirado do registro deste. Afirmou que eles já estavam separados, que o genitor só teria visitado a criança duas vezes e que sequer cumpria sua obrigação de ajudar na manutenção da criança. O ministro Cesar Asfor Rocha, atual presidente do STJ, considerou não haver “uma motivação nobre para o pedido”, sendo tentativa de desforra contra o ex-marido. Para o ministro, a desavença entre o casal não justificaria a mudança de nome de um menor e ele poderia, ao completar a maioridade civil, requerer a alteração de seu nome” – Notícia veicula do site do STJ em 03.02.2009.

[33]Informativo COAD nº 32/1993.

[34]*V.g.,* Abuse e use etc.

[35]Cód. Civil, art. 997 e art. 51, § 4º, da Lei nº 8.245/1991.

[36]Conhecido como Lei de Luvas.

[37]Lei nº 9.279/1996.

[38]Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, sociedade simples instituída pela Lei Federal nº 5.988/1973, criada pelas associações de titulares de direitos autorais e conexos e mantida pela atual Lei de Direitos Autorais Brasileira – Lei nº 9.610/1998).

[39]Lei nº 9.279/1996, art. 122.

[40]Lei nº 9.279/1996, art. 124, XIX.

[41]Lei nº 9.279/1996, art. 124, VI.

[42]Lei nº 9.279/1996, art. 124, III.

[43]Lei nº 9.279/1996, art. 126.

[44]Lei nº 9.279/1996, art. 125.

[45]*Op. cit*.

[46]Cód. Civil, art. 206, § 3º, V, que trata da reparação civil. A indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido.

[47]Ex.: ISO.

[48]Ex.: CCPL.

[49]"É possível a coexistência de marcas homônimas no mercado".

Empresas que possuem marcas semelhantes podem coexistir de forma harmônica no mercado, desde que não causem confusão ao consumidor. A conclusão é da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao julgar questão em que a empresa Decolar Viagens e Turismo Ltda., dedicada à venda de passagens e pacotes turísticos em seu escritório, em São Paulo, pretendia inviabilizar a utilização da marca Decolar.com Ltda., que trabalha no mesmo ramo, porém opera apenas na internet.

Segundo os autos, a Decolar.com fez o pedido de registro da marca na Argentina, onde atuava originalmente, em 1999. A empresa passou a operar no Brasil em março de 2000 e passou a realizar campanha publicitária de grande expressão para divulgar suas atividades de venda de passagens aéreas pela internet. A Decolar Viagens e Turismo Ltda. possui registro na Junta Comercial do Estado de São Paulo desde 1994 e obteve concessão de registro da marca no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) em março/2000.

A empresa ajuizou ação judicial para impedir o uso do signo Decolar.com, argumentando que o portal na internet usa marca e denominação social idêntica à sua e exerce a mesma atividade. Em primeira instância, o magistrado julgou a ação procedente. A Decolar.com apelou ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), afirmando que a outra marca é composta por palavras que não podem ter exclusividade, porque se relacionam diretamente com a atividade em questão. O Tribunal paulista reformou a sentença, sustentando que não há possibilidade de confusão ou associação das marcas pelo consumidor e que nada impede a convivência das duas empresas no mercado. Afirmou, ainda, que a autora só se registrou no INPI após ver a concorrente projetar-se no mercado.

A Decolar Viagens e Turismo recorreu ao STJ, alegando negativa de prestação jurisdicional e cerceamento de defesa. Impugnou, ainda, o direito à precedência registral, de modo a impedir a convivência no mercado das duas marcas. A Quarta Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, seguindo as considerações do relator, ministro Fernando Gonçalves. Ele afirmou que as questões submetidas ao Tribunal de origem foram suficientes e adequadamente delineadas, com abordagem integral do tema, não existindo negativa de prestação jurisdicional.

O ministro Fernando Gonçalves destacou que o registro da empresa Decolar Viagens e Turismo no INPI foi concedido sem o direito ao uso restrito dos elementos nominativos e que a marca não tem exclusividade sobre as expressões "turismo", "viagens" e "decolar", mas apenas da reprodução completa do nome. Ressaltou que as empresas direcionam-se a públicos distintos, apesar de oferecerem serviços parecidos, portanto não há possibilidade de confusão ou indução do consumidor ao erro. Sustentando-se em precedentes do STJ, o relator apontou que a proteção ao signo estende-se somente a produtos e serviços

idênticos, semelhantes ou afins, desde que haja possibilidade de causar confusão a terceiros" – Texto veiculado no site no STJ em 05.07.2009.

[50]Informativo nº 484 do STJ.

[51]Ex.: tampa de rosca da Coca-Cola.

[52]*Op. cit*.

[53]CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*, 2. ed., v. 1, São Paulo: RT.

[54]De acordo com o INPI (site: www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/instituto) a licença compulsória existe para evitar abusos que possam advir do exercício do direito conferido pela patente, como a falta de uso efetivo. Tais medidas de salvaguarda, assim como a caducidade , visam a exploração efetiva do invento no país, pelo titular ou terceiros, legalmente licenciados, de forma que o privilégio concedido traga benefícios à sociedade e não seja simplesmente utilizado como medida abusiva do poder, interrompendo ou dificultando o desenvolvimento econômico e industrial do país. A licença compulsória somente poderá ser requerida após decorridos 3 (três) anos da concessão da patente. A licença compulsória, tal como estabelecida na Convenção de Paris e na legislação de muitos países, visa evitar o abuso do monopólio ou do direito exclusivo da patente por parte do titular. Nos países onde não existe a possibilidade de caducar a patente por falta de uso efetivo, a licença compulsória pode ser uma arma nas mãos do interessado em explorar a patente, quando o titular se recusa a lhe conceder a licença voluntária. No Brasil, sendo possível requerer a caducidade da patente por falta de uso efetivo dentro de dois anos contados da concessão da primeira licença compulsória, ou cinco anos contados da concessão da carta-patente para sua exploração, é de se entender que sejam raríssimos os pedidos de licença compulsória frente às vantagens oferecidas pela caducidade. Caducada a patente, cai o seu objeto em domínio público, podendo qualquer interessado explorá-la sem qualquer pagamento, ou mesmo importar o produto livremente. A LPI dispõe nos arts 68 a 74 sobre a concessão de licenças compulsórias em casos de:

1. insuficiência de exploração (art. 68, § 1º)

2. exercício abusivo (art. 68, § 2º)

3. abuso de poder econômico (art. 68, § 3º)

4. dependência de patentes (art. 70 – é aquela patente cuja exploração depende obrigatoriamente da utilização do objeto de patente anterior)

5. interesse público ou emergência nacional (art. 71).

[55]Lei nº 9.279/1996, art. 6º.

[56]*Op. cit*.

[57]Publicado no site <www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/instituto>.

[58]Lei nº 9.279/1996, art. 90.

[59]Lei nº 9.279/1996, art. 40.

[60]Lei nº 9.279/1996, art. 95.

[61]*cf*. Rubens Requião.

[62]*Op. cit*.

[63]*Op. cit*.

[64]*Op. cit*.

[65]BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

[66]Cód. Civil, art. 1.143.

[67]Cód. Civil, art. 1.144.

[68]CPC, art. 789.

[69]Cód. Civil, art. 1.145.

[70]Lei nº 11.101/2005, art. 94, III, "c".

[71]Lei nº 11.101/2005, art. 129, VI e parágrafo único.

[72]Lei de Falências, art. 86, III.

[73]Lei nº 11.101/2005, art. 149.

[74]Cód. Civil, art. 1.146.

[75]Cód. Civil, art. 1.146.

[76]CTN, art. 123.

[77]REsp 923.012-MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09.06.2010.

[78]CLT, art. 2º.

[79]BULGARELLI, Valdírio. *Teoria Jurídica da Empresa*, São Paulo: RT.

[80]FILHO, Evaristo de Morais. *Sucessão das Obrigações e a Teoria da Empresa*, São Paulo: LTr.

[81]ROMITA, Arion Sayão. *Direito do Trabalho, Temas em Aberto*, São Paulo: LTr.

[82]Cód. Civil, art. 1.147.

[83]Lei nº 9.276/1996, arts. 195, 208 e 210.

[84]Enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF). Justificativa: "A cláusula de não restabelecimento, em caso de alienação de estabelecimento empresarial, foi introduzida no ordenamento jurídico pelo Código Civil de 2002, embora a doutrina já a admitisse implicitamente com base da teoria da boa-fé objetiva pós-contratual. A previsão legal do art. 1.147 permite reduzir o prazo de 5 anos relativo à vedação de concorrência, nada dispondo, entretanto, sobre a possibilidade de sua ampliação. Ricardo Negrão, citando o art. 2557 do Código Civil italiano – que também já previa o mesmo prazo de 5 anos – e a doutrina de Georges Ripert, afirma que cláusulas dessa natureza "devem ser definidas no tempo, espaço e objeto (...), sob pena de afrontar o direito do vendedor de exercer profissão lícita de forma ilimitada, conforme garantia constitucional prevista no art. 5º, XIII" (Manual de Direito Comercial e de Empresa, vol. 1, 4ª ed. Saraiva, 2005, p. 97). Assim, o art. 1.147 deve ser interpretado no sentido de não se admitir ampliação do prazo limite de 5 anos, restringindo-se nesse aspecto a autonomia privada, em proveito da livre-iniciativa econômica, que consubstancia valor de ordem constitucional".

[85]Reiterando o entendimento acima esposado, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, enquanto autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, entende que a cláusula de raio por si só não é ilícita, desde que "adstrita a razoavelmente prevenir comportamentos oportunistas e garantir o retorno do investimento sem impor limites não razoáveis à concorrência no mercado relevante" (CADE, Processo administrativo nº 08012.002841/2001-13. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/arquivosPDF/Acordão-PA-2001-08012-002841-Center Norte-ShoppingD.pdf>).

[86]Artigo disponível no site <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJC39E3B8EITEMID093F56C62DA842FA94CAC8537EC6D350PTBRNN.htm>.

[87]Veja artigo na íntegra no site da autora: <www.monicagusmao.com.br>.

[88]CLT, art. 2º.

[89]CLT, arts. 10 e 447.

[90]*Direito do Trabalho*, Atlas, p. 165.

[91]*Do contrato de trabalho como elemento de empresa*, Rio de Janeiro, Universidade do Brasil, 1957, p. 239.

[92]LF, art. 141, § 2º.

[93]Código Civil, art. 1.146.

[94]Lei nº 11.101/2005, art. 66.

[95]O art. 3º da Lei de Falências diz que o foro competente para a decretação da falência é o do principal estabelecimento. Trata-se de competência absoluta (funcional).

[96]Enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF). Justificativa: A lei de falência em vigor, posterior a edição do Código Civil, estabelece que "é competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor (...)". O conceito jurídico indeterminado "principal estabelecimento do devedor", em regra, é o local de comando da empresa, isto é, é o estabelecimento, comumente denominado matriz ou sede, de onde partem os atos empresariais praticados pelos administradores sócios e não sócios. Entretanto, pode haver contrariedade entre o inciso IV, do artigo 75 e o inciso IV, parte final, do artigo 968, todos do CC, e para fins de interpretação do artigo 3º da Lei nº11.101, de 09.02.2005, essa contrariedade pode resultar em confusão, se o local onde funciona a diretoria e administração for distinto da sede, a ser estabelecida no contrato ou estatuto social. Desta forma, é importante frisar que tal antinomia é aparente, porque se considerará a sede como principal estabelecimento do devedor, valendo o que está escrito no contrato ou no estatuto social.

DA TRANSFORMAÇÃO, INCORPORAÇÃO, FUSÃO E CISÃO DAS SOCIEDADES

11.0.NOÇÕES GERAIS

O Código Civil prevê a transformação, a fusão e a cisão das sociedades. De forma exaustiva, esses institutos vinham disciplinados na Lei de Sociedades Anônimas. Com isso, o novel Código pôs fim à lacuna existente no Código Comercial. Seus dispositivos são, todavia, cópia da Lei nº 6.404/1976 e, para piorar, matéria de tanta relevância e complexidade veio tratada numa meia dúzia de artigos de forma tão sintética que é impossível ignorar o retrocesso. As sociedades por ações continuam reguladas pela Lei nº 6.404/1976. Nas sociedades contratuais, a disciplina está no Código Civil. Nas omissões, como, por exemplo, no caso da cisão, aplicam-se as normas da Lei nº 6.404/1976. Os temas serão abordados mais profundamente no Capítulo 11, item 11.4.

Sobre o tema:

E. nº 70 do CJF: "As disposições sobre incorporação, fusão e cisão previstas no Código Civil não se aplicam às sociedades anônimas. As disposições da Lei nº 6.404/1976 sobre essa matéria aplicam-se, por analogia, às demais sociedades naquilo em que o Código Civil for omisso".

E. nº 230 do CJF: "A fusão e incorporação de sociedades continuam reguladas pelas normas previstas na Lei nº 6.404/1976, não revogada pelo Código Civil (art. 1.089) quanto a esse tipo societário".

E. nº 232 do CJF: "Nas fusões e incorporações entre sociedades reguladas pelo Código Civil, é facultativa a elaboração de protocolo firmados pelos sócios ou administradores das sociedades; havendo sociedade anônima ou comandita por ações envolvidas na operação, a obrigatoriedade do protocolo e da justificação a ela se aplica".

11.1.TRANSFORMAÇÃO DA SOCIEDADE

Transformação é a modificação de um tipo societário em outro (*v.g.*, de sociedade limitada para sociedade anônima, ou vice-versa). Trata-se de uma reorganização empresarial que não acarreta dissolução da companhia. De acordo com o art. 1.113 do Código Civil, o ato de transformação de uma sociedade independe de sua dissolução ou liquidação.

É conveniente esclarecer que a transformação difere da conversão. Como dito, a transformação é a operação pela qual a sociedade muda de tipo jurídico, sem sofrer dissolução e liquidação, enquanto a conversão não altera a natureza jurídica da sociedade (simples ou empresária), não ocorrendo, assim, a mudança do tipo jurídico. É o caso da sociedade limitada, registrada no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, que transfere seu registro para a Junta Comercial, ou vice-versa.

O Código Civil admite a possibilidade de o empresário individual requerer ao Registro Público de Empresas Mercantis a transformação de seu registro de empresário para registro de sociedade empresária, caso venha a admitir sócios.[1] Da mesma forma, se a sociedade for reduzida a um único sócio (sociedade unipessoal), o Código permite que o sócio remanescente requeira ao Registro Público de Empresas Mercantis a transformação do registro da sociedade para empresário individual ou Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.[2] É conveniente ressaltar que a transformação do registro não se confunde com o instituto da transformação da pessoa jurídica, que decorre da mudança de tipo societário.

Sobre o tema:

> E. nº 465 do CJF: "Arts. 968, § 3º, e 1.033, parágrafo único. A 'transformação de registro' prevista no art. 968, § 3º, e no art. 1.033, parágrafo único, do Código Civil não se confunde com a figura da transformação de pessoa jurídica"[3].

A transformação obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição, próprios do tipo em que se vai converter.[4] É cabível em qualquer tipo de sociedade, inclusive nas sociedades simples. A transformação exige o consentimento unânime dos sócios ou acionistas, salvo se previsto no ato constitutivo, caso em que o sócio discordante poderá se retirar da sociedade.[5] É importante frisar que o Código Civil não mais permite renúncia ao direito de retirada mediante cláusula contratual expressa, como constava do parágrafo único do art. 221 da Lei nº 6.404/1976. O direito de retirada é irrenunciável. É nula qualquer cláusula em contrário.[6]

A transformação não prejudica o direito dos credores, que continuam com as mesmas garantias que o tipo anterior de sociedade lhes oferecia.[7] Em regra, a falência ou insolvência da sociedade transformada somente produzirá efeitos em relação aos sócios que, no tipo anterior, a eles estivessem sujeitos.[8]

11.2.INCORPORAÇÃO

Incorporação é o instituto pelo qual uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que as sucede em todos os direitos e obrigações.[9]

A incorporação não extingue a sociedade incorporadora. A incorporada extingue-se sem liquidação. Não há a criação de uma nova sociedade.[10]

Os sócios da sociedade incorporada devem aprovar as bases da operação e o projeto de reforma do ato constitutivo. A sociedade que se pretende incorporar tomará conhecimento desse ato, e, se o aprovar, autorizará os administradores a praticarem o necessário em relação à operação, inclusive a subscrição em bens pelo valor da diferença que se verificar entre o ativo e o passivo.[11] A deliberação dos sócios da sociedade incorporadora deverá nomear peritos para a avaliação do patrimônio líquido da sociedade incorporada. Aprovados os atos da incorporação, a incorporadora deverá declarar extinta a incorporada e promover a averbação no registro próprio.[12]

A lei[13] veda o abuso do poder econômico e proíbe a concentração de empresas quando houver ameaça ou violação da livre concorrência.

O credor anterior, que se diga prejudicado pela incorporação, tem prazo decadencial de 90 (noventa) dias para anular judicialmente a operação.[14] Convém esclarecer que nas sociedades anônimas o prazo é de 60 (sessenta) dias.[15]

11.3.FUSÃO

Fusão é o ato pelo qual duas ou mais sociedades se unem para formar uma nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.[16] As sociedades participantes desaparecem para originar uma nova. A fusão tem, pois, um efeito extintivo-associativo.[17]

A fusão será decidida na forma estabelecida para os respectivos tipos pelas sociedades que pretendam se unir. A lei impõe a realização de assembleia ou reunião de cada sociedade para a deliberação da fusão. Aprovados o projeto do ato constitutivo da nova sociedade e a forma de distribuição do capital social, devem ser nomeados peritos para a avaliação do patrimônio da sociedade. A lei não permite aos sócios integrantes da sociedade em regime de fusão, o direito de voto na avaliação do seu

patrimônio.[18] Constituída a nova sociedade, aos administradores cabe inscrever os atos relativos à fusão no registro próprio da sede.[19]

A exemplo do que ocorre na transformação, o credor anterior, que se diga prejudicado pela fusão, tem prazo de até 90 (noventa) dias para anular judicialmente a operação.[20] Conta-se o prazo da ação a partir da publicação dos atos relativos à fusão. Já nas sociedades anônimas o prazo é de 60 (sessenta) dias.[21]

A consignação em pagamento pela sociedade prejudicará a anulação pleiteada[22] e, se se tratar de dívida ilíquida, a sociedade poderá garantir-lhe a execução e suspender o processo de anulação.[23] Se, nesse ínterim, advier falência da sociedade, qualquer credor anterior poderá pedir a separação dos patrimônios para que os seus créditos sejam pagos pelos bens das respectivas massas.[24]

11.4.CISÃO

Cisão é a operação pela qual uma companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades preexistentes ou constituídas especialmente para esse fim, extinguindo-se a sociedade cindida, se todo o patrimônio for vertido à nova companhia, ou repartindo-se o capital, se a versão for parcial.[25] A cisão é um instrumento de reorganização societária. As sociedades resultantes da recomposição são autônomas e têm personalidade jurídica própria.

A cisão, fenômeno de evidente atualidade e de inegável importância para o direito societário, foi disciplinada com desdém no Código Civil, que se limita a descrever os direitos dos credores e não traça regras para sua realização. A meu ver, esse descaso legislativo dificulta a sua compreensão e somente permite a apreensão de sua dimensão e utilidade se tomarmos por empréstimo os subsídios da Lei das Sociedades Anônimas. Se o contrato social contiver cláusula expressa a aplicação será supletiva.[26] caso contrário, a Lei 6.404/1976 será aplicada por analogia.[27]

Convém ressaltar que a aplicação supletiva ou analógica da Lei nº 6.404/1976,[28] não exclui o disposto no art. 1.122 do Código Civil, por ser norma especial aplicada às sociedades regidas pelo Código Civil: "Até 90 (noventa) dias após publicados os atos relativos à incorporação, fusão ou cisão, o credor anterior, por ela prejudicado, poderá promover judicialmente a anulação deles." O art. 232 da Lei nº 6.404/1976 somente admite a anulação das operações de fusão e incorporação. Entendo que o parágrafo único do art. 233 da Lei nº 6.404/1976, pode ser aplicado, no ponto em que autoriza na cisão parcial, a oposição dos credores à clausula de exclusão de solidariedade, no prazo decadencial de sessenta dias.

Em resumo: admite-se o pedido de anulação de incorporação, fusão ou cisão das sociedades regidas pelo Código Civil, conforme o disposto no art. 1.122. Em relação às sociedades por ações, o art. 232 da respectiva lei somente autoriza o pedido de anulação de incorporação ou fusão, não fazendo expressa previsão à cisão. Os direitos dos credores anteriores à cisão de sociedade por ações estão dispostos no art. 233 da Lei nº 6.404/1976 (Ver Capítulo 14, item 14.15.3).

Sobre o tema:

E. nº 231 do CJF: "A cisão de sociedades continua disciplinada na Lei nº 6.404/1976, aplicável a todos os tipos societários, inclusive no que se refere aos direitos dos credores".

E. nº 227 do CJF: "O quorum mínimo para a deliberação da cisão de sociedade limitada é de três quartos do capital social".

11.5.VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

Analise as proposições abaixo e diga se são verdadeiras ou falsas:

1)A operação de incorporação de sociedade implica extinção da incorporada e a assunção de seus débitos pela incorporadora.

2)A cisão é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

3)O ato de transformação importa na obediência às normas de constituição e inscrição próprias do tipo em que a sociedade vai se converter.

4)O ato de fusão implica sucessão dos direitos e obrigações de uma sociedade existente por outra sociedade recém-constituída.

5)As operações de incorporação e fusão dependem, obrigatoriamente, da deliberação dos sócios.

6)Na operação de incorporação de sociedade, realizada entre partes independentes e vinculada à efetiva transferência de controle, os ativos e passivos da sociedade a ser incorporada ou decorrente de fusão ou cisão serão contabilizados pelo seu valor de mercado, e não pelo valor histórico.

7)A incorporação é a operação pela qual duas ou mais sociedades se unem para formação de nova sociedade.

8)A deliberação sobre a transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia compete privativamente à assembleia-geral.

9)O ato de transformação importa dissolução da sociedade.

10)O ato de fusão importa na sucessão dos direitos e obrigações de uma sociedade existente por outra sociedade recém-constituída.

11)No que tange à incorporação, fusão e cisão de sociedade, o credor anterior que se sentir prejudicada poderá, no prazo de 2 (dois) anos após a publicação do ato, promover a anulação judicial.

12)O ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade.

13)Na incorporação, a incorporadora somente responde pelas obrigações contraídas pela incorporada nos 2 (dois) anos anteriores à operação.

14)As disposições sobre incorporação, fusão e cisão previstas no Código Civil não se aplicam às sociedades anônimas.

15)As disposições da Lei nº 6.404/1976 sobre incorporação, fusão e cisão aplicam-se, por analogia, às demais sociedades naquilo em que o Código Civil for omisso.

16)O Código Civil admite a possibilidade de o empresário individual requerer ao Registro Público de Empresas Mercantis a transformação de seu registro de empresário para registro de sociedade empresária ou simples, caso venha a admitir sócios.

17)Os sócios da sociedade incorporada devem aprovar as bases da operação e o projeto de reforma do ato constitutivo.

18)O credor anterior, que se diga prejudicado pela incorporação, fusão ou cisão, tem prazo decadencial de 60 (sessenta) dias para anular judicialmente a operação.

19)A cisão de sociedades regidas pelo Código Civil continua disciplinada na Lei nº 6.404/1976.

20)Ocorre transformação quando sócio remanescente requeira ao Registro Público de Empresas Mercantis a transformação do registro da sociedade para empresário individual.

---

[1]Cód. Civil, art. 968, § 3º.

[2]Cód. Civil, art. 1.033, parágrafo único.

[3]Enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF). Justificativa: A transformação propriamente dita, positivada como regra geral apenas para as sociedades dotadas de personalidade jurídica, envolve única entidade, que passa a se revestir de novo tipo societário, sem se dissolver ou liquidar seu patrimônio (art. 1.113, Código Civil). A sociedade transformada corresponde à mesma pessoa jurídica que já existia anteriormente à transformação. A "transformação" mencionada no art. 968, § 3º, no art. 980-A, § 3º (implicitamente) e no art. 1.033, parágrafo único, do Código Civil, pressupõe que ou uma sociedade deixará de existir (mudança de sociedade para empresário individual ou empresa individual de responsabilidade limitada) ou que a pessoa física do empresário individual continuará a existir e que adicionalmente surgirá

um novo sujeito de direitos (mudança de empresário individual para a sociedade ou empresa individual de responsabilidade limitada). Portanto, há que se diferenciar as operações e seus respectivos efeitos jurídicos, de sorte a não atrair para a transformação imprópria o regime jurídico da transformação societária.

[4]Cód. Civil, art. 1.113.

[5]Cód. Civil, art. 1.114.

[6]Lei das Sociedades Anônimas, art. 109, V.

[7]Cód. Civil, art. 1.115.

[8]Cód. Civil, art. 1.115, parágrafo único.

[9]Código Civil, art. 1.117.

[10]*RT* 732/302.

[11]Cód. Civil, art. 1.117, §§ 1º e 2º.

[12]Cód. Civil, art. 1.120, §§ 2º e 3º.

[13]Lei nº 12.529/2011.

[14]Cód. Civil, art. 1.122.

[15]Lei nº 6.404/1976, art. 232.

[16]Cód. Civil, art. 1.120.

[17]Cód. Civil, art. 1.119.

[18]Cód. Civil, art. 1.120, § 3º.

[19]*RTJ* 111/456.

[20]Cód. Civil, art. 1.122.

[21]Lei nº 6.404/1976, art. 232.

[22]Cód. Civil, art. 1.122, § 1º.

[23]Cód. Civil, art. 1.122, § 2º.

[24]Cód. Civil, art. 1.122, § 3º.

[25]Lei nº 6.404/1976, art. 229.

[26]Cód. Civil, art. 1.053.

[27]LICC, art 4º.

[28]Lei nº 6.404/1976, art. 233.

SOCIEDADE LIMITADA

12.0.CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Há controvérsia sobre a origem da sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Para uns, nasceu na Alemanha, em 1892, e foi adotada depois em Portugal; para outros – porque a legislação inglesa serve-se da expressão limited –, é britânica. A França instituiu em 1863 um tipo de sociedade anônima impropriamente chamado societé à responsabilité limitée.[1] Até o Código Civil, as sociedades por quotas de responsabilidade limitada eram reguladas no Brasil pelo D. nº 3.708/1919. Norma enxuta, sem formalismo exagerado, em dezenove artigos regulava de forma clara e simples um tipo societário adotado por mais de 95% (noventa e cinco por cento) das sociedades existentes no país. O Código Civil mudou sua denominação para "sociedade limitada" a fim de distingui-la das demais sociedades por ele regidas, que, da mesma forma, têm seu capital social dividido em quotas. Inegavelmente, impôs um sem-número de regras para a adaptação das antigas sociedades ao novo modelo.[2]

Nunca é demais ressaltar que a expressão "sociedade limitada" pode induzir a erro. Toda sociedade tem responsabilidade ilimitada,[3] e responde com seu patrimônio para satisfação dos credores. A responsabilidade dos sócios é que vai depender do tipo societário adotado. Distingue-se a responsabilidade dos sócios perante a sociedade e perante terceiros. Perante aquela, os sócios têm responsabilidade pessoal, restrita ao valor de suas quotas. Descumprida a obrigação de integralizar o valor subscrito, a sociedade pode cobrar do sócio somente o valor devido. Os demais sócios não respondem perante a sociedade, por inexistir solidariedade entre eles e a pessoa jurídica. Perante terceiros, os sócios respondem solidariamente pela integralização de todo o capital social. Dito com mais rigor, respondem pela parte do capital que ainda não foi integralizada.[4] O credor que não teve seu crédito satisfeito pela sociedade não poderá demandar os sócios para cobrar o remanescente de seu crédito, pois sócios somente respondem perante terceiros pela parte faltante do capital.[5]

Sobre o tema:

E. nº 65 do CJF: "A expressão 'sociedade limitada', tratada no art. 1.052 e seguintes do Código Civil, deve ser interpretada stricto sensu, como 'sociedade por quotas de responsabilidade limitada'".

12.1.NATUREZA JURÍDICA

Vem de muito a discussão acerca da natureza jurídica da sociedade limitada, se sociedade de pessoas ou de capital. Sendo certo que não pode haver sociedade sem sócios e capital, o que define se uma sociedade é de pessoas ou de capital é a prevalência dos sócios sobre o capital, ou vice-versa. O que conta é o grau de dependência da sociedade em relação aos sócios.[6] Não se trata de questão bizantina. Para Fábio Ulhoa,[7] a natureza da sociedade limitada é relevante apenas na solução de três questões: as condições para a cessão de quotas, a penhorabilidade destas e as implicações do falecimento de sócio".[8] Parte majoritária da doutrina[9] diz tratar-se de sociedade de pessoas; a minoritária,[10] de capital. Para mim, tem natureza mista ou híbrida, isto é, tanto pode ser de pessoas quanto de capital. Depende da análise do contrato social. Será de capital se o contrato permitir, por exemplo, a livre cessão e penhora de quotas ou possibilidade de ingresso na sociedade do herdeiro de sócio falecido. Será de pessoas se proibi-la, condicioná-la à anuência dos sócios ou ao seu direito de preferência, ou proibir a entrada de herdeiro do sócio. O Código Civil dá-lhes perfil personalista. Considera-as sociedades de pessoas,[11] em geral, nas omissões do contrato.

A determinação da natureza jurídica é importante para se admitir ou não o ingresso de terceiros nos quadros societários.

É conveniente destacar que as sociedades limitadas, quanto aos atos constitutivos, têm natureza contratual (contrato plurilateral), diferentemente das sociedades por ações, que têm natureza institucional.

12.2.NOME EMPRESARIAL E A EXPRESSÃO "LTDA."

Nome empresarial é o nome adotado por uma pessoa física ou jurídica para gerir o seu negócio. Assim como o nome civil designa a pessoa natural, o nome empresarial individualiza o empresário e sua empresa.

O nome empresarial deve refletir a responsabilidade dos sócios e garantir o direito dos que contratam com a sociedade. A sociedade limitada pode adotar como nome empresarial firma[12] ou denominação,[13] integradas à expressão "limitada", por extenso ou abreviada, ao final do nome empresarial.[14] Embora a lei diga que o desprezo a essa regra acarreta responsabilidade ilimitada aos administradores que empregarem a firma ou a denominação da sociedade,[15] sustento que essa responsabilidade deve ser afastada se o contratante tinha ciência inequívoca do tipo de sociedade com a qual contratara, mesmo que omitida a expressão "limitada". Boa-fé e eticidade permeiam as relações contratuais e devem sobrepor-se à interpretação crua da lei.[16]

O Código Civil[17] determina que a firma seja composta do nome de um ou mais sócios, desde que pessoas naturais, de modo indicativo da relação social. A denominação deve designar o objeto da sociedade, podendo compor-se do nome de um ou mais sócios.[18] O nome do sócio que falecer, for excluído ou retirar-se da sociedade[19] não pode ser conservado na firma social.[20] O direito ao nome é próprio, personalíssimo, inalienável e intransferível. Cabe ao sócio cujo nome tenha figurado na firma ou denominação pedir alteração do nome empresarial quando, por qualquer motivo, deixar a sociedade. Entendo aplicáveis essas regras também às denominações sociais, e não apenas às firmas.

A adoção de denominação, em vez de firma, é mais vantajosa para a sociedade porque a denominação não se altera com o ingresso ou dissidência de sócios, mas a firma tem de ser modificada com a saída do titular.

O art. 2º do Dec. nº 3.708/1919 exigia que do contrato de sociedade constasse cláusula dispondo sobre a responsabilidade dos sócios. Na omissão, entendia-se que a responsabilidade era ilimitada. Apesar de a regra constar no art. 53, III, "c", do Dec. nº1.800/1996, o Código Civil nada dispõe sobre a obrigatoriedade dessa especificação. Para mim, a previsão em contrato da responsabilidade dos sócios é desnecessária, já que essa limitação decorre de lei. A falta da declaração exigida no art. 53, III, "c", do Dec. nº1.800/1994 não impõe aos sócios responsabilidade ilimitada. O item 1.2.19 da IN nº10/2013 do DREI ratifica esse entendimento.[21]

12.3.APLICAÇÃO DA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS ÀS SOCIEDADES LIMITADAS

O art. 18 do Dec. nº 3.708/1919 mandava aplicar a Lei das Sociedades Anônimas às Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada naquilo que não estivesse regulado no contrato social. A doutrina nunca chegou a consenso. Para a maioria, em razão da pessoalidade da sociedade limitada, aplicava-se o Código Comercial se o contrato da sociedade e o D.nº 3.708/19 fossem omissos, e, na omissão desses, a Lei das Sociedades Anônimas. Corrente igualmente expressiva, se bem que minoritária, dizia que, em razão do caráter capitalista dessa sociedade, na omissão do contrato e do D. nº 3.708/19 aplicava-se primeiramente a Lei das Sociedades Anônimas e, na sua omissão, o Código Comercial.

Com a revogação tácita do Dec. nº 3.708/19 pelo novo Código Civil, essa discussão perdeu o encanto. O Código diz que nas omissões do capítulo que disciplina as sociedades limitadas[22] se aplicam as normas das sociedades simples.[23] Os sócios podem pactuar cláusulas diversas das que a lei determina, mas sempre tendo como referência o mínimo legal de

direitos que a lei assegura (Princípio da Autonomia de Vontade das Partes). O contrato social pode prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas das sociedades anônimas.[24]

A Lei das Sociedades por Ações somente se aplica às sociedades limitadas observados os seguintes requisitos:

> a)Omissão do contrato social e do capítulo que disciplina as sociedades limitadas e regras gerais do Código Civil.
> b)Cláusula contratual expressa prevendo a regência supletiva pela Lei 6.404/1976.
> c)Compatibilidade de normas (Lei 6.404/1976) a serem aplicadas.

Fora disso, as sociedades limitadas serão regidas pelas normas das sociedades simples.[25] Ainda que aplaudida por boa doutrina, entendo que a novação consagra autêntico retrocesso. Antes do Código Civil, a Lei das Sociedades Anônimas já era usada de forma supletiva nas omissões do contrato social, do Dec. nº 3.078/19 ou do Código Comercial. Que sentido prático há nessa mudança? A Lei das Sociedades Anônimas é extremamente enxuta, atual e prática, diferentemente dos artigos que disciplinam as sociedades simples, que são, em sua maioria, confusos, imprecisos e atécnicos. Assim também pensa Sérgio Campinho.[26]

<u>Sobre o tema:</u>

E. nº 231 do CJF: "A cisão das sociedades continua disciplinada na Lei nº 6.404/1976, aplicável a todos os tipos societários, inclusive no que se refere aos direitos dos credores. Interpretação dos arts. 1.116 a 1.122 do Código Civil".

E. nº 222 do CJF: "O art. 997, V, não se aplica à sociedade limitada na hipótese de regência supletiva pelas regras das sociedades simples".

E. nº 391 do CJF: "A sociedade limitada pode adquirir suas próprias quotas, observadas as condições estabelecidas na Lei das Sociedades por Ações".

E. nº 392 do CJF: "Nas hipóteses do art. 1.077 do Código Civil, cabe aos sócios delimitarem seus contornos para compatibilizá-los com os princípios da preservação e função social da empresa, aplicando-se, supletiva (art. 1.053, parágrafo único) ou analogicamente (art. 4º da LICC), o art.

137, § 3º, da Lei das Sociedades por Ações, para permitir a reconsideração da deliberação que autorizou a retirada do sócio dissidente".

Em resumo: a Lei das Sociedades Anônimas pode ser aplicada às sociedades limitadas nas seguintes hipóteses:

CONTRATO SOCIAL	CÓDIGO CIVIL	SOCIEDADE SIMPLES	SOCIEDADE ANÔNIMA
Aplicação das cláusulas essenciais e não essenciais, desde que não contrariem o mínimo legal estabelecido pelo Código Civil – Princípio da Autonomia da Vontade das Partes.	Aplicação das regras gerais que disciplinam as sociedades por ele regidas. O contrato social não pode dispor em contrário, por tratar-se de normas cogentes, como por exemplo, quoruns de deliberações.	Aplicação das regras que disciplinam as sociedades simples, na omissão do contrato social e do capítulo que rege as sociedades limitadas – art. 1.053, caput, do Código Civil.	A) Aplicação supletiva da Lei das Sociedades por Ações, quando da omissão do contrato social, do capítulo que disciplina as sociedades limitadas e das regras gerais do Código Civil, se houver cláusula expressa – art. 1.053, parágrafo único, do Código Civil. B) Aplicação analógica da Lei das Sociedades por Ações, quando houver omissão do contrato social, do capítulo que disciplina as sociedades limitadas e das regras gerais do Código Civil, não houver cláusula contratual expressa de aplicação da Lei

			6.404/1976 – art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. C) Aplicação em decorrência de previsão legal – art. 3º da Lei nº 11.638/2007.

É importante ressaltar que o parágrafo único do art. 3º da Lei nº 11.638/2007 criou as sociedades de grande porte: "Considera-se de grande porte, para os fins exclusivos desta Lei, a sociedade ou conjunto de sociedades sob controle comum que estiver, 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)". Essas sociedades podem ser constituídas sob a forma de limitada devem observar as disposições da LSA sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários.[27]

12.4.RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS

Ainda que a responsabilidade de cada sócio se restrinja ao valor de suas quotas, todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.[28] A principal obrigação assumida pelo sócio no momento da constituição da sociedade é a de integralização do valor do capital social subscrito; o vínculo jurídico é formado entre o sócio (devedor) e a sociedade (credora). Trata-se de obrigação pessoal. Não há solidariedade entre os sócios perante a sociedade. O inadimplemento da obrigação de integralizar valor subscrito autoriza a sociedade a demandar somente o sócio devedor (sócio remisso).

A integralização das quotas pode ser à vista ou a prazo. O contrato social tem de mencionar a quota de cada sócio no capital social e o modo de realizá-la.[29] Remisso é o sócio que descumpre a obrigação de integralizar o valor devido.[30]

A responsabilidade dos sócios deve ser aferida sob dois aspectos:

a) interna corporis, isto é, em relação à sociedade;

b) erga omnes, vale dizer, em relação a terceiros.

Perante a sociedade, os sócios têm responsabilidade individual, restrita ao valor das quotas que subscreveram no capital social.[31] Em relação a terceiros, respondem solidariamente pela integralização do capital

social.[32] Uma vez exaurido o patrimônio da sociedade devedora, os credores podem compelir todos os sócios a integralizarem a parte que faltar no capital social. Impõe-se ao credor o esgotamento do patrimônio social para ter direito à ação de integralização em face dos sócios.[33] A solidariedade determinada pela lei pode ser invocada por credores, caso o patrimônio social seja insuficiente, ou por terceiros, como por exemplo, o liquidante, em caso de dissolução da sociedade,[34] bem como o administrador judicial na falência da sociedade.[35]

Nesse caso, o sócio demandado tem direito de regresso em face do sócio devedor da integralização. Um exemplo será mais elucidativo: suponha-se que determinada sociedade declare, no contrato social, capital de R$ 90.000,00, integralizado em R$ 60.000,00 e dividido igualmente entre os sócios "A", "B" e "C", cada um com 30.000 cotas de R$ 1,00 (um real) cada uma. Os sócios "A" e "B" integralizaram à vista o valor devido, mas o sócio "C" comprometeu-se a integralizar o valor devido em 12 (doze) vezes. Suponha que essa sociedade contraiu obrigação de R$ 700.000,00, tendo R$ 400.000,00 de patrimônio líquido. Executada a sociedade, exaurido seu patrimônio, o credor pode imputar responsabilidade solidária aos sócios para cobrar o que falta para ser integralizado no capital social, isto é, R$ 30.000,00.

Nas sociedades limitadas, o sócio não responde pelas dívidas da sociedade porque sua responsabilidade se limita ao capital social. Caso contrário, a responsabilidade seria ilimitada. Integralizado o capital social, o sócio está isento de qualquer outra obrigação, e eventuais credores da sociedade somente podem demandar os sócios pela quantia faltante na integralização do capital social. Em suma: a responsabilidade dos sócios perante a sociedade é restrita ao valor das quotas subscritas. Respondem, porém, solidariamente, perante terceiros, pelo capital faltante.

É conveniente ressaltar que credores somente podem cobrar o valor que faltar a ser integralizado no capital social após exaurir o patrimônio da sociedade. De início, a responsabilidade dos sócios perante terceiros é subsidiária. Caso comprovada a inexistência ou insuficiência de patrimônio social, poderão voltar-se contra qualquer sócio. Nesse caso, a responsabilidade será solidária.

Sobre o tema:

> E. nº 19 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: "Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor às relações entre sócios/acionistas ou entre eles e a sociedade".

Em resumo:

SOCIEDADE LIMITADA	RELAÇÃO SÓCIO E SOCIEDADE	RELAÇÃO SÓCIOS E TERCEIROS
RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS	A responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas. O contrato de sociedade tem natureza plurilateral, ou seja, há diversas relações jurídicas subsumidas em uma. A principal obrigação do sócio perante a sociedade é integralizar o valor devido. Essa obrigação é pessoal, não há solidariedade entre os sócios. Descumprida a obrigação, a sociedade somente pode cobrar do sócio que efetivamente descumpriu a obrigação – art. 1.052, 1ª parte, do Código Civil.	A responsabilidade dos sócios perante terceiros (credores) é solidária, ou seja, todos respondem pela parte que faltar a ser integralizada no capital social. Se um dos sócios não tiver integralizado a sua parte e o patrimônio da sociedade for insuficiente para adimplir determinada obrigação social, pode o credor cobrar de todos os sócios o valor que faltar a ser integralizado no capital social, sem prejuízo do direito de regresso do sócio que efetuar o pagamento – art. 1.052, 2ª parte, do Código Civil.

A regra é a limitação da responsabilidade dos sócios ao capital social, ou seja, até o valor que faltar a ser integralizado. Há exceções:

I) Art. 13 da Lei nº 8.620/1993[36]

O art. 13 da Lei nº 8.620/1993 foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade[37] em razão da violação do princípio constitucional da isonomia,[38] além de o art. 146 da Constituição Federal determinar que as normas gerais de Direito Tributário somente podem ser criadas ou estabelecidas por leis complementares.

O tema, até então controvertido, foi pacificado com a conversão da Medida Provisória nº 449/2008 – que revogou o art. 13º da Lei nº 8.620/1993[39] – na Lei nº 11.941/2009. Sustento que até o advento da edição de lei complementar posterior que regule a matéria se aplicam as regras do CTN, que revogou o art. 13º da Lei nº 8.620/1993.[40]

Era visível a vantagem do INSS em relação à Fazenda, pois a própria lei assegurava aos créditos previdenciários uma garantia desproporcional: no *caput*, a responsabilidade objetiva e solidária de todos os sócios não administradores; no parágrafo único, responsabilidade subsidiária e subjetiva dos administradores e majoritários. Não era razoável imputar responsabilidade objetiva e ilimitada aos sócios minoritários e responsabilidade subjetiva e subsidiária aos controladores e administradores de sociedades em razão de inadimplemento de dívida previdenciária.

Sobre o tema:

"Processual civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Art. 545 do CPC. Tributário. Execução fiscal. Redirecionamento. Art. 135 do CTN. Responsabilidade tributária do sócio quotista. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Débitos relativos à Seguridade social. Lei 8.620/1993, art. 13. Jurisprudência consolidada pela primeira seção do STJ.

1. A responsabilidade patrimonial secundária do sócio na jurisprudência do Eg. STJ funda-se na regra de que o redirecionamento da execução fiscal e seus consectários legais somente é cabível para o sócio-gerente da empresa quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa.

2. Tratando-se de débitos de sociedade para com a Seguridade Social, diversos julgados da Primeira Turma, inclusive desta relatoria, perfilhavam o entendimento da responsabilidade solidária dos sócios, ainda que integrantes de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, em virtude do disposto em lei específica, qual seja, a Lei nº 8.620/1993, segundo a qual 'o titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social' (artigo 13).

3. Não obstante, a Primeira Seção desta Corte, em recente sessão de julgamento, assentou que: 'Tributário e processual civil. Execução fiscal. Débitos para com a seguridade social.

Redirecionamento. Responsabilidade do sócio (sociedade por quotas de responsabilidade Ltda). Solidariedade. Previsão pela lei 8.620/1993, art. 13. Necessidade de lei complementar (CF, art. 146, 111, 'b'). Interpretações sistemática e teleológica. CTN, arts. 124, 11, e 135, 111. Código Civil, arts. 1.016 e 1.052. Violação ao art. 535. Inocorrência. (...)

4. A solidariedade prevista no art. 124, II, do CTN, é denominada de direito. Ela só tem validade e eficácia quando a lei que a estabelece for interpretada de acordo com os propósitos da Constituição Federal e do próprio Código Tributário Nacional.

5. Inteiramente desprovidas de validade são as disposições da Lei nº 8.620/1993, ou de qualquer outra lei ordinária, que indevidamente pretenderam alargar a responsabilidade dos sócios e dirigentes das pessoas jurídicas. O art. 146, inciso III, 'b', da Constituição Federal, estabelece que as normas sobre responsabilidade tributária deverão se revestir obrigatoriamente de lei complementar.

6. O CTN, art. 135, III, estabelece que os sócios só respondem por dívidas tributárias quando exercerem gerência da sociedade ou qualquer outro ato de gestão vinculado ao fato gerador. O art. 13 da Lei nº 8.620/1993, portanto, só pode ser aplicado quando presentes as condições do art. 135, III, do CTN, não podendo ser interpretado, exclusivamente, em combinação com o art. 124, II, do CTN.

7. O teor do art. 1.016 do Código Civil de 2002 é extensivo às sociedades limitadas por força do prescrito no art. 1.053, expressando hipótese em que os administradores respondem solidariamente somente por culpa quando no desempenho de suas funções, o que reforça o consignado no art. 135, III, do CTN.

8. A Lei 8.620/1993, art. 13 também não se aplica às Sociedades limitadas por encontrar-se esse tipo societário regulado pelo novo Código Civil, lei posterior, de igual hierarquia, que estabelece direito oposto ao nela estabelecido.

9. Não há como se aplicar à questão de tamanha complexidade e repercussão patrimonial, empresarial, fiscal e econômica, interpretação literal e dissociada do contexto legal no qual se insere o direito em debate. Deve-se, ao revés, buscar amparo em interpretações sistemática e teleológica, adicionando-se os comandos da Constituição Federal, do Código Tributário Nacional e do Código Civil para, por fim, alcançar-se uma resultante legal que, de forma coerente e juridicamente adequada, não desnature as Sociedades Limitadas e, mais ainda, que a bem do consumidor e da própria livre-iniciativa privada (princípio constitucional) preserve os fundamentos e a natureza desse tipo societário' (Recurso Especial nº 717.717/SP, da relatoria do e. Ministro José Delgado, julgado em 28.09.2005).

10. 'Esta Corte de Justiça não é competente para se manifestar sobre suposta violação a dispositivo constitucional, sequer a título de prequestionamento. Não havendo declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal na decisão agravada, inviável é a observância da reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal' (AgRg no REsp nº 354.135/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, *DJ* de 29.11.2004).

11. Agravo Regimental desprovido" (REsp/RS 610216, Min. Luiz Fux).

"Execução fiscal. Sócios.

Prosseguindo o julgamento, a Turma proveu o recurso, pois, na ausência de bens da executada o INSS pode redirecionar a execução fiscal contra os responsáveis, cujos nomes constam da CDA, cabendo a eles a demonstração de dirimentes ou excludentes previstas no CTN. Não procede, na espécie, a exigência do Juiz para que a autarquia faça a comprovação de responsabilidade tributária como condição de procedibilidade do pedido de citação (art. 35, caput, *do CTN*)" (REsp 278.741/SC, Rel. Min. Franciulli Netto).

Outra questão polêmica dizia respeito ao prazo prescricional para cobrança de crédito previdenciário. O STF já declarou a

inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei.8.212/1991, que tratam da prescrição e decadência de crédito tributário, com a edição da Súmula Vinculante nº 8. Em resumo: aplica-se o prazo decadencial e prescricional previsto nos artigos 173 e 174 do CTN.

II)Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica[41] (v. Cap. 9).
III)Aplicação dos arts. 1.015 e 1.016 do Código Civil.
IV)Aplicação do art. 1.080 do Código Civil.
V)Aplicação do inciso III do art. 135 do CTN.

Esta norma imputa responsabilidade pessoal aos administradores pelas obrigações tributárias resultantes dos atos praticados com excesso de poderes, infração da lei, do contrato social ou dos estatutos:

"Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I – as pessoas referidas no artigo anterior;

II – os mandatários, prepostos e empregados;

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado".

Antes de enfrentar a questão, acho conveniente ressalvar alguns pontos. No art. 135 do CTN, o elemento que desencadeará a solidariedade prevista será a infração dos deveres de boa administração, por excesso de poderes, violação da lei ou dos atos constitutivos pelos administradores. Para alguns, a responsabilidade do art. 135 do CTN melhor estaria classificada como responsabilidade por infração e não responsabilidade de terceiros, conforme a estrutura do citado Código, isto porque esse tipo de responsabilidade pressupõe a existência da prática de uma infração que prescinde da análise do elemento subjetivo, distinguindo-se dos arts. 136 e 137 do CTN.[42]

Tal responsabilidade surge em função de prática de ato com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto. Devidamente apurada pelo exequente, a responsabilidade passa a recair, também, sobre o responsável da culpa em sentido amplo.[43]

Diversos pontos ainda são polêmicos na questão da responsabilidade do administrador por infrações de natureza tributária. Vejamos:

1º)**Natureza jurídica da responsabilidade prevista no art. 135 do CTN.**
a)Há quem sustente que se trata de substituição tributária, em que se aplicam a solidariedade ou a subsidiariedade;[44]

b)Para outros, a solidariedade, que se dá *ab initio*, é típica solidariedade tributária, pois se dá juntamente com o fato gerador.[45]

Filio-me à segunda corrente. A Fazenda pode demandar em execução fiscal a sociedade e seu administrador, comprovados os requisitos do citado artigo. Por tratar-se de responsabilidade subjetiva, é certo que a simples falta de pagamento de determinado tributo não determina a responsabilidade do administrador. Essa hipótese é a da solidariedade*ab initio*, em que a Fazenda comprova, de imediato,[46] o fato constitutivo, com a devida inclusão da sociedade e do administrador no polo passivo. A solidariedade tem origem com o fato gerador. Caso contrário, é cediço que o mero inadimplemento de dívida tributária não autoriza a imposição de responsabilidade aos administradores. Como visto, o patrimônio e a personalidade jurídica da sociedade não se confundem com os dos sócios (Princípio da Autonomia Patrimonial). A sociedade devedora responde com todos os seus bens para satisfação dos credores.[47] Admite-se, contudo, o redirecionamento da execução fiscal em face dos administradores, desde que comprovadas as hipóteses referidas no art. 135 do CTN.

Para deixar claro: é inquestionável a relação jurídica entre a sociedade e o Fisco, por ser esta a responsável pelo inadimplemento de dívidas fiscais, admitindo-se a imputação de responsabilidade, por transferência, aos administradores, de início (litisconsórcio passivo) ou supervenientemente (redirecionamento da execução). É o que os doutrinadores chamam de solidariedade subsidiária no direito tributário, que pode ser comparada à responsabilidade "solidária" dos sócios das sociedades em nome coletivo[48]. Apesar de o artigo mencionar que a responsabilidade dos sócios é solidária, o credor tem que dirigir sua pretensão contra seu devedor, a sociedade, em razão do vínculo jurídico que os une. Uma vez exaurido ou constatada a inexistência de bens da sociedade devedora, pode o credor se voltar contra todos os sócios para cobrança do remanescente ou totalidade da dívida, conforme assegurado nos arts. 1.023 e 1.024 do Código Civil.

2º) **Necessidade de processo administrativo para inclusão do sócio na CDA**.

Com a edição da Portaria PGFN nº 180/2009[49], a Procuradoria da Fazenda Nacional instituiu critérios para inclusão de sócios e administradores na Certidão da Dívida Ativa (CDA) para execução de dívidas tributárias da sociedade. Segundo a nova orientação da PGFN, a inclusão do responsável solidário na CDA da União "somente ocorrerá após a declaração fundamentada da autoridade competente" da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) ou da PGFN acerca da ocorrência de alguma das situações configuradoras da corresponsabilidade: prática de

atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos ou a dissolução irregular da pessoa jurídica.

Em resumo: os sócios administradores, em regra, não são responsáveis por dívidas fiscais contraídas pela sociedade (contribuinte). Respondem, contudo, solidariamente, se comprovada prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos ou a dissolução irregular da pessoa jurídica (Portaria PGFN nº 180/2009). Esse entendimento é ratificado pelo art. 9º, § 11 da LC nº 123/2006[50], incluído pela LC nº 139/2011, que dispõe que "A baixa referida no § 10 não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados do titular impostos, contribuições e respectivas penalidades decorrentes da simples falta de recolhimento ou da prática comprovada e apurada em processo administrativo ou judicial de outras irregularidades praticadas pela empresa ou por seu titular".

Penso que esse dispositivo deve ser aplicado a todas as pessoas jurídicas, independentemente do enquadramento como ME, MEI ou EPP, em razão do Princípio da Isonomia, que determinaria a inclusão do nome do sócio na CDA após a comprovação e apuração de sua responsabilidade no competente processo administrativo.

Sobre o tema:

Súmula 392 do STJ: "A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução".

Súmula 430 do STJ: "O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente".

"*Processual civil. Tributário. Recurso especial representativo da controvérsia. Art. 543-C do CPC. Redirecionamento de execução fiscal de dívida ativa não tributária em virtude de dissolução irregular de pessoa jurídica. Possibilidade. Art. 10 do Decreto nº 3.078/19 e art. 158 da Lei nº 6.404/78 – LSA c/c art. 4º, V, da Lei nº 6.830/80 – LEF*.

1.A mera afirmação da Defensoria Pública da União – DPU de atuar em vários processos que tratam do mesmo tema versado no recurso representativo da controvérsia a ser julgado não é suficiente para caracterizar-lhe a condição de *amicus curiae*.

Precedente: REsp 1.333.977/MT, Segunda Seção, Rel. Min. Isabel Gallotti, julgado em 26.02.2014.

2. Consoante a Súmula n. 435/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*'.

3. É obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os respectivos cadastros, incluindo os atos relativos à mudança de endereço dos estabelecimentos e, especialmente, referentes à dissolução da sociedade. A regularidade desses registros é exigida para que se demonstre que a sociedade dissolveu-se de forma regular, em obediência aos ritos e formalidades previstas nos arts. 1.033 a 1.038 e arts. 1.102 a 1.112, todos do Código Civil de 2002 – onde é prevista a liquidação da sociedade com o pagamento dos credores em sua ordem de preferência – ou na forma da Lei nº 11.101/2005, no caso de falência. A desobediência a tais ritos caracteriza infração à lei.

4. Não há como compreender que o mesmo fato jurídico 'dissolução irregular' seja considerado ilícito suficiente ao redirecionamento da execução fiscal de débito tributário e não o seja para a execução fiscal de débito não tributário. 'Ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio'. O suporte dado pelo art. 135, III, do CTN, no âmbito tributário é dado pelo art. 10, do Decreto nº 3.078/19 e art. 158, da Lei nº 6.404/78 – LSA no âmbito não tributário, não havendo, em nenhum dos casos, a exigência de dolo.

5. Precedentes: REsp 697108/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 28.04.2009; REsp 657935/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 12.09.2006; AgRg no AREsp 8.509/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, *DJe* 04.10.2011; REsp 1272021/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 07.02.2012; REsp 1259066/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 28.06.2012; REsp 1.348.449/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 11.04.2013; AgRg no AG 668.190/SP, Terceira

Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13.09.2011; REsp 586.222/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 23.11.2010; REsp 140564/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 21.10.2004.

6. Caso em que, conforme o certificado pelo oficial de justiça, a pessoa jurídica executada está desativada desde 2004, não restando bens a serem penhorados. Ou seja, além do encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, não houve a reserva de bens suficientes para o pagamento dos credores.

7. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008" (REsp 1.371.128/RS (2013/0049755-8), Rel. Min. Mauro Campell Marques).

"Tributário. Recurso ordinário em Mandado de Segurança. CDA. Inclusão do nome do diretor como corresponsável. Matéria de defesa. Necessidade de dilação probatória. Inscrição no SERASA. Execução fiscal posteriormente proposta. Juízo garantido por carta de fiança bancária. Exclusão do nome do contribuinte.

1. Trazem os presentes autos mandado de segurança impetrado contra ato atribuído ao Secretário da Fazenda do Estado de Goiás, que determinou a inclusão do impetrante no polo passivo de processo administrativo em que se discute tributação de diferenças de volumes de estoques de combustíveis originários de dilatação térmica, na qualidade de corresponsável solidário de débito da Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, bem como autorizou a inscrição de seu nome no cadastro de proteção ao crédito do Serasa.

2. A expedição das Certidões de Dívida Ativa em face do recorrente, diretor da Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, apenas ocorreu após o trâmite de processo administrativo fiscal no qual se apurou a responsabilidade solidária de todos os diretores da empresa inadimplente com base no art. 45 do Código Tributário Estadual. Assim, as

alegações do recorrente de que não se configuraram quaisquer das situações autorizativas do art. 135 do CTN, já que não houve comprovação de prática de qualquer ato excessivo por parte do recorrente relativamente ao crédito tributário tratado nos autos, capaz de justificar a sua inclusão na certidão da dívida ativa, não podem ser acatada sem extensa dilação probatória, razão pela qual a matéria deve ser deduzida pelas vias cognitivas próprias, especialmente a dos embargos à execução, e não por meio de ação mandamental.

3. A propósito, é perfeitamente aplicável a jurisprudência desta Casa, firmada no Recurso Especial n. 1.110.925/SP, pela sistemática do art. 535-C do CPC, no sentido de que, tratando-se de indicado o nome da pessoa jurídica e do dirigente na Certidão de Dívida Ativa, o ônus da prova de inexistência de infração à lei, contrato social ou estatuto cabe ao dirigente, via embargos do devedor, por exigir dilação probatória.

4. Ambas as Turmas de Direito Público desta Corte já se posicionaram no sentido da legalidade da divulgação das informações concernentes a inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública nos cadastros de proteção ao crédito. Precedentes.

5. Todavia, na hipótese dos autos, importa considerar que, após a data da impetração, a Fazenda Estadual propôs execução fiscal em face da Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga para cobrança dos valores constantes nas certidões de dívida ativa objeto destes autos, na qual foi apresentada Carta de Fiança Bancária a fim de garantir o juízo da execução, o que, por si só, autoriza a exclusão do nome do devedor do cadastro de proteção ao crédito.

6. Recurso ordinário parcialmente provido, para determinar a exclusão do nome do recorrente do cadastro do Serasa" (RMS 33381/GO, Rel. Min. Mauro Campbell Marques).

"Processual Civil. Execução fiscal. Redirecionamento contra mero sócio quotista. Impossibilidade.

1. Esta Turma, por ocasião do julgamento do AgRg no REsp 1.122.807/PR (Rel. Min. Humberto Martins, DJe de

23.4.2010), deixou consignado, preliminarmente, que, com o advento da Lei Complementar 128/2008, o artigo 78 da Lei Complementar 123/2006 foi revogado e seu conteúdo normativo passou a inserir-se no art. 9º. No retromencionado precedente, ficou decidido que o art. 9º da Lei Complementar 123/2006 requer a prática comprovada de irregularidades, apurada em processo administrativo ou judicial, para permitir o redirecionamento. Somente as irregularidades constantes do art. 135 do CTN, quais sejam, prática de atos com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto, são aptas a permitir o redirecionamento do processo executivo aos sócios. Permitir o redirecionamento do executivo fiscal no caso de microempresas e empresas de pequeno porte sem a aplicação do normativo tributário é deturpar a intenção insculpida na Lei Complementar 123/2006: fomentar e favorecer as empresas inseridas neste contexto. Nesse sentido é que a Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.101.728/SP, submetido ao regime dos recursos repetitivos, reiterou o entendimento já sedimentado nesta Corte, no sentido que 'a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária dos sócios, prevista no art. 135 do CTN'.

2. Recurso especial não provido" (REsp 1216098/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques).

"Agravo regimental no Recurso Especial. Executivo fiscal. Certidão de dívida ativa que faz constar o nome do sócio-gerente. Presunção, certeza e higidez do título. Inversão do ônus da prova.

1. *A certidão de dívida ativa, embasadora do executivo fiscal, goza de presunção e certeza quanto a todos os seus elementos, quais sejam: sujeito, objeto devido e* quantum exequendo.

2. A inversão do ônus da prova é mister quando a execução fiscal cuja certidão de dívida ativa faz constar o nome da pessoa jurídica e do sócio-gerente como corresponsável pelo pagamento da dívida fiscal, porquanto a CDA ostenta presunção de liquidez e certeza.(Precedentes: REsp 882.237 –

RJ, Relatora Ministra Denise Arruda,Primeira Turma, DJ de 17 de setembro de 2008; AgRg no REsp 731.539 – MG, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Primeira Turma, DJ de 26 de outubro de 2007; AgRg no EREsp 731.539 – MG, Relator Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJ de 04 de junho de 2007).

3. Agravo regimental desprovido" (AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 978243/ES, Rel. Min. Benedito Gonçalves).

"Processual Civil e Tributário – Embargos de Declaração com efeitos modificativos – Execução fiscal – Responsabilização do sócio cujo nome consta da CDA – Inversão do ônus da prova.

1. Têm cabimento os embargos de declaração opostos com o objetivo de corrigir contradição ventilada no julgado.

2. A CDA é documento que goza da presunção de certeza e liquidez de todos os seus elementos: sujeitos, objeto devido, e quantitativo. Não pode o Judiciário limitar o alcance dessa presunção.

3. Caso a execução tenha sido proposta somente contra a pessoa jurídica e havendo indicação do nome do sócio-gerente na CDA como corresponsável tributário, não se trata de típico redirecionamento. Neste caso, o ônus da prova compete ao sócio, tendo em vista a presunção relativa de liquidez e certeza que milita em favor da Certidão de Dívida Ativa.

4. Na hipótese, a execução foi proposta com base em CDA da qual constava o nome do sócio-gerente como corresponsável tributário, do que se conclui caber a ele o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN.

5. Embargos de declaração que se acolhe, com efeitos modificativos, para dar provimento ao recurso especial da FAZENDA NACIONAL" (EDcl no REsp 960456/RS, Rel. Min. Eliana Calmon).

3º) **Responsabilidade de sócio que não consta da CDA.**

Questão relevante diz respeito ao ajuizamento de execução fiscal em face de um terceiro cujo nome não conste expressamente na CDA, desde que o exequente decline e comprove as razões que possam permitir a

extensão da responsabilidade para o pagamento.[51] Segundo Luis Emygdio, "Não se pode confundir, porém, as regras estabelecidas no art. 134 e art. 135 do CTN. Na primeira delas, ou seja, naquela indicada no art. 134 do CTN, o terceiro responde subsidiariamente nos casos em que intervir ou pelas omissões de que for responsável, devendo ser sempre demonstrada a culpa *in vigilando*. É o que comumente se chama de "responsabilidade por imputação" ou "responsabilidade de terceiros". Já no art. 135 do CTN, ao revés, a responsabilidade é solidária entre o contribuinte e o responsável, razão pela qual o Fisco pode dirigir a execução em face de ambos ou de apenas um deles, caso comprove qualquer uma das situações elencadas nos incisos desse mesmo dispositivo".[52]

Destaca-se que o INSS tem a prática de, já na própria petição inicial do processo de execução, incluir os nomes dos sócios da sociedade devedora no polo passivo da demanda, o que deve ser prontamente repelido pelo magistrado por importar uma "desconsideração da personalidade jurídica" efetuada pelo credor.

Sobre o tema:

"Execução fiscal. Bens particulares de sócio de sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

Não se exige a inscrição do nome do sócio-gerente, ou responsável, para que contra ele se exerça a ação fiscal. Mas, só se admite a responsabilização do sócio-gerente, ou responsável, principalmente se agiu com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos (art. 135, III, do CTN). Orientação da Corte" (*RTJ*116/418; também: *JSTJ* 23/141).

"Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Execução fiscal. Responsabilidade de sócio cotista. Inadmissibilidade. Necessidade de este exercer funções de gerência para ser responsável pelos débitos tributários. Inteligência do art. 135 do CTN.

Simples condição de sócio não implica responsabilidade tributária. O que gera a responsabilidade nos termos do art. 135 do CTN é a condição de administrador de bens alheios. Se o sócio não é ou não foi diretor, nem gerente ou representante da sociedade, não tem ele responsabilidade pelos débitos tributários desta. E, ainda que o fosse, para que figurasse a

responsabilidade pessoal do mesmo, era necessário que o débito tributário resultasse da prática de atos irregulares, decorrentes do excesso de poderes ou infração da lei, contrato ou estatuto" (TJMG, RT, 738/386).

"Processo civil e tributário. Execução fiscal. Redirecionamento para o sócio-gerente. Impossibilidade.

1. O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa.

2. Precedentes da Corte.

3. O não pagamento do tributo, por si só, não se constitui causa justificativa do redirecionamento, atual ou futuro, da execução fiscal para o sócio-gerente.

4. Agravo Regimental desprovido" (AgREsp 586020/MG, Min. Luiz Fux).

"Execução fiscal. Redirecionamento. Sócio não gerente. Qualificação jurídica dos fatos".[53]

"Processual Civil e Tributário. Recurso Especial. Alegada ofensa ao Art. 535 do CPC. Deficiência na fundamentação. Súmula 284/STF. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Execução Fiscal. Redirecionamento para sócio-gerente. Falta de pagamento de tributo. Não configuração, por si só, nem em tese, de situação que acarreta a responsabilidade subsidiária dos sócios. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido" (REsp 1077022/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki).

"Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Responsabilidade tributária do sócio quotista. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Débitos relativos à seguridade social. Lei 8.620/1993, art. 13. Ônus da prova.

1. A responsabilidade *patrimonial secundária do sócio, na Jurisprudência do E. STJ, funda-se na regra de que*

*o*redirecionamento *da* execução fiscal, *e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa*.

2. A responsabilidade *patrimonial do sócio sob o ângulo do ônus da prova reclama sua aferição sob dupla ótica, a saber: I) a certidão de dívida ativa não contempla o seu nome, e a execução voltada contra ele, embora admissível, demanda prova a cargo da Fazenda Pública de que incorreu em uma das hipóteses previstas no art. 135 do Código Tributário Nacional; II) a CDA consagra a sua* responsabilidade, *na qualidade de coobrigado, circunstância que inverte o ônus da prova, uma vez que a certidão que instrui o executivo* fiscal *é dotada de presunção de liquidez e certeza*.

3. A primeira seção desta Corte Superior concluiu, no julgamento do Eresp nº 702.232/RS, da relatoria do e. Ministro Castro Meira, publicado no DJ de 26.09.2005, que: a) se a execução fiscal *foi ajuizada somente contra a pessoa jurídica e, após o ajuizamento, foi requerido o seu* redirecionamento *contra o sócio-gerente, incumbe ao Fisco a prova da ocorrência de alguns dos requisitos do art. 135, do CTN, vale dizer, a demonstração de que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou a dissolução irregular da empresa; b) constando o nome do sócio-gerente como corresponsável tributário na CDA, cabe a ele, nesse caso, o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN, independentemente de que a ação executiva tenha sido proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio ou somente contra a empresa, tendo em vista que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c/c o art. 3º da Lei nº 6.830/80*.

4. Tratando-se de débitos de sociedade para com a seguridade social, esta C. Corte assentou o entendimento de que a responsabilidade pessoal *dos sócios das sociedades por quotas de* responsabilidade limitada, *prevista no art. 13 da Lei nº 8.620/93, só existe, igualmente, quando presentes as*

condições estabelecidas no art. 135, III, do CTN, uma vez que o mero inadimplemento da obrigação de pagar tributos não constitui infração legal capaz de ensejar a responsabilização dos sócios pelas dívidas tributárias da pessoa jurídica. Precedente (REsp nº 717.717/SP, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 28.09.2005).

5. In casu, *a execução fiscal foi ajuizada em desfavor da pessoa jurídica e dos sócios-gerentes, que constam na CDA como corresponsáveis pela dívida tributária, motivo pelo qual, independentemente da demonstração da ocorrência de que os sócios agiram com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa, possível seja efetivado o* redirecionamento *da execução, incumbindo ao sócio-gerente demonstrar a inocorrência das hipóteses do art. 135, III, do CTN*.

6. Agravo regimental desprovido" (Agrg no REsp 1042407/SP, Rel. Min. Luiz Fux).

4º) **Redirecionamento da execução fiscal.**

Outra discussão acirrada diz respeito ao redirecionamento da execução fiscal contra o administrador, comprovada a prática de atos com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos.

Parte da doutrina, fiando-se na interpretação literal do art. 135 do CTN, sustenta tratar-se de autêntica substituição tributária, o que implicaria responsabilidade pessoal e exclusiva do administrador. Divirjo. Entendo que o melhor posicionamento é manter no polo passivo da obrigação tributária tanto a sociedade quanto o administrador, pelos seguintes fundamentos:

a)melhor satisfação do credor em razão da natureza jurídica do crédito;
b)funciona como eficaz mecanismo inibidor de fraudes;
c)solidariedade legal prevista no inciso II do art. 124 do CTN;
d)solidariedade natural do inciso I do art. 124 do CTN em razão do interesse comum da sociedade, presente situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;
e)a expressão "pessoalmente", utilizada no art. 135, caput, não implica responsabilidade exclusiva do administrador.

5º) **Exceção de pré-executividade.**

Outra polêmica diz respeito ao cabimento da exceção de pré-executividade em execução fiscal. Admito a possibilidade da oposição da objeção pelo executado, desde que a matéria seja de ordem pública e não implique necessidade de maior dilação probatória.

Sobre o tema:

Súmula 393 do STJ : "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

"Execução fiscal. Exceção. Pré-executividade.

A exceção de pré-executividade é aceita, embora com cautela, pelos Tribunais. Porém, em sede de execução fiscal, sofre limitação expressa, visto que o § 3º do art. 16 da LEF determina expressamente que a matéria de defesa deve ser arguida em embargos. A regra doutrinária, que coincidentemente se alinha à LEF, é no sentido de restringir a pré-executividade, ou seja, defesa sem embargos e sem penhora, às matérias de ordem pública, que podem e devem ser reconhecidas de ofício pelo julgador ou, em se tratando de nulidade do título, flagrante e evidente, cujo reconhecimento independa de contraditório ou dilação probatória. O art. 568, V, do CPC, ao atribuir ao responsável tributário a qualidade de sujeito passivo da execução, remete o interessado ao CTN que, por seu turno, determina, no art. 135, serem pessoalmente responsáveis os sócios, mas restringe tal responsabilidade às hipóteses de excesso de poder ou infração à lei, ao contrato ou aos estatutos. A restrição, de caráter genérico, afasta as regras da responsabilidade objetiva do sócio-gerente, mas não dispensa a prova de que não agiu o sócio com excesso de poder ou infringência à lei. Precedentes citados: REsp 20.056-SP, DJ 17/8/1992; REsp 178.353-RS, DJ 10/5/1999, e REsp 237.560-PB, DJ 1º/8/2000" (REsp 392.308-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 15.08.2002).

"Processo civil e tributário – Execução Fiscal – Matéria de defesa: pré-executividade – Prescrição – Responsabilidade do sócio – Dissolução irregular da sociedade.

1. Doutrinariamente, entende-se que só por embargos é possível defender-se o executado, admitindo-se, entretanto, a exceção de pré-executividade.

2. Consiste a pré-executividade na possibilidade de, sem embargos ou penhora, arguir-se na execução, por mera petição, as matérias de ordem pública ou as nulidades absolutas, o que não ocorre com a prescrição, que não pode ser reconhecida de ofício. 3. A jurisprudência da Primeira Seção firmou-se no sentido de que não se admite a responsabilidade objetiva, mas subjetiva do sócio, não constituindo infração à lei o não recolhimento de tributo, sendo necessária a prova de que agiu o mesmo dolosamente, com fraude ou excesso de poderes, excepcionando-se a hipótese de dissolução irregular da sociedade comercial. 4. Havendo indícios de que a empresa encerrou irregularmente suas atividades, é possível redirecionar a execução ao sócio, a quem cabe provar o contrário em sede de embargos à execução. 5. Recurso especial conhecido, mas improvido" (REsp nº 474105/SP, Min. Eliana Calmon).

"Processual civil. Tributário. Execução fiscal (Lei nº 6.830/1980, art. 16, § 3º). Exceção de pré-executividade. Arguição de imunidade tributária. Impossibilidade. Matéria de embargos à execução ante a necessidade de dilação probatória.

1. A exceção de pré-executividade é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, os pressupostos processuais e as condições da ação executiva.

2. No que concerne à servibilidade da exceção de pré-executividade, tem a doutrina entendido que sua utilização se opera quanto às matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício pelo juiz que versem sobre questão de viabilidade da execução – liquidez e exigibilidade do título, condições da ação e pressupostos processuais – dispensando-se, nestes casos, de garantia prévia do juízo para que essas alegações sejam suscitadas.

3. A despeito de se reconhecer a utilidade da exceção de pré-executividade, inclusive, no que concerne ao interesse público quanto à economia processual, referida exceção deverá ser aplicada cum granu sallis*; vale dizer: desde que a questão não requeira a dilação probatória, o que não se verifica na hipótese dos autos em que a executada alega imunidade tributária, fazendo-se mister a aferição de todos os requisitos conducentes ao benefício fiscal alegado*.

4. Deveras, a despeito de a agravante sustentar que está ao abrigo da imunidade prevista no art. 195, § 7º, da CF, a documentação acostada apresenta dúvidas no que diz respeito ao período da dívida questionada e o certificado de filantropia, encerrando matéria cognoscível, via oposição de embargos, ante à disposição do art. 16, § 3º, da Lei nº 6.830/80.

5. *Recurso especial desprovido*" (REsp 576713/SC, Rel. Min. Luiz Fux).

"Processual Civil. Agravo regimental. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Redirecionamento. Sócio-gerente. Presunção de liquidez e certeza da CDA. Ilegitimidade passiva ad causam. Necessidade de dilação probatória. Impossibilidade.

1. É cabível a oposição de pré-executividade em execução fiscal para arguir a ilegitimidade passiva ad causam,*desde que para tanto não seja necessária a dilação probatória*.

2. Na espécie, o nome do sócio já consta no título executivo. Nesse toque, cabe ao executado o ônus probatório capaz de infirmar a presunção juris tantum *de liquidez e certeza de que goza a CDA a fim de que possa pleitear a sua exclusão do polo passivo da ação executiva, o que não ocorreu no caso*.

3. Agravo regimental não provido" (AgRg no REsp 978854/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques).

"Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. Salário-educação.

Redirecionamento. Exceção de pré-executividade. Legitimidade do sócio cujo nome figura na CDA. Dilação probatória. Súmula nº 07/STJ. Embargos de declaração. Erro material. Ocorrência sem alteração da decisão impugnada. Embargos de declaração acolhidos sem efeitos modificativos para os esclarecimentos necessários" (EDcl no AgRg no REsp 1067732/SP, Rel. Min. Francisco Falcão).

"Execução fiscal. Redirecionamento. Responsabilidade. Sócio.

A falência da empresa não leva os sócios à condição de coobrigados na responsabilidade tributária. Necessário apurar se houve infração à lei, contrato social, estatuto, ou se houve dissolução irregular da sociedade, o que, conforme o art. 135 do CTN, poderia ensejar a responsabilidade pessoal do dirigente, sendo necessário comprovar, ainda, que este agiu dolosamente, com fraude ou excesso de poderes. Assim, o pedido de suspensão da execução fiscal, após o exaurimento dos bens da falida, para que seja redirecionada para a pessoa dos sócios da empresa extinta, não pode ser acolhido por falta de previsão legal. Precedentes citados: REsp 652.858-PR, DJ 16/11/2004, e REsp 212.033-SC, DJ 16/11/2004" (REsp 718.541/RS, Rel. Min. Eliana Calmon).

"Agravo regimental no Agravo de Instrumento. Alegação. Violação ao Artigo 535, II do CPC. Ausência de demonstração da ofensa viabilizadora do especial. Aplicação da Súmula nº 284 do STF. Impossibilidade. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Dilação probatória. Responsabilidade dos sócios. Artigo 135, inciso III, do CTN. Legitimidade passiva ad causam.

1. A deficiência nas razões do recurso consistente na ausência de indicação da lei federal violada, bem como no fato de o recorrente não apontar, de forma inequívoca, os motivos pelos quais considera violados o dispositivo de lei federal eventualmente indicado, em sede de recurso especial, como malferidos, atrai a incidência do enunciado sumular nº 284 do STF: 'é inadmissível o Recurso Extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata

compreensão da controvérsia' (Precedentes: REsp nº 156.119/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 30/09/2004; Agrg no Resp nº 493.317/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 25/10/2004; Resp nº 550.236/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 26/04/2004; e Agrg no Resp nº 329.609/RS, Rel. Min. Garcia vieira, DJ de 19/11/2001).

2. A suscitação da exceção *de* pré-executividade *dispensa penhora, posto limitada às questões relativas aos pressupostos processuais; Condições da ação; vícios do título e exigibilidade e prescrição manifesta*.

3. A exceção *de* pré-executividade *se mostra inadequada, quando o incidente envolve questão que necessita de produção probatória, como referente à responsabilidade solidária do sócio-gerente da empresa executada*.

4. In casu, *o tribunal* a quo *manifestou-se no sentido de ser necessário dilação probatória para a verificação da ilegitimidade passiva* ad causam *do sócio-gerente*.

5. Precedentes (Ag nº 591949/rs. Rel. Min. Luiz fux. DJ. 13.12.2004; Ag nº 681784/MG, rel. Min. José Delgado, DJ de 19.09.2005; Agresp nº 604.257/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 24/05/2004; Aga nº 44.064/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 03/05/2004).

6. Agravo regimental desprovido" (Agrg no Ag 875862/MG, Rel. Min. Luiz Fux).

"Processual Civil. Execução fiscal. Prescrição. Ausência de demonstração da ofensa viabilizadora do especial. Exceção de Pré-executividade. Arguição de prescrição. Possibilidade. Reexame Probatório. Impossibilidade. Súmula 07/STJ.

1. A exceção *de* pré-executividade *é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, os pressupostos processuais e as condições da ação executiva*.

2. O espectro das matérias suscitáveis através da exceção *tem sido ampliado por força da exegese jurisprudencial mais recente, admitindo-se a arguição de prescrição e de*

ilegitimidade passiva do executado, desde que não demande dilação probatória (exceção secundum eventus probationis).

3. A prescrição, por ser causa extintiva do direito exequente, é possível sua veiculação em exceção *de* pré-executividade.

4. Consectariamente é admissível a veiculação de prescrição em exceção *de* pré-executividade. *Precedentes: REsp 577.613/RS, DJ de 08/11/2004; REsp 537.617/PR, DJ de 08/03/2004 e REsp 388.000/RS, DJ de 18/03/2002*.

5. Não obstante, in casu, o Tribunal a quo *proferiu decisão no sentido de que seria imprescindível a análise do processo administrativo* fiscal *para averiguar a ocorrência concreta da prescrição, razão pelo qual não conheceu da respectiva* exceção, *verbis: 'hipótese em que resta imprescindível a análise do processo administrativo* fiscal*para se averiguar a ocorrência concreta da prescrição. Inadequação da via eleita'*.

6. Dessarte, infirmar referida conclusão demandaria o reexame de matéria fático-probatória, interditado ao STJ, nos termos da Súmula 07/STJ.

7. O recurso especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice contido na Súmula 07/STJ: 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial'.

8. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

9. Agravo regimental desprovido" (Agrg no REsp 1031981/PE, Rel. Min. Luiz Fux).

Por fim, entendo[54] que a decretação da falência da sociedade devedora por requerimento do credor ou da própria sociedade empresária (autofalência) não enseja a aplicação da regra do art. 135, III do CTN.

Sobre o tema:

"Tributário. Execução fiscal. Redirecionamento. Pressupostos de viabilidade.

(...)

3. A ofensa à lei, que pode ensejar a responsabilidade do sócio, nos termos do art. 135, III do CTN, é a que tem relação direta com a obrigação tributária objeto da execução. Não se enquadra nessa hipótese o descumprimento do dever legal do administrador de requerer a autofalência.

4. Recurso Especial improvido" (REsp 512.688, Rel. Min. Teori Albino Zavascki).

6º) **Encerramento das atividades da sociedade devedora.**

O *Prof*. Rodolfo Kronemberg Hartmann ensina que a "doutrina e a jurisprudência também admitem a inclusão do sócio-gerente no polo passivo da execução fiscal quando a sociedade devedora encerrar irregularmente as suas atividades, com fundamento no art. 135, inciso III, do CTN, conforme esclarece Mauro Luís Rocha Lopes:[55]

É conveniente ressaltar que o fato de a sociedade não ter sido encontrada na sede indicada no contrato social por si só não autoriza a aplicação da teoria. É determinante que o exequente comprove a dissolução irregular da sociedade através de certidão expedida pelo órgão competente. A matéria está amparada pela Súmula 435 do STJ.

Sobre o tema:

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".

"A Turma reiterou o entendimento do STJ sobre a hipótese de redirecionamento da execução fiscal contra sócio-gerente, que depende de comprovação de conduta com excesso de mandato ou infringência da lei, contrato social ou estatuto, não bastando a simples inadimplência no recolhimento de tributos. Ademais, para haver o redirecionamento na hipótese de dissolução irregular da sociedade, exige-se a permanência do sócio na administração no momento da irregularidade. No caso, o ex-sócio não exerceu nenhuma atividade de gerência na sociedade e foi excluído desta antes da dissolução

*irregular, razão pela qual não é possível o redirecionamento da execução fiscal contra ele. Para decidir a questão, o Min. Relator afastou o óbice do enunciado da Súm. n. 7/STJ com base na possibilidade de o STJ analisar a qualificação jurídica dos fatos quando errônea a interpretação ou a capitulação destes, hipóteses em que consequentemente haverá aplicação incorreta da lei. Precedentes citados: REsp 1.035.260-RS, DJe 13/5/2009; AgRg no Ag 1.005.938-RS, DJe 12/4/2010, e EAg 1.105.993-RJ, DJe 1º/2/2011" (*AgRg no REsp 1.279.422-SP, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 13.03.2012).

"O fechamento da empresa sem baixa na junta comercial constitui indício de que o estabelecimento comercial encerrou suas atividades de forma irregular. O comerciante tem obrigação de atualizar o seu registro cadastral nos órgãos competentes. Assim, tal circunstância autoriza a Fazenda a redirecionar a execução contra os sócios e administradores. Precedentes citados: EREsp 716.412-PR, REsp 839.684-SE, DJ 30/8/2006, e REsp 750.335-PR, DJ 10/4/2006" (REsp 985.616-RS, Rel. Min. Castro Meira).

"Tributário. Execução fiscal. Empresa não localizada. Dissolução Irregular. Redirecionamento. Responsabilidade. Sócio-gerente. Art. 135, III, do CTN.

1. A não localização da empresa no endereço fornecido como domicílio fiscal *gera presunção* iuris tantum *de dissolução irregular. Possibilidade de responsabilização do sócio-gerente a quem caberá o ônus de provar não ter agido com* dolo, culpa, fraude *ou* excesso *de* poder. *Entendimento sufragado pela primeira seção desta corte nos Eresp 716.412/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJE de 22.09.08*.

2. Embargos de divergência conhecidos em parte e providos" (EREsp 852437/RS, Rel. Min. Castro Meira).

"Execução fiscal. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Responsabilidade dos sócios.

Se a sociedade que responde execução fiscal não foi irregularmente dissolvida, como alegou o Estado exequente,

mas está em plena atividade, não há como transferir aos sócios a responsabilidade pelos tributos devidos. Recurso improvido" (TJ/RJ, Ap. Cível 1999.001.19539, Décima Quarta Câmara Cível, Des. Marlan Marinho).

Se o juiz concluir pela responsabilidade do administrador, o exequente deverá aditar a sua petição inicial para incluir o novo réu. Assim, somente após esse aditamento é que o referido sócio, agora ostentando o *status* de executado, será citado para, se for o caso, cumprir a obrigação ou oferecer embargos do devedor, após garantir o juízo. É, ao menos, o que entendeu o STJ, ao julgar o REsp nº 171.150-SP:

"Se a penhora não foi precedida de citação na execução fiscal, o responsável tributário tem embargos de terceiros para afastá-la, sem prejuízo de sua renovação pelos meios regulares".

VI) **aplicação do inciso VII do art. 134 do CTN** – imputa responsabilidade solidária aos sócios, nos atos em que intervierem ou pelas omissões por que forem responsáveis na liquidação de sociedade de pessoas e nos casos de impossibilidade da exigência do cumprimento da obrigação principal, pelo contribuinte.

O CTN indica três situações de responsabilidade por transferência:

a)de terceiros[56]
b)por infrações[57]
c)por sucessão:[58]
c.1.)Bens Imóveis[59]
c.2.)Empresarial[60]
c.3.)Pessoal[61]

Na responsabilidade de terceiros, o ônus do pagamento da dívida fiscal recai em pessoa completamente distinta da obrigação tributária originária, que não praticou o fato gerador, que é obrigada por lei ao respectivo pagamento. A responsabilidade explica-se pela impossibilidade da exigência do cumprimento da obrigação principal pelo devedor original (contribuinte). É a dicção da lei, *verbis*:

"Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

I – os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II – os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

III – os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV – o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V – o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI – os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório".

O art. 134 trata da típica responsabilidade solidário-subsidiária. Isto porque, embora a lei impute ao terceiro uma responsabilidade solidária, os sócios somente serão responsáveis na hipótese de impossibilidade do inadimplemento pelo contribuinte (subsidiariedade), mas responderão juntamente com o contribuinte (solidariedade), que continua a integrar o polo passivo da execução. Nada obsta que a Fazenda exerça a sua pretensão em face de ambos (sociedade e sócios não administradores), mas vale ressaltar a necessidade da demonstração de inexistência ou insuficiência dos bens sociais. Por outro lado, não posso concluir que essas pessoas sejam sempre responsáveis: é preciso que exista uma relação entre a obrigação tributária e o comportamento ativo do terceiro responsável vinculado a ela.

Na opinião de Ricardo Lobo Torres,[62] "No art. 134 o CTN disciplina a responsabilidade subsidiária de terceiros, que surge nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal do contribuinte". Segundo Luis Emygdio:[63] "O dispositivo sob exame só pode ser aplicado aos terceiros nele enunciados se ocorrerem cumulativamente dois *pressupostos*: a) que haja impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, como consta da oração inicial do dispositivo; b) que o terceiro a quem se impute a responsabilidade tenha interferido no ato tributável ou tenha indevidamente se omitido. (...) Atente também o leitor para o fato de que a responsabilidade do terceiro referida no dispositivo é de natureza *subsidiária,* em razão do que consta na sua oração inicial, que deixa claro só poder a Fazenda Pública acionar o terceiro, se comprovada a impossibilidade da exigência da obrigação principal do contribuinte."

O art. 134, VI, do CTN somente imputa responsabilidade aos sócios na hipótese de liquidação de sociedade de pessoas, ou seja, nas sociedades regidas pelo Código Civil, quais sejam: sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade simples pura e sociedade limitada, se de pessoas. Não endosso esse entendimento. A restrição da responsabilidade à liquidação das sociedades de pessoas acaba por prestigiar os sócios de sociedades de capital. Entendo que a regra do citado diploma legal não pode ser interpretada literalmente, sob pena de violação do princípio da isonomia e da razoabilidade. Em resumo: a liquidação das

sociedades de pessoas ou de capital, observados os requisitos exigidos por lei, determina, em regra, a responsabilidade subsidiária de seus sócios.

Sobre o tema:

> "Processual Civil. Execução Fiscal. Meação da Mulher. Penhora. Embargos de Terceiro. Legitimação da meeira para embargar. CTN, artigos 134 e 135. Lei 4.121/1962 art. 3º Súmulas 112/TFR e 134/STJ.
>
> *1. 'A meação da mulher somente responde pelos atos ilícitos praticados pelo marido mediante prova que ela foi beneficiada com o produto da infração (Cód. Civil, art. 263,* VI). *Nessa hipótese, o ônus da prova é do credor, diversamente do que se possa com as dívidas contraídas pelo marido, em que a presunção de terem favorecido o casal deve ser elidida pela mulher. Recurso Especial não conhecido' (REsp. 50.443/RS – Rel. Min. Ari Pargendler).*
>
> *2. A jurisprudência admite a exclusão da meação da mulher, penhorada para garantia da execução fiscal. Precedentes iterativos.*
>
> *3. Recurso sem provimento*" (REsp 121235/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira).

12.5.CONSTITUIÇÃO DA SOCIEDADE

A sociedade limitada pode constituir-se por instrumento público ou particular, devidamente arquivado no órgão competente. Se a sociedade é empresária, é competente o Registro Público de Empresas Mercantis.[64] Para a sociedade simples, o órgão competente é o Registro Civil de Pessoas Jurídicas.[65] O ato constitutivo da sociedade tem natureza jurídica de contrato plurilateral e deve preencher os requisitos gerais enumerados no art. 104 do Código Civil. São eles:

1º) capacidade dos sócios;

2º) objeto social lícito, possível e determinado;

3º) forma prescrita ou não defesa em lei.

Conforme notícia divulgada no endereço eletrônico do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas em São Paulo (Sebrae-SP), em outubro de 2012, "o excesso de burocracia dificulta a vida do empreendedor brasileiro. *Reunir toda a documentação para se abrir uma empresa no Brasil pode levar até 119 dias*. Nos casos menos demorados, é

possível finalizar todas as etapas em 49 dias, segundo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC)".

É comum no meio empresarial a utilização de um "mecanismo" para facilitar o empresário a exercer uma empresa sem ter que, necessariamente, passar por toda a burocracia exigida para constituição de uma sociedade: o empresário adquire uma sociedade já devidamente constituída e registrada, adaptando-a às suas necessidades. São as chamadas "empresas de prateleira" ou *shelf company*. As empresas de prateleira, na verdade, são empresas inativas que foram devidamente constituídas no órgão competente, sem contudo haver a exploração do objeto social. A controvérsia existente reside na legalidade desse mecanismo. Há quem sustente que essa prática implica o crime de falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal) em razão da constituição, em curto espaço de tempo, de algumas "sociedades empresárias, empresas de 'Participações' ('Holding'), sem a devida exploração do objeto social, tratando-se de mero 'comércio de CNPJs'".[66]Extremamente interessante foi a reportagem publicada pela Época Negócios:[67]

"Eis o mundo dos criadores das empresas de prateleira, ilustres desconhecidos que parecem possuir um toque de Midas às avessas: seus negócios só prosperam depois que eles vendem as empresas que criaram. As firmas ficam à disposição do freguês, como se estivessem numa gôndola de supermercado. São companhias com o cadastro ativo, embora sem qualquer atividade operacional, e podem ser limitadas ou de sociedades anônimas. Para funcionar de bate-pronto, já possuem as inscrições básicas. Ao vendê-las, seus criadores transferem a titularidade da empresa. 'Esse mercado existe para driblar a burocracia brasileira', diz Luciano Timm, advogado do escritório gaúcho Carvalho, Machado, Timm & Deffenti. Grandes corporações como Gafisa, Veremonte, Isolux, OAS e Neoenergia já recorreram às prateleiras para agilizar negócios".

Nos termos da Instrução Normativa nº 10/2013 do DREI, o contrato social deverá conter as seguintes cláusulas obrigatórias:

"*1.2.7 Cláusulas obrigatórias do contrato social*

O corpo do contrato social deverá contemplar, obrigatoriamente, o seguinte:

> a)nome empresarial, que poderá ser firma social ou denominação social;
> b)capital da sociedade, expresso em moeda corrente, a quota de cada sócio, a forma e o prazo de sua integralização;
> c)endereço completo da sede (tipo e nome do logradouro, número, complemento, bairro/distrito, município, unidade federativa, CEP) e endereço das filiais;
> d)declaração precisa e detalhada do objeto social;
> e)prazo de duração da sociedade;

f)data de encerramento do exercício social, quando não coincidente com o ano civil;
g)as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade e seus poderes e atribuições;
h)qualificação do administrador não sócio, designado no contrato;
i)participação de cada sócio nos lucros e nas perdas;
j)foro ou cláusula arbitral".

12.6.DO CAPITAL SOCIAL[68]

O étimo capital provém do latim *capitalis*, de caput, com o sentido de principal, fonte, origem. Expressa a ideia de algo que se sobrepõe, prepondera, releva. Qualquer que seja o sentido em que se invoque o termo, a ideia principal é de soma de valores ou de coisas que possuam valor de troca. O capital social é toda quantia econômica aplicada com o fito de lucro. É, enfim, toda soma de riquezas adquiridas, em oposição à soma de riquezas que possam ser produzidas por elas: frutos, lucros, juros.

Capital social é o conjunto de contribuições realizadas ou a realizar pelos sócios para o fim específico de formação da sociedade.

Vários princípios estão relacionados ao capital social:

a)**Princípio da *Realidade*** – determina que o capital declarado no contrato social tenha de corresponder ao valor real, não podendo ser fictício (para mim, a violação desse princípio permite imputar responsabilidade pessoal e ilimitada aos sócios);
b)**Princípio da *Intangibilidade*** – não permite alterações injustificadas (aumento ou redução) senão por lei ou por contrato, com a respectiva alteração dos atos constitutivos da sociedade;
c)**Princípio da *Unidade*** – cada companhia tem um único capital social;
d)**Princípio da *Fixidez*** – o valor do capital social é valor estático, fixo e previsto no estatuto social.

Capital social e patrimônio não se equivalem. Como já dito, o capital social representa a contribuição dos sócios no momento da formação da sociedade ou no dos aumentos subsequentes. Patrimônio social é o conjunto de bens e direitos e obrigações da sociedade.

Subscrição e integralização não se confundem. Subscrição é a divisão do capital entre os sócios. É ato de aquisição de parcela do capital, que implica uma promessa de pagamento. A sociedade somente pode constituir-se se todo o seu capital estiver integralmente subscrito.[69] Integralização é o efetivo pagamento do valor subscrito, é um ato de adimplemento da parcela do capital adquirida pelos sócios, constituindo sua principal obrigação. A

integralização das quotas pode ser feita com quaisquer espécies de bens, exceto prestação de serviços pelos sócios.[70]

Sobre o tema:

Embora desejável, o Código Civil não estipula um valor mínimo para a formação do capital social destinado à constituição de sociedade. Não há mecanismo seguro e efetivo do controle da realidade do capital social e essa omissão legislativa, além da insegurança jurídica, é convite à fraude e ao abuso na formação da sociedade, pois os sócios podem declarar capital social inexistente, irreal ou ilusório, esvaziando ou reduzindo a garantia dos credores, diferentemente da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, que, por força de lei, tem um capital mínimo equivalente a cem vezes o maior salário mínimo vigente no País[71]. É imprescindível uma disciplina mais rígida na integralização do capital social. Poderiam ser exigidos, por exemplo, um capital mínimo na constituição da sociedade e a estipulação de um valor mínimo a ser integralizado pelo sócio, como está no art. 80, II, da Lei nº 6.404/1976 quando arrola os requisitos preliminares de constituição das sociedades anônimas e exige a realização, como entrada, de 10%, no mínimo, do preço de emissão das ações subscritas, em dinheiro, ou na forma do seu art. 8º.[72] Como bem observa Alfredo de Assis,[73] "A reboque, veio, também, outro fenômeno indesejado, não resolvido pelo Código Civil: a inexigibilidade de capital mínimo e de um valor mínimo para as quotas deu ensejo à constituição de sociedades fantasmas. Sem capital adequado, têm surgido várias sociedades aventureiras, nas quais o comerciante individual abriga-se para limitar ou excluir sua responsabilidade em empreendimentos pessoais mais ousados, constituindo-a quase sem recursos pessoais e participação figurativa de um consórcio, exclusivamente para preencher o pressuposto da pluralidade de sócios. Essas sociedades normalmente já nascem endividadas e seu futuro quase sempre é fechar as portas em prazo breve, com prejuízo aos que com ela contratam".

E. nº 18 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: "O capital social da sociedade limitada poderá ser integralizado, no todo ou em parte, com quotas ou ações de outra sociedade, cabendo aos sócios a escolha do critério de avaliação das respectivas participações societárias, diante da responsabilidade solidária pela exata estimação dos bens conferidos ao capital social, nos termos do art. 1.055, § 1º, do Código Civil".

Como já dito, o capital social pode ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro. O § 1º do art. 1.055 do Código Civil diz que os sócios são solidariamente responsáveis pela exata estimação dos bens conferidos ao capital social, até o prazo de cinco anos da data de registro da sociedade. Entendo que essa regra estimula fraude, pois não será incomum se atribuir ao bem um valor além do real, a fim de se buscar uma integralização fictícia do capital social. A subcapitalização[74] não ocorre apenas no momento da constituição da sociedade ou da formação do capital social, mas a todo instante em que se altere o capital social e, com isso, se modifique o rol de garantia dos credores, que têm no capital social o seu lastro legal e mais evidente. Por isso, sou da opinião de que a lei deveria imputar aos sócios responsabilidade solidária e ilimitada pela exata estimação dos bens conferidos ao capital social, tanto na constituição da sociedade quanto nos eventuais aumentos de capital. Somente assim se impediriam a fraude e a violação do princípio da realidade do capital social. Como visto, ultrapassados os cinco anos da data do registro da sociedade, a lei exime o sócio de qualquer responsabilidade. Essa regra deveria limitar-se aos casos em que a estimação incorreta decorre de simples erro. Nos casos em que a valoração dos bens é alterada intencionalmente, há ato ilícito, por abuso do direito do sócio de estimar patrimônio para a composição do capital social e, nesses casos, a responsabilidade teria de ser ilimitada. Qualquer outro entendimento estimula a fraude. Alguns defendem, para essas hipóteses, a desconsideração da personalidade jurídica ou a aplicação do art. 1.080 do Código Civil,[75] o que tornaria ilimitada, em ambos os casos, a responsabilidade dos sócios. Tavares Borba[76] ensina que a responsabilidade dos sócios perante terceiros pela exata estimação dos bens será solidária pela diferença entre o valor estimado e os parâmetros de mercado. De fato. Mas limitar a responsabilidade dos sócios a cinco anos a partir do registro da sociedade e restringi-la à diferença entre o valor estimado e o real valor do bem é estimular a fraude. A doutrina também diz que apenas os sócios integrantes da sociedade ao tempo da estimação respondem por eventual irregularidade, já que os admitidos posteriormente, não tendo participado do ato, não poderiam ser inculpados.[77] Divirjo inteiramente. Tomo por

empréstimo a regra do art. 1.025 do Código Civil, no ponto em que diz que o sócio admitido em sociedade já constituída não se exime das dívidas sociais anteriores à admissão.

Sobre o tema:

> E. nº 12 da I Jornada de Direito Comercial: "A regra contida no art. 1.055, § 1º, do Código Civil deve ser aplicada na hipótese de inexatidão da avaliação de bens conferidos ao capital social; a responsabilidade nela prevista não afasta a desconsideração da personalidade jurídica quando presentes seus requisitos legais".[78]

O aumento de capital somente é possível depois da integralização das quotas, com a correspondente alteração contratual, registro da ata de deliberação no órgão competente e observância do quorum exigido nos arts. 1.071, V, e 1.076, I, do Código Civil, diferentemente das sociedades anônimas em que o art. 170 da Lei nº 6.404/1976 exige a integralização de ¾ do capital social.[79] A lei defere aos sócios o direito de preferência na aquisição das novas quotas, em até 30 (trinta) dias da deliberação de aumento do capital, na proporção do percentual de quotas de cada sócio.[80] A lei admite a cessão do direito de preferência,[81] o que se faz segundo as regras da cessão de quotas (v. item 12.7.1). Uma vez transcorrido o prazo para o exercício do direito de preferência e assumida a totalidade do aumento pelos sócios, ou por terceiros, deverá ser convocada uma assembleia ou reunião de sócios para a aprovação da modificação do contrato social.[82]

O item 3.2.8 da IN nº 10/2013 do DREI diz:

"Integralizadas as quotas, o capital pode ser aumentado, com a correspondente alteração contratual. Até trinta dias após a deliberação da administração de elevar o capital, os sócios terão preferência para participar do aumento, na proporção das quotas de que sejam titulares. Decorrido o prazo de preferência, e assumida pelos sócios ou por terceiros a totalidade do aumento, haverá reunião ou assembleia de sócios para que seja aprovada a modificação do contrato, ou será firmado por todos os sócios documento contendo a deliberação nesse sentido".

A redução do capital social é admitida nas seguintes hipóteses:[83]

I – depois de integralizado o capital social, se houver perdas irreparáveis[84]. Nesse caso, a redução do capital social será realizada com a diminuição proporcional do valor nominal das quotas, tornando-se efetiva após a averbação no registro competente da ata da assembleia que a tenha aprovado;[85]

II – se excessivo em relação ao objeto da sociedade (v.g., sócio remisso, sócio dissidente etc.), com a consequente devolução do valor das quotas dos sócios ou com o abatimento das prestações vincendas e respectiva diminuição proporcional, em ambos os casos, do valor nominal das quotas.

A redução do capital social não pode prejudicar credores quirografários da sociedade, por títulos líquidos anteriores à data da redução. Podem opor-se à deliberação, no prazo de 90 (noventa) dias contados da publicação da ata da assembleia que aprovar a redução do capital. Essa redução somente será eficaz se não impugnada em 90 (noventa) dias, ou, se o for, se ficar provado o pagamento da dívida ou a realização do depósito judicial do respectivo valor e a sociedade arquivar no órgão competente a ata deliberativa da redução.[86]

O item 3.2.9 da IN nº 10/2013 do DREI diz:

"Pode a sociedade reduzir o capital:

a) depois de integralizado, se sofrer perdas irreparáveis;

b) se for excessivo em relação ao objeto da sociedade.

Se o capital estiver integralizado e a sociedade sofrer perdas irreparáveis em virtude de operações realizadas, pode reduzir seu capital proporcionalmente ao valor nominal das quotas. No caso de redução de capital por ter sido considerado excessivo para o objeto da sociedade, restitui-se parte do valor das quotas aos sócios, ou dispensam-se as prestações ainda devidas, diminuindo-se proporcionalmente o valor nominal das quotas. Essa redução deve ser objeto de deliberação dos sócios em reunião, assembleia ou em documento que contiver a assinatura de todos os sócios. A ata ou o documento que a substituir deve ser publicado, sem prejuízo da correspondente modificação do contrato. O credor quirografário tem 90 dias após a publicação da ata ou do documento que a substituir para impugnar a redução. Se, nesse prazo, não houver impugnação ou, se provado o pagamento da dívida, ou depósito judicial, a redução torna-se eficaz. Só então a sociedade procede ao arquivamento da ata ou do documento que a substituir na Junta Comercial".

<u>Sobre o tema:</u>

"Sociedade Comercial. Responsabilidade limitada. *Constituição irregular. Não integralização do capital social por sócio majoritário. Fato que implica a responsabilidade ilimitada e solidária dos sócios, com comprometimento de seus bens particulares, e enseja à sociedade o chamamento do capital faltante (...) – Voto vencido. (...) A não integralização(sic) de quota de capital pelo sócio majoritário enseja à sociedade o chamamento do capital faltante"* (RJRJ, *RT*, 656, 155).

"Tributário. *Imposto de renda. Incorporação de bem imóvel para integralização de cotas em sociedade*. Acréscimo patrimonial tributável pelo imposto de renda.

Houve subscrição de quotas de sociedade que representou aumento patrimonial tributável pelo imposto de renda. Recurso provido" (REsp 142853/SC).

"Tributário. Imposto de renda – Lucro imobiliário – DL 1.641/1979 – Transferência de imóvel para integralizar cota em sociedade limitada – Fato gerador – Não ocorrência. *A transferência de imóvel para integralizar cota em sociedade limitada não é fato gerador de imposto de renda sobre lucro imobiliário. Em rigor, tal transferência não constitui alienação. O suposto alienante simplesmente o transformou em fração ideal de um condomínio de capitais personalizado (a sociedade). Bem por isso o art. 1º do DL 1.641/1978 não inseriu tal negócio entre aqueles geradores de rendimento tributável"* (REsp 396145/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

"Tributário. IRPJ. Incidência na incorporação de bem imóvel ao capital social. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

1 – A transferência de bem imóvel com fim de integralizar o capital social é fato que traz aproveitamento ao sócio dos resultados líquidos, propiciando parcela do lucro, representando, pois, aumento patrimonial sujeito à incidência de imposto de renda.

2 – Recurso especial provido" (REsp 260499/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira).

"Tributário. Imposto de renda. Incorporação de bem imóvel para integralização de cotas em sociedade. Acréscimo patrimonial tributável pelo imposto de renda.

1. Houve subscrição de quotas de sociedade que representou aumento patrimonial tributável pelo imposto de renda.

2. Recurso provido" (REsp 142853/SC, Rel. Min. José Delgado).

12.7.DAS QUOTAS

Quotas são frações indivisíveis do capital social. São considerados bens móveis. O Código[87] diz que a quota é indivisível em relação à sociedade, salvo para efeito de transferência. Embora para a sociedade as quotas sejam indivisíveis, a lei admite a sua copropriedade ou o condomínio na hipótese de sua aquisição por ato inter vivos ou sucessão hereditária.[88] Nesse caso, os direitos a ela inerentes somente podem ser exercidos pelo condômino representante ou pelo inventariante dos bens deixados pelo sócio falecido, que respondem solidariamente pelas prestações necessárias à sua integralização. Para Egberto Lacerda Teixeira,[89] cota é a entrada, ou contingente de bens, coisas ou valores com o qual cada um dos sócios contribui ou se obriga a contribuir para a formação do capital social. Para Alfredo Gonçalves,[90] "a quota, portanto, é a parcela do capital social que representa o quinhão que cada sócio possui no patrimônio da sociedade e os direitos daí decorrentes. É a contrapartida de sua contribuição que lhe assegura os direitos de sócio".

O Código Civil admite a divisão do capital social em quotas de valores iguais ou desiguais, ou seja, admite valores nominais diferenciados.[91] Caso as quotas tenham o mesmo valor, o princípio da maioria terá por base a quantidade de cotas de cada sócio. Se as quotas tiverem valores diferentes, levar-se-á em conta a participação de cada sócio no capital social. Divirjo do entendimento de Átila de Souza Leão Andrade[92] quanto à definição de quotas iguais ou desiguais. Para ele, quando o legislador estabelece que o capital social se divide em quotas, iguais ou desiguais, um sócio quotista pode ter quotas representativas, de frações iguais (*v.g.*, 50% cada um, sendo dois os sócios, por exemplo) ou frações desiguais, vale dizer, sócio "a" com 25%, "b" com 35%, e "c" com 40%. Nesse último caso, as quotas seriam desiguais. Ao que pensa, não se pode interpretar que o valor unitário, em moeda nacional, das quotas, per si, possa ser desigual, pois isso romperia qualquer nexo lógico ou contábil. Para ele, quando a lei admite quotas iguais ou desiguais, está se referindo ao valor da quota, e não ao percentual que representa no capital.[93] Entendo que a possibilidade de emissão de quotas com valores nominais diferenciados não trouxe qualquer benefício. Ao contrário, a adoção desse critério torna mais complexo, por exemplo, o cálculo do valor que deve ser apurado na liquidação das quotas quando da resolução da sociedade em relação a um dos sócios. Ouso propor uma nova interpretação: a possibilidade da emissão de quotas iguais ou desiguais, diz respeito aos direitos conferidos às quotas, com fundamento na aplicação analógica ou supletiva das regras das sociedades anônimas no capítulo que disciplina as ações ordinárias e preferenciais.

Outro ponto que merece destaque é a emissão de quotas preferenciais pelas sociedades limitadas. Não há consenso sobre o tema. Apesar da vedação do item 3.2.8.4 da Instrução Normativa nº 10/2013 do DREI, sustento a possibilidade de emissão dessas quotas pelas sociedades limitadas. Não é absurdo permitir às sociedades limitadas emitirem quotas iguais ou desiguais, ou seja, com direitos diferenciados, conforme autoriza o art. 1.055. O direito de voto, assim como nas sociedades anônimas, não é essencial, já que pode ser suprimido, restrito ou suspenso temporariamente. O art. 1.010 do Código Civil determina que as deliberações sociais devam ser tomadas por maioria de votos, contados de acordo com o valor das quotas de cada sócio. Por outro lado, o sócio cuja contribuição constitua em serviços (cooperativas e sociedades simples pura) não pode, em regra, ser privado dos lucros sociais, na proporção da média do valor das quotas dos demais sócios. Em resumo: o Código Civil admite que determinados sócios participem dos lucros sociais, sem que lhes assegure direito de voto. A partir de uma interpretação sistemática, advogo a possibilidade de a sociedade restringir ou limitar o direito de voto com a emissão das quotas preferenciais, que, a exemplo do que ocorre com a ação preferencial sem direito de voto, permite que um único sócio ou um grupo de sócios, titular de pequena parcela do capital social, ostente o *status* de controlador da pessoa jurídica. Trata-se de um mecanismo de concentração do poder de determinação do norte societário.

Quanto à natureza jurídica das quotas, endosso o entendimento de Requião,[94] para quem as quotas conferem ao sócio um direito patrimonial (*v.g.*, direito à percepção de lucros, direito ao reembolso no caso do exercício do direito de retirada, direito à partilha na dissolução da sociedade etc.) e outro pessoal (confere a condição de sócio ao seu titular, *v.g.*, direito de retirada, direito de fiscalização, direito de voto etc.).

O art. 8º do Dec. nº 3.708/1919 admitia, expressamente, a aquisição de quotas pela própria sociedade.[95] O item 3.2.10.1 da IN nº 10/2013 do DREI não a autoriza. O Código Civil é omisso. Admito essa possibilidade, desde que (1º) as quotas permaneçam em tesouraria, sem direito de voto ou participação nos lucros, (2º) haja anuência de todos os sócios e (3º) que a sociedade o faça com fundos disponíveis, de modo que não gere ofensa ao capital social. Convém lembrar que as sociedades que adquirem suas próprias quotas não se tornam sócias de si mesmas. As quotas adquiridas devem manter-se em tesouraria até que a sociedade lhes dê destino. Se o contrato social for omisso quanto à aquisição de cotas pela sociedade, entendo que se deve aplicar analogicamente a lei às sociedades anônimas. Com a aquisição das próprias quotas, a sociedade mantém sua credibilidade, pois evita a redução do capital social, o que geraria instabilidade e descrença de terceiros quanto à sua saúde financeira, o que

poderia, inclusive, provocar sua dissolução ou quebra. Conquanto haja divergências,[96] é o que a doutrina mais autorizada recomenda.[97]

Sobre o tema:

E. nº 391 do CJF: "A sociedade limitada pode adquirir suas próprias quotas, observadas as condições estabelecidas na Lei das Sociedades por Ações".

Outra questão que merece destaque é a possibilidade das quotas, assim como as ações, serem gravadas com usufruto.

Sobre o tema:

"Sociedade limitada. Usufruto das cotas. Possibilidade. Reserva do direito de voto que não pode ser usado contra os interesses do usufrutuário, ex-empregado a quem se concedeu usufruto dos direitos a percepção dos lucros durante período certo em contemplação dos trabalhos realizados em favor da empresa. 1. A possibilidade de a quota social ser gravada com usufruto esta' prevista no art. 40 da Lei 6.024 (lei das sociedades anônimas) que se aplica às limitadas, subsidiariamente, por forca do art. 18 do Dec. 3.708/19. Reconhece-se que medram na doutrina e na jurisprudência divergências quanto à possibilidade de ser dada em usufruto, em penhor ou ser penhorada quota de sociedade limitada. Todavia, considere-se que pode ser objeto de usufruto tanto bens corpóreos, como incorpóreos, dai' porque se admite recaia esse direito real sobre o próprio lucro societário que decorre das quotas em poder dos únicos sócios. 2. Todavia, constitui-se abuso do exercício do direito de voto, que ficou reservado aos sócios, impedir-se a distribuição dos lucros, capitalizando-os, com o fim claro de prejudicar o empregado-usufrutuário" (Ementário: 22/1996 – n. 49 – 26/12/1996. *Rev. Direito do T.J.E.R.J.*, vol. 32, p. 229 – Data de Julgamento: 03.09.1996).

Outra importância das quotas é determinar a condição de sócio majoritário e controlador. Antes do advento do Código Civil, de acordo como o Dec. nº 3.708/1919, o sócio majoritário, detentor de cinquenta por cento mais um do capital social, também era considerado controlador, posto que vigorava o Princípio da Maioria. Com o Código Civil, essa regra se alterou. Considera-se sócio majoritário o que detiver o percentual de

quotas equivalente a cinquenta por cento mais um do capital social. Já o controlador precisa deter o percentual mínimo de 75%, em razão de ser o maior *quorum* exigido pelo Código Civil.[98] Dessa forma, o sócio que detiver percentual de quotas inferior a 75% será considerado majoritário, mas não controlador. Situação diversa ocorre nas sociedades anônimas. O controlador é a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia.[99]

12.7.1.Cessão de quotas

Cessão de quotas é o contrato, oneroso ou gratuito, em virtude do qual um sócio (cedente) transfere a outro sócio ou a um terceiro (cessionário) as quotas que detém na sociedade. A cessão não era regulada pelo Dec. nº 3.708/19, mas pelo contrato de constituição da sociedade, que podia dispor sobre a livre cessão, sujeitá-la a condições, como por exemplo, o direito de preferência, ou estabelecer vedação expressa. Na omissão contratual, a controvérsia era acirrada. Como dito alhures, cláusula contratual que dispuser sobre a cessão de quotas pode servir de indício da natureza jurídica da sociedade limitada (de pessoas ou de capital). O Código Civil pacificou a discussão: na omissão do contrato,[100] o sócio pode ceder total ou parcialmente a sua quota a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de 1/4 do capital social. Ou seja: na omissão do contrato, a cessão de quotas somente será admitida se os sócios detentores de 75% do capital social a aprovarem. Além disso, a cessão somente terá eficácia em relação à sociedade e a terceiros após a averbação do instrumento no órgão competente e desde que subscrito pelos sócios anuentes.[101]

É conveniente ressaltar que a eficácia da cessão de quotas está condicionada aos seguintes requisitos:

a)não oposição de titulares de mais de ¼ do capital social;[102]
b)subscrição do instrumento de cessão de quotas pelos sócios anuentes (mínimo de 75% do capital social);[103]
c)averbação do instrumento no órgão competente.[104]

Sobre o tema:

E. nº 225 do CJF: “Instrumento de cessão de quotas. Na omissão do contrato social, a cessão de quotas sociais de uma sociedade limitada pode ser feita por instrumento próprio,

averbado junto ao registro da sociedade, independentemente de alteração contratual, nos termos do art. 1.057 e parágrafo único do Código Civil".

E. nº 16 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: "O adquirente de cotas ou ações adere ao contrato social ou estatuto no que se refere à cláusula compromissória (cláusula de arbitragem) nele existente; assim, estará vinculado à previsão da opção da jurisdição arbitral, independentemente de assinatura e/ou manifestação específica a esse respeito".

O sócio que deixa a sociedade (cedente) responde solidariamente com o cessionário, perante ela ou terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio, até dois anos depois da cessão.[105] Essa regra difere da do art. 108 da Lei das Sociedades Anônimas, em que alienantes e adquirentes respondem, solidariamente, pelo pagamento das prestações que faltarem para a integralização das ações transferidas. Diversamente do que está no art. 1.003 do Código, esse artigo determina a responsabilidade solidária entre o cedente e o cessionário apenas no limite do que faltar a ser integralizado.

É conveniente ressaltar que a responsabilidade do cedente se sujeita à regra do art. 1.003, parágrafo único do Código Civil, hipótese em que não pode ser afastada por cláusula contratual expressa de aplicação supletiva das normas das sociedades anônimas. O sócio que transferiu suas quotas responde pelo prazo de dois anos a contar da averbação da resolução da sociedade, que deve ser feita dentro do prazo de 30 dias, conforme dispõe o art. 1151 e parágrafos do Código Civil. Entendo que em relação aos créditos tributários e previdenciários aplica-se o prazo prescricional de cinco anos, em razão da especialidade do CTN.[106] Quanto à transferência de quotas de ascendente para descendente, abonamos o entendimento de Sérgio Campinho.[107]

A responsabilidade do cessionário difere da do cedente. O art. 1.058 do Código Civil, ao remeter para o art. 1.003*caput* e seu parágrafo único, norma que se aplica às sociedades simples, disciplina de forma expressa a responsabilidade do sócio cedente. Entendo que em relação ao cessionário, na omissão do contrato social, responderá pelas dívidas sociais anteriores à sua admissão (responsabilidade *ex tunc*);[108] na hipótese de cláusula contratual de aplicação supletiva da LSA, incide a regra do art. 108 *caput* e parágrafo único, em que o cessionário não assumirá responsabilidade por dívidas pretéritas (responsabilidade *ex nunc*).

<u>Sobre o tema:</u>

"Agravo de instrumento. Direito falimentar. Sentença declaratória de quebra. Requisitos art. 14 do Dec.-lei nº 7.661/1945. Inclusão do nome de ex-sócio. Descabimento. Precedentes do STJ. Capital subscrito na forma integralizada transferido por cessão de quotas. Quitação e subscrição das cotas com sua integralização pelo novo sócio constante expressamente do ato modificativo. Requisito formal do registro na JUCERJA atendido. Declaração de falência ultimada tempos após a saída do agravante do corpo societário. Decisão reformada.

A promoção ministerial que funcionou de esteio para a inclusão de ex-sócio na declaração de quebra prevista no art. 14 da Lei especial, data maxima venia, *hauriu-se ao arrepio da consideração atinente à cessão de quotas pertinentemente registrada na JUCERJ mais de um ano antes do requerimento da bancarrota. Sendo o capital social subscrito absolutamente integralizado, e não havendo impugnação a respeito, apenas poderia ser incluído o nome do ex-sócio na hipótese antevista no art. 51 da Lei de Quebras, isto é, no caso em que houvesse sido operado o chamado 'levantamento de fundos', hipótese em que, efetivamente, ensejaria prejuízo à garantia dos credores que à época a contrataram com a sociedade. Tendo havido, ao revés, cessão de quotas, com o ato modificativo exarando a inconteste integralização do capital social, com plena prova de quitação pelo novo só não há de estender os efeitos a falência ao ex-participante e uma vez já ter ultrapassado mais de um ano de sua saída, bem como face à conclusiva constatação de que sua responsabilidade à época era limitada à parcela do capital subscrito. Ressalte-se que não há prejuízo algum aos credores pretéritos e legitimados, à habilitação na massa, visto que o capital social, primorosa garantia do inadimplemento societário, remanesce inalterado e perfeitamente integralizado, consoante última alteração contratual atestada pela Junta. Agravo conhecido e provido*" (TJ/RJ, Ap. Cível nº 2004.002.17942, Décima Sétima Câmara Cível).

"Ação de cobrança. Sócio remanescente pode cobrar em face de sócios retirantes, dívida contraída pela sociedade.

O sócio que pagou dívida da sociedade é legitimado para propor ação de cobrança em face dos sócios retirantes,*que faziam parte da sociedade a época da constituição da dívida. Havendo cessão das cotas e constando na alteração contratual que os cedentes são responsáveis pelas dívidas existentes naquele período, não há como os apelantes se eximirem do débito cobrado. Sentença que julga procedente o pedido e condena os Réus no pagamento da dívida e dos ônus da sucumbência, que se mantém. Recurso Desprovido*" (TJ/RJ, Ap. Cível nº 2004.001.18640, Segunda Câmara Cível).

"Cotas de sociedade limitada. Promessa de cessão. Existência de dívidas não declaradas. Rescisão do contrato. Inadimplemento dos cedentes. Devolução dos valores pagos e dos ativos que compunham a sociedade. Dano moral não caracterizado. Relação jurídica de direito comum. Inaplicabilidade do CDC". Apelação parcialmente provida" (TJ/RJ, Ap. Cível nº 2003.001.22177, Décima Câmara Cível).

"Apelação Cível. Direito Comercial. Cessão de cotas de sociedade de responsabilidade limitada. Débitos anteriores à cessão. Dívida não paga. Dever de ressarcir.

Tendo as partes ajustado, quando da cessão de cotas de sociedade de responsabilidade limitada, a obrigação dos ex-sócios de ressarcir aos adquirentes por todas as dívidas anteriores ao negócio jurídico, não há perquirir-se a respeito de suposto desvio de pagamento que se alega ter feito. Ônus que evidentemente recai sobre aos alienantes das cotas sociais, desde que comprovado pelos adquirentes o pagamento da dívida anteriormente contraída. Afastada expressamente a responsabilidade solidária dos alienantes, devem responder, todavia, na exata proporção das cotas que então possuíam, de acordo, aliás, com o pacto firmado. Provimento parcial do recurso" (TJ/RJ, Ap. Cível nº 2001.001.26587, Décima Quinta Câmara Cível).

“Contrato de compromisso de compra e venda de quotas de sociedade comercial mediante pagamento parcelado.

Estando caracterizada a mora dos compradores no pagamento das parcelas acordadas, podem os vendedores promover a rescisão do ajuste, mormente havendo cláusula expressa neste sentido no compromisso de compra e venda, não constituindo óbice ao exercício de tal faculdade o fato de ter sido a cessão das cotas formalizada perante a Junta Comercial. Mora *não elidida pela alegação dos compradores de que, após a cessão das cotas, foi verificada a existência de débito para com o INSS, em decorrência de fraude em guias de recolhimento de contribuições, o qual não constava do passivo da sociedade, eis que tal alegação configura fato modificativo do direito dos Autores, cabendo assim aos Réus o ônus de prová-lo, na conformidade da disposição do inciso II, do artigo 333, do Código de Processo Civil, ônus do qual não se desincumbiram, tendo em vista tratar-se de fatos que somente são suscetíveis de serem comprovados através de perícia contábil, que chegou a ser requerida pelos Réus e deferida pelo juiz, tendo sido, entretanto, decretada a perda da prova em razão do não pagamento dos honorários periciais, através de decisão irrecorrida, não sendo os documentos anexados pelos Suplicados suficientes para suprir a ausência da prova pericial, não podendo ser levados em conta os documentos acostados nas razões de Apelação, por não terem sido submetidos ao crivo do julgador do primeiro grau, não havendo nenhum motivo para que não tivessem sido anexados com a contestação, eis que a maioria deles é anterior ao ajuizamento do presente feito. Conhecimento e desprovimento da Apelação”* (TJ/RJ, Ap. Cível nº 2003.001.28639, Des. Mario Robert Mannheimer).

“Ação de rescisão de contrato de cessão de quotas. Sentença improcedente. Recurso de apelação.

Uma vez demonstrado que os cessionários assumiram o passivo da sociedade, descabe a pretensão do apelante de rescisão do contrato, sob o fundamento de que os cedentes

descumpriram obrigação de fornecimento de Certidão Negativa de Débito da sociedade junto com o INSS, diante, inclusive, da existência de débito anterior à cessão. Recurso conhecido e parcialmente provido, apenas para reduzir a condenação na verba honorária para 10% sobre o valor da causa" (TJ/RJ, Ap. Cível nº 2004.001.18299, Des. Rudi Loewenkron).

"Processual civil. Extinção do processo sem apreciação de mérito. Cessão de quotas de sociedade comercial. Acordo entre as partes, obrigando-se a empresa cedente a responder pelas ações judiciais trabalhistas e acidentárias ajuizadas antes do negócio jurídico. Legitimidade da empresa cessionária para a ação que reclama indenização pelos danos causados em razão do suposto descumprimento do referido acordo, independentemente de ter havido incorporação de empresas.

Se a apelante é titular do direito material resultante da relação jurídica existente entre as partes, tem legitimidade para reclamar da parte contrária o cumprimento da obrigação assumida, ou a responsabilidade pelo inadimplemento do que foi ajustado. Se a parte autora imputa à parte ré a prática de ilícito contratual e indica a existência de danos materiais e morais resultantes deste evento, revela legítimo interesse de agir, considerando a utilidade e necessidade da demanda para a satisfação de seu interesse contrariado. A existência ou não de danos suportados pela autora ou de ilicitude na conduta da ré são questões vinculadas ao mérito da causa. Desprovido o agravo retido interposto pela empresa ré, provendo-se o apelo da autora para afastar a carência de ação pela alegada ilegitimidade de parte, determinando o retorno dos autos ao Juízo da causa, dando-se oportunidade à autora de se manifestar sobre os novos documentos trazidos pela ré, e às partes de indicarem eventuais provas a produzir" (TJ/RJ, Ap. Cível nº 2003.001.27071, Des. Fernando Cabral).

12.7.2.Penhora de quotas

Penhora é um ato coercitivo realizado no processo de execução como preparação para a expropriação de bens do devedor para a satisfação do credor. Consiste da individualização e na indisponibilidade do bem.

Discute-se se é cabível penhora de quotas sociais por dívidas particulares de sócio. O debate não pode ignorar a natureza jurídica da sociedade por quotas, ponto sobre o qual a doutrina diverge seriamente. O Código Civil é omisso. No silêncio do capítulo que regula as sociedades limitadas, regem-se pelas normas das sociedades simples.[109] O contrato social pode permitir, expressamente, a aplicação supletiva das regras das sociedades anônimas.

O art. 1.026 do Código é aplicável às sociedades limitadas por força do art. 1.053, *caput*, que permite ao credor particular de sócio fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade ou na parte que lhe tocar em liquidação, na insuficiência de outros bens do devedor. Caso a sociedade não esteja dissolvida, o credor poderá requerer a liquidação da quota do sócio devedor, cujo valor deverá ser depositado no juízo da execução em até noventa dias daquela liquidação. Na verdade, o que se admite é a liquidação da quota do sócio devedor.[110] A nova regra, se aplicada de forma literal, acaba por ferir o princípio da preservação da empresa, pois impede a sociedade de evitar eventual dissolução ou quebra, já que lhe impõe o ônus do pagamento do valor apurado na liquidação das quotas do sócio devedor, impedindo a entrada de terceiro arrematante ou do próprio credor, mediante a adjudicação das quotas do sócio devedor. Toda essa discussão perdeu o encanto porque com a reforma do direito processual a penhora de quotas sociais é expressamente admitida.[111]

Sustento que a penhora de quotas é possível, ainda que aplicadas as regras do art. 1.026, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, que confere ao credor a faculdade de requerer que a execução recaia sobre os lucros do sócio devedor ou a liquidação de sua quota. Fiando-se nos princípios da preservação e da função social da atividade econômica, o juiz, que não está adstrito ao pedido do autor, pode admitir a penhora, com posterior adjudicação das quotas pelo credor ou arrematação por terceiro, se isso for do interesse da sociedade, desde que com o consentimento unânime dos sócios.

Sobre o tema:

"Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

1 – As cotas sociais podem ser penhoradas, pouco importando a restrição contratual, considerando que não há vedação legal

para tanto e que o contrato não pode impor vedação que a lei não criou.

2 – A penhora não acarreta a inclusão de novo sócio, devendo ser facultado à sociedade, na qualidade de terceira interessada, remir a execução, remir o bem ou conceder-se a ela e aos demais sócios a preferência na aquisição das cotas, a tanto por tanto (CPC, arts. 1.117, 1.118 e 1.119), como já acolhido em precedente da Corte.

3 – Recurso especial não conhecido" (REsp 234391/MG, Rel. Min Carlos Alberto Menezes Direito).

"Processo Civil e Direito Comercial. Penhorabilidade das cotas de sociedade de responsabilidade limitada por dívida particular do sócio. CPC, art. 591. Doutrina. Precedentes. Recurso desprovido.

I – A penhorabilidade das cotas pertencentes ao sócio de sociedade de responsabilidade limitada, por dívida particular deste, porque não vedada em lei, é de ser reconhecida, com sustentação, inclusive, no art. 591, CPC, segundo o qual o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens, presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

II – Os efeitos da penhora incidente sobre as cotas sociais hão de ser determinados em atenção aos princípios societários. Assim, havendo restrição ao ingresso do credor como sócio, deve ser facultado à sociedade, na qualidade de terceira interessada, remir a execução, remir o bem ou conceder-se a ela e aos demais sócios a preferência na aquisição de cotas, a tanto por tanto (CPC, arts. 1.117, 1.118 e 1.119), assegurado ao credor, não ocorrendo a solução satisfatória, o direito de requerer a dissolução total ou parcial da sociedade" (REsp 147546/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

"Agravo de instrumento. Direito civil e processual civil. Penhora de cotas. Possibilidade.

Inexistindo regra de direito a vedar a penhora de quotas de capital de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, de propriedade do devedor, e integrando as mesmas o seu

patrimônio, nada obsta que sobre elas recaia o gravame. Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Desprovimento do recurso" (TJ/RJ, Ap. Cível nº 2004.002.13529; Décima Sétima Câmara Cível, Des. Sérgio Lucio Cruz).

"Tributário. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Execução Fiscal. Inexistência de omissão no acórdão *a quo*. Penhora de cotas de sociedade de responsabilidade. Possibilidade. Precedentes. Matéria de prova. Princípio da menor onerosidade. Súmula 7/STJ.

1. Cuida-se de agravo regimental interposto por Indústria e Comércio Arno Gartner Ltda. contra decisão com o seguinte entendimento: a) não consta o vício da omissão a ensejar a anulação do julgado por violação do art. 535, II, do CPC; b) possibilidade de penhora *de* cotas *de responsabilidade* limitada *encontra-se em sintonia com o entendimento deste STJ; c) questões de ordem fática não podem ser revistas na via especial em face da vedação sumular n. 7/STJ.*

2. Entendimento do TRF da 4ª Região de que inexiste óbice à penhorabilidade de cotas *sociais em virtude de dívida particular não concernente à empresa encontra respaldo na jurisprudência deste STJ: 'As* cotas sociais*podem ser penhoradas, pouco importando a restrição contratual, considerando que não há vedação legal para tanto e que o contrato não pode impor vedação que a lei não criou' (REsp 234.391/MG, DJ de 12/02/2001).*

3. De igual modo: REsp 712.747/DF, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 10/04/2006, AgRg no Ag 475.591/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 23/06/2003, AgRg no Ag 347.829/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 01/10/2001.

4. A alegação de que a execução não se processou em obediência ao que dispõe o art. 620 do CPC (menor onerosidade) porquanto existentes outros bens passíveis de penhora *enseja a análise de questões fáticas. Incidência da Súmula n. 7/STJ.*

5. Ausência de violação do art. 535 II, do CPC, já que o Tribunal de origem, posto que com fundamento diverso do pretendido pela recorrente, analisou de forma efetiva a matéria posta em debate na lide.

6. Agravo regimental não provido" (AgRg no Ag 894161/SC, Rel. Min. José Delgado).

"Execução de título extrajudicial – Penhora de parcela dos lucros ou de cotas de sociedade por dívida particular de sócio – Possibilidade.

Se esgotados os meios para localizar bens penhoráveis do executado, que, citado em execução, não paga e não os nomeia, é possível a constrição judicial sobre parcela dos lucros auferidos pela sociedade por ele constituída, na forma do caput do artigo 1.026 do CC, ou a penhora das cotas, visto que, no caso destas, não há qualquer vedação legal. Vale dizer: se a lei não proíbe, é porque se tem como permitida. Isso, aliás, materializa o princípio da máxima efetividade, pois se é certo que a execução deve ser feita da forma menos gravosa para o devedor, não menos certo seja ela realizada no interesse do credor (art. 620 e sua combinação com o art. 612, ambos do CPC). Além do mais, o devedor responde por suas obrigações com todos os seus bens presentes e futuros, conforme o disposto no artigo 591 do CPC. Precedente do Colendo STJ: REsp 317.651 / AM (.). A previsão contratual de proibição à livre alienação das cotas de sociedade de responsabilidade limitada não impede a penhora de tais cotas para garantir o pagamento de dívida pessoal de sócio. Isto porque referida penhora não encontra vedação legal e nem afronta o princípio da affectio societatis, *já que não enseja, necessariamente, a inclusão de novo sócio. Ademais, o devedor responde por suas obrigações com todos os seus bens presentes e futuros, nos termos do art. 591 do Código de Processo Civil. Recurso provido*" (2008.002.15114 – Agravo de instrumento, Rel. Des. Paulo Gustavo Horta).

"Ação de embargos de devedor, em que objetiva a embargante a desconstituição do título executivo judicial, oriundo de ação

monitória, ou, ao menos obter a redução do quantum exequendo. P*reliminar de nulidade de sentença rejeitada. Inexistência de cerceamento de defesa ou vulneração ao artigo 5º, LV, da Carta Magna. Arguição de nulidade de penhora de cotas sociais afastada. É possível a penhora de cotas pertencentes a sócio de sociedade de responsabilidade limitada, por dívida particular deste, ante a inexistência de vedação legal para tanto, não podendo o contrato social impor proibição que a lei não criou, valendo ressaltar que tal possibilidade encontra sustentação, inclusive, no art. 591, do CPC, segundo o qual o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei. Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça. Inexistência de excesso de execução. Sentença mantida. Desprovimento do recurso"* (2007.001.37162 – Apelação, Rel. Des. Maria Inês Gaspar).

Em sentido contrário:

"Embargos do devedor. Quotas de sociedade. Penhora. Possibilidade. Apelação. Embargos do devedor. Penhora de cotas de sociedade. Cabimento.

A cota somente será penhorável se houver no contrato social cláusula pela qual possa ser ela cessível a terceiro, pois assim, a sociedade demonstraria sua despreocupação em relação à pessoa dos sócios, dando-lhe um nítido teor de sociedade de capital. Recurso desprovido" (TJ/RJ, Ap. Cível nº 2003.001.12883, Décima Oitava Câmara Cível – Des. Jorge Luiz Habib).

"Sociedade de Responsabilidade Limitada. Dívida de Sócio. Penhora de Quotas.

As quotas, em princípio, são penhoráveis. Havendo, entretanto, cláusula impediente, cumpre respeitar a vontade societária, preservando-se a affectio societatis, *que restaria comprometida com a participação de um estranho não desejado. Recurso conhecido e provido*" (REsp 148947/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

"Indenizatória. Fase de execução. Penhora de cotas do capital social da empresa executada. Impossibilidade. As cotas não pertencem à firma e sim aos seus sócios.

Admissibilidade limitada quando a pessoa física do sócio é devedora. Conhecimento e provimento do agravo para reformar a decisão recorrida e cancelar a constrição sobre as cotas do capital social da empresa recorrente"(TJ/RJ, Ap. Cível nº 2004.002.19634, Décima Sétima Câmara Cível; Des. Raul Celso Lins e Silva).

Como dito, a lei processual agora admite expressamente a penhora de ações e quotas de sociedades empresárias. Essa regra veio corrigir um equívoco tantas vezes repetido. É que o devedor responde pelas obrigações contraídas com todo o seu patrimônio, presente e futuro,[112] e as quotas, definitivamente, integram o patrimônio do sócio devedor.

Na execução por título extrajudicial o executado não tem mais assegurado o direito de escolha dos bens a serem penhorados. Cabe ao credor, já na inicial da execução, nominar os bens a serem penhorados, observada a gradação do art. 835 do CPC. O devedor tem prazo de três dias para pagar a dívida.[113] Não o fazendo, sofrerá penhora de bens, com imediata avaliação. O exequente pode adjudicar os bens penhorados se oferecer preço não inferior ao da avaliação.[114] No caso de quotas penhoradas por exequente alheio à sociedade, esta será intimada para exercício do direito de preferência.[115]

Questão interessante diz respeito aos embargos do devedor. A nova lei[116] admite que o executado, no prazo de quinze dias contados da data da juntada aos autos do mandado de citação,[117] possa interpor embargos de devedor independentemente de penhora, depósito ou caução.[118] Em regra, os embargos do executado não têm efeito suspensivo, salvo, em caráter excepcional, se esse efeito lhes for emprestado pelo juiz.[119] Para mim, o executado ainda pode valer-se da exceção ou da objeção de não executividade para deduzir matérias conhecíveis de ofício pelo juiz a fim de eximir-se de execuções indevidas. Se, como regra, os embargos não têm efeito suspensivo, é razoável que o executado possa obstar de imediato a execução, quando comprovado, por exemplo, eventual vício no título que lhe retire a força executiva,[120]ausência de condições da ação ou de pressupostos processuais, cláusulas abusivas, entre outros. É, sem tirar nem por, o entendimento de Humberto Theodoro Júnior:[121]

"(...) Convém notar que a falta de título executivo ou a falta de exequibilidade do título corresponde à falta de condição de procedibilidade in executivis. O caso, nessa ordem, envolve matéria cuja abordagem e solução pode, e deve ocorrer, a qualquer tempo, a requerimento da parte, ou por iniciativa do próprio juiz (art. 267). Trata-se

de suscitar simples objeção, e não propriamente exceção. Vícios nas condições basilares do processo de execução – como a falta de título, ou a carência de certeza, liquidez e exigibilidade – geram nulidade, a que a parte pode arguir 'independentemente de embargos do devedor, assim como pode e cumpre ao juiz declarar, de ofício, a inexistência desses pressupostos formais contemplados na lei processual civil'. E isso pode acontecer a todo tempo, sem se sujeitar à preclusão temporal".

Sobre o tema:

"Processual Civil. Execução. Exceção de pré-executividade. Suspensão do processo. Cabimento. CPC, art. 791. *I – A regra do art. 791 da lei adjetiva civil comporta maior largueza na sua aplicação, admitindo-se, também, a*suspensão *do processo de* execução, *pedida em* exceção *de* pré-executividade, *quando haja a anterioridade de ação revisional em que discute o valor do débito cobrado pelo credor hipotecário de financiamento contratado pelo S.F.H. II – recurso especial não conhecido*" (REsp 268532/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr.).

Questão das mais tormentosas refere-se à penhora *on-line* por dívidas da sociedade. Em parte, o art. 854 do CPC/2015 dirimiu a polêmica quanto à possibilidade desse tipo de gravame. Como lembra Edmar Lemgruber,[122] "a penhora on line é uma das mais recentes inovações no campo do direito. A medida visa emprestar celeridade e efetividade na fase executória. A Justiça do Trabalho foi pioneira na implantação dessa medida. Em maio de 2002, por meio de um convênio firmado entre o Tribunal Superior do Trabalho e o Banco Central do Brasil foi criado o "BACEN JUD", que permite aos Ministros do TST e aos Juízes dos Regionais que encaminhem às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN, ofícios eletrônicos solicitando informações sobre a existência de contas correntes e aplicações financeiras, determinações de bloqueio e desbloqueio de contas de pessoas físicas e jurídicas clientes do Sistema Financeiro Nacional, bem como outras solicitações que vierem a ser definidas pelas partes. Por outro lado, há severas críticas quanto à aplicação da medida, como por exemplo, a violação do princípio do devido processo legal, quebra do sigilo bancário, possibilidade de excesso de penhora etc.

Por outro lado, o art. 185-A do CTN, diz:

"Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão preferencialmente por meio eletrônico aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades

supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial."

Sobre o tema:

"Agravo de Petição – apresenta orientação no sentido de que 'a penhora de crédito somente far-se-á sobre uma conta bancária, ainda que várias as contas e em vários bancos, procedendo-se a outras, uma por uma, com respectivo ofício do Juízo, se necessário e apenas para completar o crédito exequendo, evitando-se, assim, açodadas e múltiplas penhoras de dinheiro, criando-se verdadeiro aprisionamento das contas bancárias das empresas, impedindo o seu desempenho e o cumprimento de seus demais compromissos sociais, bancários e contratuais"" (TRT 2ª região, Processo nº 40774-2003-902-02-00-0, 8ª Turma).

"'Autorizando a penhora sobre a importância em questão', sem que isso ocasione ferimento ao princípio constitucional da privacidade, pois, 'recaindo sobre quantia certa, não evidencia devassa na vida econômica da executada"" (TRF, Agravo nº 204049, Desembargadora e Relatora Marli Ferreira).

"... a constrição via on-line, *efetivada sobre numerário existente em conta bancária, não feriu direito líquido e certo, uma vez que prevista no artigo 655, do CPC. Aplicação analógica da Orientação Jurisprudencial nº 60, da SDI-2, do TST*" (TRT 2ª região – RO nº 20040217633).

Em sentido contrário:

"*Penhora de numerário. Execução provisória. Não se justifica a penhora de numerário existente em conta-corrente quando tratar-se de execução provisória, já garantida por bens suficientes à satisfação do* quantum debeatur, *por empresa que possui solidez financeira e não se opõe de forma injustificada à execução*" (TRT-12ª Região – MS 00132-2003-000-12-00-7).

Em resumo:

	Natureza da sociedad	Regra	Penhora de Quotas	Ingresso de terceiro na sociedade

	e			
Sociedade simples pura[123]	Pessoas	Liquidação das quotas do sócio executado com pagamento, em dinheiro, em até noventa dias, ao credor, pela sociedade.[124]	Necessidade da penhora de quotas para viabilizar a liquidação das quotas pela sociedade e garantir eventual efeito suspensivo aos embargos opostos pelo executado.	a) Adjudicação das quotas pelo próprio credor,[125] com consenso unânime dos sócios. b) Arrematação por terceiro com consenso unânime dos sócios.
Sociedade limitada simples	Pessoas	Liquidação das quotas do sócio executado com pagamento, em dinheiro, em até noventa dias, ao credor, pela sociedade.[126]	Necessidade da penhora de quotas para viabilizar a liquidação das quotas pela sociedade e garantir eventual efeito suspensivo aos embargos opostos pelo executado.	a) Adjudicação das quotas pelo próprio credor. b) Arrematação por terceiro com consenso unânime dos sócios.
Sociedade limitada empresária	Capital	Possibilidade da penhora de quotas de sociedade empresária.[127]	Livre penhora de quotas em razão da natureza da sociedade – sociedade de capital.	Livre ingresso do credor (adjudicação) ou do arrematante na sociedade, independentemente de anuência dos sócios.
Sociedade limitada empresária	Pessoas	Possibilidade da penhora de quotas de sociedade empresária.[128]	Livre penhora de quotas em razão da natureza da espécie sociedade – empresária, com restrições	a) Adjudicação das quotas pelo próprio credor. b) Arrematação por terceiro com consenso unânime dos sócios.

			em relação ao ingresso do terceiro a fim de manter a natureza da sociedade – pessoas. Para se evitar esse ingresso, confere-se à sociedade/sócios os seguintes direitos: a) remição b) preferência	OBS.: Caso a sociedade não exerça o direito à remição ou preferência e não haja consenso quanto à adjudicação, poderá o arrematante das quotas pedir sua liquidação para recebimento do valor apurado, com a consequente resolução da sociedade em relação ao sócio devedor.

12.7.3.Caução de quotas

Caução, do latim *cautio* (precaução, ação de se acautelar), significa a cautela que se tem ou se toma, em virtude da qual alguém oferece a outrem a garantia ou a segurança de que dada obrigação será cumprida. De modo geral, significa qualquer garantia que o devedor outorga ao credor de que o objeto da obrigação principal entre ambos será honrado. A função jurídica da caução é a solvabilidade do devedor da obrigação. Sob o ponto de vista do negócio jurídico obrigacional, é espécie de contrato ou obrigação acessória.

Caução de quotas é a dação das quotas ao credor como garantia de obrigação contraída pela sociedade. É da doutrina mais aplaudida que tudo o que é cessível ou alienável é passível de penhor ou caução. O Código Civil é omisso quanto à cessão de quotas. A caução das quotas independe da natureza da sociedade, isto é, é sempre possível, seja de capital ou de pessoas. Para nós, inadimplida a obrigação, o credor da sociedade de capital nela poderá ingressar na condição de sócio. Se de pessoas, o ingresso dependerá da conjugação de vontades das partes ou da liquidação das quotas com o pagamento do valor apurado.

12.8.MENOR QUOTISTA

Menor quotista não se confunde com menor empresário. O menor quotista é sócio de uma sociedade contratual e não exerce atividade empresarial em nome próprio. O menor empresário individual, se emancipado, exerce atividade empresarial em seu próprio nome e assume responsabilidade ilimitada. Infelizmente, o legislador não aproveitou a possibilidade de reforçar essas diferenças quando da inserção do § 3º no art. 974, que trata, no *caput* e §§ 1º e 2º, da possibilidade da continuação da empresa pelo incapaz. É inquestionável que o § 3º foi inserido em local indevido, acabando por perpetuar as dúvidas já existentes.

Atualmente, é inquestionável a possibilidade de o menor ser sócio de sociedade, desde que:

1º)não exerça a sua administração;

2º)tenha a sua responsabilidade limitada;

3º)o capital social esteja inteiramente integralizado tanto no momento da constituição da sociedade quanto no das alterações subsequentes.[129]

Sobre o tema:

E. nº 221 do CJF: "Diante da possibilidade de o contrato social permitir o ingresso na sociedade do sucessor de sócio falecido, ou de os sócios acordarem com os herdeiros a substituição de sócio falecido, sem liquidação da quota em ambos os casos, é lícita a participação de menor em sociedade limitada, estando o capital integralizado, em virtude de inexistência de vedação no Código Civil".

"Sociedade Comercial. Limitada. Menor. Participação do contrato social em que o capital foi totalmente integralizado. Admissibilidade. Segurança concedida. Pode o menor participar de sociedade por cotas de responsabilidade limitada em que o capital social foi totalmente integralizado" (1º TACivSP, ST, 471/132).

Há quem sustente que o menor, desde que autorizado judicialmente, pode ingressar em qualquer tipo societário, até mesmo nas sociedades em os sócios possuam responsabilidade ilimitada, tais como nome coletivo e comandita simples. Fiam-se no art. 1.039 do Código Civil. Divirjo. O art.

974 excepciona a regra do art. 972 do Código (que disciplina a capacidade para o exercício individual de atividade empresarial) e somente comporta interpretação estrita, tendo em vista o interesse e a proteção do menor. Ao permitir a continuação da empresa pelo incapaz ou pelo interdito a lei desejou que a empresa cumprisse a sua finalidade social. Isso não se dá se a sua continuação importar riscos para ela própria, ou para o incapaz.

Em sentido contrário:

> "A exigência de integralização do capital social, prevista no artigo 974, § 3º, não se aplica à participação de incapazes em sociedades anônimas e sociedades com sócios de responsabilidade ilimitada, nas quais a integralização do capital social não influa na proteção do incapaz."
>
> Em relação ao ingresso do incapaz em sociedades anônimas, não há necessidade da integralização do capital social, pois o art. 1º da Lei nº 6.404/1976 diz que a responsabilidade dos acionistas é limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas, sem dispor sobre a solidariedade entre os acionistas nas relações perante credores.

Sobre o tema:

> "A exigência de integralização do capital social, prevista no artigo 974, § 3º, não se aplica à participação de incapazes em sociedades anônimas e sociedades com sócios de responsabilidade ilimitada, nas quais a integralização do capital social não influa na proteção do incapaz[130]."

12.9.DA RESOLUÇÃO DA SOCIEDADE EM RELAÇÃO A UM SÓCIO[131]

O Código Civil não adotou a expressão dissolução parcial da sociedade, consagrada na doutrina e na jurisprudência. Segundo a nova dicção do Código, ou a sociedade se dissolve totalmente ou se resolve em relação a um sócio. A retirada, exclusão ou morte do sócio não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até 2 (dois) anos após averbada a resolução da sociedade.[132]

Sobre o tema:

"Agravo de instrumento. Execução ajuizada contra a empresa, da qual o agravante era sócio. Desconsideração da personalidade jurídica. Tese de que dela se retirou há mais de dois anos. Juntada da ficha cadastral da Junta Comercial, provando a saída em 12/03/2007. Retirada superior a dois anos. Inteligência do parágrafo único do art. 1.003 do Código Civil. Aplicação da regra da sociedade simples à sociedade limitada [art. 1053]. Precedentes jurisprudenciais da Corte paulista. Recurso provido" (TJSP – AG 990100653970 SP).

Nos casos em que a sociedade se resolve em relação ao sócio impõe-se a liquidação das suas quotas com base na situação patrimonial da sociedade verificada em balanço especialmente levantado na data dessa resolução.[133]

O capital social deverá recompor-se com a retirada do sócio, por uma ou mais das seguintes formas:

a)aquisição, pelos próprios sócios, das quotas do sócio que se retirou ou faleceu;
b)aquisição das quotas por terceiros, caso não haja vedação contratual;
c)redução do capital social;[134]
d)aquisição das quotas pela própria sociedade.[135]

São hipóteses de resolução da sociedade em relação a um sócio:

1) **Falecimento do sócio**

O Código Civil pôs fim à controvérsia sobre o destino da sociedade em caso de falecimento de sócio. Salvo expressa previsão contratual em contrário, os herdeiros não podem ingressar na sociedade em razão do falecimento de um dos sócios.[136] Têm, apenas, o direito de receber o valor apurado em liquidação das quotas do sócio falecido e apropriar-se dos seus fundos líquidos.[137]

Em regra, o falecimento de um dos sócios resolve a sociedade. Nesse caso, as quotas devem ser liquidadas para posterior pagamento aos herdeiros, salvo nas seguintes hipóteses:[138]

I – se o contrato dispuser diferentemente;

II – se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade;

III – se, por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido.

A morte do sócio não exime os herdeiros da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores. Essa responsabilidade persiste por até dois anos a contar da averbação da resolução da sociedade por esse evento.[139]

“Recurso especial. Inventário. Apuração de haveres. Procedimento autônomo. Remessa aos meios ordinários. Possibilidade. Incompetência do Juízo de Família e Sucessões. Não configuração. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência.

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

2. As perícias técnicas (contábil e de engenharia) realizadas em primeira instância foram acolhidas tanto pela sentença quanto pelo Tribunal local, que afastaram a existência de qualquer irregularidade ou ilegalidade nos referidos trabalhos. Desse modo, a insatisfação da recorrente no que tange ao resultado do conjunto probatório-pericial que lhe é desfavorável não se confunde com violação dos citados dispositivos legais nem implica o cerceamento de sua defesa.

3. Não há direito de produção de prova técnica em segunda instância. Cabe ao órgão judicante, destinatário das provas, acolher ou refutar o conjunto probatório delineado pelas partes e produzido pelos auxiliares da justiça – como, no caso, o perito –, em decisão necessariamente motivada, como fez o aresto combatido.

4. O êxito da pretensão recursal depende tanto de se infirmar a certeza que ora se extrai dos autos acerca da adequação e regularidade das provas periciais quanto de rever as conclusões de ambas as instâncias de cognição plena pela sua validade. Incidência da Súmula nº 7/STJ.

5. A mera inversão da ordem procedimental – qual seja, o julgamento da apelação antes de apreciado o agravo retido interposto –, por si só, não conduz à nulidade do julgamento. Para tanto, é necessário que seja demonstrado e comprovado que a parte sofreu prejuízo, o que não ocorreu no presente caso.

6. As instâncias ordinárias afastaram corretamente a existência de enriquecimento sem causa dos ora recorridos, o que atrai o óbice da Súmula nº 7/STJ.

7. A distribuição da apuração de haveres ao Juízo pelo qual se processou o inventário não ofende nenhuma norma de direito federal. Pelo contrário, a interpretação conjugada da legislação processual que trata especificamente da matéria leva à conclusão de que o procedimento adotado pelas instâncias ordinárias encontra-se hígido e em conformidade com as disposições legais.

8. O CPC determina que as questões decorrentes do inventário ou da partilha que demandarem ‘alta indagação’ ou ‘dependerem de outras provas’ sejam remetidas aos meios ordinários. Portanto, a ‘remessa aos meios ordinários’ significa, essencialmente, que o juiz deve processar o incidente pelos meios ordinários, em apartado dos autos do inventário.

9. O fato de a lei prescrever que o juiz determine a apuração de haveres não exclui do herdeiro o seu direito subjetivo público de ação, a quem remanesce a faculdade de propô-la de forma autônoma, conforme foi feito no presente caso. Ademais, a premissa maior a ser observada nos ‘meios ordinários’ é a participação, mediante efetivos contraditório e ampla defesa, de todos os atores envolvidos na questão.

10. Recurso especial conhecido e não provido” (REsp 1.438.576/SP (2014/0040272-1), Rel. Ricardo Vilas Bôas).

2) **Cessão de quotas**

V. item 12.7.1.

3) **Exclusão de sócio**

Exclusão de sócio é um ato unilateral de vontade da sociedade e provoca a sua (da sociedade) resolução em relação ao sócio excluído.

A exclusão pode se dar nas hipóteses de:

3.1) **Sócio remisso**[140]

Diz-se remisso ou inadimplente o sócio que não cumpre a obrigação de integralizar o valor das quotas subscritas. Como já visto, o capital é a soma de valores ou de coisas que possuam valor de troca e sejam o efeito acumulado de trabalho anterior, e capital social, o capital com que se organiza a empresa (atividade) para cumprir seus objetivos econômicos, financeiros, estatutários ou contratuais. A principal obrigação de quem ingressa numa sociedade é pagar (integralizar, realizar) o valor de suas quotas no capital social. Discute-se se é possível suspender os direitos do sócio remisso. Penso que sim. Assim também supõe a melhor doutrina[141] (v. Cap. 6º, item 6.2.6.1).

Dependendo do tipo de sociedade, a integralização pode se dar com bens ou serviços. O § 2º do art. 1.055 do Código não admite contribuição em prestação de serviços nas sociedades limitadas. Os sócios obrigam-se às contribuições previstas no contrato na forma e no prazo estipulados. Responde pela mora quem deixar de cumpri-lo nos trinta dias seguintes à notificação pela sociedade. O Código Civil inovou quanto à mora ao determinar a necessidade de notificação prévia do sócio devedor, mesmo na hipótese de cláusula contratual expressa determinando o prazo certo do vencimento da obrigação. Há, agora, mora *ex persona*, e não *ex re*. Ou seja: a caracterização da mora somente ocorrerá com a notificação prévia do sócio devedor para integralizar o valor devido nos trinta dias seguintes ao da notificação. Verificada a mora do remisso, a maioria dos sócios pode optar por:[142]

a)ajuizar ação de execução[143] do valor devido, com os acréscimos legais (juros legais ou contratuais, correção monetária, custas processuais, honorários de advogado etc.);

b)reduzir a quota do sócio remisso ao montante efetivamente pago; nessa hipótese, para que não haja ofensa ao princípio da realidade do capital social impõe-se a redução ou a aquisição das quotas não integralizadas, pelos demais sócios, terceiros (dependendo do contrato social) ou pela própria sociedade;

c)excluir o sócio remisso e, esse caso, a sociedade deve devolver-lhe a quantia que houver pago, deduzidos os juros da mora, as prestações estabelecidas no contrato e as despesas. O valor de sua quota deve ser considerado pelo montante efetivamente realizado, liquidado com base na situação patrimonial da sociedade à data

da resolução, depois de verificada em balanço especialmente levantado.[144] Trata-se de exclusão de pleno direito do sócio.[145]

Com a exclusão do sócio remisso o capital social deve ser recomposto da seguinte forma:

c.1)aquisição das quotas do remisso pelos demais sócios ou terceiros;
c.2)redução do capital social, em atendimento ao princípio da realidade ou da veracidade do capital social;
c.3)aquisição das quotas pela própria sociedade (quotas em tesouraria).

Sobre o tema:

E. 67 do CJF: "A sociedade limitada pode adquirir suas próprias quotas, observadas as condições estabelecidas na Lei das Sociedades por Ações".

3.2) **falência de sócio**[146] empresário (empresário individual ou sociedade empresária). Nesse caso, as quotas do sócio falido são arrematadas pelo administrador judicial para posterior liquidação pela sociedade, e o valor creditado à massa falida. Admite-se, também, a falência do sócio na hipótese de integrar sociedade em que assuma responsabilidade ilimitada, conforme o disposto no art. 81 da Lei nº 11.101/2005;

3.3) **sócio cuja quota tenha sido liquidada nos termos do parágrafo único do art. 1.026 do Código Civil**;[147]

3.4) **determinação judicial**, como consequência da iniciativa da maioria dos demais sócios na imputação de falta grave no cumprimento das obrigações por outro sócio;[148]

3.5) **incapacidade superveniente do sócio**.[149] O sócio interditado, se não excluído judicialmente, poderá continuar na sociedade representado ou assistido por seu curador.[150]

Sustento que essa regra deve ser mitigada. A incapacidade superveniente de um dos sócios não é motivo ensejador de sua exclusão, pois seu representante legal pode praticar os atos em nome do incapaz. O princípio da dignidade da pessoa humana deve prevalecer sobre a regra supracitada, além do que não traria qualquer prejuízo para a sociedade, que, ao contrário, não teria de arcar com o ônus do pagamento do valor apurado em liquidação das quotas do incapaz. Para reforçar: defendo a possibilidade da declaração incidental da inconstitucionalidade da parte do art. 1.030, parágrafo único, que autoriza a exclusão do sócio por sua incapacidade

superveniente, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana. Entendo, contudo, que cada caso deve ser analisado de acordo com suas peculiaridades, hipótese em que, se o incapaz ou seu representante praticarem atos de inegável gravidade, que comprometam a higidez da empresa, caberá a exclusão judicial ou extrajudicial.

3.6) **decisão extrajudicial**,[151] desde que haja:

•deliberação tomada por maioria dos sócios representativos de mais da metade do capital social;

•deliberação tomada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim;

•o sócio excluendo tenha posto em risco a continuidade da empresa;

•a prática de atos de inegável gravidade;

•a previsão contratual expressa de cláusula de exclusão de sócio por justa causa;

•a ciência do acusado, em tempo hábil, para permitir o seu comparecimento à assembleia ou reunião e eventual direito de defesa.

Diante de conceitos tão subjetivos caberá ao Judiciário valorar a justa causa imputada como fundamento do pedido de exclusão do sócio, ainda que contratualmente previsto. O sócio não pode ser excluído da sociedade de forma arbitrária, ou por simples capricho. Não basta para a exclusão mera alegação de quebra da *affectio societatis*, sem prova dos requisitos do art. 1.085 do Código Civil. O sócio acusado de modo leviano pode opor-se, como é curial, à deliberação que o excluiu, e pleitear sua anulação e subsequente reingresso na sociedade com o ressarcimento de eventuais prejuízos sofridos, notadamente os morais.

É conveniente esclarecer que a exclusão do sócio majoritário somente poderá ser judicial, com fundamento no art. 1.030, *caput*, do Código Civil.

<u>Sobre o tema:</u>

E. nº 17 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: "Na sociedade limitada com dois sócios, o sócio titular de mais da metade do capital social pode excluir extrajudicialmente o sócio minoritário desde que atendidas as exigências materiais e procedimentais previstas no art. 1.085, *caput* e parágrafo único, do CC".

"Dissolução de sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Desaparece a affectio societatis *com a conduta do sócio que, além de encetar campanha de descrédito contra os*

demais sócios, deixa de pagar sua parte nas despesas da sociedade e se omite nos trabalhos da administração. Exclusão do sócio faltoso corretamente procedida. – Recurso não provido" (TJ/RJ, Ap. Civ. nº 2003.001.34078, Des. José de Samuel Marques).

E. 67 do CJF: "Arts. 1.085, 1.030 e 1.033, III: A quebra do *affectio societatis* não é causa para a exclusão do sócio minoritário, mas apenas para dissolução (parcial) da sociedade".

4) **Direito de retirada**

Sócio não é prisioneiro da sociedade. O direito de retirada é um direito essencial do sócio e pode ser exercido nas seguintes hipóteses:

4.1) Se se tratar de sociedade por **prazo indeterminado**,[152] a saída do sócio depende apenas de notificação prévia (desnecessidade de motivação) aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias.

Por precaução, o sócio que se retirar da sociedade deve averbar a notificação no cartório competente para se resguardar de eventual responsabilidade. Em regra, a obrigação de fazer a averbação da retirada do sócio no órgão competente fica a encargo da sociedade, contudo, a inércia poderia impedir a contagem do termo *a quo* para efeitos de responsabilização do sócio retirante, pois o prazo de dois anos de que trata o art. 1.032 do Código Civil é contado da averbação da resolução da sociedade. Como já dito anteriormente, é posição do RCPJ que, após o prazo de notificação de todos os sócios, o retirante possa averbar a notificação em cartório a fim de se prevenir quanto ao início do prazo para efeitos de responsabilidade.

Os sócios remanescentes podem optar pela dissolução da sociedade nos trinta dias subsequentes à notificação da retirada.[153]

4.2) Tratando-se de sociedade por **prazo determinado**[154] a retirada do sócio está condicionada ao ajuizamento de ação em que se comprove a justa causa para sua saída. Doutrina majoritária admite que a quebra da *affectio societatis* é razão bastante para o exercício do direito de retirada.

Sobre o tema:

E. nº 67 do CJF: "Arts. 1.085, 1.030 e 1.033, III: A quebra do *affectio societatis* não é causa para a exclusão do sócio

minoritário, mas apenas para a dissolução (parcial) da sociedade".

4.3) Exercício do direito de retirada pelo **sócio dissidente**, ou seja, por aquele que discorda de modificação contratual, fusão da sociedade, incorporação em outra, ou dela por outra, mediante o reembolso do valor de sua quota, de acordo com o contrato social, ou, na omissão, com base na situação patrimonial da sociedade à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado. Para mim, a indenização do sócio dissidente tem de ser feita em valores reais de mercado, atualizados até o efetivo pagamento e contada sobre todos os elementos do estabelecimento (nome empresarial, marca, patente, mercadorias, ponto, modelos de utilidade etc.)[155] segundo o que se levantar em balanço especial à época de sua saída. Qualquer outra solução leva ao enriquecimento sem causa da sociedade e dos sócios remanescentes. O artigo 1.077 do Código Civil não comporta interpretação extensiva. Como o ônus do pagamento do reembolso é da sociedade, o direito de retirada pode pôr em risco a sua sobrevivência, dependendo do valor a ser indenizado ao sócio e do número de sócios integrantes dessa sociedade da qual o sócio se retira.

Defendo a aplicação analógica do § 3º do art. 137 da Lei nº 6.404/1976 se o direito de retirada for exercitado frente a uma sociedade limitada e desde que não haja previsão contratual expressa. Aplicam-se os princípios da preservação da empresa e da inexistência de prejuízo aos sócios. Dependendo das matérias aprovadas, e caso a companhia entenda que o pagamento do reembolso das ações aos acionistas dissidentes porá em risco a sua estabilidade financeira, essa lei permite a convocação de assembleia especial para ratificação ou reconsideração da deliberação ensejadora da retirada.

O direito de retirada, por ser um direito essencial, não pode sofrer qualquer restrição contratual, sob pena de nulidade de cláusula restritiva.

<u>Sobre o tema:</u>

E. nº 392 do CJF:[156] "Nas hipóteses do art. 1.077 do Código Civil, cabe aos sócios delimitarem seus contornos para compatibilizá-los com os princípios da preservação e da função social da empresa, aplicando-se, supletiva (art. 1.053, parágrafo único) ou analogicamente (art. 4º da LICC), o art. 137, § 3º, da Lei das Sociedades por Ações, para permitir a reconsideração da deliberação que autorizou a retirada do sócio dissidente".

Como dito, a retirada do sócio não o exime da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores em até dois anos depois de averbada a

resolução ou dissolução da sociedade no órgão competente.[157] Questão que merece ser discutida diz respeito à dificuldade enfrentada pelo sócio para averbação de sua saída, para efeitos de contagem do prazo de dois anos. Na maioria das vezes a sociedade se obriga a efetuar a alteração contratual para a devida averbação no órgão competente. Na inércia da sociedade, entendo que o sócio deve se valer das ações cabíveis para prevenir sua responsabilidade.

Sobre o tema:

"Sociedade limitada. Despedida negocial de sócio. Tendo ocorrido a cessão das cotas sociais e tendo sido outorgada a quitação, passa a ser direito do sócio que se retirou a celebração da alteração contratual e seu respectivo registro na Jucerja. Ação de obrigação de fazer. A pessoa jurídica é parte legítima na ação que tem por objeto a alteração de seu contrato social. Ônus da sucumbência. Quem deu causa ao processo deve arcar com as despesas que dele decorrem, assim como com o pagamento dos honorários de advogado da parte que se viu obrigada a buscar a tutela jurisdicional. Recurso desprovido" (Apelação Cível nº 2009.001.07917, Des. Luisa Bottrel Souza, julgamento: 29.04.2009, Décima Sétima Câmara Cível).

"Agravo de instrumento. Desconsideração da personalidade jurídica. Inclusão do ex-sócio retirante. Biênio legal. Responsabilidade societária. Recurso. Ao tempo da emissão do cheque o retirante integrava a sociedade devedora. Distinção entre o prazo decadencial com aquele processual. Teleologia do art. 1.003 do atual Código Civil. Prescrição inocorrente. Constrição. Bloqueio Bacen *on-line* que permanece hígida. Efeito suspensivo revogado. Recurso não provido" (Agravo de Instrumento 2178818-52.2014.8.26.0000/SP, 4ª Vara Cível, Voto 12.778 – Processo Digital).

É questão controvertida a legitimidade passiva da ação de resolução:

Sobre o tema:

"Recurso especial – Omissão no acórdão recorrido – Inocorrência – Ação de exclusão de sócio – Forma de dissolução parcial da sociedade – Sociedade e sócio

remanescente – Litisconsórcio passivo necessário – Integração da lide – Necessidade – Julgamento antecipado da lide – Impossibilidade – Entendimento obtido pelo exame fático-probatório – Incidência do Enunciado nº 7/STJ – Recurso não conhecido.

I – É pacífico nesta Corte o entendimento de que o Órgão Julgador não está obrigado a responder uma a uma às alegações da parte, como se fosse um órgão consultivo, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundamentar sua decisão;

II – O quotista interessado na expulsão de outro deverá instaurar o contencioso em face deste, dos sócios remanescentes e da pessoa jurídica à qual se ligavam;

III – O Tribunal de origem, após analisar toda a matéria devolvida em apelação, assentou que as provas colacionadas nos autos não seriam suficientes para concluir que houve efetivamente infidelidade, má-fé ou exorbitância de poderes na administração, sendo imprescindível, para tal, a realização de perícia técnica e contábil;

IV – Recurso não conhecido" (REsp 813430/SC, Rel. Massami Uyeda).

Em resumo:

RESOLUÇÃO DA SOCIEDADE EM RELAÇÃO A UM SÓCIO	PREVISÃO LEGAL	PROCEDIMENTO	RESPONSABILIDADE DO SÓCIO	DIREITO DO SÓCIO
FALECIMENTO DO SÓCIO	Art. 1.028	Resolução da sociedade em relação ao sócio falecido, com a respectiva liquidação das quotas e pagamento aos herdeiros.	A morte do sócio não exime os herdeiros da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores. Essa responsabilidade persiste por até dois anos a contar	No caso de retirada do sócio este terá direito à liquidação de suas quotas, considerada pelo

			da averbação da resolução da sociedade por esse evento.[158]	montante efetivamente realizado, com base na situação patrimonial da sociedade à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.[159] É entendimento majoritário que o cálculo deve ser realizado com base em critério real, ou seja, levando-se em conta os bens tangíveis e intangíveis da empresa.
RETIRADA DO SÓCIO – Sociedade por prazo indeterminado	Art. 1.029, 1ª parte – retirada extrajudicial	Necessidade de notificação prévia a todos os demais sócios, com antecedência mínima de 60 (sessenta dias).	A retirada do sócio não o exime da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da	IDEM

			sociedade.[160]	
RETIRADA DO SÓCIO – Sociedade por prazo determinado	Art. 1.029, 1ª parte – retirada judicial	Necessidade do ajuizamento da ação própria, comprovada a justa causa.	A retirada do sócio não o exime da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade.[161]	IDEM
RETIRADA DO SÓCIO – Direito de recesso	Art. 1.077 – retirada extrajudicial	Direito do sócio se retirar da sociedade quando discordar de deliberação tomada em assembleia ou reunião que implique em modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra. O direito de retirada deve ser exercido nos trinta dias subsequentes à reunião ou assembleia.		

12.10.ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE

Antes do Código Civil as sociedades limitadas eram administradas pelos sócios-gerentes. Quem não fosse sócio da sociedade não podia exercer a gerência, pois o D. nº 3.708/1919 não admitia a constituição de mandatários e somente autorizava a delegação da gerência.[162] O Código Civil inovou. Primeiramente, extingue a figura tradicional do sócio-gerente.

O art. 1.060 diz, agora, que a sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoas designadas no contrato social, ou em ato separado. Administrador de uma limitada não é mais o gerente. Atualmente, gerente é preposto, prestador de serviço permanente no exercício da empresa, na sede desta ou em sucursal, filial ou agência.[163] Como dito, o Código arredou a controvérsia sobre o exercício da gerência por pessoa jurídica. Somente pessoas naturais podem ser administradores das sociedades limitadas. A extrema fidúcia ínsita ao cargo impede definitivamente o seu exercício por interposta pessoa jurídica. Há divergência.[164]

O § 2º do art. 1.062 do Código enumera os requisitos necessários à averbação no registro competente: nacionalidade, estado civil e a exibição do documento de identidade de sócio nomeado em ato separado. O art. 997, VI, do Código, aplicado subsidiariamente às sociedades limitadas por força do art. 1.053 manda que o contrato social das sociedades simples mencione as pessoas naturais incumbidas da sua administração.

Sobre o tema:

> E. nº 66 do CJF: "Arts. 1.062: a teor do § 2º do art. 1.062 do Código Civil, o administrador só pode ser pessoa natural".
>
> E. nº 64 da II Jornada de Direito Comercial do CJF: "Criado o conselho de administração na sociedade limitada, não regida supletivamente pela Lei de Sociedade por Ações (art. 1.053) e, caso não haja regramento específico sobre o órgão no contrato, serão aplicadas, por analogia, as normas da sociedade anônima".

Os administradores podem ser designados no próprio contrato social ou em ato separado.[165] Nesse caso, investem-se no cargo mediante termo de posse no livro de atas da administração da sociedade. A designação perde o efeito se o termo de posse não for assinado nos trinta dias seguintes.[166] O administrador nomeado em ato separado deve, ainda, requerer a averbação de sua nomeação no registro competente, nos dez dias seguintes ao de sua investidura.[167] A IN nº 10/2013 do DREI.

O contrato social tem de especificar com clareza a forma de exercício da administração (se em conjunto ou isoladamente, ou seja, se conjuntiva ou disjuntiva), os poderes do administrador e suas atribuições. O art. 1.064 do Código diz, ainda, que o uso da firma ou denominação social é privativo dos administradores que tenham os necessários poderes. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos necessários à gestão da sociedade, exceto oneração ou venda de bens imóveis, quando

não constituírem objeto social.[168] Esses atos dependem do consenso da maioria dos sócios.

Espera-se que o administrador exerça suas funções com o cuidado e a diligência com que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.[169] Assim como nas sociedades anônimas,[170] entendo que o administrador deve exercer suas atribuições para lograr os fins contratuais, e sempre no interesse da sociedade, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa. O que nas sociedades anônimas se diz governança corporativa,[171] nas sociedades limitadas seria a aplicação do princípio da função social do contrato, ou seja, o administrador deve zelar pelos interesses não só das partes contratantes (sociedades e sócios), mas também de seus empregados, credores, consumidores e da própria coletividade, sob pena de responsabilidade pessoal.

O Capítulo IV do Código Civil não disciplina a responsabilidade da sociedade por atos de seus administradores. Apura-se a responsabilidade dos administradores da seguinte forma:

a)na omissão do contrato social a responsabilidade dos administradores deve ser apurada de acordo com o art. 1.015, parágrafo único, do Código Civil, em que a sociedade pode opor a terceiros o excesso por parte dos administradores para se eximir de eventual responsabilidade perante terceiros nas seguintes hipóteses:

I)se o contrato social contiver cláusula expressa limitando os poderes dos administradores e estiver inscrito ou averbado no registro próprio da sociedade;[172]

II)se a sociedade provar que a limitação de poderes dos administradores era conhecida de terceiros, mesmo não tendo arquivado o seu contrato no órgão competente (*v.g.*, ciência inequívoca, do terceiro, dos atos constitutivos da sociedade, através do recebimento por fax, sedex, e-mail etc.);[173]

III)tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade[174] (ato ultra vires, que será tratado no item 12.10.1).

b)na omissão do contrato social a responsabilidade dos administradores deve ser apurada de acordo com o art. 1.016 do Código Civil, em que os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

c)se o contrato social contiver cláusula expressa de aplicação supletiva da LSA, a responsabilidade dos administradores obedecerá as regras dos arts. 158 e 159 da citada lei.

É importante ressaltar que a aplicação das regras das sociedades simples permite a exclusão da responsabilidade da sociedade se comprovada uma das hipóteses elencadas no art. 1.015, parágrafo único, I, II e III. Parte-se da premissa de que o terceiro não pode alegar ignorância, desde que cumpridas as formalidades legais.[175]

Não partilho desse entendimento. É certo que o parágrafo único do art. 1.015 do Código Civil tem por base a teoria da publicidade, em que o registro do ato constitutivo e alterações posteriores asseguram à sociedade o direito de oposição do excesso dos administradores quando da violação de cláusula limitativa de poderes ou o objeto social. É o credor que deve tomar as cautelas devidas antes da contratação, ou seja, pedir no órgão competente certidão de inteiro teor dos atos da sociedade, pagar pela documentação, para só então analisar as cláusulas contratuais. Antes disso, a sociedade já contratou com outra pessoa. O direito empresarial é célere, dinâmico. Entendo que o princípio da boa-fé supera o princípio da publicidade. Quem contrata com a sociedade supõe que o administrador tinha poderes para representar a pessoa jurídica, o que admite a aplicação da Teoria da Aparência, em que a sociedade responde perante credores, ainda que tenha dado a devida publicidade de seus atos constitutivos e alterações contratuais, salvo prova da má-fé do terceiro, por exemplo, conhecimento das restrições de poderes do administrador.

<u>Sobre o tema:</u>

> "Apelação cível. Negócios jurídicos bancários. Embargos à execução. Alegação de ineficácia de contrato por ausência de assinatura de um dos sócios. Violação ao princípio da boa-fé. Incidência do tu quoque. I. Recurso não conhecido na parte revisional de cláusulas, haja vista tratar-se de inovação recursal. II. Não há dúvidas de que deve a boa-fé objetiva imperar entre as contratações como verdadeira fonte obrigacional. O instituto, previsto no art. 422 do Código Civil, representa regra de conduta adequada às relações negociais, correspondendo às expectativas legítimas que as partes depositam na negociação, ou seja, o que dela é esperado. No caso, houve violação à boa-fé, haja vista que um dos **sócios**, furtando-se do que previu o contrato social da empresa que faz parte, tomou empréstimo e recebeu valores para a empresa, mesmo sabedor – e estipulador – de que havia a necessidade da anuência do outro **sócio**. III. Além de violar a boa-fé contratual, pois se presume que os **sócios** tenham affectio

societatis, incide o princípio do tu quoque, a respeito do qual se objetiva a vedação de dois pesos e duas medidas, ou seja, da adoção de comportamentos contraditórios no interior de relações obrigacionais com referência a determinado direito subjetivo derivado do contrato. Ora, a empresa, representada por um **sócio** (que era conhecedor do contrato social), não pode agora alegar nulidade de um pacto em razão de desrespeito por uma regra por ela própria criada. Recurso conhecido em parte e desprovido na parte conhecida. Unânime" (TJRS, Apelação Cível 70059105403, 17ª Câmara Cível, Rel. Liege Puricelli Pires, j. 29.05.2014).

"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.

1. Cuidando-se de ação de declaração de nulidade de negócio jurídico, o litisconsórcio formado no polo passivo é necessário e unitário, razão pela qual, nos termos do art. 320, inciso I, do CPC, a contestação ofertada por um dos consortes obsta os efeitos da revelia em relação aos demais. Ademais, sendo a matéria de fato incontroversa, não se há invocar os efeitos da revelia para o tema exclusivamente de direito.

2. Não há cerceamento de defesa pelo simples indeferimento de produção de prova oral, quando as partes, realmente, litigam exclusivamente em torno de questões jurídicas, restando incontroversos os fatos narrados na inicial.

3. A partir do Código Civil de 2002, o direito brasileiro, no que concerne às sociedades limitadas, por força dos arts. 1.015, parágrafo único, e 1.053, adotou expressamente a ultra vires doctrine.

4. Contudo, na vigência do antigo Diploma (Decreto nº 3.708/19, art. 10), pelos atos ultra vires, ou seja, os praticados para além das forças contratualmente conferidas ao sócio,

ainda que extravasassem o objeto social, deveria responder a sociedade.

4. No caso em julgamento, o acórdão recorrido emprestou, corretamente, relevância à boa-fé do banco credor, bem como à aparência de quem se apresentava como sócio contratualmente habilitado à prática do negócio jurídico.

5. Não se pode invocar a restrição do contrato social quando as garantias prestadas pelo sócio, muito embora extravasando os limites de gestão previstos contratualmente, retornaram, direta ou indiretamente, em proveito dos demais sócios da sociedade fiadora, não podendo estes, em absoluta afronta à boa-fé, reivindicar a ineficácia dos atos outrora praticados pelo gerente.

6. Recurso especial improvido" (REsp 704.546/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).

E. nº 11 da I Jornada de Direito Comercial: "A regra do art. 1.015, parágrafo único, do Código Civil deve ser aplicada à luz da teoria da aparência e do primado da boa-fé objetiva, de modo a prestigiar a segurança do tráfego negocial. As sociedades se obrigam perante terceiros de boa-fé".

Em resumo:

RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR E DA SOCIEDADE[176]	CONTRATO NÃO PREVÊ A APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEI Nº 6.404/1976 – aplicação das regras das sociedades simples[177]	CONTRATO NÃO PREVÊ A APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEI Nº 6.404/1976 – aplicação das regras das sociedades simples	CONTRATO PREVÊ A APLICAÇÃO SUPLETIVA da Lei nº 6.404/1976 – aplicação supletiva das regras das sociedades anônimas[178]
	A sociedade pode alegar o excesso por parte dos administradores se	Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e	O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em

	ocorrerem uma das seguintes hipóteses:[179] I – se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade;[180] II – se a sociedade provar que a limitação de poderes era conhecida de terceiros;[181] III – tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.[182]	os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.[183]	nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão, responde, porém, civilmente pelos prejuízos quando proceder:[184] I – dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;[185] II – com violação da lei ou do estatuto.[186]
	A sociedade pode se eximir perante os credores em razão da ciência dos limites dos poderes do administrador.[187]		A sociedade se obriga perante terceiros independentemente da conduta do administrador, sem prejuízo da ação de indenização em face do administrador para reparação dos prejuízos sofridos.[188]

Sem consentimento escrito dos sócios o administrador não pode, sob pena de responsabilidade,[189] aplicar créditos ou bens sociais em proveito

próprio, ou de terceiros, assim como não pode tomar parte em deliberações contrárias aos interesses da sociedade. Conquanto a lei não exija que o administrador da sociedade seja sócio, condiciona a permissão de administração por não sócios à aprovação da unanimidade dos sócios, enquanto o capital social não estiver integralizado, e de 2/3 (dois terços) deles, no mínimo, após a integralização.[190] Mesmo que o contrato social cometa a administração da sociedade a todos os sócios, essa condição não se estende *pleno jure* aos que posteriormente adquiram essa qualidade. Em caso de cessão de quotas o cessionário não assume de pleno direito a qualidade de administrador da sociedade apenas porque o cedente o era. Os demais sócios têm de anuir.[191] O exercício do cargo de administrador cessa pela destituição de seu titular, a qualquer tempo, ou pelo término do prazo se fixado no contrato, ou em ato separado se não houver recondução.[192] A cessação tem de ser averbada no registro competente mediante requerimento apresentado nos 10 (dez) dias seguintes ao da ocorrência. Exigem-se o seguinte *quorum*:

a)tratando-se de sócio nomeado no contrato social sua destituição somente se opera pela aprovação de titulares de quotas correspondentes, no mínimo, a 2/3 do capital social. O contrato pode estabelecer outro quorum.[193]

b)tratando-se de sócio ou não sócio nomeado em ato separado sua destituição somente se opera pelos votos correspondentes a mais da metade do capital social.[194]

c)tratando-se de não sócio nomeado no contrato social a destituição somente se opera pelos votos correspondentes, no mínimo, a 3/4 do capital social.[195]

O item 3.2.16 da IN-DREI nº 10/2013 dispõe:

"3.2.16 – Administrador – Designação/destituição e renúncia

A administração de sociedade somente poderá ser exercida por pessoa natural residente no País. O administrador sócio será designado em ato separado pelos votos correspondentes a mais da metade do capital social.

O administrador não sócio será designado pelo voto da unanimidade dos sócios enquanto o capital não estiver integralizado e, de 2/3, no mínimo, após a integralização.

A destituição do administrador sócio, designado no contrato, exige a aprovação de sócios titulares de 2/3 do capital social, e a do não sócio, de mais da metade do capital social.

Quando designado em ato separado o administrador sócio ou não sócio será destituído pela decisão de mais da metade do capital social.

Quando nomeado e devidamente qualificado na alteração contratual o administrador não sócio considerar-se-á investido no cargo mediante aposição de sua assinatura no próprio instrumento. A declaração de inexistência de impedimento para o exercício de

administração da sociedade, se não constar da alteração contratual, deverá ser apresentada em ato separado.

A renúncia do administrador se torna eficaz perante a sociedade a partir do momento em que esta toma ciência do ato, e, perante terceiros, a partir da data do arquivamento e publicação".

O item 1.2.12 da IN DREI nº 10/2013 lista os impedimentos para o exercício da administração:

"1.2.12 – Impedimentos para ser administrador

Não pode ser administrador de sociedade limitada a pessoa:

a)condenada a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perduraram os efeitos da condenação;

b)impedida por norma constitucional ou por lei especial:

•brasileiro naturalizado há menos de 10 anos:

•em empresa jornalística e de radiodifusão sonora e radiodifusão de sons e imagens;

•estrangeiro:

•estrangeiro sem visto permanente. A indicação de estrangeiro para cargo de administrador poderá ser feita, sem ainda possuir 'visto permanente', desde que haja ressalva expressa no contrato de que o exercício da função depende da obtenção desse 'visto'.

•natural de país limítrofe, domiciliado em cidade contígua ao território nacional e que se encontre no Brasil;

•em empresa jornalística de qualquer espécie, de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

•em pessoa jurídica que seja titular de direito real sobre imóvel rural na faixa de fronteira (150 Km de largura ao longo das fronteiras terrestres), salvo com assentimento prévio do órgão competente;

•português, no gozo dos direitos e obrigações previstos no Estatuto da Igualdade, comprovado mediante Portaria do Ministério da Justiça, pode ser administrador de sociedade limitada, exceto na hipótese de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

•pessoa jurídica;

•o cônsul, no seu distrito, salvo o não remunerado;

•o funcionário público federal civil ou militar da ativa. Em relação ao funcionário estadual e municipal, observar as respectivas legislações;
•o Chefe do Poder Executivo, federal, estadual ou municipal;
•o magistrado;
•os membros do Ministério Público da União, que compreende:
•Ministério Público Federal;
•Ministério Público do Trabalho;
•Ministério Público Militar;
•Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.
•os membros do Ministério Público dos Estados, conforme a Constituição respectiva:
•o falido, enquanto não for legalmente reabilitado;
•o leiloeiro;
•a pessoa absolutamente incapaz:
–o menor de 16 anos;
–o que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática desses atos;
–o que, mesmo por causa transitória, não puder exprimir sua vontade.
•a pessoa relativamente incapaz:
–o maior de 16 anos e menor de 18 anos. O menor de 18 anos e maior de 16 anos pode ser emancipado, e, desde que o seja, pode assumir a administração de sociedade;
–o ébrio habitual, o viciado em tóxicos, e o que, por deficiência mental, tenha o discernimento reduzido;
–o excepcional, sem desenvolvimento mental completo".

12.10.1.Ato " ultra vires*"*

"*Ultra vires*" é expressão latina usual no direito sucessório e significa *além da força*. Em direito sucessório, diz-se*ultra vires hereditatis* o que está além da força da herança, para significar que o herdeiro, ou o legatário, assume a obrigação de pagar as dívidas e encargos da herança não apenas com a parte que dela lhe coube, mas com recursos pessoais. Opõe-se à expressão *intra vires hereditatis*, situação em que os encargos da herança se pagam com o quinhão que coube ao herdeiro, ou ao legatário, na própria herança.

No direito empresarial, diz-se *ultra vires* o ato que extrapola o objeto social, ou seja, o que vai além dos limites (força) do contrato, para significar aquela situação de fato em que o representante legal da sociedade a obriga em atividade completamente diversa da declarada em seu objeto social. Diz-se, com razão, que o ato *ultra vires* corresponde ao uso abusivo

do nome empresarial. Se o ato implicar ofensa a qualquer outra cláusula contratual, diz-se que há uso indevido do nome empresarial. Pela teoria do ato *ultra vires*, a sociedade não responde por atos extravagantes de seus representantes legais, independentemente da boa-fé do contratante. Pode anulá-los, restando aos terceiros de boa-fé ação em face do sócio que a obrigou em atividade comprovadamente estranha à declarada no contrato. À teoria do ato *ultra vires* opõe-se a teoria da aparência, em que a sociedade se obriga perante terceiros mesmo na hipótese de uso abusivo ou indevido de seu nome, assegurado o direito de regresso contra o sócio que praticou o ato *ultra vires*, salvo prova da má-fé do terceiro contratante.

Antes do Código Civil discutia-se a responsabilidade da sociedade no ato *ultra vires*. Para corrente majoritária prevalecia a teoria da aparência. O Código Civil, no art. 1.015, parágrafo único, III admite que a sociedade oponha o excesso de seus administradores quando se tratar de operação evidentemente estranha aos seus negócios. Leitura apressada desse dispositivo poderia induzir à conclusão – falsa, por sinal – de que o novo Código não recepcionou a teoria da aparência. Esse não é o melhor entendimento. Qualquer ato fora do objeto social será inquestionavelmente estranho a ele. Segundo esse critério, a sociedade jamais assumiria qualquer obrigação perante terceiros. A lei somente exclui a responsabilidade da sociedade por ação dos administradores quando tiver arquivado seus atos constitutivos no órgão competente. Nesse caso, desde que cumpridas as formalidades legais,[196] o terceiro não pode alegar desconhecimento do ato sujeito a registro. Defendo tese contrária. Como regra, ainda que registrados os atos constitutivos, a sociedade se obriga por ato *ultra vires* de seu administrador, somente se desobrigando se comprovasse que o seu objeto era conhecido de terceiro.[197] Incidem, a nosso ver, a teoria da aparência e o princípio da boa-fé.[198] Interpretação diversa implicaria retrocesso e ofensa aos princípios basilares do Código de Defesa do Consumidor.[199]

O Prof. Eros Roberto Grau ressalta a importância constitucional da defesa do consumidor: "*Princípio constitucional impositivo* (Canotilho), a cumprir dupla função, como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado. No último sentido, assume a feição de *diretriz* (Dworkin) – *norma-objetivo* – dotada de caráter *constitucional conformador*, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas".[200]

No mesmo sentido, Comparato: "Não há por que distinguir a defesa do consumidor, em termos de nível hierárquico, dos demais princípios econômicos declarados no art. 170. Quer isto dizer que o legislador, por exemplo, não poderá sacrificar o interesse do consumidor em defesa do meio ambiente, da propriedade privada, ou da busca do pleno emprego;

nem, inversamente, preterir estes últimos valores ou interesses em prol da defesa do consumidor".

Por ocasião da tramitação do Projeto do Código Civil,[201] o *Prof.* Rubens Requião formulara procedente crítica: "O Projeto, como se percebe, abandonou a construção doutrinária e jurisprudencial, elaborada por nossos juristas, para se inspirar na lei italiana (...) é exigir demais que no âmbito do comércio, onde as operações se realizam em massa, avessas ao formalismo, que, a todo instante, o terceiro que contrata com uma sociedade solicite desta a exibição do contrato social para verificação dos poderes do gerente. A doutrina que dá validade a tal cláusula é evidentemente contrária às tendências e espírito do direito comercial".

Sobre o tema:

"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.

1. Cuidando-se de ação de declaração de nulidade de negócio jurídico, o litisconsórcio formado no polo passivo é necessário e unitário, razão pela qual, nos termos do art. 320, inciso I, do CPC, a contestação ofertada por um dos consortes obsta os efeitos da revelia em relação aos demais. Ademais, sendo a matéria de fato incontroversa, não se há invocar os efeitos da revelia para o tema exclusivamente de direito.

2. Não há cerceamento de defesa pelo simples indeferimento de produção de prova oral, quando as partes, realmente, litigam exclusivamente em torno de questões jurídicas, restando incontroversos os fatos narrados na inicial.

3. A partir do Código Civil de 2002, o direito brasileiro, no que concerne às sociedades limitadas, por força dos arts. 1.015, parágrafo único, e 1.053, adotou expressamente a ultra vires doctrine.

4. Contudo, na vigência do antigo Diploma (Decreto n.º 3.708/19, art. 10), pelos atos ultra vires, *ou seja, os praticados para além das forças contratualmente conferidas ao sócio, ainda que extravasassem o objeto social, deveria responder a*

sociedade. 4. No caso em julgamento, o acórdão recorrido emprestou, corretamente, relevância à boa-fé do banco credor, bem como à aparência de quem se apresentava como sócio contratualmente habilitado à prática do negócio jurídico.

5. Não se pode invocar a restrição do contrato social quando as garantias prestadas pelo sócio, muito embora extravasando os limites de gestão previstos contratualmente, retornaram, direta ou indiretamente, em proveito dos demais sócios da sociedade fiadora, não podendo estes, em absoluta afronta à boa-fé, reivindicar a ineficácia dos atos outrora praticados pelo gerente.

6. Recurso especial improvido" (REsp 704546/DF 2004/0102386-0, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).

E. nº 11 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: "A regra do art. 1.015, parágrafo único, do Código Civil deve ser aplicada à luz da teoria da aparência e do primado da boa-fé objetiva, de modo a prestigiar a segurança do tráfego negocial. As sociedades se obrigam perante terceiros de boa-fé".

12.11.DOS PREPOSTOS

Para o Código Civil, gerente é preposto permanente no exercício da empresa, em sua sede, sucursal, filial ou agência, e não mais o administrador da sociedade. É simples prestador de serviços, empregado ou não do empresário. A lei considera tipos de prepostos o gerente, o contabilista e outros auxiliares. O preponente responde pelos atos praticados pelo gerente, em seu próprio nome, mas à conta daquele. Não se admite a substituição do preposto no exercício do desempenho dos poderes que lhe foram conferidos, exceto se houver autorização escrita.

No enredo do Código Civil é possível afirmar que o administrador é gênero do qual o gerente é espécie de representante da sociedade. Melhor explicando: em todas as obrigações contraídas em nome da sociedade o administrador é, sempre, por essência, o seu representante legal, em juízo ou fora dele. O gerente, ao contrário, somente pode ser citado e estar validamente em juízo na condição de mandatário da sociedade relativamente àquelas obrigações que, na condição de gerente, tiver contraído em nome da sociedade. Gerentes não precisam ser necessariamente empregados.[202] Segundo Sérgio Campinho,[203]

> "(...) não há se confundir a figura do gerente tratada pelo novo Código Civil com a do administrador. Este não é um simples preposto da pessoa jurídica, mas integra o seu órgão de administração, através do qual a sociedade torna presente a sua vontade, exteriorizando e afirmando a sua personalidade jurídica. É, pois, o seu representante legal. Aquele, o gerente legalmente concebido, pode vir até a representar a sociedade na prática de certos atos, mas o fará na condição de mandatário".

Em regra – e desde que a lei não exija poderes especiais –, o preposto pode praticar todos os atos necessários ao exercício dos poderes que lhe foram outorgados. O preponente pode eximir-se de responsabilidade quanto aos atos praticados pelo gerente opondo aos terceiros as limitações na outorga de poderes ao preposto e desde que as tenha arquivado no Registro Público de Empresas Mercantis. Ainda quando inexista o arquivamento, pode ele provar que o terceiro tinha conhecimento inequívoco das restrições aos poderes da preposição. O art. 1.176 do Código Civil admite que o gerente esteja em juízo em nome do proponente pelas obrigações resultantes do exercício de sua função. Então, nas obrigações firmadas pelo gerente, no exercício da sua função, a sociedade poderá ser representada, em juízo, por ele sozinho, em conjunto com o administrador ou, ainda, por esse apenas. No entender de Sérgio Campinho, por decorrência lógica não se pode, também, ter dúvida ao asseverar que o gerente estará habilitado a receber citação judicial em nome do empresário, quando demandado por ato por ele praticado. Exceto se comprovada má-fé, os assentos lançados nos livros ou fichas do preponente pelos contabilistas e outros auxiliares encarregados da escrituração produzem os mesmos efeitos daqueles promovidos diretamente pelo preponente. Os prepostos respondem perante o preponente pelos atos culposos e, perante terceiros, solidariamente com o preponente, pelos dolosos. Os preponentes são pessoalmente responsáveis pelos atos praticados por quaisquer prepostos nos limites de seu estabelecimento e relativos à atividade da empresa exercida, ainda quando não autorizados por escrito. Se praticados fora do estabelecimento, esses atos somente obrigarão o preponente nos limites dos poderes conferidos por escrito, cujo instrumento pode ser suprido pela certidão ou cópia autêntica do seu teor. Para o direito do trabalho, o preposto deve ser necessariamente empregado da empresa que representa.[204]

12.12.PRINCÍPIO DA MAIORIA

O art. 15 do Dec. nº 3.708/1919 consagrava o princípio da maioria quanto ao quorum necessário às alterações contratuais. Outorgava ao sócio discordante de alguma alteração contratual o direito de se retirar da sociedade mediante o pagamento de seus haveres. A caracterização do sócio controlador dependia da titularidade da maioria das quotas do capital social. Com o advento do Código Civil, podemos afirmar que houve a

chamada “desapropriação indireta do controle”. O conceito de maioria tem por base o capital social e não o número de sócios. O Código Civil fixou diversos tipos de*quoruns* para aprovação das matérias enumeradas nos arts. 1.061, 1.063, § 1º, 1.076 e 1.085. Em resumo: considera-se sócio controlador aquele que detiver no mínimo 75% (setenta e cinco por cento) do capital social, pois, em várias matérias, é esse o *quorum* exigido, como por exemplo, a alteração do contrato social.[205]

O Projeto de Lei das Sociedades de Responsabilidade Limitada (PL.29/2007) previa expressamente a possibilidade da celebração de acordo de quotistas:

“Art. 39. Os sócios poderão celebrar acordo de quotistas, que, para valer contra terceiros, deverá ser arquivado no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, ensejando a execução específica.

Parágrafo único. Aplica-se ao acordo de quotistas o regime legal do acordo de acionistas previsto na Lei das Sociedades por Ações.”

Ponto que merece destaque é a possibilidade da celebração de acordo de quotistas. É certo que o Código Civil não proibiu expressamente esse contrato. O artigo 997, parágrafo único, do citado diploma legal admite a possibilidade da existência de pacto separado entre os sócios, desde que não contrário ao disposto no contrato social, sob pena de ineficácia perante terceiros. Por outro lado, o art. 1.054 determina que o contrato social mencione, no que couber, as indicações do art. 997. Como se não bastasse, a IN-DREI nº 10/2013 permite a inserção de cláusulas contratuais facultativas, desde que no interesse dos sócios. Para mim, há eficácia dos acordos de quotistas, se estiverem firmados em conformidade com o disposto no art. 118 da Lei das Sociedades Anônimas (aplicação subsidiária ou analógica). Entendimento diverso levaria a verdadeiro retrocesso, pois os acordos podem servir de instrumentos eficazes para evitar futuras situações de desconforto, capazes de prejudicar própria governabilidade da sociedade. Ademais, os acordos de quotistas podem ser, de forma satisfatória, instrumento regulador do poder de controle e defesa de interesses das minorias, além de evitar situações adversas aos investidores, que procuram um ambiente que lhes proporcione a venda com lucro e segurança da participação no capital social.

12.13.DELIBERAÇÕES SOCIAIS

As matérias listadas no art. 1.071 do Código Civil e as indicadas em lei ou no contrato dependem de deliberação dos sócios. Em caso de urgência, e com a autorização de titulares de mais da metade do capital social, os administradores podem requerer a concessão de recuperação sem convocação de reunião ou assembleia.[206] Tomam-se as deliberações dos

sócios em reunião[207] ou assembleia[208] conforme o disposto no contrato social, exceto se todos os sócios decidirem, por escrito, sobre a matéria objeto da assembleia ou reunião.[209] As deliberações tomadas de conformidade com a lei e o contrato vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes.[210] O § 1º do art. 1.072 do Código torna obrigatória a deliberação em assembleia se o número de sócios for superior a dez. Em regra, as deliberações em assembleias devem observar as formalidades exigidas no § 2º do art. 1.152.

Dispensam-se as formalidades exigidas pelo citado diploma legal se todos os sócios comparecerem ou se se declararem, por escrito, cientes do local, data, hora e ordem do dia.[211]

Sobre o tema:

> E. nº 228 do CJF: "As sociedades limitadas estão dispensadas da publicação das demonstrações financeiras a que se refere o § 3º do art. 1.078. Naquelas de até dez sócios, a deliberação e que trata o art. 1.078 pode dar-se na forma dos §§ 2º e 3º do art. 1.072, a qualquer tempo, desde que haja previsão contratual nesse sentido".

As reuniões ou assembleias devem ser convocadas pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato social.[212] Além dos administradores, os listados no art. 1.073 do Código Civil têm tal legitimidade. Em primeira convocação, a assembleia dos sócios instala-se com a presença de titulares de, no mínimo, três quartos do capital social. Em segunda, com qualquer número.[213]

Sobre o tema:

> E. nº 226 do CJF: "Art. 1.074: A exigência da presença de três quartos do capital social, como quorum mínimo de instalação em primeira convocação, pode ser alterada pelo contrato de sociedade limitada com até dez sócios, quando as deliberações sociais obedecerem à forma de reunião, sem prejuízo da observância das regras do art. 1.076 referentes ao quorum de deliberação".

A lei admite a representação dos sócios, em reunião ou assembleia, por outro sócio, ou por advogado, mediante concessão de poderes especiais, devendo o instrumento de mandato ser levado a registro juntamente com a ata.[214] Não se admite voto conflitante, isto é, que o sócio vote em matéria que lhe diga respeito diretamente.[215] As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que

expressamente as aprovaram.[216] O art. 1.076 do Código estipula quorum diferenciado para as várias deliberações a serem tomadas, ressalvando o disposto nos arts. 1.061 e 1.063, § 1º Além das matérias indicadas em lei ou no contrato,[217] dependem de deliberação dos sócios:

MATÉRIA	QUORUM	PREVISÃO LEGAL
Modificação das matérias previstas no art. 997 do Código Civil	Unanimidade	Art. 999, caput
Matérias não previstas no art. 997 do Código Civil	Maioria absoluta de votos, se o contrato não determinar a unanimidade	Art. 999, caput
Substituição de sócio no exercício de suas funções	Unanimidade	Art. 1.002
Cessão total ou parcial de quotas	Unanimidade	Art. 1.003, caput
Ação de indenização, exclusão ou redução das quotas do sócio remisso	Maioria dos sócios	Art. 1.004, parágrafo único
Deliberação sobre os negócios da sociedade	Maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um	Art. 1.010, caput
Deliberação dos sócios sobre impugnação de atos de um administrador pelo outro	Maioria de votos	Art. 1.013, § 1º
Deliberação sobre oneração ou venda de imóveis por administrador, se esses atos não constituírem o objeto social	Maioria dos sócios	Art. 1.015, caput
Deliberação pela dissolução da sociedade no caso de morte de um dos sócios	Unanimidade	Art. 1.028, II
Deliberação pela dissolução da sociedade no caso de retirada de sócio	Unanimidade	Art. 1.029
Exclusão judicial de sócio	Maioria dos sócios	Art. 1.030
Dissolução de pleno direito da sociedade	Unanimidade	Art. 1.033, II
Cláusula limitativa de	Unanimidade	Art. 1.039,

responsabilidade dos sócios nas sociedades em nome coletivo		parágrafo único
Cessão de quotas a estranhos na omissão contratual de sociedade limitada	Não oposição de titulares de mais de ¼ do capital social	Art. 1.057
Designação de administradores não sócios de sociedade limitada com capital não integralizado	Unanimidade	Art. 1.061
Designação de administradores não sócios de sociedade limitada com capital integralizado	2/3, no mínimo, dos sócios	Art. 1.061
Designação dos administradores feita em ato separado	Mais da metade do capital social	Art. 1.071, II, e art. 1.076, II
Destituição de sócio administrador designado no contrato social de sociedade limitada	2/3 do capital social, salvo disposição contratual em contrário	Art. 1.063, § 1º
Destituição de não sócio administrador designado no contrato social de sociedade limitada	3/4, no mínimo, do capital social	Art. 1.071, V, e art. 1.076, I
Destituição de não sócio administrador designado em ato separado de sociedade limitada	Mais da metade do capital social	Art. 1.071, III, e art. 1.076, II
Destituição de sócio administrador designado em ato separado de sociedade limitada	Mais da metade do capital social	Art. 1.071, III, e art. 1.076, II
Voto em separado para eleição de um dos membros do Conselho Fiscal	Sócios que representem, no mínimo, 1/5 do capital social	Art. 1.066, § 2º
Aprovação das contas da administração	Maioria dos votos presentes, salvo maioria mais elevada prevista em lei ou no contrato	Art. 1.071, I, e art. 1.076, III

Remuneração dos administradores	Mais da metade do capital social, salvo cláusula contratual em contrário	Art. 1.071, IV, e art. 1.076, III
Modificação do contrato social	¾, no mínimo, do capital social	Art. 1.071, V, e art. 1.076, I
Incorporação, fusão, dissolução da sociedade ou estado de liquidação	¾, no mínimo, do capital social	Art. 1.071, VI, e art. 1.076, I
Nomeação e destituição dos liquidantes e julgamento de suas contas	Maioria dos votos presentes, salvo maioria mais elevada prevista em lei ou no contrato	Art. 1.071, VII, e art. 1.076, III
Pedido de recuperação	Mais da metade do capital social	Art. 1.071, VIII, e art. 1.076, II
Pedido de recuperação em caso de urgência	Autorização de titulares de mais da metade do capital social	Art. 1.072, § 4º
Pedido de convocação de assembleia ou reunião, quando não requerido por administrador em sessenta dias	Titulares de mais de um quinto do capital	Art. 1.073, I
Instalação de Assembleia	Mínimo de ¾ do capital social, em primeira convocação, e, em segunda, com qualquer número	Art. 1.074
Exclusão extrajudicial de sócio	Maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social	Art. 1.085
Destituição de administrador de sociedade em comandita por ações	Mínimo de 2/3 do capital social	Art. 1.091, § 2º
Prática de atos do liquidante sem autorização contratual expressa	Maioria dos sócios	Art. 1.105, parágrafo único
Rateios por antecipação da partilha	Maioria de votos	Art. 1.107
Transformação das	Unanimidade, salvo	Art. 1.114

sociedades regidas pelo Código Civil	previsão no ato constitutivo	

A dispensa da assembleia ou reunião não implica dispensa do registro do documento em que se materializou a decisão nem exonera a sociedade de publicá-la, nas hipóteses legais, a fim de possibilitar o conhecimento e eventual oposição por parte dos credores quirografários.[218] A lei exige pelo menos três publicações do anúncio de convocação da assembleia no órgão oficial da União ou do Estado, conforme o local da sede do empresário, ou da sociedade, e em jornal de grande circulação, com o espaço mínimo de oito dias entre a data da primeira publicação e a da realização da assembleia, e, não se instalando, de cinco dias para as posteriores.[219] As publicações das sociedades estrangeiras devem ser feitas nos órgãos oficiais da União e do Estado onde tiverem sucursais, filiais ou agências.[220] Dispensam-se as formalidades se os sócios comparecerem ou se declararem, por escrito, cientes do local, data, hora e ordem do dia.[221]

Uma vez instalada a assembleia, será ela presidida e secretariada por sócios escolhidos entre os presentes. Dos trabalhos e deliberações lavra-se ata que será assinada pelos membros da mesa e pelos partícipes da reunião. Cópia autenticada da ata deve ser averbada no órgão competente nos vinte dias subsequentes à reunião. A assembleia dos sócios deve realizar-se ao menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes ao término do exercício social, objetivando:

a)tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico;[222]
b)designar administradores, quando for o caso;[223]
c)tratar de qualquer outro assunto constante da ordem do dia;[224] e
d)nomear e fixar a remuneração dos membros do conselho fiscal.

Apesar de o art. 1.078 tornar obrigatória apenas a realização de assembleia ao menos uma vez por ano, sustento que esse artigo deve ser interpretado de forma extensiva, para incluir a obrigatoriedade da reunião, se o número de sócios for inferior a dez,[225] sob pena de se fomentar a fraude. A lei determina a deliberação de matérias de extrema relevância, tais como, a aprovação das contas dos administradores.

A aprovação, sem reservas, do balanço patrimonial do resultado econômico exonera de responsabilidade os membros da administração e os do conselho fiscal, se houver, exceto nos levantamentos dos balanços com erro, dolo ou simulação.[226]Estando em ordem os balanços, extingue-se em dois anos o direito de anular a aprovação. As deliberações infringentes do contrato social ou da lei determinam a ilimitação da responsabilidade dos sócios que as aprovaram.[227]

A lei exige a averbação da cópia autenticada pelos administradores, ou pela mesa, no Registro Público de Empresas Mercantis, nos vinte dias subsequentes à reunião ou assembleia.

Sobre o tema:

> E. nº 228 do CJF: "As sociedades limitadas estão dispensadas da publicação das demonstrações financeiras a que se refere o § 3º do art. 1.078. Naquelas de até dez sócios, a deliberação de que trata o art. 1.078, pode dar-se na forma dos §§ 2º e 3º do art. 1.072, e a qualquer tempo, desde que haja previsão contratual nesse sentido".

O direito de voto deve ser exercido sempre no interesse da sociedade. O sócio responde por perdas e danos caso participe de deliberação que aprove, com o consórcio do seu voto, operação de interesse contrário ao da sociedade.[228] O mesmo se aplica ao administrador que realizar operações sabendo ou devendo saber que estava agindo em desacordo com a maioria.[229] Com o consentimento escrito dos sócios, o administrador pode beneficiar-se dos créditos ou bens sociais em proveito próprio. Do contrário, terá de restituí-los à sociedade, ou pagar o equivalente, com todos os lucros resultantes, e indenizar o prejuízo, se houver.

12.14.VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

Analise as proposições abaixo e diga se são verdadeiras ou falsas:

1)As sociedades limitadas podem ser classificadas como sociedades empresariais personificadas.
2)Nas sociedades limitadas o conselho fiscal é órgão facultativo e depende de previsão no contrato social.
3)Nas sociedades limitadas o administrador não precisa, necessariamente, ser sócio da empresa, desde que haja expressa autorização no contrato social ou em ato separado.
4)Nas sociedades limitadas é facultado aos sócios se comprometerem apenas com prestação de serviços.
5)Nas limitadas, as deliberações dos sócios em assembleia serão tomadas pelos votos correspondentes, no mínimo, a 3/4 do capital social, dentre outras hipóteses, no caso de modificação do contrato social.
6)A exclusão do sócio minoritário da sociedade limitada, em virtude da infração dos deveres inerentes à condição de sócio, pode ser deliberada pelos demais sócios, apenas na hipótese de não integralização das cotas subscritas pelo sócio excluído.

7)A exclusão do sócio minoritário da sociedade limitada, em virtude da infração dos deveres inerentes à condição de sócio, pode ser deliberada extrajudicialmente, em assembleia de quotistas convocada especificamente para tal fim, mediante aprovação de sócios representando pelos menos 3/4 dos quotistas presentes à assembleia.
8)Na sociedade limitada, a falta de integralização do capital social enseja responsabilidade ilimitada do sócio pelas dívidas sociais.
9)Nas sociedades limitadas é correto afirmar que a alteração da contrato social depende do consentimento unânime dos sócios, salvo cláusula expressa em sentido contrário.
10)Nas sociedades limitadas é correto afirmar que a participação dos sócios nos lucros sociais deve necessariamente ser equivalente ao percentual de sua participação no capital social.
11)A administração da sociedade deve ser exercida necessariamente por um sócio, que pode permanecer no cargo, no máximo, por três anos.
12)O sócio pode alienar suas quotas a terceiro, independentemente do consentimento dos demais sócios.
13)A exclusão do sócio minoritário da sociedade limitada, em virtude da infração dos deveres inerentes à condição de sócio, depende de prévia decisão judicial, em ação que deve ser ajuizada por todos os demais sócios da sociedade e na qual seja demonstrada a prática de atos de inegável gravidade e que possam colocar em risco a continuidade da empresa.
14)A exclusão do sócio minoritário da sociedade limitada, em virtude da infração dos deveres inerentes à condição de sócio, depende de prévia decisão judicial, em ação que deve ser ajuizada em nome da sociedade, após autorização de sócios que representem, pelo menos, 3/4 do capital do social, se menor *quorum* não for estabelecido no contrato social.
15)A exclusão do sócio minoritário da sociedade limitada, em virtude da infração dos deveres inerentes à condição de sócio, pode ser deliberada extrajudicialmente, desde que seja prevista tal possibilidade no contrato social, haja aprovação de sócios representando mais da metade do capital social e seja dada oportunidade ao sócio excluído para apresentar sua defesa na reunião ou assembleia de quotistas convocada para esse fim.
16)Na sociedade limitada, se o capital social não estiver totalmente integralizado a sociedade pode cobrar do sócio remisso o valor faltante.
17)A sociedade limitada cujo capital não estiver totalmente integralizado não possui personalidade jurídica.

18)O administrador das sociedades limitadas pode ser nomeado no contrato social ou por ato separado. Uma das consequências dessa distinção é que o administrador nomeado em contrato tem poderes irrevogáveis.
19)Os sócios respondem solidariamente pela integralização total do capital. Assim, o sócio que integralizou o capital social pode responder pelo sócio subscritor que ainda não integralizou, em ação de integralização proposta pela massa.
20)O administrador das sociedades limitadas pode ser nomeado no contrato social ou por ato separado. Uma das consequências dessa distinção é que o administrador nomeado em contrato deve ser sócio.
21)O uso da firma ou denominação social é privativo dos administradores que tenham os necessários poderes, bem como dos sócios titulares da maioria das quotas que compõem o capital social.
22)Nas sociedades limitadas, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas cotas e todos respondem conjuntamente pela integralização do capital social.
23)Nas sociedades limitadas, o contrato social poderá prever a aplicação supletiva das normas pertinentes à sociedade anônima.
24)Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao capital integralizado, não respondendo pelo que faltou para sua integralização.
25)Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio será fixada no contrato social, independentemente do valor de suas quotas.
26)Falecendo um dos sócios, o ingresso dos herdeiros na sociedade é obrigatório, desde que haja cláusula contratual expressa.
27)Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é solidária e limitada ao valor do capital social.
28)A estipulação contratual que exclua o sócio de participar dos lucros e das perdas é anulável.
29)O aumento do capital social assegura aos sócios o direito de preferência para subscrição de novas quotas que deverá ser exercido no prazo de 30 (trinta) dias, sem necessidade de assembleia ou reunião para aprovar a alteração contratual.
30)Nas sociedades limitadas, o sócio remisso quanto às contribuições estabelecidas no contrato social, depois de constituído em mora, terá obrigatoriamente reduzida sua quota ao montante já realizado, não podendo ser compelido a pagar qualquer indenização.

31)Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, para terceiro, estranho ao quadro de sócios, somente se houver a concordância da unanimidade dos demais sócios.
32)Nas sociedades limitadas, os administradores serão, necessariamente, sócios, porque é legalmente vedada a designação de administradores não sócios.
33)Nas sociedades limitadas, o capital social se divide em quotas necessariamente iguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio.
34)Nas sociedades limitadas, a administração atribuída no contrato a todos os sócios se estende de pleno direito aos que posteriormente adquirirem essa qualidade.
35)Nas sociedades limitadas, é admitida a exclusão do sócio no caso de falta grave, mesmo que não previsto no contrato, deliberada pela maioria dos sócios remanescentes.
36)Nas sociedades limitadas, é admitida a exclusão de sócio no caso de falta grave, se previsto no contrato, deliberada pela maioria dos sócios remanescentes.
37)A respeito das sociedades limitadas, é correto afirmar que as deliberações em assembleia serão obrigatórias se o número de sócios for igual ou superior a dez.
38)A respeito das sociedades limitadas, é correto afirmar que o sócio não pode ser representado nas assembleias por outro sócio, mas apenas por advogado com poderes especiais.
39)Até dois anos depois da saída da sociedade, mediante contrato de cessão total ou parcial de cotas, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio.
40)A cessão de quotas, consubstanciada na respectiva alteração contratual, terá eficácia entre cedente e cessionário somente após a sua averbação perante o órgão competente.
41)Salvo expressa previsão no contrato social, não pode a sociedade reduzir o capital.
42)Se todas as cotas de uma sociedade limitada forem adquiridas por um único sócio, essa sociedade a dissolve-se imediatamente.
43)O capital social não pode ser reduzido, mesmo após integralizado, salvo se houver perdas irreparáveis para a sociedade.
44)Na sociedade limitada, a contribuição para a formação do capital social pode consistir em prestação de serviços se o sócio atender ao requisito da notória especialização, a critério dos demais sócios.

45)Os administradores de sociedade limitada respondem solidária e ilimitadamente pelas dívidas contraídas em nome da sociedade quando resultantes de atos praticados com violação da lei e do contrato social.
46)Qualquer sócio pode exercer o direito de retirada de uma sociedade por prazo indeterminado mediante notificação aos demais sócios com antecedência de trinta dias.
47)A administração de uma sociedade limitada deve ser exercida por sócio nomeado no contrato social.
48)A responsabilidade dos sócios de uma sociedade limitada deve ser fixada no contrato social, independentemente do valor de suas quotas.
49)Nas sociedades limitadas, o capital social pode ser dividido em quotas iguais ou desiguais e pode ser formado por bens corpóreos ou incorpóreos, bem como serviços.
50)A administração atribuída ao sócio no contrato social de sociedade limitada presume-se conjuntiva.
51)As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente a aprovaram.
52)Nas sociedades limitadas, o Conselho Fiscal é órgão de existência obrigatória, mas de funcionamento permanente ou não.
53)Os sócios respondem solidariamente pela exata estimação dos bens conferidos ao capital social até o prazo de cinco anos da data da constituição da sociedade.
54)O Código Civil permite a criação de cotas iguais ou desiguais, de acordo com o art. 1055; dessa forma, não há qualquer vedação à criação de cotas preferenciais.
55)Não poderia haver a emissão de debêntures por uma sociedade limitada porque se trata de um instituto incompatível com esse tipo societário, salvo cláusula de aplicação supletiva da lei das sociedades anônimas.
56)Em razão das características das sociedades limitadas, as quotas sociais não podem ser penhoradas.
57)Considere que José e João sejam os únicos sócios da empresa MT Produtos e Serviços de Informática Ltda. e que, em razão da quebra da *affectio societatis*, José tenha decidido se retirar da sociedade. Nesse caso, a falta de pluralidade de sócios, se não for reconstituída no prazo de 180 dias, acarretará a dissolução da MT Produtos e Serviços de Informática Ltda.
58)Na modificação de um contrato social de uma sociedade limitada a lei exige como "*quorum*" mínimo para que a deliberação dos sócios seja tomada, os votos correspondentes a mais da metade do capital social.

59)Considerando as regras que regem a constituição de uma sociedade limitada, é possível afirmar que a sociedade limitada não pode ter sócio pessoa jurídica.

60)Se o contrato permitir administradores não sócios, a designação deles dependerá de aprovação da maioria dos sócios, enquanto o capital não estiver integralizado, e de ¾ (três quartos), no mínimo, após a integralização.

---

[1]BORBA, Tavares, *Op. cit*.: "a sociedade limitada, que vinha se constituindo a forma quase exclusiva dos negócios pequenos e médios, tanto no campo das sociedades civis como comerciais, tenderá a perder posição, face ao seu desarrazoado engessamento. Hoje, quando muitos países adotam uma sociedade anônima simplificada, a fim de flexibilizar os pequenos e médios negócios, o Código Civil complica e burocratiza um modelo societário consagrado pela prática".

[2]Cód. Civil, art. 2.031.

[3]CPC, art. 789.

[4]Cód. Civil, art. 1.052: "a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social".

[5]Tavares Borba entende, com razão, que estamos na contramão legislativa. O Código Civil burocratiza um tipo societário largamente utilizado por países mais adiantados.

[6]ULHOA, Fábio. *Curso de Direito Comercial,* Saraiva, v. II, 2002, p. 23.

[7]*Op. cit*.

[8]*Op. cit*., p. 23.

[9]Fran Martins, Waldemar Ferreira, Cunha Peixoto e Sérgio Campinho.

[10]Eunápio Borges.

[11]Ver, p. ex., o art. 1.053, no ponto em que determina a aplicação supletiva das regras das sociedades simples na hipótese de omissão legal, o art. 1.057, que somente admite a cessão de quotas na omissão do contrato social se houver anuência de mais de 3/4 do capital social, ou seja, aprovação de mais de 75% do capital social e o art. 1.052, onde é prevista a solidariedade entre os sócios na parte que faltar para a integralização do capital social.

[12]V.g.: Mônica Gusmão Confecções Ltda.

[13]V.g.: Confecções Linha e Linho Ltda.

[14]Cód. Civil, art. 1.158.

[15]Cód. Civil, art. 1.158, parágrafo único.

[16]CAMPINHO, Sérgio. *Op. cit*., verbis: "(...) desse modo, verificando o magistrado, diante da prova dos autos, que o terceiro credor da obrigação, em cuja assunção pela sociedade foi omitida por seu representante, a palavra limitada, por puro descuido, tinha plena ciência de que contratava com uma sociedade limitada, afigura-se-nos legítimo não tornar efetiva a responsabilidade pessoal desse representante."

[17]Cód. Civil, art. 1.158, § 1º.

[18]Cód. Civil, art. 1.158, § 2º. Assim, a IN nº 98/2003, item 1.2.15, *verbis*:

"1.2.15 – NOME EMPRESARIAL

O nome empresarial obedecerá ao princípio da veracidade e da novidade, incorporando os elementos específicos ou complementares exigidos ou não proibidos em lei. O nome empresarial pode ser de dois tipos: DENOMINAÇÃO SOCIAL ou FIRMA SOCIAL.

A denominação social deve designar o objeto da sociedade, de modo específico, não se admitindo expressões genéricas isoladas, como: comércio, indústria, serviços. Havendo mais de uma atividade, deverá ser escolhida qualquer delas.

É permitido figurar na denominação social o nome de um ou mais sócios."

[19]Vide nota de rodapé nº 25 do item 6.4 do Cap. 6.

[20]Cód. Civil, art. 1.165.

[21]Diz a norma que: "Poderá constar do contrato social que a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social".

[22]Capítulo IV do Código Civil.

[23]Cód. Civil, art. 1.053.

[24]Cód. Civil, art. 1.053, parágrafo único.

[25]ULHOA, Fábio. *Op. cit*.: "a aplicação às sociedades limitadas da Lei das Sociedades Anônimas, nos assuntos não regulados pelo capítulo próprio do Código Civil e quando prevista pelo contrato social, está sujeita a duas condições: omissão do contrato social e contratualidade da matéria. Essas condições são dependentes. Quer dizer, não se aplicam às sociedades limitadas as disposições da Lei das Anônimas (ainda que previsto ser desta lei a regência supletiva ao regulamento específico do tipo societário constante do Código Civil) nos aspectos sobre os quais os sócios contrataram e naqueles sobre os quais não podem contratar (...) A sociedade limitada não pode emitir debêntures. E a fundamentação jurídica para essa resposta se encontra no critério apontado: a Lei das Sociedades Anônimas somente é aplicável às limitadas nas matérias a respeito das quais podem os sócios contratar. Nos assuntos que escapam ao âmbito das negociações entre eles, não incide".

[26]CAMPINHO, Sérgio. *Op. cit*.: "(...) tem-se, portanto, que algumas normas da sociedade anônima podem, por analogia, ser utilizadas para reger certas situações nas sociedades limitadas, quando as normas da sociedade simples, que a esta servem de regramento supletivo, forem omissas no trato da questão".

[27]Lei nº 11.638/2007, art. 3º.

[28]Cód. Civil, art. 1.052.

[29]Cód. Civil, art. 997, IV.

[30]V. item 6.2.6.1 e Capítulo 12, item 12.9, n. 3.1.

[31]Cód. Civil, art. 1.052, 1ª parte.

[32]Cód. Civil, art. 1.052, 2ª parte.

[33]Cód. Civil, art. 1.024.

[34]Cód. Civil, art. 1.033, V.

[35]D. nº 7.661/1945, art. 50 (revogado).

[36]"Art. 13. O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.

Parágrafo único. Os acionistas controladores, os administradores, os gerentes e os diretores respondem solidariamente e subsidiariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das obrigações para com a Seguridade Social, por dolo ou culpa".

[37]ADIN nº 3.672, proposta pela Confederação Nacional da Indústria.

[38]O Procurador-Geral da República enviou ao STF parecer contra a Ação Direta de Inconstitucionalidade sob o argumento de que a Constituição Federal não determina que a definição dos sujeitos passivos da obrigação tributária deve ser estabelecida em lei complementar, além do que a responsabilidade de sócios e acionistas não se enquadra nas normas gerais do Direito Tributário. Por fim, sustenta que o art. 124 do CTN autoriza que lei complementar disponha sobre responsabilidade solidária.

[39]MP nº 449/2008, art. 65, VII.

[40]MP nº 449/2008, art. 65, VII.

[41]Cód. Civil, art. 50.

[42]É conveniente ressaltar a prevalência da classificação do CTN para efeito de concursos públicos.

[43]CTN, art. 138.

[44]Luis Emygdio e STJ.

[45]TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. 15. ed. São Paulo: RT; MACHADO. Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

[46]Ex. processo administrativo.

[47]CPC, art. 789.

[48]Cód. Civil, art. 1.039.

[49]Publicada no Diário Oficial da União em 26 de fevereiro de 2009.

[50]Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

[51]É o chamado redirecionamento da execução fiscal.

[52]*Op. cit*.

[53]Informativo do STJ nº 493, período de 12 a 23 de março de 2012.

[54]No mesmo sentido, Leandro Paulsen, *Direito Tributário*, 8ª ed, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

[55]LOPES, Mauro Luis Rocha. *Processo Judicial Tributário* – Execução Fiscal e Ações Tributárias. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

[56]CTN, art. 134.

[57]CTN, arts. 135 a 138.

[58]CTN, arts. 129 a 133.

[59]CTN, art. 130.

[60]CTN, arts. 132 a 133.

[61]CTN, art. 131.

[62]*Op. cit*.

[63]*Op. cit*.

[64]Cód. Civil, art. 967.

[65]Cód. Civil, art. 998.

[66]*Site*: <http://contabilidadenatv.blogspot.com.br/2014/11/constituicao-de-empresa-de-prateleira.html>.

[67]*Site*: <http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/0,,ERT270141-16642,00.html>.

[68]O capital social é de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), divididos em 15 (quinze) quotas no valor unitário de R$10.000,00 (dez mil reais), assim distribuídas entre os sócios:

Nome do sócio	quotas	valor unitário	capital integralizado	capital a integralizar	TOTAL	
FULANO DE TAL	5	10.000,00	35.000,00	15.000,00	50.000,00	50.000,00
SICRANO DE TAL	5	10.000,00	30.000,00	20.000,00	50.000,00	
BELTRANO DE TAL	5	10.000,00	10.000,00	40.000,00	50.000,00	
TOTAIS	15		75.000,00	75.000,00	150.000,00	

[69]Aplicação supletiva ou analógica do art. 80, I, da LSA.

[70]Cód. Civil, art. 1.055, § 2º. Os itens 3.2.8.7 e 3.2.8.8 da IN nº 10/2103 do DREI dispõem: "1.2.16.8 – Integralização com bens: Poderão ser utilizados para integralização de capital quaisquer bens, desde que suscetíveis de avaliação em dinheiro. No caso de imóvel, ou direitos a ele relativos, o contrato social por instrumento público ou particular deverá conter sua descrição, identificação, área, dados relativos à sua titulação e número de sua matrícula no Registro Imobiliário. No caso de sócio casado, deverá haver a anuência do cônjuge, salvo no regime de separação absoluta. A integralização de capital com bens imóveis de menor depende de autorização judicial. A integralização de capital com quotas de outra sociedade implicará na correspondente alteração contratual modificando o quadro societário da sociedade cujas quotas foram conferidas para integralizar o capital social, consignando a saída do sócio e ingresso da sociedade que passa a ser titular das quotas. Se as sedes das empresas envolvidas estiverem situadas na mesma unidade da federação, os respectivos processos de constituição e de alteração tramitarão vinculados. Caso as sociedades envolvidas estejam sediadas em unidades da federação diferentes, deverá ser, primeiramente, promovido o arquivamento do contrato e, em seguida, promovida a alteração contratual de substituição de sócio. Não é exigível a apresentação de laudo de avaliação para comprovação dos valores dos bens declarados na integralização de capital de sociedade limitada; 1.2.16.9 – Contribuição com prestação de serviços: É vedada a contribuição ao capital que consista em prestação de serviços".

[71]Cód. Civil, art. 980-A.

[72]Lei nº 6.404/1976, art. 8º: "... a avaliação dos bens será feita por três peritos ou por empresa especializada, nomeados em assembleia-geral dos subscritores, convocada pela imprensa e presidida por um dos fundadores, instalando-se em primeira convocação com a presença de subscritores que representem metade, pelo menos, do capital social, e em segunda convocação com qualquer número."

[73]ASSIS GONÇALVES, Alfredo N. *Direito de Empresa*. São Paulo: RT, 2007.

[74]O publicitário Marcos Valério Fernandes de Souza, que semana passada se defendeu das acusações de ter feito parte do esquema do mensalão, e um dos seus sócios da empresa SMP&B Comunicações, foram condenados pela 4ª Vara Federal de Minas Gerais por induzir ao erro o Banco Central, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente – delito previsto no artigo 6º da Lei 7.492. A Justiça entendeu que o crime ficou comprovado nos autos à medida que Valério, ao prestar esclarecimentos sobre recursos que passaram pela conta da empresa e que foram usados para pagar dívida com o Banco Rural (cerca de R$

7 milhões), apresentou documentos assinados por ele e que comprovariam que o capital da empresa passou de R$ 150 mil para mais de R$ 4 milhões em 1998. Porém, ao checar a veracidade das informações, o Banco Central constou que o capital da SMP&B nunca alcançou estes valores.A pena determinada para o publicitário Marcos Valério foi de seis anos, dois meses e 20 dias, além de 280 dias-multa. Já para o outro acusado, a sentença condenatória foi de quatro anos e oito meses e 210 dias-multa. Ambos poderão recorrer em liberdade, e o regime inicial para o cumprimento da pena é o semiaberto. O dia-multa foi arbitrado em dois salários mínimos vigentes à época dos fatos. No caso em questão, a empresa celebrou, em 1998, contrato de mútuo com o Banco Rural, no valor de R$ 7 milhões. Em 31 de março de 1999, o débito desse contrato correspondia a R$ 10,6 milhões. O empréstimo foi quitado em 8 de abril de 1999, com desconto de R$ 3,5 milhões, por meio de valores que foram depositados na conta corrente da SMP&B no período entre 31 de dezembro de 1998 e 7 de abril de 1999. Após a operação, o Banco Central requisitou ao Banco Rural informações sobre a origem dos recursos que transitaram pela conta da empresa. A instituição financeira questionou à SMP&B, que justificou e apresentou documentos assinados pelos sócios acusados, alegando que os valores decorreram do aumento do capital da empresa, que havia passado de R$ 150 mil para R$ 4,5 milhões, em 29 de outubro de 1998.O Banco Central, ao checar a veracidade das informações, constatou que a cópia da 5ª alteração contratual da SMP&B fornecida pela Junta Comercial do Estado de Minas Gerais e pelo Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas em Belo Horizonte tinha valores e datas distintos do apresentado pela empresa de Marcos Valério.A questão foi analisada pelo juiz federal em auxílio à 4ª Vara Federal de Minas Gerais, Leonardo Augusto de Almeida Aguiar, que entendeu que a materialidade do delito está suficientemente comprovada pela divergência dos documentos apresentados pelos acusados. A sentença ressaltou que a mudança do capital social da SMP&B só se deu em 30 de setembro de 2000, na 8ª alteração contratual, passando do valor de R$ 150 mil para o montante de R$ 600 mil. Destacou que não há, nos autos, documentos de alteração que mencionem a quantia de R$ 4 milhões, "o que demonstra, na verdade, é que tal aumento de capital nunca ocorreu". A decisão explicou também que o envolvimento tanto de Marcos Valério como do outro sócio na área administrativa e financeira da empresa de publicidade ficou demonstrado no processo, não podendo prevalecer a tese de que o segundo sócio teria agido sem consciência da prática do delito.O juiz federal, ao estabelecer a pena, lembrou que ambos os acusados são apontados como envolvidos em amplo esquema de corrupção, conhecido como mensalão. Destacou que a conduta colaborou para que as autoridades competentes ficassem, desde 1999 até 2005, ao largo de todo esquema, "permitindo a seus operadores que atuassem com grande liberdade e fora do foco de qualquer investigação". *Com informações da Assessoria de Imprensa do TRF-1 – Boletim Jus Navigandi* de 13.09.2011.

[75]Cód. Civil, art. 1.080: "As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram".

[76]*Op. cit*.

[77]BORBA, Tavares. *Op. cit*.

[78]Enunciado proposto pela autora e aprovado na I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal.

[79]Cód. Civil, art. 1.081.

[80]Cód. Civil, art. 1.081, § 1º.

[81]Cód. Civil, art. 1.081, § 2º.

[82]Cód. Civil, art. 1.081, § 3º.

[83]Cód. Civil, art. 1.082.

[84]O art. 173 da Lei das Sociedades Anônimas não exige a integralização do capital social para posterior redução.

[85]Cód. Civil, art. 1.083.

[86]Cód. Civil, art. 1.084.

[87]Cód. Civil, art. 1.056.

[88]Segundo Sérgio Campinho, a "co-propriedade surgirá como consequência da aquisição de uma cota por mais de uma pessoa, seja por ato inter vivos (visto que a lei permite a cessão da quota em todo ou em parte – art. 1.057), seja principalmente em virtude da sucessão hereditária. No caso de copropriedade, são os condôminos considerados sócios da pessoa jurídica, sendo que o exercício dos respectivos direitos far-se-á, no primeiro caso, pelo cabecel eleito; e, no segundo, pelo inventariante do espólio do sócio falecido".

[89]TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das sociedades por cotas no direito brasileiro*. São Paulo: Max Limonadi, 1956, p. 85.

[90]*Op. cit*.

[91]Cód. Civil, art. 1.055.

[92]ANDRADE JR., Attila de Souza Leão. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. IV, Rio de Janeiro, Forense, 2002.

[93]Ver, a propósito, o item 3.2.8.4 da IN nº 10/2013 do DREI, onde diz: "1.2.16.1 – Quotas de capital: As quotas de capital poderão ser: a) de valor desigual, cabendo uma ou diversas a cada sócio; b) de valor igual, cabendo uma ou diversas a cada sócio".

[94]*Op. cit*.

[95]D. nº 3.708/1919, art. 8º: "(...) lícito às sociedades a que se refere esta Lei adquirir quotas liberadas, desde que o façam com fundos disponíveis e sem ofensa ao capital estipulado no contrato. A aquisição dar-se-á por acordo dos sócios, ou verificada a exclusão de algum sócio remissivo, mantendo-se intato o capital durante o prazo da sociedade".

[96]CAMPINHO, Sergio. *Op. cit*.: "(...) o regramento instaurado pelo Código Civil de 2002 não alberga a solução contemplada pelo revogado Decreto nº 3.708/19 e, portanto, ante a ausência intencional de permissivo legal, a combatida aquisição por parte da sociedade de suas próprias cotas não mais desfruta de alicerce legal. Pela sistemática do Código, vedou-se à sociedade limitada adquirir suas próprias cotas. O silêncio da lei foi proposital, vindo corroborado pelos arts. 1.057 e 1.058 (...)".

[97]BORBA, Tavares. *Op. cit*.: "(...) cabe pois esclarecer as seguintes assertivas: a) – o contrato social poderá prever expressamente a aquisição das próprias cotas pela sociedade; b) – no silêncio do contrato, caso este adote a regra da aplicação supletiva da lei das sociedades anônimas, a autoaquisição será admitida; c) – sem previsão contratual e sem supletividade, a aquisição dependerá de decisão unânime dos sócios".

[98]Código Civil, art. 1.076, I.

[99]Lei nº 6.404/1976, art. 116.

[100]Cód. Civil, art. 1.057, *caput*.

[101]Cód. Civil, art. 1.057, parágrafo único.

[102]Cód. Civil, art. 1.057, *caput*.

[103]Cód. Civil, art. 1.057, parágrafo único.

[104]Cód. Civil, art. 1.057, parágrafo único.

[105]Cód. Civil, art. 1.003.

[106]ANDRADE, Attila de Souza Leão. *Op. cit*.: "(...) o parágrafo único do art. 1.003 estabelece uma regra extremamente interessante. Até dois anos depois de averbada a modificação do contato social, o cedente responde solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio. Ainda que cláusula em contrário se estabeleça no contrato de cessão, tal disposição cartular será tida como não escrita porque contraria disposição legal explícita. (...) Portanto, entendemos que tanto o cedente quanto o cessionário das quotas sociais permanecerão responsáveis pelas obrigações tributárias, pelo prazo prescricional e decadencial do crédito tributário (cinco anos)."

[107]CAMPINHO, Sergio. *Op. cit*.: "(...) diante do Código Civil parece-nos, de vez, consolidada a visão. Com a unificação do direito obrigacional, aliada à inclusão do Direito de Empresa no Código Civil, tendo-se uma unidade sistemática, não pode haver qualquer insegurança em afirmar-se a proibição da cessão de quotas por ascendentes a descendentes, sem o consentimento dos demais. Pela regra do art. 496 do Código Civil de 2002, além do consentimento dos descendentes, exige-se expresso consentimento do cônjuge do cedente, dispensado somente no caso de o regime de bens ser o da separação obrigatória". O item 3.2.10.2 da IN nº 10/2013 do DREI, diz: "3.2.10.12 – Cessão e transferência de quotas: Se o contrato for omisso, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social. A cessão de quotas terá eficácia quanto à sociedade e terceiros a partir do arquivamento do respectivo instrumento na Junta Comercial, subscrito pelos sócios anuentes. Esse arquivamento não dispensa o da correspondente alteração contratual. A aquisição de quotas pela própria sociedade já não mais está autorizada pelo Código Civil".

[108]Cód. Civil, art. 1.025.

[109]Código Civil, art. 1.026, parágrafo único.

[110]Código Civil, art. 1.026, parágrafo único.

[111]CPC, art. 835, IX.

[112]CPC, art. 789.

[113]CPC, art. 829.

[114]CPC, art. 876.

[115]CPC, art. 841, § 1º.

[116]Lei nº 11.382/2006.

[117]CPC, art. 915.

[118]CPC, art. 914.

[119]CPC, art. 919.

[120]CPC, art. 803.

[121]THEODORO JR., Humberto. *A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

[122]Artigo disponível no site <www.monicagusmao.pro.br>.

[123]Cód. Civil, art. 983, *in fine*.

[124]Cód. Civil, art. 1.026, parágrafo único.

[125]Cód. Civil, art. 1.026, parágrafo único.

[126]Cód. Civil, art. 1.026, parágrafo único.

[127]CPC, art. 835, IX, e art. 835, IX, do novo CPC.

[128]CPC, art. 835, IX.

[129]O item 1.2.16.5 da IN nº 10/2013 do DREI prevê: "1.2.16.5 – Sócio menor de 18 anos, não emancipado: Participando da sociedade sócio menor, não emancipado, o capital social deverá estar totalmente integralizado, e este não pode fazer parte da administração".

[130]Justificativa: "Desde o advento da Lei nº 12.399/2011, foi inserido um parágrafo terceiro no artigo 974, prevendo genericamente a possibilidade de sócio incapaz desde que ele seja representado ou assistido, não tenha poder de administração e todo o capital social esteja integralizado. Tal dispositivo deve ser interpretado com cuidado, apesar da sua colocação nas disposições mais gerais do livro do Direito de Empresa. Não vemos a possibilidade de sua aplicação para as sociedades anônimas no que tange a exigência de integralização de todo o capital social. Em primeiro lugar, porque não há solidariedade entre os acionistas, logo, não há sentido em exigir que o capital de outros acionistas esteja integralizado, na medida em que não risco de comunicação de responsabilidade entre eles. Além disso, é certo que o dispositivo se refere a contrato de sociedade, e as sociedades anônimas não tem natureza contratual. Boa parte da doutrina, a nosso ver com razão, afasta a noção de contrato no ato constitutivo da sociedade anônima. Ela seria uma instituição destinada a exercer o seu objeto para atender aos interesses dos acionistas, empregados e da comunidade. Sendo uma instituição, seu ato constitutivo seria um ato institucional. Nas sociedades por ações, geralmente a empresa envolve um número tão grande de interesses (empregados, comunidade, fisco, consumidores), além dos interesses dos seus membros, que há uma responsabilidade social a ser cobrada. A prevalência do interesse social sobre o interesse individual dos sócios reforça a natureza institucional da relação, em oposição à natureza contratual, na qual prevaleceria a vontade comum dos sócios".

[131]Sobre as hipóteses de resolução da sociedade, v. Cap. 13 item 13.2.

[132]Cód. Civil, art. 1.032.

[133]Cód. Civil, art. 1.031.

[134]Cód. Civil, art. 1.031, § 1º.

[135]E. nº 391 do CJF: "A sociedade limitada pode adquirir suas próprias quotas, observadas as condições estabelecidas na Lei das Sociedades por Ações".

[136]Cód. Civil, art. 56, aplicado subsidiariamente por autorização do art. 44, parágrafo único, do mesmo Código.

[137]Cód. Civil, arts. 44, parágrafo único, 56 e 1.028.

[138]Cód. Civil, art. 1.028.

[139]Cód. Civil, art. 1.032.

[140]Cód. Civil, art. 1.058.

[141]CAMPINHO, Sérgio. *Op. cit*.: "Ante o silêncio do Código, somos obrigados a responder afirmativamente (sobre a possibilidade de suspensão). A restrição do direito somente poderia vir a derivar de expressa previsão legal ou contratual. Se o contrato não prevê a suspensão dos direitos, não há como tolher, a princípio, o sócio remisso de seu exercício. No entanto, se o contrato contiver cláusula determinado a regência supletiva da limitada pelas normas da sociedade anônima, poderá o sócio ter seus direitos suspensos, nos termos do art. 120 da Lei nº 6.404/76".

[142]Cód. Civil, arts. 1004 e 1.058, parágrafo único.

[143]CPC, art. 784, II.

[144]Cód. Civil, art. 1.031.

[145]Código Civil, art. 1.031, § 1º.

[146]Cód. Civil, art. 1.030, parágrafo único.

[147]Cód. Civil, art. 1.030, parágrafo único.

[148]Cód. Civil, art. 1.030, *caput*, 2ª parte.

[149]Cód. Civil, art. 1.030, *caput*.

[150]Cód. Civil, art. 1.030, v. também item 3.2.12 da IN nº 10/2013 do DREI.

[151]Cód. Civil, art. 1.085.

[152]Código Civil, art. 1.029, 1ª parte.

[153]Cód. Civil, art. 1.029, parágrafo único.

[154]Código Civil, art. 1.029, 2ª parte.

[155]Capítulo 10, item 10.0.

[156]Enunciado aprovado pela autora na IV Jornada de Direito Civil, promovida em Brasília pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal.

[157]Cód. Civil, art. 1.032.

[158]Cód. Civil, art. 1.032.

[159]Cód. Civil, art. 1.031.

[160]Cód. Civil, art. 1.032.

[161]Cód. Civil, art. 1.032.

[162]Art. 13.

[163]Cód. Civil, art. 1.172.

[164]Cláudio Calo admite gestão de sociedade por sócio pessoa jurídica.

[165]Cód. Civil, art. 1.060

[166]Cód. Civil, art. 1.062, § 1º.

[167]Cód. Civil, art. 1.062, § 2º.

[168]Cód. Civil, art. 1.060.

[169]Cód. Civil, art. 1.011.

[170]Lei nº 6.404, art. 154.

[171]V. Cap. 14, item 14.1.

[172]Cód. Civil, art. 1.015, parágrafo único, I.

[173]Cód. Civil, art. 1.015, parágrafo único, II.

[174]Cód. Civil, art. 1.015, parágrafo único, III.

[175]Cód. Civil, art. 1.054, parágrafo único.

[176]O capítulo IV do Código civil é omisso quanto à responsabilidade dos administradores e da sociedade limitada perante terceiros.

[177]Cód. Civil, art. 1.053, *caput*.

[178]Cód. Civil, art. 1.053, parágrafo único.

[179]Cód. Civil, art. 1.015, parágrafo único.

[180]Cód. Civil, art. 1.015, parágrafo único, I.

[181]Lei nº 6.404, art. 158, I.

[182]Cód. Civil, art. 1.015, parágrafo único, II.

[183]Cód. Civil, art. 1.016.

[184]Lei nº 6.404, art. 158, *caput*.

[185]Lei nº 6.404, art. 158, II.

[186]Cód. Civil, art. 1.015, parágrafo único, III.

[187]Lei nº 6.404, art. 158, *caput*.

[188]Ato *ultra vires*.

[189]Cód. Civil, art. 1.015, parágrafo único, III.

[190]Lei nº 6.404, art. 158, *caput*.

[191]Cód. Civil, art. 1.060.

[192]Cód. Civil, art. 1.063.

[193]Cód. Civil, art. 1.063.

[194]Cód. Civil, arts. 1.071 c/c 1.076, II.

[195]Cód. Civil, arts. 1.071 c/c 1.076, I.

[196]Cód. Civil, art. 1.154.

[197]Cód. Civil, art. 989: "Os bens sociais respondem pelos atos de gestão praticados por qualquer dos sócios, salvo pacto expresso limitativo de poder que somente terá eficácia contra o terceiro que o conheça ou deva conhecer".

[198]Cód. Civil, art. 422.

[199]CF, art. 5º, inciso XXXII, e art. 170, inciso V.

[200]GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*: interpretação e crítica. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

[201]REQUIÃO, Rubens. *Aspectos modernos de direito comercial*, v. 1, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 244.

[202]Cód. Comercial, art. 75. O art. 78 do Código Comercial, revogado expressamente com a unificação parcial pelo Código Civil, designava prepostos os agentes de comércio. Os preponentes são responsáveis pelos atos dos feitores, guarda-livros, caixeiros e outros quaisquer prepostos, praticados dentro de suas casas de comércio, que forem relativos ao giro comercial das mesmas casas, ainda que não se achem autorizados por escrito.

[203]*Op. cit*.

[204]OJ nº 99 da SDI do C. TST.

[205]Cód. Civil, arts. 1.071 c/c 1.076, I.

[206]Cód. Civil, art. 1.072, § 4º.

[207]Na omissão do contrato, aplica-se às reuniões o disposto sobre assembleias.

[208]Cód. Civil, art. 1.072.

[209]Cód. Civil, art. 1.072, § 3º.

[210]Cód. Civil, art. 1.072, § 5º.

[211]Cód. Civil, art. 1.072, § 2º.

[212]Cód. Civil, art. 1.072.

[213]Cód. Civil, art. 1.074.

[214]Cód. Civil, art. 1.074, § 1º.

[215]Cód. Civil, art. 1.074, § 2º.

[216]Cód. Civil, art. 1.080.

[217]Cód. Civil, art. 1.071.

[218]Cód. Civil, art. 1.153, §§ 1º e 3º.

[219]Cód. Civil, art. 1.153, §§ 1º e 3º.

[220]Cód. Civil, art. 1.072, § 3º.

[221]A concordata foi extinta pela Lei 11.101/2005.

[222]Cód. Civil, art. 1.078, I.
[223]Cód. Civil, art. 1.078, II.
[224]Cód. Civil, art. 1.078, III.
[225]Cód. Civil, art. 1.072, § 1º.
[226]Cód. Civil, art. 1.072, § 3º.
[227]Cód. Civil, art. 1.080.
[228]Cód. Civil, art. 1.010, § 3º.
[229]Cód. Civil, art. 1.013, § 3º.

DISSOLUÇÃO DAS SOCIEDADES

13.0.NOÇÕES GERAIS

Dissolução é o ato que desencadeia o processo de extinção da sociedade e a desvincula de seus sócios. É o período de paralisação de todas as atividades sociais. As sociedades devem ser dissolvidas pelo mesmo instrumento (público ou particular) com que foram constituídas. A personalidade jurídica da sociedade somente se extingue com a baixa de seus atos constitutivos no órgão competente. Durante a dissolução, sua personalidade jurídica é mantida para ultimar as negociações pendentes, mas o liquidante não pode contrair novas obrigações, salvo se autorizado por lei.[1] Fábio Ulhoa[2] ensina que "(...) em sentido estrito, a dissolução se refere ao ato, judicial ou extrajudicial, que desencadeia o procedimento de extinção da pessoa jurídica". As sociedades contratuais descritas no Código terão sua dissolução regida pelos preceitos nele descritos. As sociedades por ações (a sociedade anônima e a sociedade em comandita por ações) serão dissolvidas segundo as regras da Lei nº 6.404/1976.

Sobre o tema:

"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" (STJ, REsp 317255/MA, Rel. Min. Ari Pargendler).

É importante ressaltar que as sociedades poderão ter seus CNPJ baixados conforme o disposto no art. 80 da Lei 11.941/2009:[3]

"Art. 80. As pessoas jurídicas que, estando obrigadas, deixarem de apresentar declarações e demonstrativos por cinco ou mais exercícios poderão ter sua inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ – baixada, nos termos e condições definidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, se, intimadas por edital, não regularizarem sua situação no prazo de sessenta dias, contados da data da publicação da intimação.

§ 1º Poderão ainda ter a inscrição no CNPJ baixada, nos termos e condições definidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, as pessoas jurídicas:

I – que não existam de fato; ou

II – declaradas inaptas e que não tenham regularizado sua situação nos cinco exercícios subsequentes.

§ 2º No edital de intimação, que será publicado no Diário Oficial da União, as pessoas jurídicas serão identificadas pelos respectivos números de inscrição no CNPJ.

§ 3º Decorridos noventa dias da publicação do edital de intimação, a Secretaria da Receita Federal do Brasil publicará no Diário Oficial da União a relação de CNPJ das pessoas jurídicas que houverem regularizado sua situação, tornando-se automaticamente baixadas, nesta data, as inscrições das pessoas jurídicas que não tenham providenciado a regularização.

§ 4º A Secretaria da Receita Federal do Brasil manterá, para consulta, em seu sítio na Internet, informação sobre a situação cadastral das pessoas jurídicas inscritas no CNPJ."

Da mesma forma, o art. 80-A do citado diploma legal dispõe que:

"Art. 80-A. Poderão ter sua inscrição no CNPJ baixada, nos termos e condições definidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, as pessoas jurídicas que:

I – durante cinco exercícios consecutivos entregarem declaração que caracterize a não movimentação econômica ou financeira; ou

II – estejam extintas, canceladas ou baixadas nos respectivos órgãos de registro."

O ato de baixa do CNPJ não obsta que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados débitos de natureza tributária da pessoa jurídica.[4]

Poderá ser declarada inapta, nos termos e condições definidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, a inscrição no CNPJ da pessoa jurídica que, estando obrigada, deixar de apresentar declarações e demonstrativos em dois exercícios consecutivos.[5] Poderá, também, ser declarada inapta a inscrição da pessoa jurídica que não for localizada no endereço informado ao CNPJ.[6]

13.1.FASES

A dissolução, em sentido amplo, compreende quatro fases:

a)dissolução propriamente dita;
b)liquidação;

c)partilha;
d)extinção da sociedade.

A) **Dissolução propriamente dita**

É a fase que desencadeia as demais. Pode ser judicial ou extrajudicial. A sociedade somente obterá o arquivamento dos atos dissolutórios no órgão competente mediante o prévio cancelamento das suas inscrições cadastrais junto aos órgãos fiscalizadores e arrecadadores de tributos e contribuições (Receita Federal, INSS, FGTS etc.),[7] inobstante a determinação legal de obrigatoriedade da averbação e da publicação da ata, sentença ou instrumento de dissolução da sociedade, independentemente de qualquer outra formalidade. Contrariando doutrina e jurisprudência há muito sedimentadas, o Código Civil não admite a dissolução parcial da sociedade. Pela dicção da nova lei, ou a sociedade se dissolve totalmente, ou se resolve em relação a apenas um sócio (v. item 6.2.8).

São hipóteses de dissolução da sociedade:

I) vencimento do prazo de duração (dissolução de pleno direito), salvo se, vencido este, e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação. Neste caso, a duração da sociedade se prorrogará por tempo indeterminado. O Código Civil admite a prorrogação tácita visando à preservação da empresa. O sócio que se opuser à continuação da sociedade por tempo indeterminado deve, em juízo, requerer a sua resolução parcial, com apuração dos seus haveres.[8] Difere, substancialmente, da regra anterior. Pelo diploma antigo, a expiração do prazo de duração da sociedade determinava a sua dissolução, exceto se se decidisse pela prorrogação de seu prazo mediante alteração contratual devidamente registrada no órgão competente, antes do término do prazo contratualmente fixado, sob pena de transformar-se em sociedade irregular, com o gravame de imputar aos sócios responsabilidade ilimitada e solidária pelas obrigações assumidas;[9]

II) consentimento unânime dos sócios (dissolução de pleno direito);[10]

III) deliberação, na sociedade de prazo indeterminado, pela maioria absoluta dos sócios;[11]

IV) vontade dos sócios, por deliberação mínima do capital social;[12]

V) falta de pluralidade de sócios, se a sociedade não for reconstituída no prazo de 180 (cento e oitenta) dias.[13] Conta-se o prazo de 180 dias na forma dos arts. 1.151, §§ 1º e 2º, c/c 36 da Lei nº 8.934/1994. Esses artigos estipulam prazo de 30 dias para o arquivamento dos documentos, contado da sua assinatura. No caso da unipessoalidade, o sócio terá trinta dias para levar a registro o documento comunicando essa ocorrência. Findo esse prazo, feito ou não o arquivamento, a sociedade terá 180 dias para restabelecer a pluralidade de sócios. A falta de pluralidade de sócios somente pode ser oposta a terceiro a partir do arquivamento da alteração contratual;

VI) extinção, na forma da lei, de autorização para a sociedade funcionar,[14] como no caso dos bancos, sociedades seguradoras etc. Nesse caso, a liquidação será judicial;[15]

VII) morte de sócio, caso os remanescentes optem pela dissolução da sociedade;[16]

VIII) pela falência, caso se trate de sociedade empresária.[17] Nem sempre a falência determina a extinção das sociedades. A sentença de extinção das obrigações do falido o

reabilita ao exercício da atividade empresarial;[18] A mesma regra se aplica ao sócio declarado insolvente.

Sobre o tema:

> E. nº 481 do CJF: "Art. 1.030, parágrafo único. O insolvente civil fica de pleno direito excluído das sociedades contratuais das quais seja sócio"[19].

IX) quando anulada a constituição da sociedade;

X) quando exaurido o fim social ou verificada a sua inexequibilidade;

XI) outras hipóteses de dissolução previstas nos atos constitutivos;[20]

XII) inatividade da sociedade por mais de 10 (dez) anos.[21]

XIII) falência da sociedade empresária.[22]

B) **Liquidação**

É a fase em que os negócios da sociedade são ultimados e o ativo realizado (vendido) para pagamento do passivo. Segundo Tavares Borba,[23] é a fase em que se dá o fechamento de contas. O art. 1.037 do Código Civil confere legitimidade ao Ministério Público para requerer a liquidação judicial de sociedade que necessite de autorização para funcionar se a liquidação não for requerida pelos administradores nos trinta dias seguintes à perda da autorização, ou se o sócio não houver exercido a faculdade assegurada no parágrafo único desse artigo. Dissolvida a sociedade, impõe-se a nomeação de um liquidante. A doutrina majoritária entende que o liquidante é um órgão da sociedade, responsável por sua dissolução. Se o liquidante não for o próprio administrador da sociedade, investir-se-á nas suas funções após a averbação de sua nomeação no registro próprio.[24] O art. 1.103 do Código Civil diz quais são os deveres dos liquidantes:

> a)averbar e publicar ata, sentença ou instrumento de dissolução da sociedade;
> b)arrecadar os bens, livros e documentos da sociedade, onde quer que estejam;
> c)proceder, nos 15 (quinze) dias seguintes ao de sua investidura, à elaboração do inventário e do balanço geral do ativo e passivo;
> d)ultimar os negócios da sociedade, realizar o ativo, pagar o passivo e partilhar o remanescente entre os sócios ou acionistas;
> e)exigir dos quotistas a integralização de suas quotas e, se for o caso, as quantias necessárias, nos limites da responsabilidade de cada um, e proporcionalmente à respectiva participação nas perdas, quando insuficiente o ativo para a solução do passivo. Nas sociedades limitadas, e se houver solidariedade entre os sócios, o liquidante pode exigir a integralização do capital subscrito se o ativo não bastar para pagar o passivo (Código Civil, art. 1.052);

f)convocar assembleia dos quotistas, a cada seis meses, para apresentação de relatório e balanço do estado da liquidação, prestando contas dos atos praticados durante o semestre, ou sempre que necessário;

g)confessar a falência da sociedade e pedir concordata (instituto revogado pela Lei nº 11.101/2005) de acordo com as formalidades prescritas para o tipo de sociedade liquidanda;

h)apresentar aos sócios o relatório da liquidação e as suas contas finais;

i)averbar ata da reunião ou da assembleia, ou o instrumento que considerar encerrada a liquidação, firmado pelos sócios.

Segundo a regra do parágrafo único do art. 1.103 do Código Civil, em todos os atos, documentos ou publicações a firma ou denominação social deverá ser sucedida da expressão "em liquidação". As obrigações e responsabilidades do liquidante obedecem aos preceitos relativos aos administradores da sociedade liquidanda. A lei confere amplos poderes ao liquidante para representar a sociedade e praticar todos os atos necessários à sua liquidação, inclusive alienar bens imóveis ou móveis, transigir, receber e dar quitação. Em regra, o liquidante deve finalizar os negócios sociais. Não pode contrair obrigações novas (como, por exemplo, gravar de ônus reais bens móveis ou imóveis, prosseguir na atividade social ou contrair empréstimos, salvo quando indispensáveis e desde que expressamente autorizado pelo contrato ou pelo voto da maioria dos sócios).[25] O liquidante deverá efetuar o pagamento proporcional (pagamento feito em rateio) das dívidas sociais, respeitados os direitos dos credores preferenciais (*v.g.*, créditos acidentários, trabalhistas, fiscais, previdenciários, créditos com garantia real, créditos com privilégio especial, créditos com privilégio geral e quirografários), sem distinção entre as vencidas e vincendas (vencimento antecipado em virtude da liquidação), sofrendo, estas, o necessário desconto. Caso o ativo seja superior ao passivo, o liquidante pode pagar integralmente as dívidas vencidas, sob sua responsabilidade pessoal. É conveniente ressaltar que, na liquidação, o crédito fiscal somente é preterido pelos trabalhistas e acidentários. Aqui não se aplica a ordem de classificação dos créditos na falência.[26]

Segundo Gustavo Junqueira Carneiro Leão, "o parágrafo único do art. 1.106 do Código Civil deve ser interpretado sem distinção entre dívidas vencidas e vincendas. Segundo os arts. 178 e seguintes da Lei nº 6.404/1976, o balanço patrimonial é composto por três elementos: ativo, passivo e patrimônio líquido. No ativo, são registrados todos os bens e direitos da sociedade; no passivo, as exigibilidades e obrigações para com terceiros e, por fim, no patrimônio líquido, as demais contas. Patrimônio

líquido é, pois, a diferença entre o ativo e o passivo. Representa o valor líquido de uma sociedade. Se a sociedade possui ativo superior ao passivo, diz-se que seus bens suportam as dívidas, vencidas ou vincendas, sobrando diferença para restituição aos sócios, cujos direitos, dentre eles o capital social, se encontram registrados no patrimônio líquido. Para exemplificar, serão utilizadas três situações:

1ª Situação:

Uma sociedade possui 1.000 em caixa (ativo), obrigações vencidas no valor de 100 (passivo), obrigações vincendas já contempladas pelo desconto no valor de 200 (passivo) e capital social de 700 (patrimônio líquido). Nesse exemplo, após o pagamento antecipado integral dos créditos vencidos e vincendos, à proporção de 70%, restariam 760, donde apenas 700 caberiam aos sócios. Nessa hipótese, o não pagamento integral dos créditos vincendos apenas posterga o seu recebimento pelos interessados.

2ª Situação:

A mesma sociedade possui 1.000 em caixa (ativo), obrigações vencidas no valor de 100 (passivo), obrigações vincendas já contempladas pelo desconto no valor de 200 (passivo), capital social de 500 (patrimônio líquido) e lucros acumulados no valor de 200 (patrimônio líquido). Nesse exemplo, o pagamento dos créditos vincendos, de forma integral, não prejudica o recebimento do capital social e dos lucros gerados pela sociedade, de forma integral.

3ª Situação:

A mesma sociedade possui 1.000 em caixa (ativo), obrigações vencidas no valor de 100 (passivo), obrigações vincendas já contempladas pelo desconto no valor de 200 (passivo), capital social de 900 (patrimônio líquido) e prejuízos acumulados no valor de 200 (patrimônio líquido). Nesse caso, o pagamento dos créditos vincendos, de forma integral, prejudicaria o recebimento integral do capital por parte dos sócios. O não recebimento desse valor decorre dos prejuízos que a sociedade gerou durante a sua existência. Mesmo nesse caso, deve ser entendido que os credores têm de receber seus créditos vincendos integrais. Cabe aos sócios a responsabilidade pela divisão dos prejuízos, e não aos fornecedores da sociedade, pela proporcionalização. Entendimento contrário pode gerar fraude. Um crédito vincendo, ao sofrer desconto, do vencimento até a data presente, na verdade está se tornando vencido. Para todos os efeitos legais, titulares de créditos vincendos devem ter os mesmos direitos dos credores de créditos vencidos.

A lei assegura os direitos do credor insatisfeito após o encerramento da liquidação. Nesse caso, pode exigir dos sócios, individualmente, o pagamento do seu crédito, até o limite da soma por eles recebida na partilha, sem prejuízo da ação de indenização em face do liquidante.[27]

É importante ressaltar a Lei de Falência não admite a falência de sociedade anônima após liquidado e partilhado seu ativo[28]. Entendo que este dispositivo legal deve ser interpretado extensivamente para abranger todas as espécies de sociedades que estejam nessa situação, e não somente as sociedades anônimas.

C) **Partilha**

É a distribuição, entre os sócios, do remanescente da liquidação, se houver. A partilha somente é possível após o pagamento dos credores da sociedade. Os sócios podem, por maioria de votos, resolver que, antes de ultimada a liquidação, e após o pagamento dos credores, o liquidante faça rateios por antecipação da partilha na medida em que se apurarem os haveres sociais.[29] É dever do liquidante convocar a assembleia de sócios para a prestação final de contas após o pagamento do passivo e a partilha do remanescente. Aprovadas as contas, o sócio dissidente tem o prazo de trinta dias para aforar a ação cabível.[30] Conta-se o prazo da publicação da ata devidamente averbada.

D) **Extinção**

Com a aprovação das contas, encerra-se a liquidação e extingue-se a sociedade, averbando-se a ata da assembleia no registro próprio. Feito isso, a sociedade perde a sua personalidade jurídica.[31] Vale destacar: a falência não enseja a extinção das sociedades, mas sim a dissolução de pleno direito.

A Instrução Normativa nº 89, de 2 de agosto de 2001, disciplinando os atos sujeitos à comprovação de quitação de tributos e contribuições sociais federais para fins de arquivamento no Registro Público de Empresas Mercantis, diz:

"Art. 1º Os pedidos de arquivamento de atos de extinção ou redução de capital de firma mercantil individual ou de sociedade mercantil, bem como os de cisão total ou parcial, incorporação, fusão e transformação de sociedade mercantil serão instruídos com os seguintes comprovantes de quitação de tributos e contribuições sociais federais:

I – Certidão de Quitação de Tributos e Contribuições Federais para com a Fazenda Nacional, emitida pela Receita Federal;

II – Certidão Negativa de Débito – CND –, fornecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS –;

III – Certificado de Regularidade do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS –, fornecido pela Caixa Econômica Federal;

IV – Certidão Negativa de Inscrição de Dívida Ativa da União, fornecida pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

§ 1º A certidão de que trata o inciso II será também exigida quando houver transferência do controle de quotas no caso de sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

§ 2º Sujeitam-se também ao disposto neste artigo os pedidos de arquivamento de atos de extinção, desmembramento, incorporação e fusão de cooperativa.

Art. 2º São dispensadas da apresentação dos documentos de quitação, regularidade ou inexistência de débito a que se referem os incisos I a IV do art. 1º desta Instrução:

I – a firma mercantil individual ou a sociedade mercantil, enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, salvo no caso de sua extinção;

II – os pedidos de arquivamento de extinção de sociedades mercantis e firmas mercantis individuais enquadráveis como microempresa ou empresa de pequeno porte, que não tenham exercido atividade econômica de qualquer espécie há mais de cinco anos e que, no exercício anterior ao do início da inatividade, o volume da receita bruta anual da empresa não excedeu o respectivo limite fixado no art. 2º e que não se enquadra em qualquer das hipóteses de exclusão relacionadas no art. 3º, ambos da Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999, comprovado mediante declaração do titular ou de todos os sócios, sob as penas da lei;

III – os pedidos de arquivamento de atos relativos ao encerramento de atividade de filiais, sucursais e outras dependências de sociedades mercantis nacionais e de firmas mercantis individuais.

Art. 3º Não será exigida nenhuma outra comprovação, além das previstas nesta Instrução, nos pedidos de atos submetidos a arquivamento.

Art. 4º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Fica revogada a Instrução Normativa nº 77, de 28 de dezembro de 1998".

A sociedade somente se extingue (perde a sua personalidade jurídica) após a averbação, no órgão competente,[32] da ata da assembleia que deliberou sua extinção. A dissolução irregular das sociedades acarreta responsabilidade ilimitada dos sócios. Há quem defenda a ilimitação da responsabilidade com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, em razão da fraude cometida. É tese que não aplaudo. Para mim, a responsabilidade dos sócios, nessa hipótese, decorre da própria lei. O art. 1.080 do Código Civil imputa responsabilidade ilimitada aos sócios na hipótese de deliberações infringentes do contrato ou da lei. A lei determina a observância das fases a serem seguidas na dissolução da sociedade. É essa inobservância de preceito legal que acarreta responsabilidade pessoal e ilimitada dos sócios.

Sobre o tema:

"Agravo Regimental. Processual civil e tributário. Recurso especial. Admissibilidade. Entendimento do acórdão recorrido em harmonia com a jurisprudência do STJ. Execução Fiscal. Redirecionamento para o sócio-gerente. Dissolução irregular da sociedade. Possibilidade.

(...)

3. A jurisprudência da Primeira Seção firmou-se no sentido de que não se admite a responsabilidade objetiva,*mas* subjetiva *do sócio, não constituindo infração à lei o não recolhimento de tributo, sendo necessária a prova de que agiu o mesmo* dolosamente, *com* fraude *ou* excesso de poderes, *excepcionando-se a hipótese de dissolução irregular da sociedade comercial.*

4. Havendo indícios de que a empresa encerrou irregularmente suas atividades, é possível redirecionar a execução ao sócio*, a quem cabe provar o contrário em sede de embargos à execução (REsp 474105/SP, Relator Min. Eliana Calmon, Fonte DJ Data: 19/12/2003, p. 00414).*

5. É inviável o trânsito do Recurso Especial quando a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido da decisão recorrida. Súmula 83/STJ.

6. Ausência de motivos suficientes para a modificação do julgado. Manutenção da decisão agravada.

7. Agravo regimental desprovido" (AGA 543821/RS, Min. Luiz Fux).

"A jurisprudência da Primeira Seção é no sentido de que não se admite a responsabilidade objetiva, mas subjetiva, do sócio, não constituindo infração à lei o não recolhimento de tributo, sendo necessária a prova de que agiu dolosamente, com fraude ou excesso de poderes, excepcionando-se a hipótese de dissolução irregular da sociedade comercial. Não se tratando de responsabilidade objetiva, tem o sócio, na qualidade de pessoa física, direito à certidão negativa de débito" (REsp 439.198/ES).

"O simples inadimplemento da obrigação tributária não caracteriza a dissolução irregular da sociedade de modo a ensejar a responsabilização pessoal do dirigente. Para que este seja pessoalmente responsabilizado é necessário que se comprove ter agido dolosamente, com fraude ou excesso de poder. O redirecionamento da execução para o sócio necessita

de comprovação, a cargo do exequente, de que se configurou uma das hipóteses em que o sócio possa ser responsabilizado. Precedentes citados: REsp 260.524-RS, DJ 1º/10/2001; REsp 174.532-PR, DJ 21/8/2000, e REsp 121.021-PR, DJ 11/9/2000" (REsp 397.074-BA).

"O procedimento de liquidação das limitadas pode ser simplificado, como normalmente ocorre, a ponto de ensejar o pagamento do passivo, a realização do ativo e a partilha do remanescente para que seja formalizado em ato único, o distrato, por assim dizer *tout court*, que levado a arquivamento determina o fim da personalidade jurídica da empresa" (TJ/RJ, Ap. Cível: 2004.001.24027).

"Direito empresarial. Dissolução de sociedade comercial. Liquidação. Necessidade.

Dissolvida a sociedade comercial por cotas de responsabilidade limitada, decisão transitada em julgado torna-se necessária sua liquidação, no interesse de devedores e credores, sede de apuração de alegados créditos e de empréstimo de coisas, da sócia postulante. Provimento parcial do recurso para mandar processar a liquidação da sociedade dissolvida, para conduzi-la à sua extinção formal. Unânime" (TJ/RJ, Apelação Cível, nº 2004.001.02584).

"Dissolução de sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Divergência entre um e outros sócios. Retirada de sócio dissidente. Possibilidade da medida.

Direito Empresarial. *Dissolução de sociedade. Retirada de sócio dissidente. Possibilidade. A sociedade é formada por dois sócios e a retirada do que cede o imóvel para fixação do estabelecimento importará em dissolução da sociedade, uma que rompida a* affectio societatis. *Preponderância da* vontade do sócio *sobre o princípio da*preservação da empresa. *O ônus a ser suportado pelo sócio dissidente não justifica a continuidade da empresa. Desprovimento do recurso*" (TJ/RJ, Apelação Cível, nº 2004.001.08407).

13.2.RESOLUÇÃO DA SOCIEDADE

Como dito, o Código Civil não prevê a dissolução parcial da sociedade, denominando-a "resolução da sociedade em relação a um sócio". São hipóteses de resolução da sociedade:

a)morte do sócio.[33]
b)retirada do sócio.[34]
c)exclusão do sócio.[35]
d)falência do sócio.[36]

O art. 1.031 do Código Civil prevê que:

"(...) nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado".

De muito venho apregoando a inclusão, nesse cálculo, dos elementos que compõem o estabelecimento, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa da sociedade.

Sobre o tema:

E. nº 386 do CJF – "Na apuração dos haveres do devedor, por consequência da liquidação de suas quotas na sociedade, não devem ser consideradas eventuais disposições contratuais restritivas à determinação de seu valor"[37].

E. nº 13 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: "A decisão que decretar a dissolução parcial da sociedade deverá indicar a data de desligamento do sócio e o critério de apuração de haveres".

"Dissolução de sociedade. Apuração de haveres. Fundamentação suficiente do acórdão. Julgamento *extra petita*. Inocorrência. Inclusão dos fundos de comércio e de reserva e dos dividendos dentre os haveres. Interesse de agir. Sócio retirante. Existência ainda que a sociedade e o sócio remanescente concordem com a dissolução. Ofensa ao contrato social. Inviabilidade de exame no recurso especial. Enunciado nº 5 da súmula/STJ. Juros moratórios. Incidência. Caracterização da mora. Honorários de advogado.

Sucumbência parcial. Arts. 20, 21, 131, 165, 293, 458-II, 460, CPC, 668, CPC/1939, 955, 960, 963, CC. Recurso desacolhido.

I – A fundamentação sucinta, que exponha os motivos que ensejaram a conclusão alcançada, não inquina a decisão de nulidade, ao contrário do que sucede com a decisão desmotivada.

II – O fundo de comércio e o fundo de reserva instituído pela vontade dos sócios integram o patrimônio da sociedade e, por isso, devem ser considerados na apuração dos haveres, por ocasião da dissolução, sem que a sua inclusão caracterize julgamento extra petita.

III – A inclusão, entre os haveres, dos dividendos porventura não pagos ao sócio retirante, ainda que não pedida expressamente, tem por objetivo evitar o enriquecimento indevido do sócio remanescente, não configurando julgamento extra petita.

IV – O sócio que pretenda desvincular-se da sociedade tem interesse de agir, ainda que tenha havido concordância do outro sócio sobre a dissolução, uma vez que não se trata de mera alteração contratual, mas de levantamento dos valores patrimoniais devidos a quem pretende retirar-se, mostrando-se útil o ajuizamento da ação para esse fim.

V – O exame de possível violação das cláusulas do contrato social da empresa, quanto à base de cálculo para o caso de retirada, refoge à competência desta Corte, a teor do verbete sumular nº 5/STJ. VI – Decorrido o prazo previsto no contrato social, após a notificação do sócio retirante ao remanescente sobre a dissolução, incorrem este e a sociedade em mora, tornando devidos, desde então, os juros moratórios" (REsp 271.930/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

"Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Retirada de sócio. 1. Fundo de comércio. Entre os haveres, inclui-se o denominado fundo de comércio (REsp-77.122, DJ de 08.04.96). Caso em que o especial se apresentou deficiente, à míngua de indicação de específica disposição contrariada. 2. Pagamento dos haveres do sócio retirante. Consoante o

acórdão local, ‘inadmitido está o pagamento parcelado do crédito na forma pretendida pelos apelantes, desde que há muito superado o momento oportuno para a satisfação parcelada prevista no contrato’. Em tal aspecto, o acórdão não ofendeu os arts. 121, 130 e 131, do Cód. Comercial, em sendo a pretensão a de que se aplique a disposição contratual. 3. Inocorrência de afronta a texto de lei federal. Dissídio não comprovado na forma regimental. 4. Honorários advocatícios. Por eles não respondem os sócios, assistentes da sociedade. A responsabilidade é, da sociedade. 5. Recurso especial conhecido e provido em parte” (REsp 52.094/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira).

“Sociedade comercial. Dissolução. Apuração dos haveres.

Em ação de dissolução parcial de sociedade comercial, julgada procedente, com a retirada dos sócios demandantes, houve trânsito em julgado, mas se deixou de definir o tempo a ser considerado para apuração dos haveres. Iniciada a liquidação para apuração dos haveres, o juiz deferiu perícia, em 1999, decisão que, dentre outras, determinou a forma de apuração dos haveres dos sócios retirantes, definindo que seria realizado balanço com a realidade da empresa em 31/12/1990 (último balanço antes da retirada) e a apuração do fundo de comércio pela média dos últimos oito anos (1991 a 1998). Em 2000, proferiu outra decisão, determinando outro balanço especial em 31/12/1999 e o fundo de comércio pelo preço de mercado na mesma data, apurado pela média dos últimos oito anos (1992 a 1999). O acórdão recorrido entendeu que houve violação ao disposto no art. 471 do CPC. A Turma proveu o REsp para restabelecer a decisão agravada, entendendo que a alteração da decisão anterior sobre o período de apuração da perícia para avaliação do patrimônio da empresa não ofendeu o artigo citado, uma vez que cabe ao juiz encontrar a justa partilha a cada um dos sócios de acordo com suas quotas, pela apuração da realidade da empresa, levando em conta, ainda, os fatos supervenientes, no caso há uma demora na realização dos atos judiciais de

avaliação" (REsp 515.681-PR, Rel. Min. Ruy Rosado, julgado em 10.06.2003).

A retirada, exclusão ou morte de sócio não o eximem das responsabilidades pelas obrigações sociais anteriores até o prazo de dois anos contados da averbação da dissolução da sociedade no órgão competente. A lei impõe a mesma responsabilidade aos herdeiros do sócio falecido.[38]

"Comercial e Processual Civil. Acórdão estadual. Nulidade não configurada. Dissolução parcial de sociedade. Haveres. Apuração. Pretensão de entrega em ações de outra empresa que compõem o patrimônio da sociedade objeto da dissolução. Impossibilidade. Higidez do contrato que estabelece a restituição em parcelas. Correção monetária prevista estatutariamente. Débito judicial. Sucumbência recíproca. Critério. Matéria de fato. Súmulas n. 5 e 7-STJ. Incidência. CPC de 1939, art. 668 c/c art. 1.218, VII, do Atual CPC. Exegese.

I. Muito embora não houvesse obstáculo à fixação pelo Tribunal estadual, na fase cognitiva, do índice de correção monetária a ser aplicado e dos juros moratórios, não se identifica motivo à nulificação do acórdão a quo *por omissão, se este remete as questões para a* liquidação *dos haveres societários, buscando-se agora, inclusive, evitar contramarcha processual.*

II. A apuração dos haveres do sócio retirante deve se fazer de conformidade com o contrato social, quando disponha a respeito, caso dos autos, inexistindo empecilho a que o pagamento se faça em parcelas mensais e sucessivas, corrigidamente, o que minimiza os efeitos da descapitalização da empresa atingida. Precedentes do STJ.

III. Descabida a pretensão ao recebimento dos haveres em ações que a empresa parcialmente dissolvida – uma holding *– detém em seu patrimônio, porquanto o pagamento, e aqui também por força de determinação do contrato social, se faz em dinheiro, mediante a apuração do real valor da participação do sócio retirante.*

IV. Havendo sucumbência recíproca, possível a compensação igualitária, importando o critério de distribuição adotado pela instância ordinária em matéria de fato, obstado o seu exame pelo STJ, ao teor da Súmula n. 7.

V. Incidente a correção monetária das prestações dos haveres, seja porque prevista contratualmente, seja por se cuidar de débito oriundo de decisão judicial, com a finalidade de compensar a defasagem ocorrida na expressão econômica da moeda nacional.

VI. Recursos especiais da autora e das rés não conhecidos" (REsp 302366/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior).

13.3.LEGITIMIDADE PASSIVA

Há controvérsia quanto à legitimidade passiva na ação de dissolução ou resolução da sociedade. Para mim, a hipótese é de litisconsórcio necessário porque, em razão do interesse comum que os enliça, devem compor o polo passivo dessa relação processual a sociedade e os demais sócios.

Sobre o tema:

"Dissolução parcial de sociedade. Apuração de haveres do sócio retirante. Execução. Assertiva de não integração, no feito principal, da sociedade em questão. Matéria decidida naquela causa. Preclusão. Ilegitimidade da empresa para oferecer embargos à execução.

Se a sociedade não foi parte na ação principal, não está sendo executada e não teve bens penhorados, falta-lhe legitimidade para oferecer embargos do devedor. Recurso Especial não conhecido" (REsp 329307/RJ, Recurso Especial 2001/0078908-7).

"Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Dissolução parcial. Legitimidade passiva. Apuração de haveres. Balanço especial.

A ação de dissolução parcial *deve ser promovida pelo sócio retirante contra a sociedade e os sócios remanescentes, em* litisconsórcio necessário. *Precedentes. Na dissolução de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, a* apuração de haveres *do* sócio retirante *deve ter em conta o real valor de sua participação societária, como se de dissolução total se tratasse. Precedentes. Recursos não conhecidos*" (REsp 105667/SC, Recurso Especial 1996/0054276-7).

"Sociedade comercial. Dissolução parcial.

A ação de dissolução parcial *deve ser promovida pelo sócio retirante contra a sociedade e os sócios remanescentes, em* litisconsórcio necessário. *Decidindo as instâncias ordinárias inexistir previsão contratual para a retirada motivada, aplica-se a regra do art. 668 do CPC/39, em vigor por força do disposto no art. 1.218, VII, do CPC/73, a fim de ser efetuada a apuração dos haveres na forma determinada na sentença, através de balanço especial e pagamento em uma única parcela. Incluem-se o* fundo de comércio *e o* fundo de reserva *instituído pela*vontade dos sócios, *entre os haveres a serem considerados no balanço especial. Estabelecido o litígio entre as partes, embora concordem os réus com a retirada dos*

autores, cabe a imposição dos ônus da sucumbência sobre os réus, que reconheceram parte do pedido dos autores, e ficaram vencidos quanto ao restante. Arts. 20 e 26 do CPC. Recurso conhecido, em parte, pela divergência, mas improvido" (REsp 77122/PR, Recurso Especial 1995/0053846-6).

"Dissolução parcial de sociedade. Apuração de haveres. Pretensão do réu de que sejam chamados ao processo os demais sócios. Impossibilidade, por não ser caso de litisconsórcio necessário ativo.

Quando reconvém, o réu procede em relação ao autor existente; o réu propõe reconvenção contra quem lhe propôs a ação. Hipótese de ofensa ao art. 47 do CPC, donde conhecido e provido o recurso" (REsp 45343/SP, Recurso Especial 1994/0007318-6).

O procedimento de extinção das sociedades limitadas deve seguir as disposições da IN-DREI nº 10/2013.

13.4.VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

Analise as proposições abaixo e diga se são verdadeiras ou falsas:

1)A dissolução das sociedades acarreta a perda da personalidade jurídica.
2)Poderão ter sua inscrição no CNPJ baixada, nos termos e condições definidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, as pessoas jurídicas que durante dez exercícios consecutivos entregarem declaração que caracterize a falta de movimentação econômica ou financeira.
3)A baixa do CNPJ não impede o lançamento ou cobrança posteriores de débitos de natureza tributária da pessoa jurídica.
4)A dissolução das sociedades se opera extrajudicialmente.
5)Dá-se a dissolução de pleno direito após o prazo de duração previsto no contrato social.
6)A redução de sociedade a um único sócio implica dissolução de pleno direito.
7)A continuação da atividade de sociedade unipessoal acarreta responsabilidade ilimitada ao sócio remanescente.
8)O falecimento de um dos sócios acarreta a dissolução de pleno direito da sociedade.

9)A falência da sociedade empresária implica sua dissolução judicial.

10)Compete ao liquidante arrecadar os bens, livros e documentos da sociedade, onde quer que estejam.

11)O liquidante representa a sociedade em liquidação e pode praticar todos os atos necessários bem como alienar bens imóveis ou móveis, transigir, receber e dar quitação.

12)O liquidante pode gravar de ônus reais os móveis e imóveis e contrair empréstimos quando indispensáveis ao pagamento de obrigações inadiáveis.

13)O liquidante pode pagar integralmente as dívidas vencidas, sob sua responsabilidade pessoal.

14)O credor insatisfeito pode exigir dos sócios, solidariamente, o pagamento do seu crédito, até o limite da soma por eles recebida na partilha, sem prejuízo da ação de indenização em face do liquidante.

15)A extinção da sociedade se dá após a liquidação e partilha do remanescente entre os sócios.

---

[1]Código Civil, art. 1.105, parágrafo único: "Sem estar expressamente autorizado pelo contrato social, ou pelo voto da maioria dos sócios, não pode o liquidante gravar de ônus reais os móveis e imóveis, contrair empréstimos, salvo quando indispensáveis ao pagamento de obrigações inadiáveis, nem prosseguir, embora para facilitar a liquidação, na atividade social."

[2]*Op. cit.*

[3]Converteu a Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008, que alterou a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários, concede remissão nos casos em que especifica, institui regime tributário de transição, e dá outras providências. Retificado no DOU de 12 de dezembro de 2008, Seção I, p. 02.

[4]Art. 80-B da Lei.11.941/2009.

[5]Art. 81 da Lei.11.941/2009.

[6]Art. 81, § 5º, da Lei 11.941/2009.

[7]Fábio Ulhoa.

[8]Cód. Civil, arts. 1.029 e 1.031.

[9]Cód. Comercial, art. 335, nº 1.

[10]Cód. Civil, art. 1.033, II.

[11]Código Civil, art. 1.033, III.

[12]Esta regra aplica-se à dissolução de pleno direito das sociedades limitadas, *cf*. art. 1.071, VI, c/c 1.076, I, do Código Civil.

[13]Dissolução de pleno direito, *cf*. art. 1.033, IV, do Código Civil – *ver* Cap. 3º, item 3.1.

[14]Dissolução de pleno direito, *cf*. art. 1.033, I, do Código Civil.

[15]Cód. Civil, art. 1.037.

[16]Dissolução de pleno direito, *cf*. art. 1.028, II, do Código Civil.

[17]Dissolução de pleno direito, *cf*. art. 1.044 do Código Civil.

[18]Lei nº 11.101/2005, art. 158.

[19]Enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF). Justificativa: "Assim dispõe o art. 1.030, parágrafo único, do Código Civil:

'Art. 1.030. (...)

Parágrafo único. Será de pleno direito excluído da sociedade o sócio declarado falido, ou aquele cuja quota tenha sido liquidada nos termos do parágrafo único do art. 1.026'.

O parágrafo único do art. 1.030 impede o sócio falido de participar de sociedades. Porém, não trata, ao menos expressamente, do sócio insolvente. A partir dessa omissão, surgiu posicionamento no sentido de que a insolvência civil não constituiria impedimento à participação do insolvente em sociedade, por inexistir proibição legal expressa. Todavia, deve-se recordar que o insolvente civil perde o poder de administrar e dispor de seus bens, conforme clara dicção do art. 752 do Código de Processo Civil. Tem-se, portanto, a mesma consequência atribuída ao falido pelo art. 75 da Lei nº 11.101/2005. Assim, diante de uma mesma circunstância de fato, não faria sentido aplicar consequências jurídicas diversas, em atenção ao clássico brocardo: *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*. Destarte, se propõe a interpretação de que também o insolvente civil fica proibido de participar do quadro societário, devendo ser excluído de pleno direito".

[20]Dissolução judicial, *cf*. art. 1.035 do Código Civil.

[21]Lei nº 8.934/1994, art. 60.

[22]Cód. Civil, art. 1.044.

[23]*Op. cit.*

[24]Cód. Civil, art. 1.102, parágrafo único.

[25]Cód. Civil, art. 1.105.

[26]CTN, arts. 186: O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho.

Parágrafo único. Na falência:

I – o crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado;

II – a lei poderá estabelecer limites e condições para a preferência dos créditos decorrentes da legislação do trabalho; e

III – a multa tributária prefere apenas aos créditos subordinados." (NR)

[27]Cód. Civil, art. 1.103, V.

[28]Art. 96, § 1º.

[29]Cód. Civil, art. 1.107.

[30]Cód. Civil, art. 1.108.

[31]Cód. Civil, art. 1.109.

[32]Cód. Civil, arts. 51 e 1.109 e Lei nº 6.404/1976, art. 207.

[33]Cód. Civil, art. 1.028.

[34]Cód. Civil, arts. 1.029 e 1.077.

[35]Cód. Civil, arts. 1.004, parágrafo único, 1.030, *caput*, parágrafo único, e 1.085.

[36]Cód. Civil, art. 1.044.

[37]Enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF). Justificativa: “O sócio ou acionista que se retira da sociedade tem o direito de ter o valor dos seus haveres aferido:

• de acordo com o valor do patrimônio real da sociedade, que abarca os bens intangíveis e incorpóreos (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 453476/GO, Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Órgão Julgador: Terceira Turma, Data do julgamento: 01/09/2005; e Recurso Especial nº 271930 /SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Órgão Julgador Quarta Turma, Data do julgamento 19/04/2001); e

• a partir da participação que os sócios ou acionistas retirantes teriam, afastados os efeitos nefastos de eventuais diluições ilícitas de sua participação, sob pena de restar configurado o enriquecimento sem causa (artigo 884 do CC/2002 e art. 170 da Lei das S.A.) da sociedade (diretamente) e dos sócios remanescentes (indiretamente)”.

[38]Cód. Civil, art. 1.032.

SOCIEDADE POR AÇÕES[1-2]

14.0.CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Uma sociedade por ações pode adotar o tipo anônima ou em comandita por ações. Se o capital social for dividido em ações, diz-se anônima.[3] A sociedade anônima é uma pessoa jurídica de direito privado, que tem o capital social dividido em ações. "É uma boa máquina para o regime capitalista, eis o que é uma sociedade anônima. Não é preciso pedir-lhe mais nada senão que funcione bem".[4]

As grandes empresas privadas que comandam o universo econômico, ou seja, que produzem bens, prestam serviços, realizam pesquisas que estimulam a marcha do progresso e que são afinal os agentes da economia de mercado em que vivemos, não teriam sido possíveis sem o recurso ao tipo societário anônimo[5].

Por força de lei, as sociedades por ações são tidas como empresárias. Com isso, o que é determinante não é o objeto, mas a forma[6].

Quanto aos atos constitutivos, a sociedade por ações tem natureza institucional porque, além de ser formada por um estatuto, sua organização é de interesse público em face da maior ingerência do Estado na sua constituição (preponderância de normas de ordem pública visando à proteção do investidor) e operação (imposição de determinadas condutas no mercado). Não é simples instrumento de produção de lucros aos que possuem o capital, mas autêntica instituição voltada para os interesses dos acionistas, empregados e da própria comunidade. É, também, sociedade de capital porque a importância do capital se sobrepõe à pessoa dos sócios.[7]

14.1.GOVERNANÇA CORPORATIVA

A Lei nº 10.303/2001 alterou parcialmente a lei das sociedades anônimas e trouxe à cena a "governança corporativa (corporate governance)".[8] Embora a lei tenha trazido mecanismos para sua aplicação, falta a efetiva concreção. Os contornos jurídicos desse instituto ainda não estão definidos.[9] Como bem observam John Plender e Avinash Persaud,[10]"Os Códigos de governança corporativa estão proliferando (...) contudo os escândalos corporativos continuam surgindo (...) O que pode e deve ser feito"? A governança corporativa acaba por repercutir na natureza jurídica das sociedades anônimas, não se enquadrando na teoria institucionalista, que, segundo Otto von Gierke,[11] tenta provar a existência

de um interesse autônomo da sociedade, prioritário e independente dos interesses individuais dos acionistas.[12]

Para Jorge Lobo,[13] "é o conjunto de normas, consuetudinárias e escritas, de cunho jurídico e ético, que regulam os deveres de cuidado, diligência, lealdade, informação e não intervir em qualquer operação em que houver interesse conflitante com o da sociedade; o exercício das funções, atribuições e poderes dos membros do conselho de administração, da diretoria executiva, do conselho fiscal e dos auditores externos, e o seu relacionamento entre si e com a própria sociedade, seus acionistas e o mercado em geral". Como bem observa o citado autor,[14] " Com a finalidade de aumentar a transparência de dados e informações das sociedades anônimas abertas, de impor práticas contábeis de padrão internacional, de aperfeiçoar as regras de governança corporativa, de estimular o interesse dos investidores do mercado de capitais, de assegurar a ampliação dos direitos societários dos acionistas minoritários e de propiciar a valorização dos papéis das companhias abertas, a Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA, em dezembro de 2000, criou "Níveis Diferenciados de Governança Corporativa – Nível 1 e Nível 2" e o "Novo Mercado".

A adesão das companhias ao Nível 1 ou ao Nível 2 depende do grau do compromisso assumido e é formalizado por meio de um contrato entre a companhia e a Bovespa. As companhias que estão classificadas no Nível 1 devem apresentar melhorias na prestação de informações ao mercado e promover dispersão do controle acionário. Além disso, outras obrigações adicionais à legislação devem ser atendidas, tais como:[15]

> •"Melhoria nas informações prestadas, adicionando às Informações Trimestrais (ITRs) – documento que é enviado pelas companhias listadas à CVM e à BOVESPA, disponibilizado ao público e que contém demonstrações financeiras trimestrais – entre outras: demonstrações financeiras consolidadas e a demonstração dos fluxos de caixa.
> •Melhoria nas informações relativas a cada exercício social, adicionando às Demonstrações Financeiras Padronizadas (DFPs) – documento que é enviado pelas companhias listadas à CVM e à BOVESPA, disponibilizado ao público e que contém demonstrações financeiras anuais – entre outras, a demonstração dos fluxos de caixa.
> •Melhoria nas informações prestadas, adicionando às Informações Anuais (IANs) – documento que é enviado pelas companhias listadas à CVM e à BOVESPA, disponibilizado ao público e que contém informações corporativas – entre outras: a quantidade e características dos valores mobiliários de emissão da companhia detidos pelos grupos de acionistas controladores, membros do

Conselho de Administração, diretores e membros do Conselho Fiscal, bem como a evolução dessas posições.

•Realização de reuniões públicas com analistas e investidores, ao menos uma vez por ano.

•Apresentação de um calendário anual, do qual conste a programação dos eventos corporativos, tais como assembleias, divulgação de resultados etc.

•Divulgação dos termos dos contratos firmados entre a companhia e partes relacionadas.

•Divulgação, em bases mensais, das negociações de valores mobiliários e derivativos de emissão da companhia por parte dos acionistas controladores.

•Manutenção em circulação de uma parcela mínima de ações, representando 25% (vinte e cinco por cento) do capital social da companhia.

•Quando da realização de distribuições públicas de ações, adoção de mecanismos que favoreçam a dispersão do capital."

É importante ressaltar que as sociedades não são obrigadas a aderir ao Novo Mercado da Bovespa, mas não resta dúvidas que o investidor vai optar por adquirir ações de sociedades comprometidas com as medidas da governança corporativa. As companhias listadas no Nível 2 comprometem-se a cumprir as exigências estabelecidas para o Nível 1 e, adicionalmente, adotam um conjunto de regras mais amplo de práticas de governança, priorizando e ampliando os direitos dos acionistas minoritários. A seguir são apresentadas algumas obrigações adicionais para participação neste nível:

•"Divulgação de demonstrações financeiras de acordo com padrões internacionais IFRS (*International Financial Reporting Standards*) ou US GAAP (*United States Generally Accepted Accounting Principles*).

•Conselho de Administração com mínimo de 5 (cinco) membros e mandato unificado de até 2 (dois) anos, permitida a reeleição. No mínimo, 20% (vinte por cento) dos membros deverão ser conselheiros independentes.

•Direito de voto às ações preferenciais em algumas matérias, tais como, transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia e aprovação de contratos entre a companhia e empresas do mesmo grupo sempre que, por força de disposição legal ou estatutária, sejam deliberados em assembleia-geral.

•Extensão, para todos os acionistas detentores de ações ordinárias, das mesmas condições obtidas pelos controladores quando da venda do controle da companhia e de, no mínimo, 80% (oitenta

por cento) deste valor para os detentores de ações preferenciais *(tag along)*.

•Realização de uma oferta pública de aquisição de todas as ações em circulação, no mínimo pelo valor econômico, nas hipóteses de fechamento do capital ou cancelamento do registro de negociação neste Nível;

•Adesão à Câmara de Arbitragem do Mercado para resolução de conflitos societários.

Governança corporativa, segundo cartilha da CVM,[16] é o conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, tais como investidores, empregados e credores, facilitando o acesso ao capital. A análise das práticas de governança corporativa aplicada ao mercado de capitais envolve, principalmente: transparência, equidade de tratamento dos acionistas e prestação de contas. Entendo que é a harmonização dos interesses privado e social, de forma que uma companhia necessariamente satisfaça aos interesses dos sócios controladores e dos minoritários, bem como aos da sociedade em geral, tais como empregados e consumidores.[17]

É fundamental para os investidores que a companhia tenha uma boa política de governança corporativa. A análise dessas práticas é determinante na decisão de investimento, pois é certo que o investidor quer um mínimo de segurança, transparência e credibilidade. Boas práticas de governança aumentam o valor da companhia, pois repercutem na redução de seu custo de capital, o que aumenta a viabilidade do mercado de capitais como alternativa de capitalização. A análise das práticas de governança envolve principalmente:

a) transparência;

b) igualdade de tratamento entre os acionistas, e

c) efetiva prestação de contas.

A efetiva necessidade de proteção às minorias dá-se no momento de expansão das sociedades, com a captação de recursos. A pulverização das ações, ou seja, desconcentração das ações ou dispersão excessiva possibilita o exercício do poder de controle por uma minoria.

É proveitoso registrar que governança corporativa não visa somente à tutela dos interesses dos acionistas minoritários. O compromisso é maior. Objetiva a conjugação de interesses da companhia, dos minoritários, do controlador, da coletividade, dos credores e dos empregados. O acionista controlador deve usar o seu poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto (atividade) e cumprir sua função social (princípio da preservação da empresa).[18] Tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente

respeitar e atender. Os mesmos deveres são impostos aos administradores, que devem exercer suas atribuições para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.[19] Em matéria publicada na Revista Exame,[20] concluiu-se em pesquisa que a responsabilidade social da maioria das empresas vai pouco além de atender bem o consumidor".

Em resumo: a governança corporativa tem por objetivos principais a prestação de contas da sociedade aos sócios e investidores (*accountability*), a transparência (*full disclousure*) e a igualdade, a paridade de tratamento que deve existir entre os acionistas majoritários e minoritários.

São Princípios da Governança Corporativa:[21]

I – Eticidade – busca da transparência e veracidade das informações.

II – Moralidade.

III – Ativismo Societário – participação efetiva dos acionistas na companhia com expressivo ou diminuto número de ações, de forma a evitar o fenômeno do absenteísmo.

IV – Proteção ao Acionista Minoritário.

V – Tratamento Equitativo – tratamento isonômico entre sócios e acionistas das sociedades empresárias, de forma justa e razoável, adequando o preceito legal ao caso concreto.

VI – Transparência – tem por objetivo assegurar aos acionistas minoritários e preferencialistas e investidores de mercado rápido e seguro acesso às informações relevantes sobre fatos, atos e negócios jurídicos realizados pelas sociedades empresárias.

VII – Independência dos Administradores – tem por objetivo fomentar a eleição de conselheiros independentes, sem qualquer vínculo com os controladores, acionistas minoritários e a própria companhia.

VIII – Responsabilidade do Administrador.

IX – Razoabilidade – é a contenção do arbítrio e a moderação do exercício do poder.[22]

X – Função Social da Empresa.

Carlos Henrique Abraão exemplifica algumas hipóteses de tutela aos acionistas minoritários:

> a)concessão do *tag along*[23] – recebimento de, no mínimo, 80% do valor patrimonial acionário nas hipóteses de venda do controle.[24]
> b)concessão de dividendo mais próximo à sua expressão às ações preferenciais, superior àquele das ações ordinárias, além da inclusão de oferta pública de alienação do controle[25] (v. Cap. 14, item 14.11.4).
> c)admissibilidade do direito de recesso na cisão da companhia;[26]
> d)possibilidade de os preferencialistas detentores de, no mínimo, dez por cento do capital social, ou de os acionistas detentores de ações ordinárias com 15% do capital votante elegerem e

destituírem, em votação em separado, membro do Conselho de Administração;[27]
e)limite de emissão de ações preferenciais.[28]

A Instrução 547/14A da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) tem como objetivo oferecer às companhias abertas a opção de divulgar comunicados de fato relevante por meio de portais de notícia presentes na internet e não apenas em jornais de grande circulação, como já fazem hoje. Essa norma altera a Instrução CVM 358/2002, que dispõe sobre a divulgação e o uso de informações sobre ato ou fato relevante, e a Instrução CVM 480/2009, que trata do registro de emissores de valores mobiliários admitidos à negociação em mercados regulamentados de valores mobiliários. A principal modificação foi a redução da exigência de 3 (três) para 1 (um) portal de notícias, caso a companhia opte pela divulgação por meio eletrônico, uma vez que o documento também deve estar disponível no *site* da CVM, da companhia e, quando for o caso, do mercado onde os valores mobiliários forem admitidos à negociação. Com isso, a CVM espera que as alterações realizadas pela Instrução CVM 547/14 facilitem e agilizem a disseminação de atos e fatos relevantes, bem como contribuam para a redução dos custos de manutenção das companhias abertas, aumentando, assim, a atratividade do mercado de capitais como alternativa de financiamento.[29]

É controvertida a legitimidade ativa da companhia para a propositura de ação de reparação dos prejuízos causados aos acionistas, empregados etc. Em razão do interesse individual homogêneo, a Lei nº 7.913/1989 confere legitimação ativa ao Ministério Público para ajuizar ação civil pública reclamando direitos dos investidores de mercado. Como ilustra José Carlos Barbosa Moreira, "a dificuldade está menos na lei que no conservadorismo dos intérpretes; uma atitude "mais aberta" e sensível às necessidades práticas é capaz de superar muitos obstáculos, conforme atesta a sentença do Juízo de Passo Fundo, de 17.11.1980, que reconheceu legitimação a um habitante da cidade para pleitear a condenação da Cia. Riograndense de Saneamento a fazer funcionar, dentro de certo prazo, as instalações destinadas ao tratamento de esgotos sanitários, cumprindo assim a finalidade que lhe inspirara a criação, e da qual não se vinha desincumbindo, com prejuízo para a salubridade local".

Entendo que se a própria LSA, no art. 206, II, "b", legitima o acionista titular de 5% (cinco por cento), ou mais, do capital social, a pleitear a dissolução da companhia, quando provado que não pode preencher o seu fim, ou seja, tutela de interesses privados. Com muito mais razão o Ministério Público pode pleitear a dissolução da sociedade, comprovado que, ao invés de atender ao princípio da função social da empresa, acaba por fomentar impontualidade, fraude, sucessivas falências etc.

14.2.CARACTERÍSTICAS DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

•Divisão do capital em ações, com ou sem valor nominal.[30]
•Sociedade de capital.
•Livre negociação das ações
•Livre penhora das ações
•Responsabilidade dos acionistas limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.[31]
•Constituição por subscrição pública ou particular.[32]
•Adoção de uma denominação como nome empresarial.[33]
•Formação por dois ou mais acionistas.[34]
•Caráter sempre empresarial, por força de lei, independentemente de seu objeto.[35]
•Existência de três órgãos obrigatórios: assembleia-geral, diretoria e conselho fiscal. Os dois primeiros funcionam de modo permanente; o último, conforme dispuser o estatuto.
•Por sua natureza capitalista, admissibilidade de livre negociação e penhora de ações por dívidas particulares dos acionistas.

É de extrema relevância ressaltar que o parágrafo único do art. 3º da Lei nº 11.638/2007 criou as sociedades de grande porte: "Considera-se de grande porte, para os fins exclusivos desta Lei, 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)". Essas sociedades, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, devem observar as disposições da LSA sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e obrigatoriedade de auditoria independente, por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários.[36]

Questão controvertida diz respeito à obrigatoriedade da publicação das demonstrações financeiras pelas sociedades de grande porte. Parte da doutrina entende que a publicação não é obrigatória, por vários motivos:

a)A obrigatoriedade da publicação não consta expressamente no texto da Lei 11.638/2007.
b)Em comunicado dirigido ao mercado em 14.1.08, a CVM já se manifestou em relação à matéria, nestes termos: "Embora não haja menção expressa à obrigatoriedade de publicação dessas demonstrações financeiras, qualquer divulgação voluntária ou mesmo para atendimento de solicitações específicas (credores, fornecedores, clientes, empregados, etc.), as referidas

demonstrações deverão ter o devido grau de transparência e estar totalmente em linha com a nova lei (art. 3º).

c)A própria ementa da nova lei afasta esta conclusão quando define que se "estendem às sociedades de grande porte as disposições relativas à elaboração e divulgação de demonstrações financeiras". Depois, não tem sentido manter no anonimato as demonstrações financeiras elaboradas no rigor da lei das sociedades anônimas, que tem na exteriorização das informações um dos seus principais objetivos.[37]

d)A disposição que determinava a publicação das demonstrações financeiras das sociedades de grande porte, apesar de previstas no Projeto de Lei nº 3.741/00, que deu origem à Lei nº 11.638/2007, não foi mantida no seu texto final.

Apesar dos inúmeros argumentos em contrário, entendo necessária a sua publicação, com os fundamentos:

a)A publicação das demonstrações financeiras das sociedades de grande porte tem como objetivo precípuo zelar pela transparência, credibilidade da sociedade, principalmente os investidores potenciais, institucionais e estrangeiros, consumidores, credores, fornecedores, empregados, governos e a sociedade em geral.

b)Atende à política da boa governança corporativa por agregar valor às sociedades.

c)Interpretação sistemática dos arts. 176 e 289 da LSA.

d)Forma de controle para se evitar a fraude.

Segundo Modesto Carvalhosa, "Para tanto, as demonstrações financeiras das limitadas de grande porte devem, doravante, obedecer ao que consta do artigo 176, inclusive seu § 1º, que determina que as demonstrações de cada exercício serão publicadas, com a indicação dos valores correspondentes das do exercício anterior".[38-39]

Por fim, é conveniente esclarecer que a LSA não determina a publicação de demonstrações financeiras nas seguintes hipóteses:

a)a companhia fechada com menos de vinte acionistas e patrimônio líquido inferior a R$1.000.000,00 não está obrigada a publicar suas demonstrações financeiras desde que elas sejam arquivadas na Junta Comercial.[40]

b)a companhia fechada, com patrimônio líquido inferior a R$2.000.000,00, não está obrigada a elaborar e publicar a demonstração dos fluxos de caixa.[41]

c)companhias abertas estão obrigadas a elaborar e publicar a demonstração do valor adicionado.[42]

14.3.RESPONSABILIDADE DOS ACIONISTAS

O art. 1º da LSA diz que a responsabilidade dos acionistas é limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas (v. item 14.10.1.2). É importante destacar que não há que se falar na solidariedade entre os sócios caso o capital social não esteja devidamente integralizado, como ocorre na sociedade limitada. Como é sabido, a solidariedade decorre da lei ou da vontade das partes.

14.4.OBJETO SOCIAL[43]

Objeto social é a atividade-fim da sociedade, a razão de ser de sua existência econômica. É o fim a que a sociedade se destina e que serve de limite à sua atividade. Qualquer fim lucrativo não contrário à lei, à ordem pública ou aos bons costumes pode constituir-se objeto social de uma empresa (entendido, o termo, como atividade). O objeto social tem de ser previsto de forma precisa e completa, de modo a permitir a verificação do abuso de poder dos sócios e o desvio de finalidade da atividade da sociedade. A mudança do objeto social exige quorum especial.[44] Nem toda mudança, no entanto. Segundo penso, somente a alteração qualitativa implica mudança do objeto social. A mudança quantitativa (ampliação ou redução do objeto social) apenas provoca a sua alteração. Numa palavra: apenas a mudança qualitativa do objeto é que necessita quorum especial, ensejando, inclusive, o direito de retirada do acionista. A mudança quantitativa no objeto acarreta simples alteração, "mero ajustamento do estatuto à realidade da empresa", no dizer de Tavares Borba.

É voz corrente que, independentemente de seu objeto social, as sociedades anônimas são sociedades empresárias por força de lei. A forma teria preponderância sobre o objeto. Sou da opinião de que o art. 2º da Lei nº 6.404/1976 deve ser interpretado em conformidade com o seu § 1º, ou seja, a sociedade anônima, qualquer que seja seu objeto, será empresária desde que exerça uma empresa, excluindo-se, assim, as sociedades simples, as cooperativas, as associações e as fundações. Entender de outro modo implicaria em contrassenso. Assim também pensa Tavares Borba,[45] para quem a sociedade simples poderá assumir a forma típica das sociedades simples ou qualquer das outras formas societárias, exceto a de sociedades por ações (sociedades anônimas ou em comandita por ações), uma vez que estas são sempre sociedades empresárias.[46]

Sobre o tema:

E. nº 57 do CJF: "A opção pelo tipo empresarial não afasta a natureza de simples da sociedade".

Sempre que a participação na composição de outra sociedade representar um meio de realização do seu próprio objeto, ou resultar em recebimento de incentivos fiscais, uma sociedade anônima pode fazê-lo sem necessidade de expressa previsão estatutária. Diferentemente das sociedades regidas pelo Código Civil, em que a prática de ato ultra vires (atividade fora do objeto social) pode eximir a sociedade de responsabilidade perante terceiros,[47] nas sociedades anônimas a sociedade se obriga perante credores pela prática do ato, mesmo que contrário ao seu objeto social. Em ação própria, os controladores e administradores da companhia respondem pelos prejuízos causados.[48]

A companhia deve manter sua escrituração em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência.[49] A companhia observará, exclusivamente, em livros ou registros auxiliares, sem qualquer modificação da escrituração mercantil e das demonstrações reguladas na LSA, as disposições da lei tributária ou de legislação especial sobre a atividade que constitui seu objeto, que prescrevam, conduzam ou incentivem a utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes ou determinem registros, lançamentos ou ajustes ou a elaboração de outras demonstrações financeiras.[50]

14.5.CLASSIFICAÇÃO DAS SOCIEDADES

As sociedades anônimas podem ser classificadas da seguinte forma:

a)**Natureza jurídica** – a sociedade anônima é sempre sociedade de capital, ou seja, o elemento preponderante é a contribuição do sócio para o capital social. Para Jorge Lobo, "(...) devido ao expressivo número de sociedades anônimas de poucos acionistas, em geral com laços de parentescos ou afetivos, reduzido capital social e restrições à alienação de ações para terceiros, a doutrina e a jurisprudência admitem que a sociedade anônima de capital fechado ou companhia fechada pode vir a ser classificada, dependendo do caso concreto, como sociedade de pessoas ou *intuito persone* e não de capitais e, em consequência, ser dissolvida totalmente segundo as regras da LSA, art. 206 e seguintes, ou na forma do art. 1.029, do Código Civil, dissolvida parcialmente". Apesar da solidez dos argumentos, entendo de forma diversa. O art. 206 da LSA admite apenas restrições quanto à negociação das ações de companhia fechada, como, por exemplo, o direito de preferência dos demais acionistas, não

permitindo, contudo, cláusula que impeça a negociação das ações para terceiros, como se vislumbra nas sociedades de pessoas.

b)**Forma** – toda sociedade anônima, independentemente do seu objeto, é considerada sociedade empresária. A forma prepondera sobre o objeto, ou seja, ainda que a sociedade anônima não exerça atividade econômica organizada, será empresária por força de lei.[51]

c)**Emissão de valores mobiliários** – as sociedades anônimas podem ser abertas ou fechadas, de acordo com a possibilidade de negociação dos valores mobiliários no mercado de valores.

14.6.NOME EMPRESARIAL[52]

Toda sociedade anônima designa-se por uma denominação acompanhada das expressões "companhia" ou "sociedade anônima", abreviadas ou por extenso. A expressão "companhia" nunca pode figurar no final do nome, admitindo-se no início ou meio. Apesar de o art. 1.160 do Código não fazer tal restrição ao dispor que "a sociedade anônima opera sob denominação designativa do objeto social, integrada pelas expressões sociedade anônima ou companhia, por extenso ou abreviadamente", aplica-se a regra especial.[53]

Sobre o tema:

O E. nº 71 do CJF: "Suprimir o artigo 1.160 do Código Civil por estar a matéria regulada mais adequadamente no art.3º da Lei nº 6.404/1976 (disciplinadora das S.A.) e dar nova redação ao § 2º do art. 1.158, de modo a retirar a exigência da designação do objeto da sociedade".

A lei permite que o nome do fundador, acionista ou qualquer outra pessoa representativa da sociedade figure na sua denominação.[54] O Código Civil exige que a denominação das sociedades anônimas designe o objeto social, o que não consta da lei das sociedades anônimas, razão pela qual, da mesma forma, a lei específica sobrepõe-se à geral.[55] Se a denominação for idêntica ou semelhante à de companhia já existente assistirá à prejudicada o direito de requerer a modificação pela via administrativa ou judicial, além de demandar as perdas e danos, se houver. A jurisprudência tem afirmado que a anterioridade do registro do nome empresarial no respectivo órgão não pode ser oposta ao titular do registro de marca concedido, mesmo posteriormente, pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial.[56] Se o elemento-fantasia do nome da sociedade empresarial tornar-se genérico, e de uso comum, não se poderá impedir que outro empresário o adote em seu próprio nome, se não houver possibilidade de se estabelecer confusão.[57]

Sobre o tema:

"Recurso Especial. Propriedade Industrial. Colisão de marcas. Registro concedido sem exclusividade do uso dos elementos nominativos. Convivência de marcas. Possibilidade. Confusão entre consumidores. Inexistência. Reexame de provas. Súmula. 07/STJ.

1 – O registro concedido, pelo INPI, à marca 'DECOLAR VIAGENS E TURISMO', sem uso exclusivo dos elementos nominativos, não proíbe, portanto, a utilização da expressão 'decolar' na composição da marca 'DECOLAR.COM'.

2 – Com base nos elementos fático-probatórios dos autos o Tribunal local assevera que 'o público alvo de ambas não é o mesmo, o que afasta a possibilidade de confusão entre os serviços oferecidos pelas duas empresas, a induzir em erro o consumidor, com prejuízos para a autora'. A revisão dessa conclusão atrai a incidência da Súmula 7 desta Corte.

3 – 'Segundo o princípio da especialidade ou da especificidade, a proteção ao signo, objeto de registro no INPI, estende-se somente a produtos ou serviços idênticos, semelhantes ou afins, desde que haja possibilidade de causar confusão a terceiros' (REsp 333.105/RJ, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO). Assim afastada a possibilidade de confusão, sobeja à possibilidade de convivência das marcas.

4 – Recurso especial não conhecido" (REsp 773126/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves).

14.7.COMPANHIAS ABERTAS E FECHADAS[58]

As companhias classificam-se em abertas ou fechadas segundo os seus valores mobiliários (ações, debêntures, partes beneficiárias, bônus de subscrição etc.) sejam ou não negociados no mercado de valores mobiliários (bolsa de valores ou mercado de balcão).

Apenas as companhias abertas podem atuar nesse mercado e têm de estar registradas na Comissão de Valores Mobiliários – CVM –, que é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Fazenda, com funções regulamentadora, fiscalizadora e consultiva. Atualmente, a CVM, entidade autárquica em regime especial, como executora da Lei que a criou,[59] bem como da própria LSA,[60] exerce atividade de polícia administrativa, com o

propósito de cumprir seus deveres supervisionando o mercado de valores mobiliários como um todo, o qual – parece-me importante dizê-lo –, é lastreado na confiança".

Como bem observa Vinícius Chaves,[61] "A Comissão de Valores Mobiliários, autarquia federal de regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, criada pela Lei 6.385/1976, tem funções de fiscalização, de regulamentação, de registro e de fomento do mercado de capitais, além da função consultiva. Além disso, goza de atribuição para impor, em âmbito administrativo, as penalidades de advertência, multa, suspensão do exercício de cargo, inabilitação temporária para o exercício de cargos, suspensão ou cassação da autorização ou registro para o exercício das atividades de que trata esta lei, proibição temporária de praticar determinadas atividades ou operações, além de proibição de atuar, direta ou indiretamente, em uma ou mais modalidades de operação no mercado de valores mobiliários".

A CVM está diretamente ligada à figura do amicus curiae, conhecido no direito norte-americano. O instituto do amicus curiae ("amigo da Corte") foi introduzido no ordenamento positivo brasileiro pela Lei nº 9.868/1999, inspirado no brandies-brief americano, atualmente disciplinado na Rule nº 37 do Regimento Interno da Suprema Corte. O *amicus curiae*foi utilizado pela primeira vez pelo advogado Louis D. Brandeis no caso Muller vs Oregan, em 1908. Por meio do amicus curiae protegem-se os direitos coletivos ou difusos, ao chamar a atenção dos julgadores para matérias que, não fosse dessa forma, poderiam escapar ao conhecimento da Corte. O amicus curiae amplia a possibilidade de que a sociedade civil (Ministério Público, ONGs, associações comunitárias, minorias étnicas etc.), ainda que não sendo parte diretamente interessada, se insira no fórum de discussão e de interpretação da Constituição Federal. É um modo eficiente de democracia participativa, por meio do qual é possível interferir na construção de uma ordem jurídica mais justa. Não sendo parte no processo, aquele que invoca em seu prol o direito de oferecer memorial de amicus curiae tem de obter o consentimento das partes envolvidas no litígio. Se não houver consentimento, deverá juntar ao pedido de admissão os motivos da recusa.

O § 2º do art. 7º dessa lei diz que o relator, considerando a relevância de matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades, ou seja, a Justiça se vale da experiência e do conhecimento altamente especializado da CVM para subsidiar e esclarecer as demandas judiciais, propiciando uma melhor aplicação do direito aos litígios. Nos processos judiciais que tenham por objeto matérias incluídas na sua competência, a Comissão de Valores Mobiliários deverá ser sempre intimada para, querendo, oferecer

parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação. Caso a CVM ofereça parecer ou preste esclarecimentos, será intimada de todos os atos processuais subsequentes. Atribui-se à CVM legitimidade para interpor recursos quando as partes não o fizerem.[62] O prazo começará a correr, independentemente de nova intimação, no dia imediato àquele em que findar o das partes.[63]

O art. 31 da Lei 6.385/1976 assim dispõe:

"Art. 31 – Nos processos judiciários que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.

§ 1º A intimação far-se-á, logo após a contestação, por mandado ou por carta com aviso de recebimento, conforme a Comissão tenha, ou não, sede ou representação na comarca em que tenha sido proposta a ação.

§ 2º Se a Comissão oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, será intimada de todos os atos processuais subsequentes, pelo jornal oficial que publica expediente forense ou por carta com aviso de recebimento, nos termos do parágrafo anterior.

§ 3º À comissão é atribuída legitimidade para interpor recursos, quando as partes não o fizeram.

§ 4º O prazo para os efeitos do parágrafo anterior começará a correr, independentemente de nova intimação, no dia imediato aquele em que findar o das partes".

As bolsas de valores[64] operam sob a supervisão da CVM e, até 2007, constituíam-se sob a forma associação civil sem fins lucrativos. A Bolsa de Valores do Estado de São Paulo (Bovespa) foi transformada em sociedade anônima de capital aberto, que tem como acionistas as sociedades corretoras.[65] São órgãos auxiliares na fiscalização do mercado.[66]

O mercado de capitais pode ser primário (mercado de captação de recursos, em que a companhia coloca suas ações ou valores mobiliários de sua emissão no momento de sua constituição ou eventual aumento de capital) ou secundário (mercado de transferência de valores mobiliários, em que há renegociação desses valores).[67] As bolsas de valores são consideradas mercado secundário, pois não negociam as novas ações emitidas pelas sociedades anônimas. Já o mercado de balcão compreende a negociação de valores mobiliários fora da bolsa de valores, podendo ser primário ou secundário.

O registro da companhia aberta na CVM era disciplinado pela Instrução nº 202/1993 da CVM, cancelada pela Instrução nº 294/1998. O art. 4º-A, § 4º, da LSA diz caber à Comissão de Valores Mobiliários disciplinar o disposto no art. 4º e fixar prazos para a eficácia desta revisão.

Sobre o tema:

"Sociedade Anônima. Capital aberto. Pedido de cancelamento de registro na CVM. Indeferimento. Alegação de falta de norma para tanto e aguardo das que seriam baixadas.

Cancelamento espontâneo através de normas existentes à época do pedido, que não estabeleciam qualquer exigência. Aplicação do princípio da legalidade. (...) não pode ser negado o cancelamento de registro de sociedade aberta, apenas e tão somente por falta de normas que o regulem" (STF, *RT* 681/262).

O simples registro da companhia na CVM transforma-a em companhia aberta, independentemente da negociação de seus valores mobiliários no mercado. A CVM pode, no entanto, cassar os registros das companhias que não promovam efetivamente a circulação dos títulos no mercado de capital.[68] Não há obrigatoriedade de negociação das ações no mercado. Uma companhia pode ser considerada aberta se negociar outros valores[69] mobiliários, tais como debêntures, bônus de subscrição, commercial paper etc. Nenhuma distribuição pública de valores mobiliários será efetivada no mercado sem o prévio registro na CVM.[70] É prerrogativa da CVM classificar as companhias abertas em categorias, de acordo com as espécies e classes de valores mobiliários que possuam. Nesse aspecto, andou bem a reforma introduzida no § 3º do art. 4º da Lei nº 6.404/1976 pela Lei nº 10.303/2001. A revisão legislativa facilitou o surgimento de novas companhias abertas, de portes diferenciados, que pretendam distribuir, publicamente, valores mobiliários de características diversas, com custos menores, seja para obtenção de registro ou sua manutenção anual, não havendo, contudo, previsão legal para que a CVM possa exigir requisitos menos rigorosos das companhias que pretendam distribuir valores mobiliários, de sua emissão, junto a investidores qualificados, que dependam de menor proteção do agente regulador. Nas companhias fechadas, o financiamento das atividades e empreendimentos é feito pelos próprios acionistas, ou por grupo previamente conhecido de terceiros subscritores.

As demonstrações financeiras das companhias abertas observarão, ainda, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, e serão obrigatoriamente submetidas a auditoria por auditores independentes nela registrados.[71]

A CVM estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis à aquisição de controle, participações societárias ou segmentos de negócios, com base na competência conferida pelo § 3º do art. 177 da Lei nº 6.404/1976.[72]

A CVM editou norma que flexibiliza o regime de divulgação de informação sobre ato ou fato relevante, a Instrução CVM 547/2014, que altera a Instrução CVM 358/2002, e que tem como objetivo oferecer às companhias abertas a opção de divulgar comunicados de fato relevante por meio de portais de notícia presentes na internet. A legislação anterior apenas reputava válida a divulgação de fatos relevantes quando realizada em jornais de grande circulação habitualmente utilizados pela companhia. De acordo com a própria CVM, o objetivo principal da instrução normativa foi a criação de meios que possibilitem, com agilidade, a disseminação de atos e fatos relevantes e que contribuam para a redução dos custos de manutenção das companhias abertas, aumentando, assim, a atratividade do mercado de capitais como alternativa de financiamento.[73]A nova norma altera a Instrução CVM nº 358/02, que dispõe sobre a divulgação e o uso de informações sobre ato ou fato relevante, e a Instrução CVM nº 480/09, que trata do registro de emissores de valores mobiliários admitidos à negociação em mercados regulamentados de valores mobiliários.

14.7.1.Cancelamento de registro de companhia aberta

O § 4º do art. 4º da LSA permite o cancelamento do registro de companhia aberta para negociação de ações no mercado (fechamento de capital) se a companhia emissora de ações, o acionista controlador ou a sociedade que a controla formularem oferta pública (OPA)[74] para aquisição da totalidade das ações em circulação no mercado, por preço justo, ao menos igual ao valor de avaliação da companhia apurado com base nos critérios adotados de forma isolada ou combinada de patrimônio líquido contábil, de patrimônio líquido avaliado a preço de mercado, de fluxo de caixa descontado, de comparação de múltiplos e de cotação das ações no mercado de valores mobiliários, ou com base em outro critério aceito pela CVM, a fim de conferir proteção aos acionistas minoritários garantindo-lhes a liquidez de suas ações.[75] É a aplicação do instituto da governança corporativa no sentido de minimizar eventuais prejuízos dos acionistas minoritários.

Por ações em circulação no mercado entenda-se o total das ações do capital da companhia aberta menos as de propriedade do acionista controlador, dos diretores, dos conselheiros de administração e as mantidas em tesouraria.[76]Terminado o prazo da oferta pública, se remanescerem em circulação menos de 5% do total das ações emitidas pela companhia admite-se que a assembleia-geral delibere pelo resgate dessas ações. Esse resgate não objetiva, necessariamente, a retirada de circulação das

ações.[77] Para Tavares Borba, o § 5º do art. 4º prevê uma desapropriação privada de ações.[78]

Admite-se que os destinatários da oferta, titulares de no mínimo 10% das ações em circulação, possam requerer a convocação de assembleia especial para deliberar sobre a realização de nova avaliação pelo mesmo critério que tiver sido escolhido pelo ofertante, ou optar por adoção de novo critério, dentre os previstos na lei.[79] Tal requerimento – devidamente fundamentado, demonstrando a falha ou imprecisão no emprego da metodologia de cálculo ou no critério de avaliação adotado – deve ser apresentado no prazo de quinze dias contados da data de divulgação do valor proposto pela ofertante. Se, em oito dias, o pedido de convocação não for atendido pelos administradores os acionistas podem convocar assembleia. Para mim, acionistas minoritários que não disponham do percentual exigido para convocação de assembleia especial para deliberação de nova avaliação têm direito de ação para impugnar o valor ofertado com a finalidade de adequá-lo ao preço justo, na pior das hipóteses como fundamento no princípio da inafastabilidade da jurisdição, isto é, garantia constitucional de que lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.[80]

O § 6º do art. 4º da Lei das Sociedades Anônimas diz que o acionista controlador ou a sociedade controladora que adquirir ações da companhia aberta sob seu controle, que elevem sua participação direta ou indireta em determinada espécie e classe de ações a percentagem que, segundo normas gerais expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, impeça a liquidez de mercado das ações, será obrigado a fazer oferta pública, por preço determinado, para aquisição da totalidade das ações remanescentes no mercado. Chama-se a isso "fechamento branco de capital", em que o acionista controlador eleva a sua participação na companhia de forma a impedir a liquidez das ações dos minoritários, dificultando a negociação de suas ações. É importante ressaltar que a oferta pública exigida por lei não importa cancelamento do registro da companhia na CVM, que continua como aberta.

Em resumo:

OFERTA PÚBLICA DE AÇÕES (OPA)			
Conceito	A OPA tem por objetivo atender à boa política da Governança Corporativa e o princípio que tutela à Poupança Popular para assegurar múltiplos interesses: acionistas minoritários, investidores		

	e da sociedade em geral.		
Hipóteses	Fechamento de capital – Art. 4º, § 4º, da LSA		
	“Fechamento branco de capital” – Art. 4º, § 6º da LSA		
	Alienação do controle de Cia. aberta – Art. 254 – A da LSA		

14.8.CONSTITUIÇÃO DA COMPANHIA

A constituição de uma sociedade por ações cumpre três fases:

- providências preliminares;[81]
- constituição propriamente dita;[82]
- providências complementares.[83]

14.8.1.Providências preliminares

1º)Subscrição de todo o capital social, isto é, a divisão de todas as ações de que se compõe o capital social, por pelo menos duas pessoas;

2º)Realização ou aporte em dinheiro de, no mínimo, 10% do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro. A lei excepciona casos em que o percentual dependerá de norma especial, como, por exemplo, as instituições financeiras, que devem ter o capital social inicialmente integralizado em, no mínimo, 50% (cinquenta por cento);[84]

3º)Depósito em dinheiro da parte do capital realizado pelo fundador da sociedade, em cinco dias, em qualquer banco comercial autorizado pela CVM. Esse depósito somente pode ser levantado quando a sociedade adquirir personalidade jurídica. Se a companhia não se constituir no prazo de seis meses da data do depósito o banco restituirá as quantias depositadas diretamente aos subscritores.

14.8.2.Constituição propriamente dita

Forma-se o capital social de uma sociedade anônima por subscrição pública[85] ou particular.[86] Subscrição pública é o oferecimento ao público da oportunidade de participação na sociedade. Dirige-se a qualquer interessado e não a pessoas determinadas, como na subscrição particular.

Não pode haver subscrição pública sem intermediação de instituição financeira e prévio registro de emissão na CVM.

Chama-se *underwriting* o contrato de intermediação firmado entre a companhia e a instituição financeira para colocação de ações no mercado, de acordo com as condições pactuadas. É a operação através da qual uma instituição ou um grupo de instituições financeiras forma um consórcio de subscrição cuja finalidade é a aquisição da totalidade das ações provenientes da emissão de capital de uma empresa para posterior colocação no mercado de capitais. É, por assim dizer, uma operação típica do mercado primário. No *underwriting*, a subscrição é feita pelo consórcio, na totalidade da emissão do capital de uma empresa, para posterior colocação no mercado primário de capitais.

Nessa operação pode verificar-se qualquer das seguintes hipóteses:

a)garantia de subscrição,
b)contrato de venda.

Na garantia de subscrição o consórcio compromete-se a adquirir, para revenda, o saldo não subscrito pelos atuais acionistas, dentro do prazo de preferência a que têm direito. No contrato de venda, o consórcio não assume compromisso algum de subscrição, mas apenas a responsabilidade por quanto conseguir colocar da emissão. Nessa modalidade de colocação, como não há compra de emissão por parte do consórcio, não existe também investimento de capital, salvo nos gastos iniciais para preparar o lançamento da emissão. Não envolve, por outro lado, o risco, que é a característica fundamental das operações de *underwriting*.[87]

O pedido de registro na CVM deve ser instruído com:[88]

a)estudo de viabilidade econômica e financeira do empreendimento;
b)projeto do estatuto social;[89]
c)prospecto organizado e assinado pelos fundadores e pela instituição financeira intermediária.

A subscrição não torna a companhia aberta, de imediato, porque a empresa sequer está constituída. É simples oferecimento público de participação na sociedade. A constituição depende de autorização da assembleia da companhia.[90] O art. 19 da Lei nº 6.385/1976 caracteriza as formas de subscrição pública:

I)a utilização de listas ou boletins de venda ou subscrição, folhetos, prospectos ou anúncios destinados ao público;
II)a procura de subscritores ou adquirentes para os títulos por meio de empregados, agentes ou corretores;

III)a negociação feita em loja, escritório ou estabelecimento aberto ao público de comunicação".

Na subscrição particular não há apelo à poupança popular. O convite à subscrição dirige-se a determinadas pessoas. A companhia constitui-se por deliberação dos subscritores, em assembleia-geral, ou por meio de escritura pública. Nesse caso, todos os fundadores são considerados subscritores.[91]

14.8.3.Providências complementares

As providências complementares – arquivamento e publicação de atos constitutivos – ultimam a constituição da sociedade e dão existência legal às pessoas jurídicas. Os documentos necessários ao registro devem ser apresentados no prazo de trinta dias contados da lavratura dos atos constitutivos. Caso o registro seja requerido além desse prazo somente produzirá efeitos a partir da data de sua concessão.[92] Em regra, a companhia não responde pelos atos ou operações praticados pelos primeiros administradores antes de cumpridas as formalidades de constituição, mas a assembleia pode deliberar em sentido contrário.[93] Os primeiros administradores são solidariamente responsáveis perante a companhia pelos prejuízos causados pela demora no cumprimento das formalidades complementares. A sociedade anônima em constituição, apesar de ainda não ter personalidade jurídica, não é considerada sociedade em comum.[94] Tavares Borba não pensa assim.[95] Cabe ao Registro Público de Empresas Mercantis o controle da legalidade dos atos a serem registrados, ou seja, a observância do cumprimento das prescrições legais e a análise da existência de cláusulas contrárias à lei, à ordem pública e aos bons costumes.[96] A Junta Comercial pode negar-se ao arquivamento por inobservância de prescrições legais ou irregularidades quando da constituição da companhia. Após o arquivamento dos atos eventual ilegalidade somente poderá ser apreciada pelo Judiciário.

14.9.CAPITAL SOCIAL[97]

Capital social é a soma das contribuições dos sócios, em dinheiro ou em qualquer outra espécie de bem móvel, imóvel, corpóreo ou incorpóreo, desde que suscetível de avaliação em dinheiro, com que a sociedade inicia suas atividades. É o produto das entradas do capital que os acionistas declaram vinculado aos negócios que constituem o objeto social da companhia.

O capital social não pode ser formado com contribuições em serviços[98]. Há controvérsia quanto à possibilidade de o "know-how" integralizar o capital social. Tavares Borba ensina que o know-how, ou experiência

acumulada, é indissociável da pessoa que a detém, sendo, assim, intransmissível, exceto como mera força de trabalho, o que esvazia a possibilidade de que possa integralizar o capital de uma sociedade anônima, já que esse tipo societário não admite ações de trabalho ou indústria. A lição, boa como tantas desse autor admirado, infelizmente não merece meu aplauso. O argumento de Fran Martins é mais sedutor. Para ele, o conhecimento advindo da técnica e da experiência pode, sim, ser oferecido à sociedade como empréstimo para a formação do capital social de sociedade anônima, posto que é, como outros, bem alienável e, claro, transmissível.[99] É importante observar que o capital social não pode mais ser atualizado com base na correção monetária, conforme o disposto na Lei nº 9.249/1995.

O capital social deve ser fixado em moeda nacional. Sua alteração,[100] para mais ou para menos, somente pode dar-se em situações especiais previstas em lei ou no estatuto de sua constituição, e, por constituir-se em garantia dos credores (princípio da intangibilidade do capital social), mediante ampla publicidade.

A transferência de bens à sociedade pode dar-se através de qualquer forma (*v.g.*, o usufruto, cessão de créditos, endosso etc.), sendo obrigatória a sua avaliação por três peritos, ou por empresa especializada,[101] convocando-se assembleia especialmente para esse fim. Nas sociedades por ações, diferentemente das sociedades limitadas, os próprios sócios são responsáveis pela sua estimação.[102] Em face do evidente conflito de interesses, os subscritores titulares do bem objeto da avaliação não podem votar nessa assembleia.[103] O acionista responde pessoalmente pelos danos causados à sociedade, obrigando-se, inclusive, a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido. A incorporação de imóveis[104] para a formação do capital social dispensa escritura pública.[105] Basta a ata de deliberação, devidamente arquivada na Junta Comercial.[106] É conveniente destacar que a Constituição Federal dispõe sobre a não incidência de ITBI na transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital.[107] No mesmo sentido, o art. 36, I, do CTN.

A companhia pode aumentar o seu capital[108] social nas seguintes hipóteses:

a)Art. 166 da Lei das Sociedades Anônimas;

O estatuto pode conter autorização para aumento do capital social independentemente de reforma estatutária. São as chamadas companhias de capital autorizado.[109]

b)Mediante capitalização de lucros ou reservas;[110]

c)Mediante subscrição de novas ações.[111]

A companhia pode aumentar o seu capital social com a emissão de novas ações se não provocar diluição na participação dos antigos acionistas, o que significa que o preço de emissão deverá ser fixado, alternativa ou conjuntamente, observados os incisos do § 1º do art. 170 da LSA.

Sobre o tema:

"Sociedade Anônima. Aumento do capital social.

1. Afirmou o Acórdão recorrido, considerando o conjunto probatório dos autos, que não houve diluição injustificada da participação de antigo acionista, mas, sim, necessidade imperiosa do aumento do capital da empresa, ficando garantido o direito de preferência aos acionistas da sociedade por um preço não considerado elevado de ordem a impedir a subscrição.

2. Segundo consta do Acórdão, foi realizada assembleia-geral para a fixação do valor das ações e não havia como observar a cotação das ações no mercado, o valor do patrimônio líquido e as perspectivas de rentabilidade da empresa para avaliar as ações, porque não se cuida de sociedade aberta, ademais de não possuir a empresa qualquer rentabilidade.

3. Diante da realidade dos autos, não restou caracterizada, portanto, qualquer ofensa ao artigo 170, § 1º, da Lei nº 6.404/76, sendo necessário, para ultrapassar os fundamentos do Acórdão, revolver todo conteúdo probatório, o que não se admite nesta instância especial, a teor da Súmula nº 07/STJ. 4. Agravo regimental improvido" (Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 238.045/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Direito).

"Medida cautelar. Deferimento de liminar. Inexistência de ilegalidade. Probabilidade e verossimilhança do pedido cautelar acertar o fumus boni iuris e plausibilidade do perigo.

No processo acessório e, através de uma medida prévia, o que se obtém é, apenas, a prevenção contra risco de dano imediato, capaz de afetar o interesse litigioso da parte e de comprometer a eventual eficácia da tutela definitiva a ser alcançada no processo de mérito. No caso, estão presentes o fumus boni iuris *que se*

evidencia do direito dos apelados, acionistas instituidores da empresa Telpart, em proteger o capital investido e o periculum in mora*necessário à concessão da providência cautelar solicitada, pois fica claro a probabilidade de dano aos apelados, qual seja a diluição no capital ordinário das controladas Telemig e Tele Norte, caso haja a redução do capital social da Telpart, operação esta que trará irreparáveis prejuízos para a companhia e para os sócios, Fundos de Pensão. Recursos desprovidos"* (TJ/RJ, Apelação Cível nº 2004.001.01360).

Quanto à redução do capital social, o art. 173 da LSA enumera as hipóteses de sua redução: perda ou excesso de capital.[112] É importante destacar a diferença em relação à sociedade limitada. O art. 1082 do Código Civil[113] diz que a sociedade somente pode reduzir o seu capital após a devida integralização, nos casos de perdas irreparáveis ou se excessivo em relação ao objeto da sociedade. A LSA não impõe, como condição para redução do capital social em caso de perdas, a devida integralização. Entendo que não poderia ser diferente, pois facilita a diminuição do capital sem incentivar a fraude.

14.10.VALORES MOBILIÁRIOS

Valores mobiliários são direitos negociados em massa e em série no mercado de capitais.

14.10.1.Ações[114]

Ações são frações ideais negociáveis do capital social subscrito. Investem o seu titular na qualidade de acionista e delimitam os seus direitos e obrigações. São espécie do gênero valor mobiliário.

14.10.1.1.Natureza jurídica das ações

A natureza jurídica das ações é controvertida. Para uns, é uma espécie do gênero valor mobiliário. Para outros, trata-se de um título de participação que investe o titular na qualidade de acionista conferindo-lhe direitos pessoais e patrimoniais. Por fim, sustenta-se que ação é simplesmente um bem móvel, ou espécie de título de crédito impróprio, pois não encerra uma verdadeira operação de crédito e não preenche suas características. Tavares Borba diz que:

"(...) o título de crédito caracteriza-se pela cartularidade (é um documento, uma cártula), literalidade (vale pelo que dele consta) e autonomia (é constitutivo de direito). As ações não dependem, por natureza, de uma cártula, tanto que a ação nominativa pode prescindir do certificado, enquanto a ação escritural nem mesmo pode ter certificado. Inexiste a literalidade, pois os direitos de sócio fundam-se no estatuto e nas deliberações assembleares. Não há autonomia, uma vez que a ação apenas declara direitos, não os constitui."

14.10.1.2.Valor nominal

Valor nominal é a quantia expressa em dinheiro, determinada pelo estatuto, constante do certificado (se houver) e que corresponde ao preço mínimo da ação a ser pago pelo subscritor. Pode ser calculado com a divisão do valor do capital social pelo número de ações. O estatuto deve fixar o número de ações em que se divide o capital social e se elas terão ou não valor nominal.[115] Toda ação possui um valor nominal, que pode ou não estar fixado expressamente no estatuto. O valor nominal é o mesmo para todas as ações.[116]

O capital social equivale à soma do valor nominal das ações. A lei proíbe emissão de ações por preço inferior ao valor nominal, se fixado no estatuto.[117] O desrespeito a essa regra torna nula a emissão e imputa aos infratores responsabilidades civil e criminal. Discute-se a natureza do delito. Modesto Carvalhosa[118] sugere que a figura penal cabível é a do art. 177 do Código Penal (tipifica a fraude e o abuso na fundação ou administração de sociedade por ações). Outros, como Fábio Ulhoa Coelho,[119] entendem que a conduta tipifica crime de dano.[120]

Ações sem valor nominal são uma criação do direito norte-americano. Dão maior flexibilidade à sociedade, pois a companhia não precisa observar o valor mínimo de emissão das ações nas alterações de capital nem está obrigada a atualizar, com frequência, os certificados das ações, ou alterar, sistematicamente, os seus atos constitutivos. O fato de o valor nominal não vir expresso no estatuto não significa que as ações não o possuam. Toda ação tem valor nominal, que resulta da divisão do capital social pelo número de ações. O que a lei admite é que o valor nominal das ações esteja ou não previsto no estatuto. Na constituição da companhia o preço das ações sem valor nominal é fixado pelos fundadores.[121] É útil diferençar valor nominal da ação do preço de emissão. Valor nominal é o resultado da divisão do capital social pelo número total de ações emitidas pela companhia. Preço de emissão é o preço de venda das ações, ou seja, o valor pelo qual as ações são oferecidas para subscrição. Na constituição da sociedade o preço de emissão pode ser fixado livremente, o que não ocorre nos aumentos subsequentes de capital, em que o preço de emissão das novas ações tem de ser fixado através de critérios objetivos para não

implicar diluição injustificada da participação dos antigos acionistas.[122] Será fixado pela assembleia-geral ou pelo conselho de administração. Destaco: a responsabilidade do acionista é limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas, e não ao valor nominal das ações.[123] A participação do sócio é medida pelo número de ações que possui na sociedade.

14.10.1.3.Indivisibilidade das ações[124]

Embora, por disposição legal, a ação seja indivisível, não se proíbe a copropriedade[125], isto é, que várias pessoas estabeleçam um condomínio sobre elas. Os direitos conferidos aos condôminos pelas ações frente à sociedade somente podem ser exercidos por um dos proprietários, ou por um terceiro, representante dos titulares. Indivisibilidade da ação significa que o direito que ela representa não pode ser fracionado. Não há cessão de fração da ação.[126] Para Tavares Borba, "a ação, como unidade do capital, não pode ser fracionada, salvo no caso de desdobramento (split) deliberado de forma genérica pela própria sociedade.[127] Para ele:

"(...) o desdobramento e o grupamento de ações representam procedimentos de natureza técnica destinados a dar razoabilidade ao valor das ações quando este se torna demasiadamente elevado ou extremamente diminuto. Um valor muito elevado pode, em certas circunstâncias, até mesmo dificultar a negociação das ações. Neste caso a assembleia-geral poderá deliberar o desdobramento, ou seja, a subdivisão de cada ação em duas ou mais ações. (...) A rigor o desdobramento não traz nenhuma riqueza nova para o acionista, pois o patrimônio social é o mesmo e o capital social não se modifica. A fração representada pela ação é que se refaz, tornando-se menor, e, por conseguinte, em maior número. Passa-se a ter um maior volume de papel e cada papel (ação) naturalmente reflui para um valor menor. O grupamento de ações corresponde à operação inversa. As ações representam um valor irrisório, sendo por isso necessário agrupá-las, juntando duas ou mais ações em uma só. Essa operação, no comum dos casos, decorre da extrema desvalorização da moeda e da consequente perda de zeros (...) O grupamento não deverá ser adotado jamais de má-fé, isto é, com o intuito de eliminar acionistas que possam influir no controle e que não atinjam o número de ações necessário à continuidade na companhia. (...) Os acionistas poderão anular judicialmente qualquer manobra abusiva da sociedade se estiver embutida na decisão de grupar ações intenção de lhes causar prejuízo".

14.10.1.4.Ações em tesouraria

Ações em tesouraria são as adquiridas pela própria sociedade com lucros ou reservas. O art. 30 da LSA proíbe a negociação da companhia com suas próprias ações, exceto nas seguintes situações:

> a)operações de resgate, reembolso ou amortização previstas em lei;

b)aquisição para permanência em tesouraria, ou cancelamento, desde que até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social, ou por doação;
c)alienação das ações adquiridas, nos termos da letra "b", e mantidas em tesouraria;
d)compra, quando, resolvida a redução do capital mediante restituição, em dinheiro, de parte do valor das ações, o preço destas, em bolsa, for inferior ou igual à importância que deve ser restituída.

A companhia pode decidir o destino das ações adquiridas: aliená-las aos próprios acionistas ou a terceiros ou mantê-las em seu poder pelo tempo que lhe convier. Ações em tesouraria são as que têm os direitos suspensos e se acham em poder da companhia, integrando seu ativo. Devem ser destacadas no balanço como dedução da conta do patrimônio líquido e não podem figurar em qualquer rubrica do ativo. Nas companhias abertas a escrituração das ações em tesouraria deve observar as normas da CVM. Para mim, a aquisição de ações pela própria companhia não a torna acionista de si própria. Tavares Borba diverge.[128]

14.10.1.5.Opção de compra de ações[129]

As companhias de capital autorizado, quando do aumento do capital mediante a emissão de novas ações, podem conferir aos seus empregados, prestadores de serviços ou administradores o direito à opção de compra dessas ações, desde que observados os seguintes requisitos:

a)previsão estatutária;
b)a companhia emissora das novas ações tem de ser de capital autorizado;
c)plano devidamente aprovado pela assembleia-geral.

Ao contrário do que ocorre com a distribuição dos lucros entre empregados e administradores, que é ônus da empresa, a opção pode ser exercida a qualquer momento, dentro do prazo previsto. As ações ficam bloqueadas no capital autorizado e não são negociáveis.

Para Tavares Borba,[130] a opção de compra de ações tem por objetivo o engajamento de administradores, empregados e autônomos no esforço de crescimento da sociedade.

Os *stock options*, também conhecidos como programas para compra de ações da empresa pelos empregados não se encontram vinculados à força de trabalho, uma vez que o trabalhador pode ou não, a seu critério, exercer o seu direito de adquirir ações, desde que sejam observadas as condições

estabelecidas no termo de compra. Por isso, embora se trate de um benefício instituído pelo empregador, não tem natureza salarial. Com esses fundamentos, a 8ª Turma do TRT-MG manteve a decisão de 1º Grau que negou o pedido de integração dos valores referentes as *stock options* na remuneração do trabalhador.

14.10.1.6.Negociabilidade das ações[131]

Em regra, as ações podem ser negociadas livremente, ainda que não tenham sido inteiramente integralizadas. Nas companhias fechadas, a venda das ações somente é possível se pelo menos 10% do seu valor total tiverem sido integralizados.[132] Nas companhias abertas, exige-se a integralização de 30% do preço de emissão das ações, sob pena de nulidade do ato.[133] Essas restrições justificam-se pela necessidade de defesa da companhia contra a ação predatória de especuladores sem lastro financeiro, que buscam ganho imediato com a revenda dessas ações ou promovem especulação artificial no mercado. Durante dois anos contados da alienação o alienante responde em solidariedade com o adquirente pelo pagamento das prestações faltantes à integralização. Nas companhias abertas não há restrição à negociação das ações, exceto nas hipóteses do art. 37 da LSA (suspensão temporária da transferência, conversão e desdobramento). Nas fechadas, tendo em vista a natureza capitalista da sociedade, o estatuto pode limitar a transferência das ações (por exemplo, o direito de preferência), mas não pode impedir sua negociação nem sujeitar o acionista ao arbítrio dos órgãos da administração ou da maioria dos outros acionistas.[134]

E. nº 16 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: "O adquirente de cotas ou ações adere ao contrato social ou estatuto no que se refere à cláusula compromissória (cláusula de arbitragem) nele existente; assim, estará vinculado à previsão da opção da jurisdição arbitral, independentemente de assinatura e/ou manifestação específica a esse respeito".

14.10.1.7.Classificação das ações[135]

As ações classificam-se quanto aos direitos e quanto à forma.

Quanto aos direitos, podem ser ordinárias, preferenciais e de gozo ou fruição. Quanto à forma, devem ser nominativas.

14.10.1.7.1.Classificação das ações quanto aos direitos

1) **Ações ordinárias**

Ações ordinárias são aquelas cuja criação é obrigatória em todas as companhias. Conferem ao seu titular direito de voto e aqueles previstos no art. 109 da LSA. Quanto a outros direitos, dependem da classe em que se subdividem. O estatuto da sociedade tem de estabelecer as classes, os direitos, as vantagens especiais e o número de ações que cada classe comporta. As ações ordinárias de companhia fechada, de acordo com o art. 16 dessa lei, podem ser de uma ou mais classes, fazendo-se a distinção em função de:

a)conversibilidade em ações preferenciais;
b)exigência de nacionalidade brasileira do acionista;
c)direito de voto em separado para o preenchimento de determinados cargos de órgãos administrativos.

2) **Ações preferenciais**[136]

Ações preferenciais conferem a seus titulares certos direitos ou vantagens de ordem patrimonial ou política que as diferem das ações ordinárias. Podem ser divididas em classes nas companhias abertas e fechadas. A emissão de ações preferenciais tem como objetivo maior a captação de recursos para a companhia, pois os acionistas adquirentes dessas ações não têm interesse em participar das suas decisões. O interesse é meramente empresarial.

Algumas vantagens são compulsórias; outras, facultativas. Como os demais acionistas, seus titulares participam da vida financeira e social da companhia, mas a lei permite a supressão ou restrição do direito de voto (não votam em nenhum caso ou apenas nos casos especiais em que todos os acionistas votam, como, por exemplo, na constituição na liquidação da companhia ou na opção pelo valor econômico para o recesso). O direito de voto somente pode ser suprimido ou restringido mediante cláusula estatutária expressa. Na omissão do estatuto, as ações preferenciais terão direito a voto.[137]

O número de ações preferenciais sem direito a voto ou sujeitas a restrições no exercício desse direito obedece ao art. 15, § 2º, da LSA (não pode ultrapassar 50% do total das ações emitidas). O critério de aplicação da proporção prevista nessa lei foi alterado pelo art. 8º, § 1º, da Lei nº 10.303/2001.[138] O § 2º do art. 8º da Lei nº 10.303/2001 admite que nas emissões de ações por companhias abertas que optarem pelo novo percentual de ações preferenciais não se estenda aos acionistas o direito de preferência das novas ações emitidas. Nesse caso, uma vez reduzido o percentual de participação em ações preferenciais, não mais será lícito à companhia elevá-lo. O estatuto pode conferir as seguintes preferências ou vantagens às ações preferenciais:

a)prioridade na distribuição de dividendos, ou seja, o acionista titular de ações ordinárias somente receberá seus dividendos após o pagamento dos acionistas preferenciais;
b)prioridade no reembolso do capital em caso de liquidação da companhia;
c)acumulação dessas vantagens.

O estatuto pode ainda prever com clareza outros privilégios para as ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito, além das enumeradas no art. 17 da LSA. As ações preferenciais sem direito a voto ou com restrição a esse exercício somente serão admitidas à negociação no mercado de valores mobiliários se a elas for atribuída pelo menos uma das preferências ou uma das vantagens enumeradas no art. 17, § 1º, da LSA (v.g., percepção de dividendo diferenciado[139]ou sua inclusão na oferta pública de ações quando da alienação do controle de companhia aberta).[140] Outros direitos pessoais e patrimoniais também outorgados às ações ordinárias não podem ser suprimidos. O princípio da intangibilidade do capital social proíbe a distribuição de dividendos se a companhia não obteve lucros. Os dividendos somente podem ser pagos sobre lucros ou reservas de lucros, sob pena de a violação acarretar responsabilidade civil e penal dos administradores e dos conselheiros fiscais. Com extrema clareza, Carlos Augusto da Silveira Lobo conclui:

"a)O estatuto poderá atribuir às ações preferenciais sem direito a voto, ou com voto restrito, além das preferências ou vantagens referidas no *caput* e no § 1º do art. 17, quaisquer outras preferências ou vantagens patrimoniais, desde que as defina com precisão e minúcia.
b)A lei não mais confere às ações preferenciais que não tenham prioridade na distribuição de dividendos o direito a dividendos pelo menos 10% superiores aos atribuídos às ações ordinárias.
c)As ações preferenciais sem direito a voto, ou com voto restrito, somente serão admitidas à negociação no mercado de valores mobiliários se lhes forem atribuídas as preferências ou vantagens constantes de um dos modelos mínimos definidos nas letras 'a', 'b' ou 'c' do § 1º do art. 17, acima descritos.
d)Atribuídas as preferências ou vantagens dos modelos definidos no § 1º do art. 17 (...) não será necessário, para configurar uma ação preferencial, atribuir qualquer das prioridades previstas no *caput* do art. 17.
e)As ações preferenciais com direito a voto serão admitidas à negociação no mercado de valores mobiliários ainda que não tenham qualquer das preferências ou vantagens referidas na alínea 'c', bastando-lhes a prioridade na distribuição de dividendos ou no reembolso do capital.

f)As companhias abertas podem emitir ações preferenciais sem direito a voto ou com restrição a esse direito, sem as preferências ou vantagens previstas no § 1º do art. 17, desde que integrantes de classe não admitida à negociação no mercado de valores mobiliários."

O acionista preferencial sem direito a voto adquire temporariamente o exercício desse direito enquanto a sociedade não lhe pagar os dividendos.[141] Pagos os dividendos em atraso, cessa o direito de voto. A supressão do direito de voto constitui vantagem patrimonial porque, em geral, é compensada pelo pagamento de dividendos em quantias superiores aos pagos às ações ordinárias. Suprimir ou não o direito de voto dos acionistas preferenciais é faculdade da sociedade, e não uma imposição legal. Deve estar expressa no estatuto. O estatuto também pode estabelecer dividendos fixos ou mínimos ou determinar o cálculo de um percentual sobre o lucro líquido. A validade da decisão de assembleia-geral que altere vantagens das ações preferenciais depende de prévia aprovação ou ratificação dos titulares de mais da metade das ações preferenciais em geral, ou da classe interessada. Se a alteração atingir interesses ou direitos dos acionistas preferenciais, a lei faculta-lhes o direito de recesso.

O § 7º do art. 17 da LSA prevê a possibilidade de criação de ações preferenciais de classe especial (*golden share*) nas companhias objeto de desestatização, de propriedade exclusiva do ente desestatizante (ente controlador da estatal desestatizada). O estatuto pode conferir os poderes que especificar, inclusive o de veto, às deliberações da assembleia-geral nas matérias que nominar.

O estatuto não pode excluir ou restringir o direito das ações preferenciais de participarem dos aumentos de capital decorrentes da capitalização de lucros ou reservas, salvo no caso das ações com dividendo fixo.[142] Por outro lado, o estatuto pode deixar de conferir às ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendo cumulativo o direito de recebê-lo no exercício em que o lucro for insuficiente, à conta das reservas de capital.[143]

3) **Ações de gozo ou fruição**[144]

Ações de gozo ou fruição são ações amortizadas. A amortização consiste na distribuição aos acionistas, a título de antecipação e sem redução do capital social, de quantias que, eventualmente, lhes seriam devidas em caso de liquidação da sociedade.[145] As ações integralmente amortizadas podem ser substituídas por ações de fruição. Estas somente podem ser emitidas em substituição a ações ordinárias ou preferenciais e apenas sobre os lucros ou reservas de lucros, sem ofensa ao capital social. As ações amortizadas conservam os direitos essenciais do art. 109 da LSA. Quando a amortização não abranger a totalidade das ações de uma mesma classe, deve ser feita

pela companhia, mediante sorteio. Em caso de liquidação da companhia, as ações amortizadas somente concorrerão ao seu acervo líquido depois de assegurado às ações não amortizadas valor igual ao da amortização, corrigido monetariamente.[146]

14.10.1.7.2.Classificação das ações quanto à forma[147]

A Lei nº 8.021/1990 extinguiu as ações endossáveis e ao portador, tornando obrigatória a forma nominativa, a fim de possibilitar a identificação dos acionistas. Presume-se a propriedade das ações nominativas pela inscrição do nome do acionista no livro de Registro de Ações Nominativas ou pelo extrato fornecido pela instituição financeira custodiante, na qualidade de proprietária fiduciária das ações.[148]

A transferência das ações nominativas opera-se por termo lavrado no livro "Transferência de Ações Nominativas", datado e assinado pelo cedente e pelo cessionário, ou por seus legítimos representantes.[149] Caso a transmissão dê-se em virtude de sucessão universal, ou de legado, de arrematação, adjudicação ou outro ato ou título judicial, a respectiva averbação far-se-á no mencionado livro à vista de documento hábil, que ficará em poder da companhia.

Há quem classifique as ações nominativas em registradas e escriturais. Segundo Tavares Borba,[150] trata-se de variante de ação escritural. Registradas, são as ações inscritas no Livro de Registro de Ações Nominativas; escriturais,[151] as mantidas em conta-depósito em nome de seus titulares na instituição financeira que esses designarem, e que é contratada pela sociedade para esse fim. Não é um contrato de depósito. A instituição administradora tem de estar autorizada pela CVM e não pode ser acionista da companhia que a contratou para a escrituração das operações. O objetivo desse procedimento é transferir para a instituição financeira a tarefa de escriturar o registro e a transferência das ações. Enquanto na companhia essa operação é feita em livro próprio, nas instituições financeiras o lançamento é contábil.[152] A criação de ações escriturais depende de autorização estatutária. O acionista não participa da relação jurídica travada entre a companhia e a instituição financeira, pois entre uma e outra há um contrato de prestação de serviços, que é *res inter alios*[153] para o titular das ações. A vantagem das ações escriturais está na velocidade que os registros informatizados propiciam aos negócios. Não podem ser representadas por certificados, mas por lançamentos nos livros da instituição. A instituição financeira responde perante a companhia e os acionistas por perdas e danos sofridos em razão de erros ou irregularidades no serviço. O acionista pode questionar a exatidão dos registros de suas ações. A companhia responde pelas perdas e danos causados aos interessados por erros e irregularidades

no serviço das ações escriturais, sem prejuízo do eventual direito de regresso contra a instituição depositária.

Questão interessante diz com a possibilidade de prescrição aquisitiva das ações escriturais. Como anotado por Miguel Reale, em artigo publicado na Revista da EMERJ, "esse raciocínio direciona, finalmente, a conclusão acerca da susceptibilidade ao usucapião das ações escriturais (...) nada há a impedir a aquisição da propriedade (titularidade) por usucapião àqueles que, no prazo legalmente cominado ao usucapião de coisas móveis, detém a posse (legitimidade) das ações".

Em resumo:

•**Preço de emissão das ações** é a importância a ser paga pelos subscritores. É o valor com que as ações são oferecidas à subscrição. No momento da constituição da companhia o valor das ações pode ser fixado livremente pelos fundadores. No aumento de capital social, com emissão de novas ações, o valor nominal deve ser fixado segundo as regras do § 1º do art. 170 da Lei das Sociedades Anônimas a fim de se coibir a diluição injustificada dos antigos acionistas. A fixação do preço de emissão, quando da emissão de novas ações, deve ser feita pela Assembleia-Geral ou pelo Conselho de Administração.

•**Valor nominal** é o resultado da divisão do capital social pelo número de ações. Não se confunde com valor de emissão. O valor de emissão pode ser maior que o nominal. A diferença chama-se ágio e destina-se a formar reserva de capital.[154]

•**Valor real ou patrimonial** é o valor da ação resultante da divisão do patrimônio líquido da companhia pelo número de ações de que se compõe o capital social.

•**Valor econômico**[155] é a perspectiva de rentabilidade futura da companhia.

No balanço, as contas serão classificadas segundo os elementos do patrimônio que registrem, e agrupadas de modo a facilitar o conhecimento e a análise da situação financeira da companhia.[156] A demonstração do resultado do exercício discriminará, entre outras hipóteses, "as participações de debêntures, empregados, administradores e partes beneficiárias, mesmo na forma de instrumentos financeiros, e de

instituições ou fundos de assistência ou previdência de empregados, que não se caracterizem como despesa".[157]

***Em resumo*:**

- **Valor contábil** é o valor utilizado pela companhia para reembolso das ações aos acionistas dissidentes.
- **Valor de mercado** é o valor que as ações alcançam nas negociações no mercado de valores mobiliários.
- **Valor mínimo** é o valor imposto às companhias abertas pela Comissão de Valores Mobiliários.

14.10.1.8.Resgate[158]

Resgate é o negócio jurídica unilateral através do qual a companhia efetua o pagamento do valor das ações para a sua retirada definitiva de circulação, com ou sem redução do capital social. Diferentemente da compra de ações pela própria companhia, que pressupõe a vontade do acionista, o resgate é uma transmissão forçada, irrecorrível e definitiva da propriedade das ações, uma compra compulsória à qual o acionista não pode se opor. O resgate extingue a ação.[159] Não pode haver resgate de ações não integralizadas. A autorização para o resgate deve vir prevista no estatuto da sociedade ou defluir de decisão de assembleia-geral extraordinária da companhia. A Lei nº 10.303/2001 acrescentou um parágrafo ao art. 44 da LSA prevendo que o resgate de ações de uma ou mais classes somente será efetuado se aprovado em assembleia especial convocada por acionistas que representem, no mínimo, a metade das ações das classes atingidas, salvo se o estatuto social dispuser diferentemente.[160] Essa previsão legal vem apenas corroborar o que a doutrina vinha há muito sustentando.

O resgate tanto pode ser feito com reservas de capital quanto com reservas de lucros (neste caso, há necessidade de previsão estatutária) ou com o saldo de lucros disponíveis. Como visto, a lei admite o resgate de ações na hipótese de cancelamento do registro de companhia aberta, se, terminado o prazo da oferta pública, remanescerem em circulação menos de 5% do total das ações emitidas pela companhia, não objetivando, necessariamente, a retirada de circulação dessas ações.

14.10.1.9.Amortização

Ver item 12.7.9.7, nº 2.

14.10.1.10.Reembolso

Ver item 12.11.6.

14.10.1.11.Custódia de ações fungíveis[161]

Custódia de ações fungíveis é o contrato celebrado entre o acionista e a instituição financeira autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários objetivando a guarda das ações recebidas em depósito como valores fungíveis. A instituição depositária adquire a propriedade fiduciária dessas ações podendo receber dividendos, bonificações, exercer o direito de preferência na subscrição de novas ações etc., exceto o direito de voto nas assembleia-gerais em nome do acionista. Com a alteração introduzida pela Lei nº 10.303/2001, adotou-se o entendimento até então trazido na IN nº 115/1990 da CVM.

A custódia de ações não é propriedade fiduciária em sentido amplo, e sim uma modalidade adstrita à prestação de serviços. Não é uma nova modalidade de direito real de garantia. Tem causa contratual ou obrigacional. Na verdade, é uma modalidade peculiar e temporária de domínio. A propriedade fiduciária das ações não tem por escopo garantir, mas possibilitar a prestação dos serviços contratados. Pelo fato de chamar-se fiduciária, a propriedade fiduciária das ações fungíveis nada garante ao depositário além do que já lhe poderia garantir o instituto do depósito na legislação anterior. Conquanto se tenha pretendido criar propriedade fiduciária, o que se fez, afinal, foi simplesmente dar novo nome à relação jurídica integrante do contrato de depósito, que o texto legal anterior já contemplava. Segundo Tavares Borba,[162] "daí decorre a configuração de uma transferência fiduciária, apenas destinada a instrumentalizar a fungibilidade". É lição boa, que precisa ser ouvida. De fato, a propriedade fiduciária é um direito real de garantia que confere ao seu titular a propriedade resolúvel, que se consolidará nas mãos do credor quando do inadimplemento da obrigação. Trata-se, na verdade, de um acordo de vontades entre o acionista e a instituição financeira, que se obriga a custodiar as ações depositadas mediante certa remuneração pelos serviços prestados. A custódia de ações fungíveis não se confunde com o contrato de alienação fiduciária em garantia em que o credor fiduciário terá a propriedade resolúvel sobre essas ações até o efetivo cumprimento do contrato avençado com o devedor fiduciante, sob pena de o inadimplemento resultar na transferência da titularidade das ações para o fiduciário.

***<u>Sobre o tema</u>*:**

"Depósito. Ações custodiadas por corretoras de valores. Ação ordinária pleiteando restituição. Procedência em parte. Juros indevidos. Apelação provida em parte.

O contrato de custódia de ações ou valores mobiliários inclui-se entre os de depósito regular (...). Ações de sociedade anônima não vencem juros" (TJSP, RT 481/80).

Ações são, em regra, classificadas como bem móveis infungíveis. A custódia torna a ação originariamente infungível em fungível, uma vez que a instituição depositária somente se obriga perante o depositante a devolver a quantidade de ações recebidas, com as respectivas modificações, independentemente do número de ordem das ações ou dos certificados recebidos em depósito. Esse instituto agora prevê, quando cabível, a custódia de outros valores mobiliários, como debêntures, bônus de subscrição e quotas de fundos de investimentos em ações. Ademais, agora, a instituição é obrigada a comunicar de imediato à companhia emissora de ações a celebração do contrato de custódia firmado, eventual oneração das ações e o nome do efetivo acionista sempre que ocorrer evento societário que exija a sua identificação" (Lei das Sociedades Anônimas, art. 41, § 3º, I e II).

A lei proíbe a disposição das ações pela instituição financeira. Seu dever é de custódia, e ela deve devolver ao depositante a quantidade de ações recebidas, com as devidas modificações ocorridas. A propriedade de ações em custódia decorre do contrato firmado entre o proprietário e a instituição depositária. A instituição responde perante o acionista e perante terceiros pelo descumprimento de suas obrigações.[163]

14.10.2.Partes beneficiárias[164]

Partes beneficiárias são espécies de valores mobiliários que conferem direitos patrimoniais estranhos ao capital social a fundadores, acionistas ou terceiros e asseguram ao seu possuidor o direito de participação nos lucros da companhia. Por essa razão, conferem um direito de crédito eventual contra a companhia emissora. As partes beneficiárias não representam fração ou parcela do capital e não possuem valor nominal. Seu valor oscila segundo a variação do lucro da companhia.

A companhia pode emitir partes beneficiárias a qualquer tempo, no momento da sua constituição ou depois, desde que o faça até o limite de 1/10 do montante dos lucros. As partes beneficiárias poderão ser alienadas

pela companhia, ou atribuídas, gratuitamente, a fundadores, acionistas ou terceiros como remuneração dos serviços a ela prestados. O estatuto pode prever a possibilidade de conversão das partes beneficiárias em ações, importando essa conversão em aumento do capital social, respeitando-se o direito de preferência dos acionistas na aquisição das partes com cláusula de conversibilidade, sob pena de diluição de suas participações na sociedade. A companhia aberta não pode emitir partes beneficiárias.[165] O prazo de duração das partes beneficiárias deve ser fixado pelo estatuto. O prazo das partes atribuídas gratuitamente – salvo as destinadas a sociedades ou fundações beneficentes dos empregados da companhia – não poderá ultrapassar dez anos. O pagamento dos direitos conferidos pelas partes beneficiárias não pode ser feito em prejuízo do capital social ou da reserva legal da companhia. O estatuto social não pode conferir aos titulares das partes beneficiárias qualquer direito de acionista, exceto o de fiscalização da sociedade. A lei exige realização de assembleia-geral especial na reforma do estatuto que objetivar a modificação ou redução das vantagens conferidas às partes beneficiárias. Cada valor mobiliário tem direito a um voto. A emissão de partes beneficiárias poderá ser feita com a nomeação de agente fiduciário (v. item 14.10.3.2).

14.10.3.Debêntures[166]

Debêntures são espécies de valores mobiliários, nominativos[167], que conferem um direito de crédito certo ao seu titular diante da companhia emissora[168] em razão de um contrato de empréstimo. Representam capital de terceiros investido na sociedade, em resposta à iniciativa de captação de recursos promovida pela companhia. A companhia poderá efetuar mais de uma emissão de debêntures, podendo, cada emissão, ser dividida em séries[169], mas não pode efetuar nova emissão antes de colocadas todas as debêntures das séries emitidas anteriormente, admitindo-se o cancelamento das séries não negociadas.[170] Assim como as ações, a companhia pode adquirir debêntures de sua emissão[171]. A assembleia-geral pode deliberar que a emissão terá valor e número de série indeterminados, nos limites por ela fixados[172].

O novo Código de Processo Civil, no art. 784, I, confere força executiva às debêntures ao dispor que são modalidades de título executivo extrajudicial. Desde que comprovadas a impontualidade ou execução frustrada,[173] permite a propositura de ação de execução[174] ou eventual pedido de falência da sociedade emissora. A doutrina majoritária entende que debêntures são modalidade especial de mútuo contraído pela companhia, nos termos obrigacionais pre-estabelecidos na escritura de emissão, e caracterizada pela divisão da quantia mutuada em frações atribuídas a diversos titulares (credores), vinculados pelo aporte de recursos à

companhia. Para a corrente minoritária, debênture é um título de crédito imperfeito.[175]Tavares Borba[176] ressalva que a lei atual não se refere às debêntures como espécie de mútuo ou empréstimo, de forma que ganhou o sentido muito mais próprio de um título de crédito abstrato, por não possuir *causa debendi* definida por lei. A companhia pode, por exemplo, emitir debêntures para captação de recursos, para garantir obrigações (penhor) ou doar a terceiros. Para esse autor, debênture é um título abstrato de dívida que a sociedade tem a prerrogativa de criar.

O lançamento das debêntures exige escritura pública ou particular de emissão, devidamente inscrita na Junta Comercial[177], que deve fixar os direitos conferidos pelas debêntures, suas garantias e demais cláusulas ou condições[178]. A lei impõe o arquivamento da ata da ata da assembleia-geral ou do conselho de administração que autorizou a emissão das debêntures na Junta Comercial, bem como sua publicação[179], para a devida de publicidade de todas as condições e garantias que cercam a sua emissão, como por exemplo, as debêntures com garantia real. A inobservância destes requisitos determina a responsabilidade dos administradores pelas perdas e danos causados à Cia. ou terceiros.

Diversamente das ações, que são títulos de permanência, as debêntures são títulos de resgate sujeitos a prazo determinado de conversão. Podem ter vencimento determinado ou não. Em regra, a época do vencimento das debêntures deve constar da escritura de emissão[180]. A companhia pode, contudo, emitir debêntures cujo vencimento somente ocorra nos casos de inadimplemento da obrigação de pagar juros e dissolução da companhia, ou de outras condições previstas no título[181]. A companhia pode estipular amortizações parciais de cada série, criar fundos de amortização ou assegurar o direito de resgate antecipado, parcial ou totalmente, dos títulos da mesma série. Pode, ainda, amortizar debêntures da mesma série mediante rateio[182]. O art. 55, § 2º, da Lei das Sociedades Anônimas estabelece regras para o resgate parcial das debêntures.

As debêntures podem assegurar aos seus titulares juros fixos ou variáveis, razão pela qual têm natureza jurídica de título de renda com juros fixos ou variáveis, bem como a participação no lucro da companhia e prêmio de reembolso,[183]Também podem assegurar ao debenturista a opção de receber o pagamento do principal e acessórios, em moeda ou em bens avaliados, conforme o art. 8º da LSA.[184]

A deliberação sobre a emissão de debêntures é da competência privativa da assembleia-geral[185], que deve fixar:

I – o valor da emissão ou os critérios de determinação do seu limite, e a sua divisão em séries, se for o caso;

II – o número e o valor nominal das debêntures;

III – as garantias reais ou a garantia flutuante, se houver;

IV – as condições da correção monetária, se houver;

V – a conversibilidade ou não em ações e as condições a serem observadas na conversão;

VI – a época e as condições de vencimento, amortização ou resgate;

VII – a época e as condições do pagamento dos juros, da participação nos lucros e do prêmio de reembolso, se houver;

VIII – o modo de subscrição ou colocação e o tipo das debêntures.

É conveniente esclarecer que assembleia-geral pode delegar ao conselho de administração a deliberação sobre as condições de que tratam os incisos VI a VIII do artigo 59 e sobre a oportunidade da emissão[186].

Na companhia aberta o conselho de administração pode deliberar sobre a emissão de debêntures não conversíveis em ações, salvo disposição estatutária em contrário[187]. Da mesma forma, o estatuto de companhia aberta pode autorizar o conselho de administração, dentro dos limites do capital autorizado, deliberar sobre a emissão de debêntures conversíveis em ações, especificando o limite do aumento de capital decorrente da conversão das debêntures, em valor do capital social ou em número de ações, e as espécies e classes das ações que poderão ser emitidas[188].

A assembleia-geral pode delegar ao conselho de administração a deliberação sobre as condições de vencimento, amortização e resgate, época de pagamento dos juros, da participação nos lucros, do prêmio de reembolso, do modo de subscrição ou colocação e tipo das debêntures.

A companhia pode emitir debêntures com cláusula de conversibilidade em ações nas condições constantes da escritura de emissão, com as especificações indicadas no art. 57 da Lei nº 6.404/1976. A conversão da debênture em ação implicará aumento do capital social.[189] Os requisitos para a emissão de debêntures estão previstos no art. 62 da LSA.

***<u>Sobre o tema</u>*:**

"Debêntures. Assembleia-geral. Redução do valor.

A assembleia-geral dos debenturistas não está autorizada pelo art. 71, § 5º, da Lei nº 6.404/76 a reduzir o valor das debêntures. Omissão inexistente. Questão dos honorários vinculada à matéria de fato. Recurso não conhecido" (REsp 303825/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

"Debêntures. *Não expedidos os certificados, o que cumpria fosse feito pela companhia, não há como pretender que, para a cobrança dos valores correspondentes às debêntures, sejam eles exibidos. Constando da escritura de emissão a obrigação de*

pagar, com as especificações necessárias, e sendo completada com os recibos e boletins de subscrição, permitindo a identificação dos credores, não se pode negar a natureza de titulo executivo" (Agrg no Ag 07738/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro).

"Processual civil e administrativo. Recurso especial interposto por Fazenda Batalha S/A. Financiamento de projeto pelo Finor. Alteração da forma de percepção dos recursos de incentivo. Emissão de debêntures ao invés de subscrição de ação. Prescrição do direito de ação reconhecida. Inexistência de omissão no acórdão recorrido. Adequada solução da lide. Recurso especial não provido.

1. Informam os autos que a recorrente, empresa constituída sob a forma de sociedade anônima de capital fechado, com o fim de realização de seu objeto social – exploração de pecuária bovina (cria, recria, engorda, reprodução, industrial) –, obteve junto à SUDENE o direito à percepção de incentivos fiscais para a aplicação em projeto que, aprovado por essa autarquia, foi considerado de interesse público, para o desenvolvimento do Nordeste. A irresignação ora apresentada se deve ao fato de que, a partir da vigência da Lei 8.167/91, o incentivo fiscal que era obtido mediante a subscrição de ações, passou a ser realizado por via de emissão de debêntures. *A recorrente, contudo, assevera que foi compelida, involuntariamente e sob coação, a aderir à nova forma de percepção dos incentivos fiscais – por meio de emissão de* debêntures *–, o que é ilegal, porquanto o benefício fiscal fora, originalmente concedido segundo os parâmetros do DL. nº 1.376, de 12/12/74, mediante a subscrição pelo FINOR de ações da sociedade requerente, e que não há a possibilidade de serem corrigidos os* valores *das* debêntures *pela TR. Afirma-se que o acórdão recorrido, ao conceder parcial provimento à apelação (tão somente para determinar que as*debêntures *sofressem atualização apenas a partir da fase operacional do projeto, vedando essa correção no período de implantação), violou o art. 535 do CPC porque não se manifestou sobre apontada nulidade da sentença, que teria impedido a produção de provas. Pede-se que seja reconhecida a infringência*

dos arts. 535 do CPC e 5º, § 7º, da Lei nº 8.167/91, como também a inaplicabilidade do art. 6º, II da Lei nº 8.177/91, não se utilizando a TR como índice de correção monetária.

2. Ao que se constata, porém, não merece acolhida o inconformismo. Diversamente do alegado, o aresto impugnado de nenhum modo foi omisso, na medida em que realizou acurada apreciação da lide em todos os seus contornos. Nesse sentido, considerou a determinação legal que resultou na alteração da forma de recebimento do incentivo fiscal, e expressamente indicou a razão pela qual incidira a prescrição do direito de ação contra eventual coação por parte da SUDENE, que teria ocorrido na realização do ajuste que registrou a anuência da empresa com os novos critérios de percepção do aludido benefício.

3. No que se refere à apontada ilegalidade na aplicação da TR como fator de atualização monetária, dispôs o aresto atacado (fl. 321) que '... esse índice pode efetivamente ser utilizado na atualização do valor *das* debêntures, *tendo em vista que se trata de relação obrigacional posterior à Lei 8.177/91...'. Esse entendimento, anote-se, está em perfeita sintonia com a jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça, consoante inscrito na S.295 deste teor: 'Taxa Referencial (TR) é indexador válido paracontratos posteriores à Lei n. 8.177/91, desde que pactuada.'*

4. Recurso especial interposto por Fazenda Batalha S/A conhecido e não provido" (STJ, 1ª T., REsp 825736/PE, 2006/0048 766-1, Rel. Min. José Delgado, j. 06.12.2007, *DJ* 01.02.2008).

"Processual civil e administrativo. Recurso especial interposto pela União – sucessora da extinta SUDENE. Financiamento de projeto pelo Finor. Atualização das debêntures *emitidas com o fim de percepção do benefício econômico. Inexistência de julgamento extra petita. Adequada solução da lide. Recurso especial não provido*.

1. Trata-se de recurso especial fundado na alínea 'a' do permissivo constitucional, interposto pela UNIÃO (Sucessora da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE),

sob o argumento, em síntese, de que o acórdão recorrido realizou julgamento extra petita. Isso porque, embora a empresa houvesse pedido para que o resgate (pagamento) das debêntures *começasse apenas a partir do início da fase operacional do projeto, o acórdão determinou que, no período de carência, antes do início da fase operacional do empreendimento, não se atualizassem os referidos títulos pela TR. Dessa forma, alega que, enquanto a autora no recurso de apelação (fls. 230/248) postulava tão somente a concessão de prazo para o início da amortização, acabou por obter a* redução *da dívida, motivo pelo qual se aponta como violados os artigos 128 e 460 do CPC e art. 5º, § 7º, da Lei 8.167/91*.

2. Ao que se constata, porém, não merece acolhida o inconformismo. Diversamente do alegado, o aresto impugnado de nenhum modo foi omisso, na medida em que realizou acurada apreciação da lide em todos os seus contornos. Nesse sentido, considerou a determinação legal que resultou na alteração da forma de recebimento do incentivo fiscal, e expressamente indicou a razão pela qual incidira a prescrição do direito de ação contra eventual coação por parte da SUDENE, que teria ocorrido na realização do ajuste que registrou a anuência da empresa com os novos critérios de percepção do aludido benefício.

3. Ademais, no que se refere à correta interpretação a ser conferida ao art. 5º, § 7º, da Lei 8.167/91, constata-se que a Corte a quo, *ao dar solução à lide, considerou que o Decreto 101/91 (art. 7º, IV), de forma irregular, ultrapassou os limites delineados para a simples regulamentação do texto da lei enfocada. Esse argumento, no entanto, não foi contraposto, configurando-se, no particular, a deficiência das razões do recurso*.

4. Recurso especial interposto pela União conhecido e não provido" (REsp 825736/PE, Rel. Min. José Delgado).

"Processo Civil – Tributário – Execução fiscal – Art. 11, inciso VIII, Lei n. 6.830/80 – Penhora – Debêntures da Companhia Vale do Rio Doce – Admissibilidade como garantia de execução fiscal.

1. O deslinde da questão dar-se-á com a identificação, na hipótese dos autos, da possibilidade de admissão de títulos

emitidos pela Companhia Vale do Rio Doce, denominados debêntures, como garantia de execução fiscal.

2. "A Primeira Seção desta Corte, na sessão de 27.06.2007, ao julgar os EREsp 836.143/RS, Rel. Min. Humberto Martins, concluiu que as debêntures da Eletrobrás são bens penhoráveis por se tratar de título de crédito que se ajusta ao disposto no art. 655, IV, do CPC. Mudança da orientação anterior.

3. Recurso especial conhecido em parte e provido." (REsp 964.860/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 19.9.2007).

4. As debêntures emitidas pela Companhia Vale do Rio Doce também são passíveis de admissão como garantia de execução fiscal. Tais títulos, na linha da jurisprudência desta Corte Superior, podem ser aceitos para garantia do juízo, por possuírem liquidez imediata e cotação em bolsa de valores. Apenas, e tão somente, as debêntures as possuem. Registre-se que não é o caso de Títulos emitidos nominados de "Obrigações ao Portador". Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp 1039722/RS, Rel. Min. Humberto Martins).

14.10.3.1.Espécies de debêntures[190]

a) **Debênture com garantia real**[191]

A vantagem do debenturista é a garantia oferecida. Na falência da companhia os debenturistas concorrem como credores com direito real de garantia.[192]

b) **Debênture com garantia flutuante**

É um privilégio sobre o ativo da companhia. Os debenturistas concorrem na falência como credores com privilégio geral.[193]

c) **Debênture sem garantia**

Equipara-se aos créditos quirografários. Mantém essa qualidade na falência.[194]

d) **Debênture subordinada**

Os debenturistas estão subordinados aos credores quirografários. Na liquidação da companhia preferem apenas aos acionistas no ativo remanescente, se houver.[195]

14.10.3.2.Agente fiduciário[196]

É a pessoa natural ou jurídica (instituição financeira autorizada pelo Banco Central) nomeada e remunerada pela companhia que representa a comunhão de debenturistas para a proteção dos seus direitos e interesses perante a companhia emissora de debêntures. Deve ser nomeado e aceitar a função na escritura de emissão de debêntures,[197] que estabelecerá as condições de substituição e remuneração, observadas as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários. É conveniente lembrar que o agente fiduciário não tem poderes para acordar na modificação das cláusulas e condições da emissão[198].

Podem ser agentes fiduciários as pessoas naturais que satisfaçam aos requisitos para o exercício de cargo em órgão de administração da companhia e as instituições financeiras que, especialmente autorizadas pelo Banco Central do Brasil, tenham por objeto a administração ou a custódia de bens de terceiros[199]. A Comissão de Valores Mobiliários poderá estabelecer que nas emissões de debêntures negociadas no mercado o agente fiduciário ou um dos agentes fiduciários seja instituição financeira[200]. O § 3º, do art. 66, da LSA trata dos impedimentos ao exercício do cargo:

> a)pessoa que já exerça a função em outra emissão da mesma companhia, a menos que autorizado, nos termos das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários;
> b)instituição financeira coligada à companhia emissora ou à entidade que subscreva a emissão para distribuí-la no mercado, e qualquer sociedade por elas controlada;
> c)credor, por qualquer título, da sociedade emissora, ou sociedade por ele controlada;
> d)instituição financeira cujos administradores tenham interesse na companhia emissora;
> e)pessoa que, de qualquer outro modo, se coloque em situação de conflito de interesses pelo exercício da função.

A Comissão de Valores Mobiliários fiscalizará o exercício da função de agente fiduciário das emissões distribuídas no mercado, ou de debêntures negociadas em bolsa ou no mercado de balcão, podendo[201]:

> a)nomear substituto provisório, nos casos de vacância;
> b)suspender o agente fiduciário de suas funções e dar-lhe substituto, se deixar de cumprir os seus deveres.

O agente fiduciário tem deveres e atribuições definidos no art. 68 da LSA, entre eles o de notificar os debenturistas, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, de qualquer inadimplemento, pela companhia, de

obrigações assumidas na escritura da emissão[202]. A escritura de emissão poderá ainda atribuir ao agente fiduciário as funções de autenticar os certificados de debêntures, administrar o fundo de amortização, manter em custódia bens dados em garantia e efetuar os pagamentos de juros, amortização e resgate[203].

O § 3º do art. 68 assegura ao agente fiduciário legitimidade extraordinária para usar de qualquer ação para proteger direitos ou defender interesses dos debenturistas. Não há consenso na doutrina sobre a obrigatoriedade da existência do agente fiduciário. Comungo do entendimento de que a nomeação do agente fiduciário somente é obrigatória nas companhias abertas (emissões públicas de debêntures), sendo facultativa nas emissões privadas. O art. 8º da Instrução CVM nº 28/1983 determina que o agente fiduciário seja uma instituição financeira nas emissões públicas de debêntures, sempre que a garantia for caução ou quando o valor da emissão ultrapassar o valor do capital social, exceto na emissão de debêntures subordinadas.

Tavares Borba[204] entende que se a lei deferiu ao agente fiduciário legitimação para defender em juízo os interesses dos debenturistas, a titularidade da ação deslocou-se do debenturista para o agente fiduciário. Trata-se de substituição processual em que os debenturistas figurariam como assistentes. Essa tese, conquanto engenhosa, não me seduz. Modesto Carvalhosa[205] sustenta que o agente fiduciário representa em juízo a comunhão de debenturistas, sendo o único legitimado a promover a execução das garantias reais dadas pela companhia inadimplente, já que esses não podem promover a execução da dívida debenturística, seja no seu total, seja na fração do mútuo por eles tomada. Nas emissões privadas em que não exista agente fiduciário qualquer debenturista terá legitimidade ordinária para executar a dívida, desde que o faça por toda a dívida debenturística, e não apenas pelo valor de suas debêntures. Se a dívida é uma, a inadimplência também o será. Para mim, trata-se de simples substituição processual concorrente ou acessória, mas de modo nenhum a existência do agente fiduciário subtrai ao debenturista o direito individual de ação.[206]

A LSA legitima o agente fiduciário de debenturistas a requerer a falência da companhia emissora de debêntures, salvo as com garantia real.[207] O art. 97, IV, da Lei nº 11.101/2005 (Lei de Falências) estende essa legitimidade a qualquer credor e não impõe nenhuma renúncia à garantia real sobre o crédito. A questão não é pacífica. Há quem sustente a legitimidade do credor com garantia real para o requerimento de quebra sem necessidade da renúncia à sua garantia. Se a mens legis fosse a de manter a restrição anterior, a renúncia obrigatória seria mantida, pois não se pode impor ao credor renúncia que não está na lei nem se admitir renúncia implícita.

Discordo. Ainda que a Lei de Falências não tenha mantido a restrição anterior, o pedido de falência por credor com garantia real somente pode ser admitido com a efetiva renúncia à garantia (ainda que tácita), ou prova que tal garantia não basta para a satisfação do crédito. É conveniente ressaltar que, para mim, o óbice ao requerimento não se dá pela ilegitimidade do credor, mas por sua total falta de interesse, já que tem à sua disposição meio próprio para cobrança de seu crédito. Não é razoável permitir que onere e puna em demasia o devedor e a coletividade como um todo com o decreto de quebra. Haveria autêntico bis in idem. Da mesma forma, merece destaque a previsão do art. 68, § 3º, "c", da LSA, que legitima o agente fiduciário dos debenturistas a requerer a falência da companhia, salvo se não existirem garantias reais. Os mesmos argumentos valem aqui: o agente fiduciário dos debenturistas não tem interesse no requerimento de falência da companhia, se representante da comunhão de debenturistas com garantia real.

Os titulares de debêntures da mesma emissão ou série podem, a qualquer tempo, reunir-se em assembleia a fim de deliberar sobre matéria de interesse da comunhão dos debenturistas[208]. Esta assembleia é tida como especial, pois os participantes não são acionistas da companhia. A assembleia pode ser convocada por agente fiduciário, pela companhia emissora, por debenturistas que representem 10% (dez por cento), no mínimo, dos títulos em circulação, e pela Comissão de Valores Mobiliários. Deve se instalar, em primeira convocação, com a presença de debenturistas que representem metade, no mínimo, das debêntures em circulação, e, em segunda convocação, com qualquer número. O agente fiduciário deverá comparecer à assembleia e prestar aos debenturistas as informações que lhe forem solicitadas. Nas deliberações da assembleia, a cada debênture caberá um voto.

A extinção das debêntures deve ser feita por anotações nos livros próprios pela companhia emissora, que deve mantê-los arquivados, pelo prazo de 5 (cinco) anos, junto com os documentos relativos à extinção, os certificados cancelados ou os recibos dos titulares das contas das debêntures escriturais[209]. Se a emissão tiver agente fiduciário, caberá a este fiscalizar o cancelamento dos certificados. A lei imputa responsabilidade solidária aos administradores da companhia pela inobservância dos preceitos de extinção das debêntures[210].

14.10.3.3.Cédula de debêntures[211]

São cédulas representativas das debêntures, nominativas ou escriturais. Conferem aos seus titulares direito de crédito contra o emitente pelo valor nominal aos juros nelas estipulados. Somente as instituições financeiras

autorizadas pelo Banco Central (agentes fiduciários) têm competência para emiti-las. O § 2º do art. 72 da LSA lista as declarações que devem conter os certificados das cédulas.

14.10.4.Bônus de subscrição[212]

São uma espécie de valor mobiliário, com forma nominativa, que confere aos seus titulares, nas condições constantes do certificado, o direito de subscrever ações do capital social pelo preço de emissão das ações constante do bônus no momento de sua aquisição, quando de futuro aumento do capital pela companhia. Podem alienados pela companhia ou por ela atribuídos, como vantagem adicional, aos subscritos de emissões de suas ações ou debêntures. O art. 79 da LSA lista as declarações que devem conter os certificados dos bônus.

A deliberação sobre emissão de bônus de subscrição compete à assembleia-geral, se o estatuto não a atribuir ao conselho de administração[213].

São de emissão privativa das sociedades de capital autorizado, ou seja, das sociedades em que o estatuto já contém autorização para aumento do capital social independentemente de reforma estatutária.

14.11.ACIONISTAS[214]

A condição de acionista está diretamente ligada à aquisição de ações quando da assinatura do boletim de subscrição e respectivo pagamento. Os direitos essenciais dos acionistas estão previstos no art. 109 da LSA. É nula qualquer cláusula que os restrinja[215], cabendo, contudo, suspensão desses direitos no caso de violação da lei ou estatuto social, conforme admite o art. 120 da LSA.

Os acionistas classificam-se em rendeiros, especuladores e empresários. Os rendeiros aplicam suas economias em ações para obter uma renda dos dividendos. Os especuladores jogam no mercado de valores procurando ganhar na diferença de cotação. Os empresários objetivam deter o controle da companhia, gerindo a sociedade. A Lei nº 10.303/2001 introduziu o § 3º no art. 109 da LSA, inovando grandemente os direitos dos acionistas. Por esse dispositivo, o estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os minoritários sejam dissipadas por meio de arbitragem. Essa modificação dá maior agilidade e proteção aos direitos violados, já que é notório o emperramento da máquina judiciária.

A assembleia-geral poderá suspender o exercício dos direitos do acionista que deixar de cumprir obrigação legal ou estatutária.[216]

14.11.1.Acionista remisso[217]

Todo acionista é obrigado a integralizar (pagar) as ações subscritas ou adquiridas de acordo com as condições a que se obrigou, sob pena de ser considerado remisso e incorrer em mora, sujeitando-se ao pagamento de juros, correção monetária e multa. A companhia pode, segundo sua escolha:[218]

a)ajuizar ação para cobrança das quantias devidas;
b)mandar vender as ações na Bolsa de Valores por conta e risco do acionista (essa alternativa aplica-se às companhias abertas ou fechadas por se tratar de leilão especial organizado pela Bolsa de Valores);
c)declarar caducas as ações não integralizadas e fazer suas as entradas realizadas pelo remisso (pagamento parcial efetuado pelo acionista remisso), integralizando-as com lucros ou reservas, exceto a legal. Em caso contrário, terá o prazo de um ano para colocar as ações caídas em comisso (vender as ações). Se, nesse prazo, não houver comprador, a assembleia-geral deve deliberar sobre a redução do capital social.

Questão interessante é a possibilidade de o administrador ou liquidante de companhia falida ou em estado de liquidação exigir do acionista o valor devido, ainda que a dívida não tenha vencido[219].

14.11.2.Direito de voto[220]

O direito de voto é um direito pessoal que permite ao acionista expressar sua vontade nas Assembleias-Gerais. Não pode ser concebido como um direito essencial do acionista, pois pode ser suprimido ou restringido nas ações preferenciais. Essas ações passam a adquirir tal direito se a companhia, pelo prazo previsto no estatuto (não superior a três exercícios consecutivos), deixar de pagar os dividendos fixos ou mínimos a que os acionistas fizerem jus.[221] Nas ações ordinárias o direito de voto passa a ser essencial e cada ação corresponde a um voto nas deliberações sociais.[222] A lei proíbe o voto plural,[223] ou seja, nenhuma ação poderá dispor de mais de um voto. O direito de voto pode ser suspenso temporariamente pela companhia, quando o acionista deixar de cumprir obrigação imposta pela lei ou pelo estatuto, cessando a suspensão logo que cumprida a obrigação[224].

Para Pontes de Miranda o direito de voto é subjetivo, cabendo ao acionista a faculdade quanto ao exercício, bem como se em seu interesse.[225] Ouso discordar, pois a lei estabelece que o direito de voto deve ser exercido pelos acionistas em favor da companhia, ressalvado, é claro, o voto do acionista dissidente que tem assegurado o direito de retirada

quando da discordância de matérias previstas em lei. Voto abusivo é aquele exercido pelo acionista com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus, e de que resulte ou possa resultar prejuízo para companhia ou para outros acionistas.[226] O acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto ainda que esse não haja prevalecido.[227] O § 1º do art. 115 prevê o voto conflitante ao estipular que o acionista não poderá votar nas deliberações da assembleia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que o puderem beneficiar de modo particular ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia. Até onde estudei, a caracterização de voto conflitante depende de uma concepção objetiva e puramente fática. A decisão tomada em decorrência de voto conflitante de acionista é passível de anulação, respondendo, ainda, o acionista, pelos danos causados (§ 4º).[228] Tavares Borba[229] entende que se o voto não prevaleceu, não contribuiu para uma decisão, tratando-se de mero voto vencido. Mas adverte que nem sempre o voto vencido é desimportante porque "a repercussão que venha a ter poderá, em certas circunstâncias, afetar o conceito da companhia, abalando a sua posição no mercado, com prejuízos potencialmente presumíveis". Assim, por exemplo, "o acionista que, de má-fé, votar favoravelmente à confissão da falência da sociedade, sem que haja motivos para tanto, mesmo que seu voto não seja vencedor terá colocado a empresa sob suspeição, trazendo-lhe consequências manifestamente danosas". Filio-me à lição de Asquini (1959, p.631) para quem o direito de voto tem dupla face: de um lado direito subjetivo que possibilita a tutela de interesse individual do acionista, e de outro, o dever imposto ao acionista de defender os interesses sociais.

***Em resumo*:**

•**VOTO ABUSIVO** – caracterizado pela intenção deliberada do acionista de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter vantagem indevida para si próprio ou para terceiros, em detrimento da companhia ou de outros acionistas. O critério de aferição é subjetivo, por envolver o dolo do acionista.[230]

•**VOTO CONFLITANTE** – caracterizado quando houver conflito de interesses entre o acionista e a companhia, configurando uma colocação inteiramente objetiva. O acionista não pode votar em matéria na qual o seu interesse pessoal seja diverso do da companhia.[231]

***Sobre o tema*:**

E. nº 14 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: " É vedado aos administradores de sociedades anônimas votarem para aprovação/rejeição de suas próprias contas, mesmo que o façam por interposta pessoa".

"A questão do conflito de interesses dos administradores tem recebido tratamento muito diferente da CVM, em comparação ao tratamento do direito de voto, em que se discute se o conflito é formal ou material (ver Inquérito 12/01). Para os administradores, vige o conflito formal. Esse tratamento diferenciado vem do próprio texto legal que, além de vedar a participação nos atos relativos à operação, determina que o administrador revele o conflito. Adicionalmente, ao contrário do acionista, que pode agir no interesse próprio, essa faculdade não é conferida ao administrador, que age, sempre, no interesse da companhia ou da coletividade de seus acionistas".[232]

"Eleições em separado de representante dos preferencialistas para o Conselho Fiscal da companhia aberta Springer S/A, em assembleia-gerais, nas quais se verificou a participação de acionistas controladores e administradores entre os votantes. Inteligência do art. 161, § 4º, alínea 'a', da Lei nº 6.404/1976 abordada pelo Parecer de Orientação CVM nº 19 – Abuso de Poder de Controle. Multa e Absolvição. – Abuso de Direito de Voto. Multa e Absolvição.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e com fundamento no art. 11, inciso II, e § 1º, inciso I, da Lei nº 6.385/1976, por unanimidade de votos, decidiu (...)

Aplicar a pena de multa pecuniária individual no valor de R$200.000,00 (duzentos mil reais) aos acusados Otamar Empreendimentos Imobiliários e Participações Ltda., Mário Amato e Rogério Pinto Coelho Amato por descumprimento do disposto no art. 161, § 4º, alínea 'a', da Lei nº 6.404/1976, na Assembleia-Geral Ordinária de 29/04/03 da Springer S.A., caracterizando abuso do direito de voto, conforme previsto no art. 115, caput, da Lei nº 6.404/1976 em concurso com a imputação de abuso de poder de controle, conforme previsto no art. 117, §

1º, alínea ‘c’, da Lei nº 6.404/1976 e no art. 1º, inciso I, da Instrução CVM nº 323/00;

(...)

Aplicar a pena de multa pecuniária individual aos acusados Luis Augusto Egydio Canedo e AFAM Empreendimentos e Negócios Comerciais Ltda. no valor de R$300.000,00 (trezentos mil reais) por descumprimento do disposto no art. 161, § 4º, alínea ‘a’, da Lei nº 6.404/1976, na Assembleia-Geral Ordinária de 28/4/04 da Springer S.A., caracterizando abuso do direito de voto, conforme previsto no art. 115, caput, da Lei nº 6.404/1976”.[233]

Nas assembleias, o acionista pode fazer-se representar por procurador constituído há menos de 1 (um) ano, que seja acionista, administrador da companhia ou advogado; na companhia aberta, o procurador pode, ainda, ser instituição financeira, cabendo ao administrador de fundos de investimento representar os condôminos Nas companhias abertas admite-se outorga de mandato a instituição financeira.[234] O descumprimento do mandato pelo mandatário não invalida o voto, mas o mandante pode demandá-lo pelos prejuízos causados. Questão recente é a possibilidade de o acionista, nas companhias abertas, poder participar e votar a distância em assembleia-geral, nos termos da regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários, conforme disposto no art. 121, parágrafo único, da LSA.

O penhor da ação não impede o acionista de exercer o direito de voto; será lícito, todavia, estabelecer, no contrato, que o acionista não poderá, sem consentimento do credor pignoratício, votar em certas deliberações[235]. Por outro lado, o credor garantido por alienação fiduciária da ação não poderá exercer o direito de voto; o devedor somente poderá exercê-lo nos termos do contrato[236].

O voto múltiplo[237] somente pode ser adotado nas eleições dos conselheiros com o objetivo de tutelar os interesses dos acionistas minoritários, ao permitir-lhes a eleição de, pelo menos, um dos membros do Conselho de Administração.[238]

Nas companhias em liquidação todas as ações gozam de igualdade de direitos. Desaparecem as restrições ou limitações.

14.11.3.Acionista controlador[239]

É a pessoa natural ou jurídica ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto ou sob controle comum que tem o poder de voto e o exerce, definindo as diretrizes da empresa.[240] São requisitos da caracterização do controle:[241]

a)o controlador tem de ser titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia;
b)uso efetivo do poder pelo controlador para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

A existência do controlador não é obrigatória. A lei exige a permanência no controle. Exercício eventual ou ocasional do controle não o identifica. É importante ressaltar que o sócio que detiver a maioria do capital votante, mas não o utilizar de forma permanente, será considerado majoritário, mas não controlador. O controle se materializa com o exercício do voto pelo acionista controlador, ou seja, pelo comparecimento às assembleias-gerais.[242] O poder de controle não pode ser entendido como um poder de direito, pois a lei não o assegura expressamente. O acionista controlador somente pode ser concebido como tal enquanto preencher os requisitos do art. 116 da Lei 6.404/1976. Não pode ser considerado como sujeito ativo do poder de controle, posto que detém um poder de controle de fato e às vezes fugaz.

Segundo Tavares Borba,[243] "nas grandes companhias abertas, cujo capital votante se encontre disseminado no mercado, enfrenta-se o problema do absenteísmo dos acionistas nas assembleias. (...) A essa forma de controle, apoiada em menos de cinquenta por cento do capital, dá-se o nome de controle minoritário. (...) Esse poder permanente, que se apura recorrendo à história das assembleias, pode resultar da manifesta predominância de um acionista ou de um grupo de acionistas nas duas últimas assembleias, posto que essa sequência fática de poder já seria um indicador de permanência". Fábio Ulhoa prefere adotar como critério da sinalização do controle a presença nas três últimas assembleias, para tanto fiando-se no critério estabelecido na Resolução nº 401, item IV, do Banco Central do Brasil. Esse critério parece-me mais razoável.

Fábio Konder Comparato[244] diz que o controle de uma sociedade anônima pode ser:

a)**majoritário:** exercido por um acionista que detém mais da metade das ações com direito a voto, o que lhe dá um controle majoritário, absoluto, inquestionável. É o que geralmente ocorre no Brasil.
b)**minoritário:**exercido por uma pessoa ou um grupo de pessoas detentoras de menos da metade do capital social. Chega-se ao controle em razão da grande dispersão acionária. Pode dar-se por acordo de acionistas[245]ou pelo excluir do absenteísmo.[246]
c)**gerencial:** o poder é detido por administradores, e não pelos acionistas, em razão de extrema pulverização do capital, o que lhes

permitiria, através da obtenção de procurações, perpetuar-se na direção da sociedade. No Brasil ainda não se configura essa forma de controle, bastante frequente nos EUA.

d)**externo:** exercido, normalmente, pelos credores da sociedade, como, por exemplo, nas instituições financeiras, concessionárias de automóveis, contrato de franquia etc.

O controlador pode conferir poderes especiais ao mandatário. A isso se chama controle gerencial. A lei limita o direito de voto do mandatário.

Em rol meramente exemplificativo, o § 1º do art. 117 da LSA lista as modalidades de exercício abusivo de poder.[247] O controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. Por tratar-se de interesse difuso,[248]admite-se a propositura de ação civil pública em face do acionista controlador. É imperiosa a caracterização do acionista controlador para efeitos de imputação de responsabilidade no caso de descumprimento dos deveres impostos por lei. Admito a possibilidade de que o acionista controlador possa ser demandando quando infringir os deveres que a lei lhe impõe, cabendo, inclusive, ao autor da ação imputar ao controlador responsabilidade objetiva.[249] Para mim, a infração dos deveres pelo controlador tipifica abuso do direito.[250]

Questão relevante diz respeito à legitimidade ativa da ação de indenização em face do controlador pela prática dos atos elencados, de forma exemplificativa, no art. 117 da LSA.

***Sobre o tema*:**

"Recurso especial. Processual civil e empresarial. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa (CPC, art. 130). Não ocorrência. Sociedade Anônima. Ação de responsabilidade civil contra administrador (6.404/76, art. 159) ou acionistas controladores (aplicação analógica): ação social *ut universi* e ação social *ut singuli* (Lei nº 6.404/76, art. 159, § 4º). Danos causados diretamente à sociedade. Ação individual (Lei nº 6.404/76, art. 159, § 7º). (...)

3. Aplica-se, por analogia, a norma do art. 159 da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anonimas) à ação de responsabilidade civil contra os acionistas controladores da companhia por danos decorrentes de abuso de poder. 4. Sendo os danos causados diretamente à companhia, são cabíveis as ações sociais *ut universi* e *ut singuli*, esta obedecidos os requisitos exigidos pelos §§ 3º e 4º do mencionado dispositivo legal da Lei das S.A.

5. Por sua vez, a ação individual, prevista no § 7º do art. 159 da Lei nº 6.404/76, tem como finalidade reparar o dano experimentado não pela companhia, mas pelo próprio acionista ou terceiro prejudicado, isto é, o dano direto causado ao titular de ações societárias ou a terceiro por ato do administrador ou dos controladores. Não depende a ação individual de deliberação da assembleia-geral para ser proposta.

6. É parte ilegítima para ajuizar a ação individual o acionista que sofre prejuízos apenas indiretos por atos praticados pelo administrador ou pelos acionistas controladores da sociedade anônima. Recurso provido" (REsp 1.214.497/RJ (2010/0171755-3), Rel. Min. João Otávio de Noronha).

A Lei nº 10.303/2001 modificou substancialmente os deveres do acionista controlador. Agora, o acionista controlador da companhia aberta, acionistas ou grupo de acionistas que elegerem membro do conselho de administração ou membro do conselho fiscal deverão informar, imediatamente, à CVM e às Bolsas de Valores ou às entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam sendo admitidos à negociação as modificações em sua posição acionária na companhia. Tal inovação tem por objetivo fazer com que haja maior transparência – *full disclosure* – nas modificações da posição acionária daqueles acionistas que tiverem influenciado na eleição dos membros do conselho de administração ou do conselho fiscal da companhia. Segundo Tavares Borba,[251] a Lei das Sociedades Anônimas define os destinatários do tríplice interesse que deve ser protegido: acionistas, empregados e comunidade. Segundo diz,

"(...) problema de mais difícil solução é o da titularidade para as ações destinadas a sustentar os direitos da comunidade. Tratando-se de um interesse difuso, quem teria legitimação para representá-lo? (...) Hoje, porém, com a Lei nº 7.347/85, que regula a ação civil pública (art. 1º, IV, com a redação que lhe foi atribuída pelo art. 110 da Lei nº 8.078/1990), a legitimação para defesa dos interesses difusos em geral foi conferida ao Ministério Público, União, Estados e Municípios, e também às entidades de administração indireta e associações constituídas há pelo menos um ano, que, entre as suas finalidades, inclua a proteção do interesse difuso que representar."

No caso de liquidação extrajudicial, intervenção ou regime de administração especial temporária, a responsabilidade do acionista controlador é prevista nos arts. 1º e 2º da Lei nº 9.447/1997:[252]

"Art. 1º A responsabilidade solidária dos controladores de instituições financeiras estabelecidas no art. 15 do DL. nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987 aplica-se, também, aos regimes de intervenção e liquidação extrajudicial de que trata a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974.

Art. 2º O disposto na Lei nº 6.024/1974 e no DL. nº 2.321/1987, no que se refere à indisponibilidade de bens, aplica-se, também, aos bens das pessoas naturais ou jurídicas que detenham o controle direto ou indireto das instituições submetidas aos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária".

14.11.4.Oferta pública na alienação do controle de companhia aberta[253]

A alienação direta ou indireta do controle de companhia aberta somente poderá realizar-se sob condição suspensiva ou resolutiva mediante oferta pública, pelo adquirente, de aquisição das ações dos minoritários com direito a voto, de modo a lhes assegurar o preço mínimo igual a 80% do valor pago por ação integrante do bloco de controle da companhia. A oferta pública na alienação do controle de companhia aberta objetiva à proteção dos acionistas minoritários, em atenção à governança corporativa, ao permitir que o sobrevalor das ações do acionista controlador (as ações do acionista controlador trazem embutido o poder de controle, comando da empresa) se estenda aos demais acionistas quando da alienação do controle. A isso se chama tag along.[254] Muito comum em sociedades anônimas, o mecanismo do *tag along* foi incorporado à nossa legislação através da Lei nº 10.303/2001, que trouxe diversas modificações à Lei das Sociedades Anônimas ("Lei nº 6.404/1976"), embora já fosse corriqueiramente usado na forma de disposição contratual presente em acordos de acionistas. Com ele, o acionista controlador assume a obrigação de somente alienar suas ações para quem se disponha a adquirir também as ações dos minoritários pelo mesmo preço ou em percentual desse preço previamente definido.

Sob o ponto de vista econômico, o *tag along* tem por objetivo distribuir as vantagens decorrentes do controle entre o acionista controlador e aqueles por ele beneficiados. Na minha opinião, o direito ao *tag along* não necessita de previsão estatutária ou cláusula de acordo entre acionistas, pois trata-se de direito assegurado por lei.[255]

É importante ressaltar a diferença entre o *tag along* e o *drag along*. O primeiro, como já visto, assegura as acionistas titulares de ações com direito de voto um valor mínimo de 80% (oitenta por cento) por ação paga pelo adquirente ao acionista controlador. Já o *drag along* obriga os acionistas minoritários à venda compulsória das ações ao adquirente do controle. Entendo que, neste caso, há necessidade de acordo de acionistas que verse sobre a matéria. O *drag along* não pode ser entendido como uma expressão da governança corporativa, pois ao invés de tutelar os direitos dos minoritários obriga-os à venda compulsória quando da alienação do controle, facilitando ao adquirente não manter na companhia os minoritários que eventualmente se opusessem à oferta pública de ações.

A Instrução CVM nº 361/2002 regula as modalidades obrigatórias e voluntárias de ofertas públicas de aquisição de ações de companhia aberta. A lei assegura aos acionistas titulares de ações com direito a voto[256] o direito potestativo de vender suas ações juntamente com o acionista controlador, salvo na hipótese do art. 17, § 1º, III, da LSA. Não há obrigatoriedade de oferta pública quando da perda do controle pelo acionista controlador em razão da elevação do percentual de ações de determinado acionista, quando de subscrição ou aquisição de ações.

***Sobre o tema*:**

"Comercial – Sociedade Anônima – Instituição Financeira – Transferência de controle acionário – Lei n. 6.404/1976 (arts. 254, 255 e 257) – Antinomia – Inocorrência – Oferta pública – Proteção legal prevista para acionistas minoritários – Inclusão dos acionistas preferenciais (sem direito a voto) – Princípio igualitário – Aplicação – Impossibilidade – Existência de danos – Verificação – Impossibilidade – Incidência da Súmula n. 7/STJ – Dissídio jurisprudencial – Caracterização – Inocorrência – enunciado da súmula n. 83 [STJ] – Aplicação – Necessidade.

I – *No art. 255 da Lei n. 6.404/76, a expressão 'acionistas minoritários' constante do § 1º significa a totalidade dos acionistas, uma vez que o pretendido é salvaguardar direito patrimonial inerente a toda ação: o direito à quota-parte sobre os intangíveis da companhia (intangíveis especialmente valiosos no caso das instituições financeiras).*

II – *Quanto ao art. 254 da Lei n. 6.404/76, o paralelismo de linguagem com o art. 255 da mesma Lei não implica paralelismo de fins e de fundamentos, em razão de serem diferentes as circunstâncias que motivaram a criação de cada um dos dispositivos legais, e, assim sendo, os mesmos conceitos expressos em ambos os textos hão de ter quase que necessariamente significações diversas.*

III – *A diferença conceitual entre as ações ordinárias e as preferenciais (incluídos os direitos distintos que cada tipo confere) justifica a diferença de preço entre elas, e, nesses termos, a aplicação do princípio igualitário fica impossibilitada, uma vez que desconsideraria esse dado fundamental da estrutura das sociedades anônimas.*

IV – *Não há direito subjetivo de os titulares de ações preferenciais serem incluídos na oferta pública para fins de aquisição de instituição financeira, porque* não são *necessariamente acionistas minoritários no sentido estrito da expressão, seja também em razão de tal procedimento somente abranger as ações ordinárias (Lei n. 6.404/76, art. 257, § 2º). Ademais, a Lei das S.A. não obriga que todas as ações da companhia possuam o mesmo valor*.

V – *Impossibilidade de verificação de alegados danos (concernentes ao desvalor quanto ao preço das ações de que são titulares os demandantes), por depender de análise de matéria fático-probatório (Súmula n. 7 [STJ]).*

VI – *Os v. acórdãos colacionados trataram de hipóteses distintas do contexto jurídico dos presentes autos, não caracterizando a alegada divergência jurisprudencial*.

VII – *Na hipótese em tela, o v. acórdão vergastado foi decidido na conformidade de entendimento deste colendo Tribunal Superior de uniformização jurisprudencial (Súmula n. 83 [STJ])*.

VIII – *Recurso especial improvido" (REsp 710648/MG, Rel. Min. Massami Uyeda)*.

Na lição proveitosa de Luiz Leonardo Cantidiano,[257]

"A alienação de controle pode decorrer da cessão de direitos à subscrição de ações apenas quando:

> a)dita cessão é efetivada tendo por objeto direitos à subscrição e uma participação majoritária do capital votante, se o adquirente não é acionista da companhia cujo capital está sendo incrementado;
> b)o comprador, já sendo detentor de uma posição relevante do capital, adquire do detentor do controle da companhia direitos à subscrição que, vindo a ser exercidos, aumente de tal sorte a sua participação no capital votante da sociedade que o leve a superar a posição até então detida pelo alienante de tais direitos;
> c)em qualquer caso, a cessão seja efetivada a título oneroso, com o recebimento, pelo alienante – *que necessariamente deve estar no exercício do poder de controle da companhia ou que integre o grupo de controle*– de um prêmio, que demonstre a intenção de ambos (alienante e adquirente dos direitos à subscrição) de pactuar a transferência do controle da sociedade, fazendo-o por intermédio de uma cessão de direitos à subscrição".

A fim de tornar viável a alienação de controle, admite que o seu adquirente opte pela permanência dos acionistas minoritários na companhia mediante pagamento de determinado prêmio consistente na diferença entre o valor de mercado da ação e o valor que tiver sido pago pela ação de

controle.[258] Nessa hipótese, os acionistas minoritários continuam na companhia com o direito de negociar suas ações no mercado, a qualquer momento.

Entendo que se no momento da aquisição do controle se caracterizar a aquisição temporária de voto[259] pelas ações preferenciais, não deve haver inclusão dessas ações (preferenciais) na oferta pública quando da alienação do controle da companhia aberta *(tag along)*. Se a ação preferencial não tiver originariamente esse direito, não poderá ser incluída no *tag along*, pena de inviabilizar a alienação do controle. Por outro lado, devem ser incluídos os titulares de ações ordinárias que tiveram seu direito de voto suspenso em razão de violação da lei ou estatuto.[260] Ao invés de aquisição superveniente e temporária desse direito, é direito essencial da ação ordinária o voto conforme o art. 110 da LSA. Apenas para relembrar: a obrigatoriedade da oferta pública na alienação do controle somente é exigida nas companhias abertas.

Como observa o *Prof.* Vinícius Chaves,[261] "Como reverso da moeda, o *drag along* destina-se não à proteção dos interesses dos minoritários, mas justamente do interesse do próprio controlador, nos casos em que eventuais compradores, não simpatizantes em manter minoritários na sociedade que almejam controlar, pretenderem adquirir a totalidade das ações da companhia. O *drag along*, também conhecido como direito de arraste, confere ao controlador o direito de exigir que os demais acionistas alienem as suas ações ao proponente, isto é, obriga os minoritários a venderem as suas ações em conjunto com as do controlador, por preço idêntico ou percentual sobre o preço oferecido pelo proponente da oferta ao controlador. A existência deste mecanismo amplia o número de eventuais interessados na aquisição da sociedade que o utiliza, já que constitui dispositivo fundamental para aqueles investidores que não desejam conviver com minoritários. Assim, torna mais atrativa a companhia-objeto de aquisição do controle, do ponto de vista da redução dos conflitos internos de poder que normalmente ocorrem entre controladores e minoritários".

O art. 255 da LSA diz que a alienação do controle de companhia aberta que dependa de autorização do governo para funcionar está sujeita à prévia autorização do órgão competente para aprovar a alteração do seu estatuto. A lei não impõe restrições na alienação de controle dessas companhias, ou seja, não diferencia os acionistas minoritários.

14.11.5.Acordo de acionistas[262]

É um negócio jurídico plurilateral e parassocial (a companhia não é parte) firmado entre acionistas para regular a compra e venda de ações, a

preferência para sua aquisição, o exercício do direito de voto ou do poder de controle. Somente é oponível à companhia quando arquivado em sua sede e, em relação a terceiros, quando averbado nos livros de registro e nos certificados das ações.[263] A Lei nº 10.303/2001 introduziu algumas modificações no artigo referente ao acordo de acionistas. Em primeiro lugar ampliou, desnecessariamente, o rol de matérias sobre as quais o acordo pode versar, admitindo-o nas hipóteses de compra e venda de ações, preferência para sua aquisição, exercício de direito a voto ou do poder de controle. Tal previsão legal refere-se ao que a doutrina denomina acordo de comando, segundo o qual seus signatários se obrigam a votar de maneira a assegurar a preponderância de suas determinações nas deliberações da assembleia-geral. Sempre fiz leitura estrita do art. 118 da LSA, e é assim que deve ser. Seu rol é taxativo. A companhia somente se obriga com os signatários do acordo se as matérias forem previstas nesse artigo. Nada obsta que o acordo verse matérias diversas, mas, nesse caso, somente os signatários se obrigarão pelo pactuado, e não poderão opor o contrato à companhia. Essa modificação é de pouca significação prática e não trouxe repercussão maior porque o poder de controle somente é exercido quando se verifica o exercício do direito de voto. Desse modo, qualquer acordo de acionista que venha a regular o poder de controle estará diretamente regulando o exercício do direito de voto, hipótese já prevista na redação anterior do artigo.

Outra questão tormentosa na doutrina teve seu fim com a introdução do § 6º ao artigo aludido. Há muito a doutrina divergia sobre o prazo de duração do acordo de acionistas e suas consequências, isto é, negava-se a possibilidade de distrato antes do vencimento se se tratasse de contrato de tempo determinado ou aceitava-se a denúncia vazia em caso de contrato de tempo indeterminado. O acordo de acionistas pode ou não ter tempo determinado. Se tiver tempo determinado, os signatários devem observar a duração contratada, sob pena de a violação do contrato ensejar indenização pelos danos sofridos. Se por tempo indeterminado, admite-se a sua denúncia a qualquer tempo, mediante prévia notificação. O § 6º do art. 118 da LSA consigna que o acordo cujo prazo for fixado em função de termo ou condição resolutiva pode ser denunciado segundo suas próprias estipulações.

Nas condições previstas no acordo os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas.[264] O acordo de acionistas tem força executiva. Logo, descumprido o acordo, os signatários poderão obter em juízo a declaração de vontade não emitida voluntariamente, nas hipóteses previstas no art. 118 da LSA (*ex.*: a inobservância do direito de preferência pactuado no acordo gera o direito de adjudicação das ações aos acionistas signatários do acordo; no descumprimento do acordo de voto podem os demais signatários pleitear judicialmente a emissão e o cômputo

do respectivo voto, cabendo, inclusive, no entender de Tavares Borba,[265] na pendência da ação principal, o ajuizamento de ação cautelar destinada a impedir a posse de diretor ou a prática do ato contrário ao acordo).[266] A sentença passada em julgado produzirá os efeitos da declaração de vontade não emitida. O presidente da assembleia ou do órgão colegiado de deliberação da companhia não computará o voto proferido com infração do pactuado no acordo, se devidamente arquivado.[267] O não comparecimento do acionista signatário do acordo à assembleia ou às reuniões de administração da companhia (absenteísmo) ou as abstenções de voto de acionistas ou de membros do conselho de administração, eleitos nos termos do acordo, assegura à parte prejudicada o direito de votar com as ações pertencentes ao acionista ausente ou omisso e, no caso de membro do conselho de administração, pelo conselheiro eleito com os votos da parte prejudicada. Em princípio, o § 9º do art. 118 pode parecer inconstitucional porque permite ao acionista que, de mão própria, defenda os interesses que julgar prejudicados pelo descumprimento do acordo. Essa possibilidade, cogitada pela doutrina, é o fundamento da maior crítica ao novo dispositivo.

Para Tavares Borba, "o § 9º do art. 118 (...), consagra, porém, uma aberração, ao permitir que uma das partes do acordo de acionistas possa votar pela outra que não compareceu ou se absteve de votar. Essa norma conflita com vários outros preceitos e princípios da própria Lei das Sociedades Anônimas, primeiro porque dissocia o voto da ação e depois porque afeta a questão da responsabilidade pelo voto, que é pessoal e intransferível (...)". Há, no entanto, quem sustente sua constitucionalidade com o argumento de que esse procedimento reafirma a necessidade de que acordos e obrigações sejam cumpridos tal qual apalavrados. Na outra ponta do argumento Modesto Carvalhosa[268] confere aos demais acionistas signatários do acordo ou demais membros do Conselho de Administração por eles eleitos o direito de votar com as ações do acionista dissidente, nas hipóteses dos §§ 8º e 9º da Lei das Sociedades Anônimas. Segundo diz, "o regime de autotutela adotado pela Lei nº 10.303/2001 está em perfeita sintonia com o direito moderno, que tem privilegiado meios alternativos de acesso à justiça diante da morosidade da tutela jurisdicional do Estado perante situações ilícitas que, se concretizadas, causam danos de difícil reparação ou inútil reversibilidade. Daí por que a criação de soluções parajurisdicionais, como a autotutela instituída nos §§ 8º e 9º do art. 118 da LSA, que podem ser mais eficazes para atender aos escopos de pacificação social e do pleno acesso à justiça".

Diversamente do que sustentei em edições anteriores, sou da opinião de que o legislador tratou situações iguais de forma desigual. O § 8º do art. 118 determina que o presidente da assembleia não deverá computar voto proferido com infração do acordo de acionistas. Com isso, impõe aos

demais signatários a execução específica do acordo por via judicial, diferentemente da solução preconizada pelo § 9º, em que os demais acionistas signatários do acordo podem votar com as ações pertencentes ao acionista omisso ou ausente. Em ambas as hipóteses houve o descumprimento do acordo. Na primeira, o acionista viola expressamente o pactuado. Na segunda, viola por omissão, ao não comparecer à assembleia sem nomear procurador com poderes especiais, ou abster-se de votar. Das duas, uma: os signatários terão de buscar judicialmente a substituição da vontade do acionista violador do acordo ou poderão votar com as ações dele, nas hipóteses previstas nos §§ 8º e 9º do art. 118 da LSA. A meu ver, a razão está com Modesto Carvalhosa porque, de fato, os acionistas signatários do acordo podem valer-se de sua execução específica por via administrativa (autotutela) sem ter de recorrer ao Judiciário para obtenção de provimento jurisdicional.

***Sobre o tema*:**

"Sociedade anônima. Acordo de acionistas. Resolução com base na quebra da affectio societatis e do dever de lealdade e cooperação entre os convenentes. Possibilidade jurídica. Incidência dos enunciados nºs 5 e 7 da Súmula/STJ quanto à ilegitimidade ativa da recorrida. Inocorrência de decisão extra petita. Matéria não debatida na apelação. Acórdão que não padece de falta de fundamentação. Recurso não conhecido.

I – Admissível a resolução do acordo de acionistas por inadimplemento das partes, ou de inexecução em geral, bem como pela quebra da affectio societatis, *com suporte na teoria geral das obrigações, não constituindo impedimento para tal pretensão a possibilidade de execução específica das obrigações constantes do acordo, prevista no art. 118, § 3º, da Lei nº 6.404/76*.

II – Estando a questão da ilegitimidade ativa da autora do pedido de resolução contratual fundamentada na falta de cumprimento de cláusulas do acordo quanto à anuência dos demais convenentes, que o acórdão recorrido tem por expressamente manifestada nos documentos que analisou, não é viável o seu reexame em sede de recurso especial com a incidência dos enunciados nºs 5 e 7 da súmula deste Tribunal.

III – Contendo a inicial pedido de resolução do acordo de acionistas e de seus aditivos e constando do dispositivo da

sentença que é julgado procedente esse pedido, 'tendo por resolvidos o acordo de acionistas consubstanciado no instrumento original de fls. 14 e seus aditivos', não há que se argumentar com nulidade da decisão por ser extra petita. *Questão sobre a qual, ademais, operou-se a preclusão, uma vez não agitada nas razões da apelação*.

IV – As decisões de primeiro e segundo graus, a par de haverem enfrentado todos os pontos relevantes da controvérsia, não padecem de falta de fundamentação, estando, ao contrário, fartamente expostos os argumentos que dão suporte as conclusões adotadas" (REsp 388423/RS).

"Direito Processual Civil e Direito Comercial. Ação cautelar. Acordo de acionistas. Cisão parcial. Sociedade cindida. Patrimônio social.

Bloqueio *de parte dos* ativos. *Suficiência. Julgado procedente o pedido deduzido no processo principal para condenar os demandados à efetivação de cisão parcial prevista em acordo de acionistas, basta à garantia de efetividade dessa decisão o bloqueio da parte dos* ativos *da* sociedade cindida *que serão revertidos ao patrimônio da pessoa jurídica a ser criada*" (MC 4220/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler).

"Acordo de acionistas. *Não desaparece o direito de pretender seu cumprimento pelo fato de ter sido transferido o controle da empresa que, por seu turno, detinha o controle do capital da autora*.

Réus desconhecidos – litisconsórcio.

A eventualidade de não serem identificáveis pessoas que devam integrar a relação processual não constitui óbice ao prosseguimento válido do processo, devendo fazer-se a citação por editais (CPC, art. 231, I). Mérito*: exame em primeiro grau: se a sentença conclui que o autor não é titular do direito afirmado na inicial, terá decidido a lide, julgado o mérito, não importando que sua conclusão consigne tratar-se de carência. Desse modo, rejeitado o fundamento em que se firmou o provimento monocrático, poderá o tribunal prosseguir no*

julgamento da causa, se não houver necessidade da prática de outros atos processuais em primeiro grau. Não se deixará de conhecer da apelação, entretanto, apenas porque terminou com o pedido de que a causa fosse novamente submetida ao juiz para decisão do mérito" (REsp 43457/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro).

"Medida cautelar. Questão de ordem. Liminar deferida no STJ para, excepcionalmente, assegurar o provimento final a ser concedido em ação principal, que veiculou pedido condenatório para dar cumprimento a acordo de cisão de sociedade. Bloqueio de bens relativos à participação dos minoritários na companhia. Medida deferida em face de determinados elementos fáticos que sofreram grandes alterações no curso do processo. Julgamento da ação principal. Possibilidade de revisão do deferimento da liminar, nos termos do art. 807 do CPC.

– *A partir de uma simples cautelar, tem-se, hoje, a tentativa de ambas as partes em imputar ao Judiciário não o dever de solucionar conflitos, mas sim o de gerir, pormenorizadamente, a própria atividade econômica de empresa privada*.

– *Se o STJ concedeu, de forma excepcionalíssima, provimento cautelar para buscar assegurar a eficácia concreta do acórdão proferido pelo TJ/RJ, é evidente que tal medida só se justifica na perspectiva de que esse mesmo acórdão, que está apto a ser executado, ao menos provisoriamente, desde 2.001, efetivamente o seria, pela parte que saiu vencedora no processo de conhecimento. Contudo, mesmo o minoritário vencedor na demanda principal não parece querer fazer valer realmente o seu direito, já reconhecido, à cisão da empresa, preferindo uma discussão aparentemente eterna a respeito da necessidade ou não de se tornar indisponível ainda mais dinheiro daquela, enquanto a sociedade continua progredindo sob a administração dos adversários e distribuindo altos dividendos*.

– *A possibilidade prevista no art. 807 do CPC merece aplicação na presente hipótese. Conforme já referido, a presente medida cautelar sofreu uma completa desvirtuação de sua perspectiva, e a própria conduta dos requerentes demonstra que sua*

manutenção está servindo a interesses outros que não a garantia da eficácia do provimento jurisdicional.

– *O bloqueio de bens já cumpriu seu objetivo nesta instância e não há nada que indique, pela atual situação financeira da companhia a ser cindida, que esta não terá recursos para fazer honrar o compromisso firmado entre seus acionistas há praticamente dez anos*.

– *O que se extrai do atual momento processual, portanto, é que o tão propalado* periculum in mora *necessário à manutenção da liminar vem sendo sustentado artificialmente pelos próprios requerentes, que procuram prolongar desmedidamente a jurisdição do STJ quando esta não se faz mais necessária. Liminar revogada; medida cautelar extinta*" (QO na PET na MC 10102/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi).

"Recurso especial. Direito Processual Civil e Direito Societário. Acordo de acionistas. Execução específica de obrigações de fazer e de entregar coisa certa. Honorários. Art. 20, § 4º, do CPC. Apelação. Pedido de reforma integral da sentença de procedência. Alteração de ofício da base de cálculo dos honorários. Possibilidade. Art. 515, § 1º, do CPC. Improcedente do pedido cautelar e procedência do pedido principal. Possibilidade. Cisão parcial da sociedade. Legitimidade passiva da sociedade cindida.

– *A ação em que se busca o cumprimento de acordo de acionistas, por ensejar, via de regra, a execução específica de obrigações de fazer e de entregar coisa certa, não se confunde com a ação com pedido de condenação ao pagamento de determinado valor, razão pela qual os honorários advocatícios devem ser fixados de acordo com o § 4º, do art. 20, do CPC*.

– *Nos termos do art. 515, § 1º, do CPC, se na apelação há pedido de reforma integral da sentença de procedência, pode o Tribunal alterar a base de cálculo dos honorários, ainda que não haja pedido específico nesse sentido na apelação. Precedentes*.

– *A decisão de processo cautelar é sempre provisória, porquanto repousa sobre fatos que podem se alterar ao longo do processo principal. Por isso, ainda que a sentença proferida no processo principal tenha sido pela procedência dos pedidos, é possível*

julgar improcedente o pedido cautelar, em razão da alteração da situação fática na qual havia sido deferido.

– A sociedade também tem legitimidade passiva para a causa em que se busca o cumprimento de acordo de acionistas, porque terá que suportar os efeitos da decisão; como na espécie em que o cumprimento do acordo implicaria na cisão parcial da sociedade. Recursos especiais não conhecidos" (REsp 784267/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi).

"Recurso especial – Embargos de Declaração – Questão prejudicial – Alienação de participação societária – Sucessão processual – Art. 42 do SPC – Consentimento da ré-Denegação – *Ilegitimidade ativa originária – Manutenção – Substituição processual – Assistência Litisconsorcial – Admissibilidade – Resolução de acordo de acionistas – Antecipação de tutela – Ausência de interesse – Declaratórios – Omissão – Deficiência de fundamentação – Inocorrência-Princípio Geral de Direito – Alegação nova – Inviabilidade – Efeitos infringentes-Embargos rejeitados.*

1. Questão de ordem pública cuja análise se antecipa, ante a prejudicialidade quanto ao exame dos Declaratórios. Ausente a aquisição, por PETROQUISA, da própria empresa PRIMERA e, em consequência, sua extinção por incorporação ou fusão, remanesce íntegra sua personalidade jurídica, afastando-se a hipótese de sucessão processual obrigatória (art. 43 do CPC). Ao adquirir ações integrantes do capital da TRIUNFO, antes pertencentes à PRIMERA, sub-rogou-se PETROQUISA nos direitos decursivos destes valores mobiliários, notadamente, de participar e resolver o respectivo acordo de acionistas; destarte, alterada a titularidade da relação jurídica material, impõe-se a observância do art. 42 do CPC, pelo qual, in casu*: a) inviabiliza-se a sucessão processual de PRIMERA por PETROQUISA ante o não consentimento de PETROPLASTIC (art. 42, § 1º, do CPC); b) mantém-se a legitimidade ativa da alienante PRIMERA para prosseguir no feito em substituição processual à adquirente PETROQUISA, indeferindo-se a extinção do feito sem exame de mérito por perda superveniente de interesse de agir e legitimidade (art. 267, VI, do CPC); c) admite-se o ingresso de*

PETROQUISA no pleito de resolução do acordo de acionistas como assistente litisconsorcial de PRIMERA contra PETROPLASTIC, no estado em que se encontra.

2. Ainda previamente à análise dos aclaratórios, impõe-se o indeferimento do pleito de antecipação de tutela (art. 273, I e II, do CPC) para suspensão dos efeitos de cláusula do acordo de acionistas, por ausência de interesse processual. Deferida liminar em Cautelar – nº 1.245/RS –, para "suspender a prática de atos que configurem a execução provisória do julgado local, até que se julgue o recurso especial por esta Corte", inviabilizou-se a produção de efeitos pelo acórdão de origem, resolutivo do acordo de acionistas da TRIUNFO; julgado, porém, o Especial aos 13.5.2003, a Cautelar perdeu seu objeto, porque pugnava, unicamente, pela concessão de efeito suspensivo àquele, determinando-se, nesta assentada (7.12.2006), sua extinção. Cessando a suspensão dos efeitos do aresto originário, confirmado por esta Corte, adquire eficácia a desconstituição do acordo de acionistas, falecendo interesse ao pleito de antecipação de tutela que visava justamente à retirada de efeitos de cláusula do acordo cuja resolução passa a vigorar.

3. Inocorre omissão e, pois, nulidade por deficiência de fundamentação do aresto que motivadamente expôs as razões de não conhecimento do Especial, admitindo 'a resolução do acordo de acionistas por inadimplemento das partes, ou de inexecução em geral, bem como pela quebra da affectio societatis, *com suporte na teoria geral das obrigações'. Além de prescindível a explicitação do artigo de lei no qual contido o direito aplicado à espécie,* in casu, *é expresso o aresto quanto à incidência de princípios gerais de direito para o deslinde da controvérsia, conforme imposto pelos arts. 4º da LICC e 126 do CPC, quando necessária a integração do direito face a lacunas legais. Precedente. Ao aduzir suposta afronta ao art. 118, § 6º, da Lei nº 6.404/76, a embargante ignorou a natureza uniformizadora desta Corte, pelo que necessário o prequestionamento; não ventilado o dispositivo no aresto de origem, nem sequer aduzido na peça do Especial, tem-se alegação nova, cujo exame é inviável, porquanto defeso inovar em aclaratórios. Precedentes. Não caracterizadas*

as estritas hipóteses do art. 535 do CPC, autorizadoras do acolhimento dos declaratórios, resta nítida a pretensão infringente da embargante, visando ao reexame da causa, aspiração inviável, ausentes omissão, obscuridade ou contradição. Embargos rejeitados" (EDcl no REsp 388423/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini).

14.11.6.Direito de retirada[269]

Direito de retirada, ou de recesso, é a faculdade outorgada ao acionista, nas hipóteses legais,[270] de se desligar da sociedade e de ser reembolsado do valor do seu investimento na companhia. A lei prevê, taxativamente, as hipóteses ensejadoras do exercício do direito de retirada, a fim de evitar o risco e a instabilidade financeira da empresa. O *dies a quo*(termo inicial do exercício do direito de recesso) é o da publicação da ata da assembleia-geral que aprovar as matérias do art. 136, I a VI e IX, da LSA. O prazo para o dissidente de deliberação de assembleia especial[271] questionar a sua validade também se conta da publicação da respectiva ata. O direito de retirada é potestativo, irrenunciável e de ordem pública, do qual o acionista não pode ser privado nem mesmo pelo estatuto ou pela assembleia, sob pena de nulidade. O disposto no parágrafo único do art. 221 da LSA foi revogado pelo Código Civil, que trata especificamente das transformações das sociedades por ele regidas (v. Instrução Normativa DREI nº 14/2013).

É cediço que o direito de retirada se destina à preservação da empresa, pois permite a continuidade do negócio segundo a vontade da maioria. O direito de retirada é da essência da natureza contratual do mecanismo societário. Vivante sustenta tese contrária. Para ele, o direito de retirada é remédio e freio para os abusos da maioria. Na realidade, é um atributo da minoria, uma compensação pela não prevalência do seu entendimento na condução dos negócios da companhia. Adota-se aqui o significado lato de minoria, já que não abrange somente aqueles que possuem ações cujos votos não foram suficientes para fazer frente à modificação pretendida, mas às ações que, por sua natureza, não conferem poder de voto aos seus titulares. Entendo que as hipóteses que ensejam o direito de retirada têm de ser interpretadas literalmente. Não é incomum a retirada de acionistas provocar a dissolução da companhia em razão de sua descapitalização pelo pagamento do reembolso aos dissidentes. Por esse motivo, a lei faculta aos órgãos da administração da companhia o direito de convocar assembleia especial para ratificar ou reconsiderar a deliberação se entenderem que o pagamento do preço do reembolso das ações aos acionistas dissidentes que exerceram o direito de retirada porá em risco a estabilidade financeira da empresa (princípio da continuidade ou da preservação da empresa).[272] O

acionista deve comunicar sua dissidência à sociedade nos trinta dias subsequentes à publicação da ata da assembleia. A lei não exige forma solene ou especial. O direito de retirada somente pode ser exercido por quem era acionista na data da primeira publicação do edital de convocação da assembleia-geral. A iniciativa do exercício desse direito é sempre do acionista, nunca da companhia. Trata-se de uma declaração unilateral de vontade. Mesmo os acionistas ausentes ou abstinentes têm direito de recesso.

Nas hipóteses de fusão, incorporação ou participação da companhia em grupo de sociedades o titular de ação de espécie ou classe que tenha liquidez (quando a espécie ou classe de ação, ou certificado que a represente, integre índice representativo de carteira de valores mobiliários, admitido à negociação no mercado de valores mobiliários) e dispersão no mercado (quando o acionista controlador, a sociedade controladora ou outras sociedades sob seu controle detiverem menos da metade da espécie ou classe de ação) não pode exercer o direito de retirada.[273] O direito de retirada na cisão somente é admitido nas hipóteses do art. 137, III, "a", "b" e "c", da LSA, ou seja, quando a cisão implicar mudança do objeto social, salvo quando o patrimônio cindido for vertido para a sociedade cuja atividade preponderante coincida com a decorrente do objeto social da sociedade cindida, quando implicar redução do dividendo obrigatório ou participação em grupo de sociedades.

Diante de um pedido de retirada, a sociedade pode:

> –manter a decisão da assembleia e pagar ao acionista o valor do reembolso com base no art. 45 da Lei das Sociedades Anônimas;
> –convocar a assembleia-geral nos dez dias subsequentes ao término do prazo de 30 (trinta) dias para o exercício do recesso e reconsiderar ou ratificar a decisão que ensejou o recesso.

O acionista dissidente tem direito ao reembolso, que é a operação pela qual, nos casos previstos em lei, a companhia paga aos discordantes de deliberação da assembleia-geral o valor de suas ações.[274] O valor do reembolso pode ser estabelecido no estatuto, mas somente poderá ser inferior ao valor do patrimônio líquido constante do último balanço aprovado pela assembleia-geral se fixado com base no valor econômico da companhia, ou seja, sua perspectiva de rentabilidade futura.[275]

Na elaboração do balanço as contas são classificadas segundo os elementos do patrimônio que registrem, e agrupadas de modo a facilitar o conhecimento e a análise da situação financeira da companhia.[276] O § 1º do art. 178 da LSA fixa a ordem da disposição das contas:

"Art. 178 (...)

§ 1º No ativo, as contas serão dispostas em ordem decrescente de grau de liquidez dos elementos nelas registrados, nos seguintes grupos:

a) ativo circulante;

b) ativo realizável a longo prazo;

c) ativo permanente, dividido em investimentos, imobilizado, intangível e diferido".[277]

O art. 179, VI, da LSA define o que vem a ser ativo intangível: "os direitos que tenham por objeto bens incorpóreos destinados à manutenção da companhia ou exercidos com essa finalidade, inclusive o fundo de comércio adquirido".

O valor do reembolso poderá ser pago de duas formas:

a)à conta de lucros ou reservas, exceto a legal, hipótese em que as ações adquiridas pela própria companhia ficarão em tesouraria, sem redução do capital social;[278]

b)conta do capital social, com a respectiva substituição do acionista dissidente no prazo de cento e vinte dias, sob pena de redução compulsória do capital social, por excessivo.[279]

Na falência da companhia os acionistas dissidentes, credores pelo reembolso de suas ações, serão classificados como quirografários.[280] Se o ex-acionista já tiver recebido o reembolso à conta do capital social quando da decretação da falência da companhia, caberá ação revocatória para a restituição do valor pago com redução do capital social.[281]

***Sobre o tema*:**

"Sociedade anônima. Direito de recesso. Lei nº 6.404/76, art. 137. *O* direito de recesso *garante a posição do sócio minoritário quando ocorram modificações substanciais nos estatutos da sociedade, ou não seja diminuído o significado econômico resultante da titularidade das ações. Garante-se ao dissidente que dela se retira receber seus haveres na forma prevista em lei. O direito em questão assistirá a quem já seja sócio, quando convocada a assembleia*" (REsp 197.329-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro).

14.12.ÓRGÃOS DA SOCIEDADE[282]

Órgãos da sociedade (assembleia-geral, conselho de administração, diretoria e conselho fiscal) são os instrumentos da sua vontade.

14.12.1.Assembleia-geral[283]

É o órgão máximo de deliberação da sociedade. Tem poderes para decidir todos os negócios da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e ao seu desenvolvimento.[284] A mais das vezes, é órgão homologador de vontades do controlador. Trata-se de uma reunião de acionistas que deve obedecer, para sua validade, a formalidades legais.

O estatuto pode conferir poderes ao conselho de administração para deliberar sobre certas matérias, exceto aquelas previstas no art. 122 da LSA, que disciplina as matérias de competência privativa da assembleia-geral:

I – reformar o estatuto social;

II – eleger ou destituir, a qualquer tempo, os administradores e fiscais da companhia, ressalvado o disposto no inciso II do art. 142;

III – tomar, anualmente, as contas dos administradores e deliberar sobre as demonstrações financeiras por eles apresentadas;

IV – autorizar a emissão de debêntures, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 4º do art. 59;

V – suspender o exercício dos direitos do acionista (art. 120);

VI – deliberar sobre a avaliação de bens com que o acionista concorrer para a formação do capital social;

VII – autorizar a emissão de partes beneficiárias;

VIII – deliberar sobre transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia, sua dissolução e liquidação, eleger e destituir liquidantes e julgar-lhes as contas; e

IX – autorizar os administradores a confessar falência e pedir concordata.

O parágrafo único do art. 122 da LSA diz que, em caso de urgência, a confissão de falência ou o pedido de recuperação judicial poderá ser formulado pelos administradores com a concordância do acionista controlador, se houver, convocando-se imediatamente a assembleia-geral para manifestar-se sobre a matéria.

As deliberações tomadas na assembleia-geral não obrigam a companhia perante terceiros. Apenas autorizam a assunção de obrigações.

O art. 124 da LSA disciplina o modo de convocação e o local da assembleia. Sua inobservância gera a nulidade da assembleia, a menos que todos os acionistas compareçam, pessoalmente ou por meio de representante legal, com poderes especiais.

A assembleia pode ser ordinária, extraordinária ou especial.

14.12.1.1.Competência para a convocação da assembleia-geral[285]

Têm competência para a convocação da assembleia-geral:

–o conselho de administração (se houver) ou os diretores, na forma do estatuto;
–o conselho fiscal;
–qualquer acionista, se os administradores retardarem a convocação por mais de sessenta dias;
–os acionistas representantes de pelo menos 5% do capital social votante, se os administradores não atenderem, em oito dias, a pedido de convocação que apresentarem, devidamente fundamentado, com indicação das matérias a serem tratadas.

14.12.1.2.Espécies de assembleia

a) **Assembleia-geral ordinária**[286]

É um órgão deliberativo. A ata da reunião deverá ser arquivada no registro competente e publicada, ainda que em forma de extrato, com o resumo dos fatos. Deve ser convocada nos quatro primeiros meses seguintes ao término do exercício financeiro para apreciar matéria determinada em lei. Sua caracterização decorre do objeto. A doutrina diverge quanto às consequências de sua não convocação nesse lapso temporal. Modesto Carvalhosa[287] afirma que ela terá natureza jurídica de assembleia-geral ordinária convocada extraordinariamente. Sampaio Lacerda afirma que essa convocação tardia não tem nenhuma repercussão, a menos que se verifique algum prejuízo, no que serão responsáveis solidariamente os administradores e os membros do Conselho Fiscal. Para Rubens Requião[288] sua não convocação no prazo determinado levará à sua realização somente quando da assembleia-geral extraordinária.

Comungo do entendimento de Sampaio Lacerda.

b) **Assembleia-geral extraordinária**[289]

A lei somente especifica o objeto da assembleia-geral ordinária. A assembleia-geral extraordinária tem objeto residual e pode ou não ser instalada, a critério da sociedade. É possível a convocação conjunta das duas assembleias (ordinária e extraordinária) com instrumentalização em uma única ata. A assembleia extraordinária para reforma do estatuto somente pode ser instalada em primeira convocação com a presença mínima de dois terços dos acionistas com direito a voto. Em segunda convocação vale qualquer número.

c) **Assembleia especial**

Decisões da companhia que afetem certos direitos devem ser tomadas ou ratificadas em assembleias especiais, como, por exemplo, a assembleia de titulares de partes beneficiárias,[290] de acionistas preferenciais[291] etc.

d) **Assembleia de debenturistas**[292]

Tecnicamente esta assembleia não é uma reunião de acionistas. Não é próprio falar em assembleia de acionistas porque os titulares de debêntures são credores da sociedade, e não acionistas.

e) **Assembleia de constituição da sociedade**[293]

É uma assembleia de subscritores instalada para o fim específico de criar a sociedade.

14.12.1.3.Formalidades de convocação[294]

A convocação da assembleia-geral deve ser dar através de anúncio publicado por 3 (três) vezes, no mínimo, contendo, além do local, data e hora da assembleia, a ordem do dia, e, no caso de reforma do estatuto, a indicação da matéria.[295]

As convocações observarão as seguintes regras:

> •A primeira convocação da assembleia-geral de companhia fechada deve ser feita com 8 (oito) dias de antecedência, no mínimo, contado o prazo da publicação do primeiro anúncio; não se realizando a assembleia, será publicado novo anúncio, de segunda convocação, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias.[296]
>
> •A primeira convocação da assembleia-geral de companhia aberta deve ser feita com 15 (quinze) dias de antecedência; não se realizando a assembleia o prazo da segunda convocação é de 8 (oito) dias.[297]

Em regra a assembleia-geral deve ser realizada no edifício onde da sede da companhia. Quando, por motivo de força maior, os anúncios devem indicar de forma clara e precisa o lugar da reunião, que em nenhum caso poderá realizar-se fora da localidade da sede.[298]

Nas companhias fechadas o acionista que represente 5% (cinco por cento), ou mais, do capital social, pode requerer expressamente à companhia que sua convocação seja feita por telegrama ou carta registrada, expedidos com a antecedência prevista no § 1º, do art. 124 da LSA, com a indicação do endereço completo e do prazo de vigência do pedido, que não pode ser superior a 2 (dois) exercícios sociais previsto no § 1º. A

inobservância dessas regras confere ao acionista o direito de haver dos administradores da companhia indenização pelos prejuízos sofridos.[299]

A inobservância das formalidades legais pode determinar a anulação da assembleia-geral, contudo, considera-se regular a assembleia-geral a que comparecerem todos os acionistas.[300]

A Comissão de Valores Mobiliários poderá, a seu exclusivo critério, mediante decisão fundamentada de seu Colegiado, a pedido de qualquer acionista, e ouvida a companhia:[301]

I – aumentar, para até 30 (trinta) dias, a contar da data em que os documentos relativos às matérias a serem deliberadas forem colocados à disposição dos acionistas, o prazo de antecedência de publicação do primeiro anúncio de convocação da assembleia-geral de companhia aberta, quando esta tiver por objeto operações que, por sua complexidade, exijam maior prazo para que possam ser conhecidas e analisadas pelos acionistas; (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

II – interromper, por até 15 (quinze) dias, o curso do prazo de antecedência da convocação de assembleia-geral extraordinária de companhia aberta, a fim de conhecer e analisar as propostas a serem submetidas à assembleia e, se for o caso, informar à companhia, até o término da interrupção, as razões pelas quais entende que a deliberação proposta à assembleia viola dispositivos legais ou regulamentares.

É importante destacar que as companhias abertas devem enviar, na data da publicação do anúncio de convocação da assembleia, à bolsa de valores em que suas ações forem mais negociadas, os documentos postos à disposição dos acionistas para deliberação na assembleia-geral.[302]

Considera-se presente em assembleia-geral, para todos os efeitos desta Lei, o acionista que registrar a distância sua presença, na forma prevista em regulamento da Comissão de Valores Mobiliários[303].

*14.12.1.4.*Quoruns *de instalação e deliberação*

Em relação aos *quoruns*, segue o quadro sinótico para melhor compreensão:

QUORUM	INSTALAÇÃO	DELIBERAÇÃO
GERAL	A assembleia-geral deve ser instalada em primeira convocação, com a presença de acionistas que representem, no mínimo, 1/4 (um quarto) do capital social com direito de voto; em segunda convocação	As deliberações da assembleia-geral, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco.[305]

	instalar-se-á com qualquer número.[304]	
QUALIFICADO	A assembleia-geral extraordinária que tiver por objeto a reforma do estatuto somente se instalará em primeira convocação com a presença de acionistas que representem 2/3 (dois terços), no mínimo, do capital com direito a voto, mas poderá instalar-se em segunda com qualquer número.[306]	É necessária a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto, se maior *quorum* não for exigido pelo estatuto da companhia cujas ações não estejam admitidas à negociação em bolsa ou no mercado de balcão, para deliberação sobre:[307] I – criação de ações preferenciais ou aumento de classe de ações preferenciais existentes, sem guardar proporção com as demais classes de ações preferenciais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto;[308-309] II – alteração nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida; [310-311] III – redução do dividendo obrigatório; IV – fusão da companhia, ou sua incorporação em outra; V – participação em grupo de sociedades (art. 265); VI – mudança do objeto da companhia; VII – cessação do estado de liquidação da companhia; VIII – criação de partes

		beneficiárias; IX – cisão da companhia; X – dissolução da companhia.
COMPANHIAS ABERTAS		A Comissão de Valores Mobiliários pode autorizar a redução do *quorum* previsto no art. 136 da LSA, no caso de companhia aberta com a propriedade das ações dispersa no mercado, e cujas 3 (três) últimas assembleias tenham sido realizadas com a presença de acionistas representando menos da metade das ações com direito a voto. Neste caso, a autorização da Comissão de Valores Mobiliários será mencionada nos avisos de convocação e a deliberação com quorum reduzido somente poderá ser adotada em terceira convocação. Esta disposição aplica-se também às assembleias especiais de acionistas preferenciais de que trata o § 1o do art. 136, da LSA.

14.12.2.Administração da companhia

O art. 138 da Lei das Sociedades Anônimas diz que a administração da companhia compete ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria, segundo o que estiver nos estatutos. Os poderes conferidos por lei aos órgãos de administração não podem ser outorgados a outro órgão,[312] além de serem indelegáveis. Os membros da administração são nomeados e destituíveis a qualquer tempo pela assembleia-geral,[313] diferentemente das sociedades de economia mista, em que a eleição e a destituição devem ser feitas em assembleia-geral determinada pelo ente público que os elegeu.

Como observa Modesto Carvalhosa,[314] a administração da companhia pode ser ordinária ou extraordinária. Dá-se gestão ordinária quando a decisão dos diretores não depende de deliberação prévia do Conselho de Administração ou Assembleia-Geral. Já a gestão extraordinária pressupõe prévia deliberação desses órgãos, como, por exemplo, a oneração de bens do ativo permanente da sociedade.

O art. 51 VI, da Lei de Falências exige como um dos requisitos da petição inicial da recuperação judicial a juntada das relações dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores. A meu ver, a lei criou verdadeiro empecilho para a concessão da recuperação. O momento processual adequado deveria ser deslocado, se necessário, para a fase da apresentação do plano de recuperação pelo devedor. Essa exigência poderá ensejar fraude a fim de resguardar o patrimônio de seus controladores e administradores que, uma vez divulgado, pode ser objeto de constrição imediata (teoria da desconsideração da personalidade jurídica) para satisfação de dívidas da sociedade. O legislador confundiu a figura do empresário com a dos sócios.

14.12.2.1.Conselho de administração[315]

É um órgão colegiado, coletivo, de deliberação e fiscalização internas da sociedade. Por ser um órgão de decisão colegiada suas deliberações pressupõem a convocação e quoruns de instalação e deliberação.[316] Ocupa uma posição intermediária entre a assembleia-geral e a diretoria. Não obriga externamente a sociedade. Sua atuação ocorre no âmbito interno da companhia, diferentemente da diretoria, que obriga a companhia perante terceiros. Os conselheiros não assumem obrigações em nome da sociedade.

O conselho tem as seguintes atribuições:

a) **eleitoral** – eleger os membros da diretoria;

b) **fiscalização dos atos dos administradores**;

***Sobre o tema*:**

"Direito processual civil e comercial. Ação cautelar de exibição de livros. (...) O exercício individual das atribuições conferidas pelo art. 142, III, da Lei n.º6.404/1976, ao conselho de administração, é decorrência lógica das funções de fiscalização inerentes ao órgão colegiado. Recurso especial não conhecido" (REsp512.418/SP,Rel.Min.NancyAndrighi).

c)**deliberativa** – fixação da orientação dos negócios gerais da companhia[317];

Os administradores assumem obrigações para com a companhia, que devem ser superiores às obrigações que têm para a defesa dos direitos de sua classe ou grupo.[318]

O conselho compõe-se no mínimo de três membros eleitos pela assembleia-geral e por ela destituíveis a qualquer tempo. O mandato é de três anos, permitida a reeleição. São demissíveis *ad nutum* e a destituição de um membro implica a dos demais. O conselho de administração somente é obrigatório nas companhias abertas, nas de capital autorizado e nas sociedades de economia mista.[319] O conselho delibera por maioria de votos. O art. 142 da LSA define a sua competência:

"Art. 142. Compete ao conselho de administração:

I – fixar a orientação geral dos negócios da companhia;

II – eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto;

III – fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos;

IV – convocar a assembleia-geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132;

V – manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria;

VI – manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir;

VII – deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição;

VIII – autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo não circulante, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros;

IX – escolher e destituir os auditores independentes, se houver".

O rol de poderes é taxativo e a competência, indelegável. Os impedimentos dos conselheiros estão no art. 147 da LSA. Pessoas jurídicas não podem ser membros do conselho de administração. Entendo que a divergência existente na subsidiária integral[320] – companhia que tem como único acionista uma sociedade brasileira – foi superada pela alteração do art. 146 da LSA, com a redação da Lei nº 12.431/2001, em que os membros do conselho podem ou não ser acionistas. Dessa forma, o conselho de administração pode ser formado pelos próprios acionistas (pessoas naturais) que compõem a*holding*.

Questão relevante é a do empregado eleito membro do conselho[321], em atenção às boas políticas de governança corporativa. A discussão já era acirrada quando da eleição de empregado para ocupar cargo de diretoria. O Tribunal Superior do Trabalho pacificou entendimento no E. nº 269/TST, ao dispor que a eleição do empregado a cargo de diretor*suspende* o contrato de trabalho, não se computando o tempo do mandato para nada, exceto se,

mesmo diretor, continuar subordinado a outros diretores. Sou da opinião de que, em relação ao empregado membro do conselho, a situação é rigorosamente a mesma, pois embora o âmbito de atuação desse órgão seja interno, há total incompatibilidade na acumulação do cargo, mantida a condição de empregado.

***Sobre o tema*:**

"(...) Faz-se necessária a verificação da existência ou não de vínculo empregatício entre os empregados eleitos diretores pelo Conselho de Administração da S/A – cujos contratos de trabalho ficaram suspensos enquanto no exercício da direção – e a instituição financeira em tela.

O Juízo *a quo*, a partir do exame da prova carreada ao processo, concluiu que a atividade desenvolvida pelos empregados eleitos diretores pelo Conselho de Administração da S/A no período objeto da atuação fiscal não se amolda aos requisitos traçados pelo art. 3º da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, formadores da relação de emprego, cujo teor é o seguinte:

(...)

Assim, para caracterizar-se a relação laboral são necessários: a) prestação de serviços; b) não eventual; c) com subordinação; d) mediante salário. No caso vertente, tenho que carece a relação estabelecida entre o banco e os empregados eleitos diretores (cujos contratos de trabalho foram sobrestados), no período objeto da atuação fiscal, do requisito da subordinação, porquanto laboravam com grau de autonomia/independência para deliberar acerca de assuntos relacionados à atividade empresarial incompatível com a condição de empregado. Nesse sentido orientou-se o Julgador singular, que procedeu à minuciosa análise da controvérsia instaurada nos autos.

(...)

Portanto, tenho que não estão presentes os elementos necessários para a caracterização do vínculo empregatício, motivo por que são indevidas as contribuições previdenciárias cobradas no período de 12/91 a 04/96, época em que esteve em vigência o art. 22, inc. I, da Lei n. 8.212/91.

A controvérsia acerca da constitucionalidade da exação instituída pela Lei n. 7.787/89 (art. 3º, inc. I) e mantida pela Lei n. 8.212/91 (art. 22, inc. I) restou pacificada quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 166.772-9, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a expressão 'autônomos e administradores' contida no inciso I do art. 3º da Lei n. 7.787, de 1989. Da mesma forma aquela Suprema Corte, no julgamento das ADINs n. 1102-2, 1108-1 e 1116-2, declarou a inconstitucionalidade das expressões N esteira deste entendimento, este Tribunal editou a Súmula n. 44, com o seguinte enunciado: 'É inconstitucional a contribuição previdenciária sobre o pro labore dos administradores, autônomos e avulsos, previstas nas Leis 7.787/89 e 8.212/91.' (DJ de 14.01.98) Portanto, reconhecida a inexistência de vínculo empregatício entre o banco e os empregados eleitos pelo Conselho de Administração pra ocupar cargos de direção, afigura-se inconstitucional a exigência combatida no período de 12/91 a 04/96, devendo ser desconstituída a NFLD n. 32.500.882-5 no que tange aos fatos geradores ocorridos nesse período.

Com efeito, verifica-se que, para decidir acerca da natureza da relação existente entre os diretores e banco recorrido (empregatícia ou não) a fim de aferir a legalidade da exigência da contribuição previdenciária sobre a remuneração dos referidos diretores, o acórdão recorrido e a sentença de primeiro grau basearam-se em premissas fáticas constantes dos autos, perquirindo vários aspectos da relação profissional, tais como: existência de subordinação, participação do risco da empresa, remuneração variável, poderes de mando e gestão, etc.

Desse modo, qualquer conclusão em sentido contrário ao que decidiu o aresto atacado implica o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que se mostra inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ: 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial'" (REsp nº 547.546-PR (2003/0105673-6) Rel. Min. João Otávio de Noronha).

Há dissenso na doutrina quanto à natureza jurídica dos poderes da administração da sociedade:

a)para a **teoria contratualista** a representação da companhia pelos administradores deriva de mandato;
b)para a **teoria institucionalista** os poderes conferidos aos administradores são oriundos de um ato jurídico coletivo em que a administração está inserida na própria essência da pessoa jurídica;
c)para a **teoria organicista** os poderes conferidos aos administradores decorrem da própria lei. São os administradores que presentam a sociedade perante terceiros. Subsumem-se na própria figura da sociedade, como se fossem sua longa manus. Filio-me a essa última corrente.

14.12.2.1.1.Voto múltiplo[322]

O art. 141 da LSA disciplina o voto múltiplo. Esse tipo de voto é específico para a eleição de membros do conselho. É uma faculdade conferida aos acionistas que representem, no mínimo, 10% do capital com direito a voto, e consiste na possibilidade de atribuir-se a cada ação tantos votos quantos forem os membros do conselho, garantindo ao acionista o direito de cumular os votos em um só candidato ou de distribuí-los entre vários outros. Não fere a regra do art. 110 da LSA, em que a cada ação ordinária deve ser atribuído um único voto, pois somente se multiplica o número de ações pelo número de membros do conselho, não se atribuindo mais de um voto a cada ação. Na verdade, o voto múltiplo assegura à minoria o direito de eleger algum ou alguns membros do conselho, o que dificilmente aconteceria pelo processo ordinário de eleição (processo em que a eleição é feita por chapa e os acionistas votam em bloco, para todos os cargos). Difere do voto plural, em que cada voto corresponde a um só cargo, e não à chapa (todos os cargos). Para Tavares Borba,[323] "(...) o processo do voto múltiplo tem o mérito de quebrar o poder monolítico da maioria, permitindo que a minoria se integre ao conselho de administração". Para Modesto Carvalhosa,[324] "o voto múltiplo atua como método para concentrar votos, a fim de matematicamente possibilitar a representação dessa minoria significativa no Conselho de Administração. O voto múltiplo assegura a representação de outros interesses que não o dos controladores no Conselho de Administração, fazendo prevalecer o interesse social sobre o grupo dominante de acionistas".

Para mim, o voto múltiplo atende ao espírito da governança corporativa.

Por exemplo: uma companhia tem o seu capital dividido em 12 mil ações entre os acionistas "A" (6.500 ações), "B" (2.100 ações) e "C" (3.400 ações), sendo seis o número de cargos a preencher do conselho de administração. No processo ordinário, a eleição é feita por chapa, em bloco, hipótese em que o acionista "A" elegeria a totalidade dos membros. No

processo do voto múltiplo, as ações dos acionistas seriam multiplicadas pelo número de cargos a preencher.

Acionista A – 6.500 ações × 6 = 39.000 ações
Acionista B – 2.100 ações × 6 = 12.600 ações
Acionista C – 3.400 ações × 6 = 20.400 ações

Assim, o acionista "A" teria 39.000 ações, o acionista "B" 12.600 ações e o acionista "C", 20.400 ações. Teríamos um total de 72.000 votos a serem distribuídos, de forma isolada ou cumulada, entre os seis cargos a preencher. Caso o acionista controlador dividisse o número de seus votos por seis, os acionistas "B" e "C", dependendo da forma de votação, elegeriam pelo menos um membro cada um. Se concentrassem todas as ações (12.600 + 20.400 = 33.000) em um só candidato, conseguiriam eleger três membros.

É conveniente ressaltar que *não se trata* de operação aritmética, sem maiores consequências práticas. Vejamos:

1ª HIPÓTESE

Acionista A – 6.500 ações
Acionista B – 2.100 ações
Acionista C – 3.400 ações

Ainda que a eleição dos membros do conselho não se desse por chapas, se apenas dividíssemos o número das ações pelo número de membros do conselho de administração teríamos sempre uma dízima periódica, como por exemplo, as 6.500 ações do acionista A, se divididas por seis vagas, equivaleriam a 1083,33333 ações. Da mesma forma, as 3.400 ações do acionista C, se divididas por seis vagas, resultariam em um total de 566,6666 ações.

2ª HIPÓTESE

Acionista A – 6.500 ações × 6 = 39.000 ações
Acionista B – 2.100 ações × 6 = 12.600 ações
Acionista C – 3.400 ações × 6 = 20.400 ações

Com o voto múltiplo, as 6.500 ações do acionista A, se multiplicadas por seis (número de vagas), somariam 39.000 ações que, divididas pelo número de vagas (seis), ao invés de dízima periódica, resultariam em 650 ações. Da mesma forma, as 12.600 ações do acionista B equivaleriam a 2.100 ações.

Com a nova redação desse artigo inovaram-se as normas relativas à eleição e destituição de representantes das chamadas minorias, os titulares de ação com direito a voto, que não compunham o grupo de controle, e os

titulares de ações preferenciais sem direito a voto. O texto antigo previa que o direito de voto da minoria estaria condicionado à circunstância de que o número de membros do conselho fosse inferior a cinco e à detenção de pelo menos 20% da participação acionária com direito a voto. O texto vigente reduziu a participação acionária a 15% e eliminou qualquer limite de membros do conselho.

O art. 141, § 4º, da LSA disciplina o voto em separado. Por meio dele os acionistas terão direito de eleger e destituir um membro do conselho de administração e seu suplente, observadas as seguintes regras:

> I – de ações de emissão de companhia aberta com direito a voto, que representem, pelo menos, 15% (quinze por cento) do total das ações com direito a voto; e
> II – de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito de emissão de companhia aberta que representem, no mínimo, 10% (dez por cento) do capital social, que não houverem exercido o direito previsto no estatuto.

As atribuições do conselho de administração encontram-se no art. 142 da LSA.

14.12.3.Diretoria[325]

A administração da companhia pode ser exercida pelo conselho de administração ou pela diretoria. A diretoria é o órgão de existência obrigatória da companhia, executivo da vontade da sociedade, obrigando-a interna e externamente. Detém a sua representação privativa. Compõe-se de dois ou mais diretores eleitos e destituíveis ad nutum pelo conselho de administração ou, se inexistente, pela assembleia-geral. A lei não exige que o diretor seja acionista. O mandato é de três anos, permitida a reeleição. A diretoria não é órgão de deliberação colegiada, mas admite-se que o estatuto preveja a deliberação em conjunto em determinadas decisões.[326]

A remuneração dos diretores é fixada pela assembleia-geral.[327] Além da remuneração, o estatuto pode prever a participação nos lucros (parte variável) nas companhias em que o dividendo obrigatório seja fixado em 25% (vinte e cinco por cento) ou mais do lucro líquido, desde que essa participação não exceda a remuneração anual dos diretores, ou 10% dos lucros, prevalecendo o critério de menor valor. Os diretores somente podem receber a remuneração fixada no estatuto se a sociedade tiver pago aos acionistas o dividendo obrigatório. Se o dividendo obrigatório for inferior a 25% do lucro líquido os diretores não terão direito à participação nos lucros.

Há divergência sobre a natureza jurídica da diretoria na estrutura da sociedade. Entende-se que membros de diretoria são mandatários da sociedade, administradores ou seus representantes. Sustento ser um órgão da sociedade, que *presenta* a sua vontade.

14.12.3.1.Normas comuns aos administradores

São deveres dos administradores:

a)**dever de diligência**[328] – o administrador da companhia deve empregar no exercício de suas funções o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios;

***Sobre o tema*:**

"SESSÃO DE JULGAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº 25/03. Ementa: Não convocação de Assembleia-Geral Extraordinária da Telemar para tratar da compra da Oi. Absolvição. O administrador de companhia aberta deve empregar no exercício de suas funções o cuidado e a diligência que todo homem probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios. Dever de diligência, dever de agir no interesse da companhia e dever de lealdade". (...)

b)**dever de zelar pelos fins sociais e interesses da companhia**[329] – o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.[330] A governança corporativa pressupõe o equilíbrio entre o interesse privado e o coletivo, social. A meu ver o descumprimento desse dever implica abuso do direito do controlador.

c)**dever de lealdade**[331] – o administrador deve servir à companhia e manter reserva sobre seus negócios. O § 4º do art. 155 da Lei das Sociedades Anônimas proíbe a utilização de informação relevante, ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha acesso, com a finalidade de auferir vantagem ou evitar prejuízos para si ou para outrem no mercado de valores mobiliários. A utilização de informações

privilegiadas pelos administradores nas companhias abertas caracteriza *insider trading*[332]. Nesses casos, o administrador[333] responderá no âmbito civil pelos prejuízos que causar e, no penal, conforme o disposto no art. 27-D da Lei nº 6.385/1976, que qualifica como crime a utilização de "informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários".

É importante destacar que os *insiders* possuem acesso direto a informações privilegiadas, enquanto os chamados *tippees* obtêm a partir de informações repassadas pelos *insiders*.

Para Daniel Entrena Ruiz,[334] "*En primer lugar, dado el ámbito subjetivo de aplicación de la infracción, puede ser autor cualquier persona que la use independientemente de cómo la haya obtenido. (...) Desde el momento que una persona lleve a cabo una operación empleando información privilegiada de forma dolosa, o culposa si ha accedido a ella por su puesto profesional, es responsable de la infracción administrativa de uso ilegal de información privilegiada"*.

Por fato relevante entenda-se qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembleia-geral ou dos órgãos de administração da companhia aberta ou qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado aos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, os incisos elencados no art. 2º da Instrução da CVM nº 358/2002.[335]

***Sobre o tema*:**

"Negociações de valores mobiliários realizadas por advogados que tiveram acesso, no exercício de sua profissão, a informações sobre negócios dos emissores (*insider trading)*. Absolvição e multa.

Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e no artigo 11 da Lei nº 6.385/1976, por unanimidade de votos decidiu:

1. Condenar X à pena de multa pecuniária no valor de R$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), por infração ao artigo 155, § 4º, da Lei nº 6.404/76, e ao art. 13, § 1º, da Instrução CVM nº 358/02;

2. Absolver Y das imputações que lhe foram feitas e determinar que se comunique o resultado do julgamento à Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro e que se remeta cópia das peças dos autos à Ordem dos Advogados do Brasil, nas Seccionais em que sejam inscritos os acusados" (Sessão de julgamento do processo administrativo sancionador, CVM nº 4/04).

"Utilização indevida de informação privilegiada relacionada à alienação do controle acionário da Bahema Equipamentos S.A. Infrações às Instruções CVM nºs 31/84, 358/02 e à Lei nº 6.404/76 Advertência, Multa e Absolvição.

Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e na legislação aplicável, decidiu:

1) por maioria de votos, aplicar ao acusado Carlos Eduardo Affonso Ferreira, com fundamento no art. 11, inciso I, da Lei nº 6.385/76, a pena de advertência, pelo descumprimento dos artigos 10 e 11 da Instrução CVM nº 31/84, art. 13, "caput", da Instrução CVM nº 358/02, e 155, § 1º, da Lei nº 6.404/76.

2) por unanimidade de votos, aplicar ao acusado Daniel Benasayag Birmann, com fundamento no art. 11, inciso II, e seu § 1º, inciso III, da Lei nº 6.385/76, a pena de multa pecuniária no valor de R$ 652.083,62 (seiscentos e cinquenta e dois mil, oitenta e três reais e sessenta e dois centavos), por infração ao disposto no § 4º do art. 155 da Lei nº 6.404/76, e no § 1º do art. 13 da Instrução CVM nº 358/02. (...)" (Sessão de julgamento do processo administrativo sancionador, CVM nº 24/05).

Comungo do entendimento de Modesto Carvalhosa[336] quando diz que a responsabilidade do agente no insider trading é objetiva. Dispensam-se o nexo entre a ação ou omissão e o prejuízo ou dano sofrido pela companhia. Para esse autor, a fraude é objetiva, como ocorre na hipótese do art. 129 da Lei de Falências. A meu ver, o *insider trading* está tipificado nos arts. 177 do Código Penal e 169 da Lei de Falências.

d)**dever de informar**[337] – ao firmar o termo de posse o administrador de companhia aberta deve declarar o número de ações, bônus de subscrição, opção de compra de ações e debêntures conversíveis em ações de emissão da companhia e de sociedades controladas, ou do

mesmo grupo, de que seja titular. O dever de informar é específico para as companhias abertas, em que há maior necessidade de esclarecimentos aos acionistas, com a comunicação de fatos relevantes. A transparência (full and fair disclousure) é a essência desse dever. O dever de informar imposto aos administradores tem por escopo a tutela, a autoproteção da coletividade e do público investidor para a ciência inequívoca da situação da sociedade a fim de permitir avaliação dos riscos e benefícios.

Ao fim de cada exercício social compete à diretoria elaborar, com base na escrituração mercantil da companhia, as demonstrações financeiras exigidas pelo art. 176 da LSA:

"Artigo 176. (...)

I – balanço patrimonial;

II – demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados;

III – demonstração do resultado do exercício;

IV – demonstração dos fluxos de caixa;[338] e

V – se companhia aberta, demonstração do valor adicionado.[339]

As demonstrações financeiras devem exprimir com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício. As demonstrações financeiras registrarão a destinação dos lucros segundo a proposta dos órgãos da administração, no pressuposto de sua aprovação pela assembleia-geral,[340] podendo a CVM, a seu critério, disciplinar de forma diversa o registro de que trata o § 3º deste artigo.[341]

A companhia fechada, com patrimônio líquido inferior a R$2.000.000,00 (dois milhões de reais) na data do balanço, não é obrigada à elaboração e publicação da demonstração dos fluxos de caixa.[342]

14.12.3.2.Responsabilidade civil dos administradores[343]

Por ato regular de gestão, conselheiros e diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da companhia. Respondem, porém, civil e penalmente[344] pelos prejuízos causados quando agirem com culpa ou dolo[345] ou violarem a lei ou o estatuto.[346] Na primeira hipótese, a responsabilidade dos administradores é subjetiva, do tipo clássico,[347] ou seja, depende da prova da culpa ou dolo, isto é, da vontade do agente, efetivo prejuízo causado pela conduta lesiva e nexo causal entre a conduta e o dano. Neste caso, o autor da ação de responsabilidade em face do administrador tem o ônus da prova.

Admito a responsabilidade subjetiva, com inversão do ônus da prova, na hipótese do art. 158, II, da Lei das Sociedades Anônimas.

Segundo Fábio Ulhoa,[348] a responsabilidade dos administradores, nessa hipótese, é subjetiva do tipo clássico:

"(...) a Lei das Sociedades por Ações, no art. 158, menciona duas hipóteses de responsabilidade civil dos administradores de companhias: uma relacionada aos prejuízos causados por sua culpa ou dolo, ainda que sem exorbitância de poderes e atribuições (inciso I), e a outra pertinente à violação da lei ou do estatuto (inciso II). Em relação à primeira, é unânime a doutrina ao afirmar que a previsão legal imputa aos administradores responsabilidade subjetiva do tipo clássico, isto é, ao demandante cabe a prova do procedimento culposo do demandado. Quanto à segunda, no entanto, predomina largamente o entendimento de que cuida a hipótese legal de responsabilidade subjetiva com presunção de culpa, havendo também quem a considere objetiva".

Tavares Borba[349] e Modesto Carvalhosa[350] divergem. Quando o administrador agir em conformidade com as hipóteses do art. 158, II, da LSA não se indagará a respeito da efetiva ocorrência de culpa posto que esta se presume como consequência do fato ou da infração cometida. Por serem encargos legais, a responsabilidade será objetiva.

14.12.3.3.Ação de responsabilidade

Em regra, os administradores não são pessoalmente responsáveis pelos atos ilícitos de outros administradores, salvo nas hipóteses em que a lei institui responsabilidade solidária.[351]

A lei prevê um prazo prescricional de três anos para que a sociedade proponha a ação.[352] Quanto à legitimidade para propositura da ação devem ser observadas as seguintes regras:

> a)compete à companhia (ação social uti universi), mediante prévia deliberação da assembleia-geral, ajuizar a ação competente em face do administrador pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. Essa é uma competência principal, legitimação ordinária.[353]

***Sobre o tema*:**

(...) Porém, o *Min*. Relator destacou que o art. 159 da mencionada lei 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. (...) Não havendo prova de tal autorização por parte da assembleia-geral, o Min. Relator entendeu correta a decisão do tribunal a quo ao extinguir o feito sem julgamento do mérito, por ausência de legitimidade

ativa (art. 267, VI, do CPC). Diante disso, a Turma negou provimento ao recurso" (REsp 882.782-RN, Rel. Min. Massami).

b)qualquer acionista poderá promover a ação em nome próprio, em defesa de direito alheio (ação social uti singuli), se essa não for proposta no prazo de três meses contados da deliberação da assembleia-geral. Para Modesto Carvalhosa[354] trata-se de legitimação sui generis, extraordinária ou anômala, à medida que a parte admitida em juízo não é titular do direito material objeto da ação (substituição processual na ação uti universi). Conforme Carvalhosa,[355] citando Miranda Valverde, "a ação social, seja intentada diretamente pela companhia, seja substitutivamente pelos acionistas, visa a restabelecer o equilíbrio interno da pessoa jurídica, colhendo esta os benefícios do processo e as respectivas reparações." A meu ver, trata-se de substituição processual derivada.

Os resultados da ação promovida por acionistas devem ser deferidos à companhia, cabendo a indenização, até o limite do resultado da ação, por todas as despesas, correção e juros dos dispêndios realizados.[356]

c)se a assembleia-geral deliberar pela não propositura da ação de responsabilidade, podem fazê-lo os acionistas que representem pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social.[357] A ação passa a ser *uti singuli*. A lei confere legitimidade aos acionistas quando de deliberação social negativa. O acionista ingressa em juízo em nome próprio, na defesa de direito da companhia. Para Carvalhosa,[358] não é hipótese de substituição processual. Ouso discordar. Há substituição processual autônoma, pois, nesse caso, o acionista age em nome próprio, na defesa do interesse da sociedade, em razão de decisão assemblear negativa quanto à propositura da ação de responsabilidade em face do administrador. Igualmente, os resultados da ação promovida pelos acionistas devem ser deferidos à companhia, devendo, esta, indenizá-los, até o limite dos resultados, de todas as despesas em que tiverem incorrido, inclusive correção monetária e juros.[359]

d)a lei admite a propositura da ação por qualquer acionista[360] ou terceiro (em nome próprio)[361] diretamente prejudicado por ato do administrador.[362] É hipótese de legitimidade ordinária. Os resultados da ação proposta devem ser revertidos ao autor (ação individual).

***Sobre o tema*:**

"(...) Os danos diretamente causados à sociedade, em regra, trazem reflexos indiretos a todos os seus acionistas. Com o ressarcimento dos prejuízos à companhia, é de se esperar que as perdas dos acionistas sejam revertidas. Por isso, se os danos narrados na inicial não foram diretamente causados aos acionistas minoritários, não detém eles legitimidade ativa para a propositura de ação individual com base no art. 159, § 7º, da Lei das Sociedades por Ações." (REsp 1014496/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi).

O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.[363]

***Em resumo*:**

AÇÃO DE RESPONSABILIDADE	HIPÓTESES	TIPO	ÔNUS DA PROVA	LEGITIMIDADE	RESULTADOS DA AÇÃO
	Art. 158, I, LSA	Responsabilidade subjetiva	Autor – Teoria clássica do ônus da prova	1) Própria cia – legitimidade ordinária[364] (ação social *uti universi*). 2) Qualquer acionista quando de deliberação positiva da assemblei	1) Deferidos à cia.[369] 2) Deferidos à Cia.[370] 3) Deferidos

				a e inércia da Cia.[365] – legitimidade extraordinária (ação social *uti singuli*). 3) Acionista titular de, no mínimo, 5% do capital social, quando da deliberação negativa da assembleia-geral[366] – legitimidade extraordinária (ação social*uti singuli*). 4) Acionista diretamente prejudicado por ato do administrador – legitimidade ordinária[367] (ação individual). 5) Terceiro diretament	à Cia.[371] 4) Deferidos ao autor da ação. 5) Deferidos ao autor da ação.

				e prejudicado por ato do administrador – legitimidade ordinária[368] (ação individual).	
	Art. 158, II	Controvérsia a) Responsabilidade objetiva.[372] b) esponsabilidade subjetiva do tipo clássico.[373] c) esponsabilidade subjetiva com presunção de culpa.[374]	Controvérsia a) Autor – Teoria clássica do ônus da prova. b) Réu – Inversão do ônus da prova.		

***Sobre o tema*:**

"Comercial. Prescrição. Sociedade anônima. Aprovação das contas dos administradores.

A aprovação das contas pela assembleia-geral implica quitação, sem cuja anulação os administradores não podem ser chamados à responsabilidade. Recurso especial não conhecido" (REsp 257573/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior).

"Processual civil e empresarial. Ação ordinária. Responsabilidade civil. Sociedade anônima. Ato de seus

administradores. Legitimidade ativa. Ausência de prévia deliberação da assembleia-geral. Consequência.

Somente a companhia administrada ou seus acionistas têm legitimidade ativa para a ação que busca indenização por ato de seus administradores. A propositura da ação, no entanto, subordina-se á prévia deliberação da assembleia-geral, nos exatos termos do art. 159 da Lei nº 6.404/76" (Apelação Cível nº 2004.001.13955, Des. Marlan Marinho).

"Direito Comercial. Sociedade por ações. Ação anulatória de deliberação de assembleia-geral e ação de responsabilidade do administrador. Prescrição. Contagem do prazo. Lei nº 6.404, de 15/12/1976, arts. 134, § 3º, 159, 286 e 287, II, b, 2. Interpretação.

I – Considera-se prescrita a ação de responsabilidade de administrador que teve suas contas aprovadas sem reservas pela assembleia-geral, se esta não foi anulada dentro do biênio legal, mas só posteriormente, por deliberação de outra assembleia-geral, a partir de cuja publicação da ata se pretendeu contar o triênio extintivo.

II – Ofensa aos citados textos legais caracterizada.

III – Recurso especial conhecido e provido" (REsp 256596/SP, Rel Min. Nancy Andryghi).

"Ação de responsabilidade civil sociedade anônima. Necessidade de prévia ação de anulação da assembleia de aprovação de contas.

Prescrição. Agravo regimental ao qual se nega provimento. Aplicação da multa do artigo 557, § 2º, do CPC.

1. Ação de responsabilidade. Prescrição: o entendimento dominante neste STJ é de que, para propositura da ação de responsabilidade civil contra os administradores, é necessária a prévia propositura da ação de anulação da assembleia de aprovação de contas da sociedade no prazo bienal previsto no artigo 286 da Lei 6.404/76. A partir do trânsito em julgado da sentença que acolher a anulação é que começa a fluir o prazo trienal para a ação de responsabilidade.

2. Agravo regimental ao qual se nega provimento" (AgRg no Ag 640050/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).

"Agravo regimental – Sociedade Anônima – Aprovação sem ressalvas das contas pela assembleia-geral – Prévia anulação do ato de aprovação para eventual responsabilização do administrador – Necessidade – Agravo improvido.

1. Salvo se anulada, a aprovação das contas sem reservas pela assembleia-geral exime os administradores de quaisquer responsabilidades.

2. Agravo regimental improvido" (AgRg no Ag 950104/DF, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 19.03.2009, *DJe* 30.03.2009).

Em caso de liquidação extrajudicial, o art. 36 da Lei nº 6.024/1974[375] diz: "Os administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou em falência, ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades".

14.12.4.Conselho fiscal[376]

O conselho fiscal é um órgão de fiscalização do andamento dos negócios sociais, de existência obrigatória (deve ser sempre previsto e regulado no estatuto), mas de funcionamento facultativo, salvo nas sociedades de economia mista. Os membros do conselho fiscal e seus suplentes exercerão seus cargos até a primeira assembleia-geral ordinária que se realizar após a sua eleição, e poderão ser reeleitos. A função dos membros do conselho fiscal é indelegável.

São requisitos para o cargo tratar-se de pessoa natural, residente no país, diplomada em curso de nível universitário ou que tenha exercido, pelo prazo de três anos, cargo de administrador de empresa ou de conselheiro fiscal. O art. 163 da Lei das Sociedades Anônimas prevê a competência desse órgão.[377] Já o art. 165 disciplina as responsabilidades de seus membros. Tanto quanto os administradores, os membros do conselho têm o dever de informar imediatamente à Comissão de Valores Mobiliários e às Bolsas de Valores ou às entidades de mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos à negociação, nas condições e formas determinadas pela CVM, as modificações em suas posições acionárias na companhia. Esse dever foi

inserido pelo novo art. 165-A, retratando o princípio do dever de informar (*full disclosure*).

14.13.TRANSFORMAÇÃO DA COMPANHIA[378]

É a operação pela qual uma sociedade, independentemente de dissolução e liquidação, passa de um tipo societário a outro (*v.g*., de sociedade anônima para limitada). É uma operação de reorganização empresarial que não acarreta a dissolução da companhia. É cabível em qualquer tipo de sociedade, inclusive nas simples. Salvo disposição em contrário, a transformação exige consentimento unânime dos sócios ou acionistas. O sócio dissidente terá o direito de retirar-se da sociedade.[379]

Antes do Código Civil, os sócios podiam renunciar ao direito de recesso na hipótese de a transformação envolver uma sociedade limitada, desde que isso estivesse expressamente consignado no contrato social. Tratava-se de exceção porque o direito de recesso é, em regra, irrenunciável. Não há que se falar na possibilidade de renúncia ao direito de retirada em razão de inexistência de previsão legal no Código Civil.[380] A transformação não pode prejudicar o direito dos credores, que continuam com as mesmas garantias que o tipo anterior de sociedade lhes oferecia.[381] A falência da sociedade transformada somente produzirá efeitos em relação aos sócios que, no tipo anterior, a eles estariam sujeitos, ou seja, caso tivessem responsabilidade ilimitada. Em relação a seu crédito, todo credor anterior à transformação deve requerer, expressamente, a extensão dos efeitos da falência aos sócios da sociedade falida.[382]

14.14.DISSOLUÇÃO DA COMPANHIA[383]

A dissolução da companhia pode ser:

I) **de pleno direito**[384]

a)Pelo término do prazo de sua duração. É importante ressaltar que, diferentemente do Código Civil, a expiração do prazo de duração da sociedade não implica prorrogação tácita.[385] A inobservância da regra pode gerar a ilimitação da responsabilidade dos acionistas. Discordo. Apesar de o inciso prever de forma diversa, até onde meus estudos me levam, o prazo de duração da sociedade se prorroga e passa a ser indeterminado se os acionistas não iniciarem a sua dissolução.

b)nas hipóteses previstas no estatuto;

c)por deliberação da assembleia-geral.[386]

d)pela existência de acionista único, verificada em assembleia-geral ordinária, se o mínimo de dois não for reconstituído até à assembleia do ano seguinte, ressalvado o disposto no art. 251;
e)pela extinção, na forma da lei, da autorização para funcionar.

II) **por decisão judicial**[387]

a)quando anulada a sua constituição, em ação proposta por qualquer acionista;
b)quando provado que não pode preencher o seu fim, em ação proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social;
c)em caso de falência, na forma prevista na respectiva lei.

III) **por decisão de autoridade administrativa competente**[388]

Para a efetiva dissolução da sociedade deve haver citação de todos os sócios, já que se trata de litisconsórcio necessário.[389] O desprezo a essa regra torna a dissolução nula, mas a questão não é pacífica.

Questão tormentosa na doutrina diz com a legitimidade do Ministério Público para requerer a dissolução judicial de uma sociedade anônima. Parte da doutrina defende essa possibilidade, afirmando que a própria Constituição[390] permite ao*parquet* outras funções ali não descritas expressamente, desde que afetas à sua finalidade. A legislação infraconstitucional[391] permite a sua atuação a fim de apurar danos causados aos investidores no mercado de valores, aqui enquadrando-se os acionistas no mercado de capitais. Há quem sustente a sua ilegitimidade, pois o Ministério Público somente pode atuar como substituto processual nas hipóteses expressamente previstas em lei, e essa não é uma delas. Ademais, tal interesse público seria tutelado pelas partes originárias, vilipendiadas pela má gerência empresarial.[392] O Código Civil somente permite ao Ministério Público a promoção da liquidação judicial da sociedade caso os administradores não o tenham feito nos trinta dias subsequentes à perda da autorização da sociedade para funcionar.[393]Advogo a tese de que a legitimidade do Ministério Público atende ao princípio da função social da empresa, ou seja, quando a continuação de empresa inviável causar danos à coletividade é dever do Ministério Público zelar pelo interesse coletivo, hipótese em que, sempre que este preponderar sobre o particular (sócios), se imporá a dissolução da sociedade como medida de tutela coletiva.

***Sobre o tema*:**

"Processo Civil. Ação civil pública. Dissolução de sociedade anônima.

O Ministério Público *não pode, em* ação civil pública, *pedir a dissolução de uma sociedade anônima, alegadamente no interesse dos acionistas. imprestabilidade da* ação civil pública *para as finalidades pretendidas, seja porque não diz respeito a interesses coletivos, e sim de interesses de um grupo de pessoas, seja porque a sentença não resultaria em provimento genérico, na medida do interesse público, este o único que o Ministério Público pode pleitear. Recurso especial não conhecido*" (REsp 36098/SP, Rel. Min Ari Pargendler).

A companhia dissolvida conserva a personalidade jurídica até a sua extinção. Dissolvida, passa-se à liquidação (judicial ou extrajudicial), em que se realiza o ativo para pagamento do passivo. Os deveres do liquidante estão disciplinados no art. 210 da Lei das Sociedades Anônimas. Respeitados os direitos dos credores preferenciais, o liquidante pagará as dívidas sociais, proporcionalmente, e sem distinção entre as vencidas e vincendas. O liquidante tem as mesmas responsabilidades dos administradores.

Encerrada a liquidação, o credor não satisfeito somente terá o direito de exigir dos acionistas, individualmente, o pagamento de seu crédito, até o limite da soma por eles recebida, e de propor, em face do liquidante, se for o caso, ação de perdas e danos. O acionista executado terá direito de haver dos demais a parcela que lhe couber no crédito pago, diferentemente do previsto no art. 1.110 do Código Civil, que não dispõe sobre esse direito. Ainda assim, sustento que essa regra é aplicável, sob pena de enriquecimento sem causa dos demais acionistas.

***Sobre o tema*:**

"I – Recurso especial. Sociedade anônima. Pedido de dissolução integral. Sentença que decreta dissolução parcial e determina a apuração de haveres. Julgamento extra petita. Inexistência. Não é extra petita a sentença que decreta a dissolução parcial da sociedade anônima quando o autor pede sua dissolução integral.

II – Participação societária do autor. Controvérsia. Definição postergada à fase de liquidação da sentença. Impossibilidade de exame da alegada ilegitimidade ativa.

1. A Lei 6.404/76 exige que o pedido de dissolução da sociedade parta de quem detém pelo menos 5% do capital social.

2. Se o percentual da participação societária do autor é controvertido nos autos e sua definição foi remetida para a fase de liquidação da sentença, é impossível, em recurso especial, apreciar a alegação de ilegitimidade ativa.

III – Sociedade anônima. Dissolução parcial. Possibilidade jurídica. Requisitos.

1. Normalmente não se decreta dissolução parcial de sociedade anônima: a Lei das S/A prevê formas específicas de retirada voluntária ou não – do acionista dissidente.

2. Essa possibilidade é manifesta, quando a sociedade, embora formalmente anônima, funciona de fato como entidade familiar, em tudo semelhante à sociedade por cotas de responsabilidade limitada.

IV – Apuração de haveres do acionista dissidente. Simples reembolso rejeitado no acórdão recorrido. Fundamento não atacado. Súmula 283/STF.

– Não merece exame a questão decidida pelo acórdão recorrido com base em mais de um fundamento suficiente, se todos eles não foram atacados especificamente no recurso especial" (REsp 507490/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

"Comercial. Dissolução de sociedade anônima de capital fechado. Art. 206 da Lei nº 6.404/1976. Não distribuição de dividendos por razoável lapso de tempo. Sociedade constituída para desenvolvimento de projetos florestais. Plantio de árvores de longo prazo de maturação. Empresa cuja atividade não produz lucros a curto prazo. Inexistência de impossibilidade jurídica. Necessidade, contudo, de exame do caso em concreto. Insubsistência do argumento de reduzida composição do quadro social, se ausente vínculo de natureza pessoal e nem se tratar de grupo familiar.

– *Não há* impossibilidade jurídica *no pedido de* dissolução *parcial de* sociedade anônima *de* capital fechado, *que pode ser analisado sob a ótica do art. 335, item 5, do Código Comercial, desde que diante de peculiaridades do caso concreto*.

– *A* affectio societatis *decorre do sentimento de empreendimento comum que reúne os sócios em torno do objeto social, e não como consequência lógica do restrito quadro social, característica peculiar da maioria das sociedades anônimas de capital fechado*.

– *Não é plausível a dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado sem antes aferir cada uma e todas as razões que militam em prol da preservação da empresa e da cessação de sua função social, tendo em vista que os interesses sociais hão que prevalecer sobre os de natureza pessoal de alguns dos acionistas*" (REsp 247002/RJ, Rel. Nancy Andrighi).

"Sociedade Anônima. Capital fechado. Dissolução.

A Turma decidiu pela impossibilidade jurídica da dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado, vez que ausentes as peculiaridades do acórdão paradigma, no qual se minimizou a regra do art. 206 da Lei nº 6.404/1976 para admitir a dissolução de sociedade constituída por grupo familiar e por inexistência de lucros, bem como não distribuição de dividendos por período prolongado. No caso, nem mesmo o reduzido número de acionistas justifica a pretensão, eis que, ademais, trata-se de sociedade de capital constituída para desenvolvimento de projetos florestais sem vínculos de natureza pessoal, como na hipótese de grupo familiar" (REsp 171.354-SP, Rel. Min. Waldemar Sveiter).

14.15.EXTINÇÃO DA COMPANHIA[394]

São hipóteses de extinção da companhia o encerramento de sua liquidação, a incorporação, a fusão ou a cisão, com versão de todo o patrimônio a outras sociedades.

Admite-se que a incorporação, fusão ou cisão sejam operadas entre sociedades de tipos iguais ou diferentes e deverão ser deliberadas na forma prevista para a alteração dos respectivos estatutos ou contratos sociais.[395] Nas operações em que houver criação de sociedade devem ser observadas as normas reguladoras da constituição das sociedades do seu tipo.[396]

Se a incorporação, fusão ou cisão envolverem companhia aberta, as sociedades que a sucederem serão também abertas, devendo obter o

respectivo registro e, se for o caso, promover a admissão de negociação das novas ações no mercado secundário, no prazo máximo de cento e vinte dias, contados da data da assembleia-geral que aprovou a operação, observadas as normas baixadas pela CVM.[397] A inobservância dessa regra assegura ao acionista o direito de retirar-se da companhia mediante reembolso do valor das suas ações,[398] nos trinta dias seguintes ao término do prazo nele referido, observado o disposto nos §§ 1º e 4º do art. 137.

As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas,[399] observados os requisitos listados no art. 224 da LSA.

As operações de incorporação, fusão e cisão serão submetidas à deliberação da assembleia-geral das companhias interessadas mediante justificação.[400]

É importante destacarmos a disposição do art. 226 da LSA:

"Art. 226. As operações de incorporação, fusão e cisão somente poderão ser efetivadas nas condições aprovadas se os peritos nomeados determinarem que o valor do patrimônio ou patrimônios líquidos a serem vertidos para a formação de capital social é, ao menos, igual ao montante do capital a realizar.

§ 1º As ações ou quotas do capital da sociedade a ser incorporada que forem de propriedade da companhia incorporadora poderão, conforme dispuser o protocolo de incorporação, ser extintas, ou substituídas por ações em tesouraria da incorporadora, até o limite dos lucros acumulados e reservas, exceto a legal.

§ 2º O disposto no § 1º aplicar-se-á aos casos de fusão, quando uma das sociedades fundidas for proprietária de ações ou quotas de outra, e de cisão com incorporação, quando a companhia que incorporar parcela do patrimônio da cindida for proprietária de ações ou quotas do capital desta.

§ 3º Nas operações referidas no *caput* deste artigo, realizadas entre partes independentes e vinculadas à efetiva transferência de controle, os ativos e passivos da sociedade a ser incorporada ou decorrente de fusão ou cisão serão contabilizados pelo seu valor de mercado."[401]

14.15.1.Incorporação[402]

É a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que as sucede em todos os direitos e obrigações. A incorporação não gera extinção da incorporadora, diferentemente da incorporada, que se extingue sem liquidação. Assim, não há a criação de uma nova sociedade.[403] Os sócios ou acionistas das sociedades incorporadas receberão diretamente da companhia emissora as ações que lhes couberem,[404] sendo-lhes assegurado o direito de retirada.[405]

A lei veda o uso do poder econômico com a proibição de concentração de empresas quando importar violação do princípio da livre concorrência,

liberdade de iniciativa, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.[406] A incorporação da companhia emissora de debêntures em circulação dependerá da prévia aprovação dos debenturistas, reunidos em assembleia especialmente convocada para esse fim, salvo o disposto no art. 231, §§ 1º e 2º, da LSA.

A lei assegura ao credor anterior à incorporação o direito de pleitear judicialmente a anulação da operação em até sessenta dias da publicação dos atos, sob pena de decadência.[407]

14.15.2.Fusão[408]

É a operação pela qual duas ou mais sociedades se unem para formar nova sociedade, que as sucederá em todos os direitos e obrigações. A fusão tem um efeito extintivo-associativo. Os sócios ou acionistas das sociedades fundidas receberão diretamente da companhia emissora as ações que lhes couberem,[409] assegurando, a lei, o direito de retirada.[410] O credor anterior, prejudicado pela operação, pode pedir que esta seja anulada. Com a constituição da nova sociedade incumbirá aos primeiros administradores promover o arquivamento e a publicação da fusão.[411]

14.15.3.Cisão[412]

É a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades constituídas para esse fim, ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital se a versão for apenas parcial. A cisão pode ser definida como um instrumento de reorganização societária. As sociedades resultantes da recomposição são autônomas, com personalidade jurídica própria. A cisão difere da fusão e incorporação por não implicar aglutinação de sociedades.

Segundo entendimento de Hebert Fritsch,[413] a cisão pode ser classificada como:

a)**cisão pura** – a sociedade divide o seu patrimônio entre várias novas sociedades e se extingue;
b)**cisão-absorção** – a sociedade divide o seu patrimônio entre sociedades existentes e desaparece;
c)**falsa cisão** – a sociedade reparte o seu patrimônio entre duas ou mais sociedades constituídas para esse fim, permanecendo como sociedade *holding*.

***Sobre o tema*:**

A 3ª Turma do STJ negou provimento ao recurso especial, mantendo a decisão do tribunal *a quo* que, com base no conjunto fático-probatório dos autos da execução, entendeu estarem presentes os requisitos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica da empresa da qual os ora recorrentes foram sócios. Na espécie, ficou demonstrado que os recorrentes, ao promover cisões da empresa e transferências de bens entre as sociedades dela decorrentes, bem como ao alterar os quadros societários, utilizaram-se da sua personalidade jurídica para frustrar o pagamento do crédito devido à recorrida. Segundo o Min. Relator, a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, contida no art. 50 do CC/2002, exige, via de regra, não apenas a comprovação do estado de insolvência da pessoa jurídica para que os sócios e administradores possam ser responsabilizados pelas obrigações por ela contraídas, mas também a ocorrência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. Ressaltou, ainda, inexistir ofensa à coisa julgada pelo fato de o pedido de desconsideração ter sido rejeitado em julgado anterior – embargos de terceiro –, pois o efeito da imutabilidade recai sobre a norma jurídica concreta do dispositivo do*decisum*, não sobre a fundamentação nele exarada. Precedente citado: REsp 279.273-SP, DJ 29/3/2004. REsp 1.200.850-SP, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 4/11/2010.

A lei assegura ao acionista dissidente o direito de retirada mediante reembolso de suas ações.[414] Diferentemente do que ocorre na fusão e na incorporação,[415] a Lei das Sociedades Anônimas não autoriza a anulação da operação, salvo na comprovada fraude.

***Sobre o tema*:**

"Ação pauliana. Cisão de empresa comercial. Prova do estado de insolvência. Fraude contra credores. Caracterização. Ação pauliana objetivando anular cisão fraudulenta. Preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*rejeitada. Aprovação pela primeira ré de sua própria cisão parcial, criando a segunda ré e transferindo a esta o único e valioso bem ativo imobilizado de que dispunha traduzido por navio mercante. Primeira ré que, após a cisão parcial, passa a ter patrimônio líquido negativo,

tornando-se insolvente. Fraude contra credores caracterizada. Transferência gratuita de quase todo o ativo para a nova empresa. Disseminação do patrimônio com o fito de evitar o cumprimento de seus compromissos. Alienação de bem de grande valor sem deixar outro para garantir eventual condenação neste feito. Ineficácia da cisão em face da autora. Sentença que julga procedente em parte o pedido inicial. Desprovimento do recurso" (TJRJ, Ap. Civ. 2006.001.68638, Des. Carlos Santos Nascimento).

Na cisão total as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio responderão, solidariamente, pelas obrigações da companhia extinta. Na parcial, há solidariedade entre a companhia que subsistir e as que absorverem parcelas do patrimônio. O instrumento da cisão parcial pode estipular que a responsabilidade se restrinja às obrigações transferidas às sociedades que absorverem as parcelas da cindida, sem solidariedade.[416] Nesse caso, qualquer credor anterior poderá opor-se à estipulação em relação ao seu crédito, desde que notifique a sociedade no prazo de noventa dias contados da publicação da cisão. Entendo que na cisão parcial a estipulação de responsabilidade subsidiária das companhias cindidas enseja o direito de oposição dos credores, pois, apesar do benefício de ordem, exclui a solidariedade que é cláusula mais benéfica.

***Sobre o tema*:**

"Configura cisão de empresa *o* negócio jurídico *pelo qual um banco transfere parcelas do seu patrimônio para outro, que prossegue na exploração de suas atividades comerciais. O banco daí resultante é legitimado passivo para responder pela execução decorrente de condenação anterior à cisão na qualidade de sucessor do devedor (CPC, 568, II). Desprovimento do recurso*" (Apelação Cível nº 1999.001.03733, Des. Sérgio Cavalieri Filho).

"Sociedade anônima. Cisão parcial. Responsabilidade perante os credores. Matéria de fato. Súmula 7/STJ.

Afirma o acórdão recorrido a ausência de prova da concretização da alegada cisão entre a recorrente e a sociedade Sintagro S/A. Igualmente, não há anuência expressa do credor com a transferência de seu crédito ou repactuação da cédula rural pignoratícia e hipotecária, com a consequente

aplicação da regra do caput *do artigo 233 da Lei nº 6.404/76, impondo a solidariedade entre as sociedades cindida e cindenda. Logo, inviável o recurso especial que pretende demonstrar violação aos seus termos, por incidência do enunciado nº 7 da Súmula desta Corte. Com ressalvas do relator quanto à terminologia, recurso especial não conhecido" (REsp 276013/MG, Rel. Min. Castro Filho).*

"Agravo de instrumento. Legitimidade passiva ad causam. Responsabilidade solidária entre o BANERJ S/A e o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A, após a cisão. Inépcia da inicial. Inocorrência. exibição de documentos. Prova necessária ao deslinde da demanda. Juiz destinatário das provas. Decadência. Prescrição. Fato do serviço. Prazo prescricional. Artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor. Cinco anos.

Ocorrendo a cisão total *posteriormente à época da propositura da ação de cobrança, respondem* solidariamente *a entidade cindida e aquela que absorve as parcelas do seu patrimônio, por força do que dispõe o artigo 233 da Lei específica, podendo o credor eleger contra quem quer dirigir a execução do seu crédito. Estando presentes os requisitos dos artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil, não há que se falar em inépcia da inicial, sendo certo que a exibição de documento necessário ao deslinde da demanda é prova que pode e deve ser admitida pelo juízo, como seu destinatário. Tratando-se de* fato do serviço, *aplicável à hipótese o prazo prescricional de cinco anos, conforme previsto no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor. Recurso Improvido. Prejudicado o Agravo Regimental*" (Agravo de Instrumento nº 2004.002.18175, Des. Luiz Zveiter).

"Exceção. Pré-executividade. Legitimidade. Cisão. Empresas.

Houve uma ação de cobrança de vultosa quantia contra uma companhia de eletricidade que foi devidamente citada e efetivamente integrou a lide, ação que resultou em sua condenação. Sucede que, após a formalização de protocolo, a companhia havia se cindido em três outras empresas durante mesmo o trâmite da ação de cobrança e, ao final, diante do

título judicial, a autora propôs execução contra a cindida. Veio, então, a exceção de pré-executividade *na qual se aponta a ilegitimidade da ora executada de participar do polo passivo da execução. Diante disso, a Turma entendeu inadequada a via eleita pela cindida para discutir sua legitimidade, devido à complexidade da questão posta, o que, decerto, demandaria aprofundado exame de provas e produção de perícia contábil, diante da falta de clareza do protocolo de cisão quanto aos limites de responsabilidades de cada uma das empresas, limites que nem as partes envolvidas ou os juízos conseguiram demonstrar de maneira clara e exaustiva. Anotou-se, também, o cerceamento de defesa quanto a uma das empresas, que não participou da ação de cobrança e não teve oportunidade de defender-se na exceção, justamente com a produção da prova contábil" (Precedentes citados: AgRg no REsp 604.257-MG, DJ 24.05/2004; REsp 336.468-DF, DJ 30.06.2003, e REsp 331.431-AL, DJ 11.03.2002. REsp 809.672-RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 29.06.2006).*

"Embargos à execução. Alegação de ilegitimidade passiva. Sentença improcedente. Interposição de recurso de apelação por ambas as partes. Recursos conhecidos e improvidos.

Constatada a assunção pelo embargante de ativos financeiros, direitos e obrigações de outra instituição financeira, caracterizando cisão e, em consequência, sucessão de empresas, *descabe, assim, a alegação de*ilegitimidade passiva. *Precedentes jurisprudenciais desta E. Corte de Justiça. Da mesma forma não procede a irresignação do embargado, visto que não se vislumbra a configuração de litigância de má-fé pelo embargante, o qual somente deduziu sua defesa dentro dos parâmetros regularmente observados*" (Apelação Cível nº 2004.001.16833, Des. Rudi Loewenkron).

Questão controvertida diz respeito à responsabilidade tributária por sucessão na cisão. O art. 132 do CTN dispõe que "a pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas". O CTN não faz qualquer menção à responsabilidade

tributária no caso da cisão de sociedades. Por outro lado, o art. 123 do citado diploma legal estabelece que, "salvo as disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes". Segundo Hugo de Brito Machado, "pela cisão, a sociedade transfere parcelas de seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes. Extingue-se a sociedade cindida se houver versão de todo o patrimônio. Havendo versão apenas de parte do patrimônio, divide-se o seu capital.[417] A sociedade cindida que subsistir, naturalmente por ter havido versão apenas parcial de seu patrimônio, e as que absorverem parcelas de seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da primeira, anteriores à cisão. Havendo extinção da sociedade cindida, isto é, no caso de versão total, as sociedades que absorverem as parcelas de seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da cindida.[418]Respondem, assim, obviamente, pelas dívidas tributárias".[419]

Na lição de Ricardo Lobo Torres, "a responsabilidade se estende ainda aos casos de cisão, figura jurídica que apareceu posteriormente à publicação do CTN".[420] No mesmo sentido, Luiz Emygdio adverte: "Observe-se que antes de mais nada que o dispositivo legal não se refere à operação social de cisão, pela simples razão de só ter sido disciplinado posteriormente ao advento do CTN, através da LSA, em seus arts. 229 a 233. As regras da mencionada lei aplicam-se às operações de fusão, incorporação e cisão(...)." Considerando que na cisão parcial a sociedade cindida subsiste, o art. 233, em sua segunda parte, da LSA estabelece uma responsabilidade solidária entre a sociedade cindida e as sociedades recipientes pelas obrigações da primeira, anteriores à cisão, que pode, no entanto, ser excluída por pacto de cisão, nos termos do § único (*sic*) do mesmo dispositivo. A regra do citado artigo da LSA não se aplica aos créditos tributários porque, salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes[421] e somente lei complementar tributária pode dispor em contrário. Além do mais, as normas dos arts. 123 e 132 do CTN se sobrepõem à do parágrafo único do art. 233 da LSA, que é lei ordinária".[422]

14.16.SOCIEDADES COLIGADAS, CONTROLADORAS E CONTROLADAS[423]

A coligação decorre da concentração de empresas, na qual há uma relação intersocietária que implica controle horizontal, sem vínculo de subordinação, e com a participação entre sociedades, sem que haja efetivo controle. Dizem-se coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa,[424] ou seja, quando a investidora detiver o poder ou exercer o poder de participar nas decisões de política financeira ou operacional da investida, sem controlá-la.[425]Presume-se a influência significativa quando a investidora for titular de 20% ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la.[426] É importante ressaltar que o conceito de coligação é diverso no Código Civil. O art. 1.097 considera as coligadas como as sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas, ou de simples participação.

***Em resumo*:**

	CÓDIGO CIVIL	LSA
CONTROLADA	Sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores; [427] bem como a sociedade cujo controle, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas.[428]	Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.[429]
COLIGADAS OU FILIADAS	Sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.[430]	São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa.[431]
SIMPLES PARTICIPAÇÃO	A sociedade de cujo capital outra sociedade possua menos de dez por cento do capital com direito de voto.[432]	

Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.[433]

A caracterização da sociedade controladora não exige o uso efetivo do poder de controle, diferentemente do que ocorre com o acionista controlador (pessoa física), em que há vedação ao absenteísmo. O acionista controlador tem de exercer, efetivamente, o controle da companhia através de seu voto nas assembleias. À configuração de sociedade controladora basta a possibilidade de que o poder de controle exista, e possa, em tese, ser exercido, ainda que não o seja na prática.

Segundo Tavares Borba,[434]

> "(...) no caso do sócio pessoa física, não basta o poder teórico, pois, para que seja controlador, é preciso ter e usar esse poder. Tratando-se de sociedade, contentou-se o legislador com a simples circunstância do poder. A sociedade que, de forma direta ou indireta, tem o poder de conduzir uma outra sociedade, terá uma controladora, ainda que não exerça de fato esse poder."

A lei proíbe a participação recíproca da companhia e das suas coligadas ou controladas, salvo exceções, evitando dessa forma o capital virtual (o capital de uma sociedade é formado pela totalidade do da outra sociedade), como forma de proteção dos credores. Tavares Borba observa que:

> "(...) a participação recíproca entre sociedades leva à formação de capital inteiramente artificial. Para que assim se conclua, basta exemplificar com duas sociedades, "A" e "B", cujos patrimônios constituam-se exclusivamente por ações uma de outra (...) Liquidando-se essas sociedades, mesmo que não existam dívidas, o patrimônio apurado será igual a zero, porquanto composto apenas de papéis de sociedades em extinção."

No balanço patrimonial da companhia os investimentos em coligadas sobre cuja administração tenha influência significativa ou de que participe com 20% ou mais do capital votante em controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum serão avaliados pelo método da equivalência patrimonial.[435] As notas explicativas dos investimentos relevantes previstas no art. 248 da LSA devem conter informações precisas sobre as sociedades coligadas e controladas e suas relações com a companhia.[436]

As sociedades controladoras têm a mesma responsabilidade do acionista controlador, respondendo perante os acionistas e terceiros nas hipóteses previstas no art. 117 da LSA. A responsabilidade dos controladores de instituições financeiras vem expressa na Lei nº 9.447/1997, nestes termos:

"Art. 1º A responsabilidade solidária dos controladores de instituições financeiras estabelecida no art. 15 do DL. nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, aplica-se, também,

aos regimes de intervenção e liquidação extrajudicial de que trata a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974.

Art. 2º O disposto na Lei nº 6.024, de 1974, e no DL. nº 2.321, de 1987, no que se refere à indisponibilidade de bens, aplica-se, também, aos bens das pessoas, naturais ou jurídicas, que detenham o controle, direto ou indireto das instituições submetidas aos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária".

***Sobre o tema*:**

"Falência. *Extensão dos efeitos da sentença declaratória à empresa coligada. Utilização, pelo magistrado, do princípio da* desconsideração da personalidade jurídica, *por isso que esta última vinha se prestando à prática de fraude contra credores. Agravo de Instrumento interposto por terceiros prejudicados*. Recurso Provido" (TJSP, AI nº 271.753-1-SP, 5ª Câmara).

"Sociedade anônima. *Personalidade jurídica*. Desconsideração. *Empresas coligadas pela falida. Arrecadação dos bens de sua propriedade. Agravo de instrumento interposto contra tal despacho. Recurso não provido. A personalidade jurídica passa a ser considerada doutrinariamente um direito relativo, permitindo ao Juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude, através de seu uso"* (TJSP, AI nº 190.367-1).

14.17.GRUPOS DE SOCIEDADES[437]

14.17.1.Noções gerais

Grupos de sociedades são associações de empresas para atuação em empreendimentos comuns. Podem ser formados pela controladora e suas controladas objetivando combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos ou participar de atividades ou empreendimentos comuns, havendo uma relação interna entre os seus componentes. É com propriedade que Jorge Lobo observa: "O grupo de sociedade é uma técnica de gestão e de concentração de empresas que faz nascer um interesse novo, externo e superior ao de cada das sociedades (...)".[438]

A LSA, no art. 265, assim define os grupos: "A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar

recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns".

A sociedade controladora ou de comando do grupo deve ser brasileira e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.[439]

Os grupos de sociedades não se confundem com as joint ventures, que são sociedades constituídas por outras sociedades com a finalidade de desenvolver atividades em conjunto. Para Tavares Borba, "os sócios ou acionistas não são, pois, meros prestadores de capital; são, com efeito, partes envolvidas no desenvolvimento, cujas perspectivas de sucesso apoiam-se nessa participação".

Como meio de realização de seu objeto, ou para se beneficiar de incentivos fiscais,[440] a sociedade anônima pode ter por objeto a participação em outras sociedades, ainda que inexistente autorização estatutária. É necessária a aprovação de acionistas que representem, no mínimo, metade das ações com direito a voto, se quorum mais expressivo não for exigido pelo estatuto.[441]

A companhia que dependa de autorização para funcionar somente poderá participar de grupos de sociedades após a respectiva aprovação da convenção do grupo pela autoridade competente para aprovar as alterações estatutárias.[442]

Questão de evidente importância é a discussão sobre a necessidade de subordinação entre as sociedades integrantes do grupo. Como já dito, a sociedade controladora e suas controladas podem, nos termos da LSA, constituir grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns. A doutrina se divide. Há quem sustente a teoria do Grupo Econômico por Subordinação, em que há a necessidade de existência de uma dependência hierárquica vertical entre uma das sociedades para a efetiva caracterização do grupo.[443] Outros admitem a teoria do Grupo Econômico por Coordenação, que se caracteriza pelo nexo relacional entre empresas, de forma horizontal, sem necessidade de controle ou hierarquia.[444]

***Sobre o tema*:**

> "Grupo Econômico. Caracterização. A caracterização do grupo econômico não pressupõe, necessariamente, a existência de uma empresa controladora. Basta a atuação conjunta, *in casu*, de ambas as empresas ( ). Assim, a utilização da logística de uma das empresas por outra, mesmo sem que haja uma relação

jurídica formal de coordenação e subordinação entre elas, caracteriza o grupo econômico. Recurso do reclamante parcialmente provido" (TRT/ 13ª Região, Processo 00948.2006.003.13.00-7).

"Execução. Limites objetivos da responsabilidade dos sócios. Sócios comuns entre a sociedade empresária executada e terceira, que não integra grupo econômico nem o polo passivo da relação processual. Apresamento de bens da sociedade estranha à lide. Impossibilidade.

Não se tratando de grupo econômico ou de fraude contra credores, a simples presença de sócio comum entre a sociedade empresária executada e outra, estranha à lide, e que não está no polo passivo da relação processual, não basta para legitimar o apresamento de bens dessa sociedade, que não contraiu nenhuma obrigação e não consta do título executivo como devedora do credor trabalhista, que nunca empregou. O máximo que se pode permitir nessa hipótese é a apreensão dos bens pessoais do sócio comum a ambas as empresas, ou os haveres líquidos desse sócio na sociedade estranha à lide, mas, neste caso, seria preciso levantar balanço especial, apurar haveres e dissolver parcialmente a empresa da qual esse sócio faz parte. O que não pode ocorrer é a sociedade estranha à lide suportar execução por crédito que o empregado, que nem contratou, detém em face de outra empresa que não se liga a ela por laços de grupo, apenas porque um dos seus sócios integrou ou integra a sociedade empresária executada e única responsável pela obrigação trabalhista que ela, empresa estranha à execução, efetivamente desconhece" (TRT, Ap 11-33-2013-5-01-0321/RJ, 2ª Turma, Rel. Des. José Geraldo da Fonseca).

"Grupo econômico. Formação vertical e horizontal. Prevalência da direção de uma empresa em relação a outras. Grupo por coordenação ou derivação. Cadeia causal produtiva. Sócios comuns. Responsabilidade solidária.

O conceito clássico *de* grupo econômico *extrai-se do art. 2º, § 2º, da CLT: haverá grupo econômico sempre que uma ou mais*

*empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica. O pressuposto desse tipo de grupo é a prevalência de uma empresa-matriz sobre as outras. Há*verticalidade *nesse domínio. Mas pode ocorrer, também, ingerência ou gestão por* horizontalidade, *com ou sem predominância de uma empresa sobre a outra. Nessa hipótese, a ficção jurídica que o Direito reconhece como 'grupo econômico' se forma por* desdobramento, derivação *ou* coordenação, *isto é, sem que haja predominância de uma empresa sobre as outras na gestão e na definição do objetivo social, os interesses comerciais enliçam as pessoas jurídicas numa mesma cadeia produtiva, de tal sorte que dada etapa do processo produtivo completa a anterior, e assim sucessivamente, até a entrega do produto final ao mercado. Tal se dá, por exemplo, quando uma empresa produz bebidas, mas precisa engarrafar, estocar e distribuir o produto. Poderia, perfeitamente, limitar-se à função original de produção de bebidas e delegar as tarefas de engarrafar, estocar e distribuir a outras empresas autônomas e distintas, por meio de contratos civis de natureza meramente empresarial. Mas, se decide constituir uma empresa para engarrafar, outra para armazenar e outra para distribuir o produto, essas etapas (engarrafar, estocar e distribuir) são complementares à primeira (produção de bebidas) e perfazem o objeto social da primeira (produção) quando contribuem com a sua* expertise *(engarrafamento, estocagem e distribuição) e passam a integrar a cadeia causal que levará o produto da linha de produção ao mercado consumidor. Nos dois casos – no caso clássico de grupo econômico definido no art. 2º da CLT e no caso de grupo formado por coordenação –, é preciso que se prove uma ligação ainda que tênue entre as empresas para que a figura de grupo possa ser aceita no processo. Como essa coligação nem sempre é evidente, embora possa ser presumida, a jurisprudência tem admitido a declaração de grupo econômico quando há indícios mínimos de consórcio entre empregadores. É o caso, por exemplo,*

*quando há sócios comuns integrando uma ou mais empresas, mesmo objetivo social, uso de mesmos bens ou equipamentos, endereço comum etc. O que releva aferir para a configuração do grupo não é a subordinação de uma empresa em relação a outra, mas se há ou não correlação de interesses comerciais (objeto comum) na exploração do negócio. É essa coligação de esforços, essa*unitariedade *de propósitos que faz de uma simples coligação de empresas um autêntico grupo econômico para o Direito do Trabalho. A relação de dominação nem sempre é presente ou necessária e, de modo geral, apura-se a existência de grupo pelo exame de questões objetivas, como a direção ou administração das empresas pelos mesmos sócios ou gerentes; pelo controle de uma ou várias empresas sobre as demais; pela unidade de objetivos comerciais etc. É claro que a simples presença de sócios comuns a uma ou mais empresas desse conglomerado não basta para a tipificação do grupo, mas esse indício, somado a outros, como a utilização dos mesmos equipamentos ou a exploração do mesmo objeto social, pode levar à conclusão de que se trata, efetivamente, de grupo econômico por coordenação. Nesse caso, todas as empresas que integram a cadeia produtiva ou esse conglomerado espontâneo voltado à exploração do mesmo negócio respondem solidariamente pelas obrigações do contrato, da mesma forma como se beneficiam dos lucros do empreendimento*" (TRT, Ap 118.800-97-2009-5-01-0040/RJ, 2ª Turma, Rel. Des. José Geraldo da Fonseca).

Sustento que os grupos podem ser classificados da seguinte forma:

- Grupo Econômico derivado de Subordinação – caracteriza-se pela existência de controle de uma sociedade por outra;
- Grupo Econômico derivado de Coordenação – caracteriza-se pela existência de controle ou coligação de sociedades;
- Grupo Econômico Estrutural – caracteriza-se pelo nexo relacional interempresas[445] em que não há necessidade de controle ou coligação, mas de a atividade completar a

cadeia causal da unidade produtiva de uma ou mais sociedades.

14.17.2.Grupo de direito e de fato

O grupo econômico não é dotado de personalidade jurídica, mas seus integrantes mantêm suas personalidades jurídicas, patrimônios próprios e atuam como entidades autônomas,[446] mas subordinadas, economicamente, a uma direção única.

Os grupos podem ser de direito e de fato. O grupo de direito se caracteriza pela constituição por convenção, devidamente aprovada pelas sociedades que o compõem, observados os requisitos legais e arquivamento no órgão competente, quais sejam:

"Art. 269. O grupo de sociedades será constituído por convenção aprovada pelas sociedades que o componham, a qual deverá conter:

I – a designação do grupo;

II – a indicação da sociedade de comando e das filiadas;

III – as condições de participação das diversas sociedades;

IV – o prazo de duração, se houver, e as condições de extinção;

V – as condições para admissão de outras sociedades e para a retirada das que o componham;

VI – os órgãos e cargos da administração do grupo, suas atribuições e as relações entre a estrutura administrativa do grupo e as das sociedades que o componham;

VII – a declaração da nacionalidade do controle do grupo;

VIII – as condições para alteração da convenção".

A convenção de grupo deve ser aprovada com observância das normas para alteração do contrato social ou do estatuto, conforme art. 136 V da LSA. De se ressaltar que, diferentemente dos consórcios, não há necessidade de que a convenção determine prazo de duração do grupo. Considera-se constituído o grupo desde a data do arquivamento dos documentos elencados no art. 271 da LSA no Registro Público de Empresas Mercantis. Sustento que nos grupos de direito a responsabilidade das sociedades integrantes vai depender de cláusula expressa na convenção, salvo prova de fraude. Nos grupos de fato há responsabilidade solidária entre os integrantes do grupo.

14.17.3.Designação

Os grupos de sociedades, desde que devidamente organizados em conformidade com as normas da lei, devem ser designados por expressão que contenha as palavras "grupo de sociedades" ou "grupo".[447]

14.17.4.Responsabilidade perante terceiros

Entendo que nos grupos de direito cada integrante se responsabiliza perante terceiros, nos termos em que se obrigou na convenção. Grupos de fatos, em sentido contrário, não possuem convenção escrita registrada no órgão competente. Entendo que, neste caso, os integrantes do grupo respondem solidariamente perante terceiros.

O art. 28, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor prevê, excepcionalmente, a responsabilidade subsidiária das sociedades integrantes do grupo nas relações de consumo.

Questão polêmica consiste em saber se a existência do grupo implica formação de nova sociedade. Para Fábio Konder Comparato: "A nosso ver, o grupo econômico constitui, em si mesmo, uma sociedade. Os três elementos fundamentais de toda relação societária – a saber, a contribuição individual com esforços ou recursos, a atividade para lograr fins comuns e a participação em lucros e prejuízos – encontram-se no grupo". Discordo deste posicionamento, pois quem exerce direitos e assume obrigações não é o grupo propriamente dito, e sim as sociedades integrantes. Inadimplida a obrigação pactuada, os credores não podem se voltar contra o grupo, mas contra as sociedades integrantes, de acordo com as obrigações assumidas. Já em relação ao grupo de fato podem invocar a solidariedade entre as sociedades que o integram.

***Sobre o tema*:**

"Processo civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Falência. Grupo de sociedades. Estrutura meramente formal. Administração sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. Desconsideração da personalidade jurídica da falida. Extensão do decreto falencial a outra sociedade do grupo. Possibilidade. Terceiros alcançados pelos efeitos da falência. Legitimidade recursal.

– *Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legitima a* desconsideração da personalidade jurídica *da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo*.

– *Impedir a* desconsideração da personalidade jurídica *nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores.*

– *A aplicação da teoria da* desconsideração da personalidade jurídica *dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. Os terceiros alcançados pela desconsideração da personalidade jurídica da falida estão legitimados a interpor, perante o próprio juízo falimentar, os recursos tidos por cabíveis, visando a defesa de seus direitos*" (ROMS 12872/SP, Min. Nancy Andrighi).

"Falência. Empresa Holding. Efeitos estendidos às empresas controladas por ela constituída como mero escopo para aquisições de ações. Vínculo patrimonial com a falida, ademais, amplamente demonstrado. Legitimidade da desconsideração da personalidade jurídica das aludidas coligadas. Recurso não provido.

Diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, pode o juiz desconsiderar tal personalidade para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que nela se escondem para aqueles fins" (TSP, AI 190.368-1).

"Falência. Arrecadação. Decisão que determinou a arrecadação de ações da sociedade controlada da falida que já haviam sido adquiridas por terceiros. Admissibilidade. Desconsideração da personalidade jurídica dentro do grupo de empresas para maior garantia dos credores" (TJSP, Ag. Reg. 178660).

14.17.5.Administração

Compete aos administradores das sociedades filiadas observar a orientação geral estabelecida e as instruções expedidas pelos

administradores do grupo, que não importem violação da lei ou da convenção do grupo.[448]

As relações entre as sociedades integrantes do grupo, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas devem ser estabelecidas na convenção do grupo.[449]

Os administradores do grupo podem ser remunerados e o valor fixado dentro dos limites do § 1º do artigo 152 da LSA, com base nos resultados apurados nas demonstrações financeiras consolidadas do grupo.

14.17.6.Direitos dos acionistas

Os acionistas dissidentes da deliberação que aprovar a convenção de grupo têm direito de recesso fundado na perda da autonomia empresarial das sociedades participantes, já que prevalece o interesse do grupo em prejuízo do individual.

14.18.CONSÓRCIOS[450]

Consórcio é forma de associação de duas ou mais sociedades, estando ou não sob o mesmo controle, para execução de determinado empreendimento, obtenção de recursos, pessoal, maquinário ou tecnologia com o objetivo de se alcançar determinado fim, que, de outra forma, não poderia ser alcançado por nenhuma delas individualmente, senão com maior dispêndio de tempo, tecnologia e dinheiro. O contrato de consórcio é oneroso, bilateral e formal, formalizado depois de aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante.[451] Deve ser arquivado na Junta Comercial e preencher os requisitos do art. 279 da LSA. Resume um ato jurídico de natureza obrigacional que visa à realização de um empreendimento. Trata-se de uma relação extrassocietária na qual as sociedades integrantes, embora enliçadas por um vínculo, conservam sua personalidade jurídica e autonomia patrimonial. É uma universalidade de fato e não tem personalidade jurídica. Não sendo sujeito de direitos, não pode assumir nenhuma obrigação.

No contrato de consórcio não há controle de nenhum participante, mas um objetivo comum. Cada consorte determina o grau de responsabilidade que assume na execução do serviço e obriga-se perante terceiros, individualmente, nas condições previstas no contrato. Cada um responde por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.[452] O § 3º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor estabelece, excepcionalmente, a responsabilidade solidária entre as sociedades consorciadas.

***Sobre o tema*:**

"O consórcio de empresas pode estar em juízo para demandar e ser demandado, mesmo não tendo personalidade jurídica de direito material. A Lei, por uma questão de conveniência, lhe atribui essa capacidade processual (art. 12, VII, CPC)" (REsp 147.997-RJ).

"Ação ordinária de cobrança de serviços prestados a Prefeitura de Petropólis – Pedido formulado por uma das empresas de consórcio, contratada para execução de obras públicas – Inexistência de solidariedade entre as empresas consorciadas, podendo, por isso, cada uma delas, cobrar, separadamente, a contraprestação oriunda do cumprimento de sua obrigação – Procedência da ação – desprovimento do recurso" (TJRJ. Ac. nº 1999.001.01086. 6ª câmara cível. Rel. Des. Marianna Pereira Nunes).

A falência de uma das consorciadas não determina a das demais.[453] Nesse caso, o consórcio subsistirá com as outras consorciadas, apurando-se o crédito da sociedade falida na forma contratual.

***Sobre o tema*:**

"Pedido de falência em face de consórcio. Sentença julgando extinto o processo sem análise (sic) do mérito por impossibilidade jurídica do pedido, condenando o autor ao pagamento das verbas sucumbenciais. Aplicação do artigo 278, § 1º, da Lei das Sociedades por Ações. Ausência de personalidade jurídica.

Uma vez formada a relação processual, ocorrendo a extinção do processo sem exame(sic) do mérito, opera-se a sucumbência contra aquele que formulou o pedido que não pode ser examinado (arts. 26, 28 e 268 do CPC). Impossibilidade de levantamento pelo autor do valor depositado pelo réu tão somente para exercer seu direito de defesa. Depósito elisivo que não reconhece o direito autoral – artigo 11, § 2º, do DL. nº 7661/45. Negado provimento ao recurso" (TJ/RJ, Apelação nº 2005.001.21309, Rel. Des. Antônio Saldanha Palheiro).

14.19.SUBSIDIÁRIA INTEGRAL[454]

É uma sociedade unipessoal, ou seja, tem como única acionista uma sociedade brasileira. Pode ser constituída por escritura pública (unipessoalidade originária), derivar da aquisição de todas as ações de uma sociedade por outra ou incorporação de todas as ações do capital social de uma sociedade ao patrimônio de outra companhia brasileira (unipessoalidade superveniente).

A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira para convertê-la em subsidiária integral será submetida à deliberação da assembleia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos arts. 224 e 225,[455] pelo voto de, no mínimo, metade das ações com direito a voto. Se houver aprovação, a diretoria será autorizada a subscrever o aumento do capital da incorporadora por conta dos seus acionistas. No caso de dissidência, os sócios terão assegurado o direito de retirada observado o disposto no art. 137, II, mediante reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230.[456] Aprovado o laudo de avaliação pela assembleia-geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação. Os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem.[457] É conveniente ressaltar que a CVM estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de incorporação de ações que envolvam companhia aberta.[458] Exceto se isto estiver disposto em cláusula expressa, não há solidariedade entre a subsidiária integral e sua instituidora.

Diferentemente de sua instituidora, a subsidiária integral tem de adotar, por força de lei, a forma de sociedade anônima.

O art. 146 da LSA diz que o administrador de uma sociedade anônima deve ser pessoa física. Fiando-se nessa imposição, há quem sustente que subsidiárias integrais não teriam conselho de administração. Comungamos do entendimento de Tavares Borba,[459] que admite o conselheiro não acionista.

14.20.SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA[460]

É a entidade da administração pública indireta criada por autorização de lei para a exploração de atividade econômica. Sua natureza jurídica é de pessoa jurídica de direito privado. Difere da autarquia, que tem personalidade jurídica de direito público, e da fundação, que pode ser instituída pelo poder público com personalidade de direito público ou com personalidade jurídica de direito privado.

A sociedade de economia mista:

•é órgão da administração indireta;
•é dotada de personalidade jurídica de direito privado, possui patrimônio e receita próprios;
•diferentemente da empresa pública adota, necessariamente, a forma de sociedade anônima;
•a maioria das ações com direito a voto pertence à União ou a uma entidade da administração indireta;
•sujeita-se ao regime jurídico das empresas privadas;
•é espécie do gênero entidade paraestatal;
•pode constituir-se como companhia aberta ou fechada. Quando constituída como companhia aberta, subordina-se aos princípios gerais da Lei das Sociedades Anônimas e aos da Comissão de Valores Mobiliários;
•embora tenha autonomia administrativa sujeita-se ao controle estatal interno do Poder Executivo e externo do Legislativo, através dos Tribunais de Contas da União, Estados, Municípios e Distrito Federal;
•não é considerada sociedade unipessoal, pois seu capital é misto, ou seja, o controle majoritário é da União ou de entes da administração indireta;
•segundo a doutrina e a jurisprudência majoritárias o que a distingue das sociedades anônimas é que a sua criação depende de lei (na verdade, a lei não cria a sociedade de economia mista, apenas autoriza a sua criação, devendo precisar o seu objeto. Há erro de técnica no art. 37, XIX, da CF/1988).

A sociedade de economia mista pode exercer atividade econômica quando necessária à segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.[461] Pode, também, ser prestadora do serviço público concedido pelo ente federativo titular do serviço ou executar, mediante contrato, atividade econômica monopolizada pela União.[462] A doutrina majoritária diferencia as sociedades de economia mista prestadoras de serviço público das que exercem atividade econômica.

Antes da nova Lei de Falências, José dos Santos Carvalho Filho entendia que a "sujeição ao regime falimentar somente pode atingir as sociedades de economia mista que exerçam atividade econômica *stricto sensu*, ou seja, de natureza empresarial, porque somente essas são equiparadas às empresas privadas. (...) Tratando-se de sociedade de economia mista que se dedique à prestação de serviços públicos, não incluídas no citado mandamento constitucional, segundo a doutrina prevalente, a insolvência deve regular-se basicamente pelo direito público (...)".

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, com "relação às exploradoras de atividade econômica, nem a lei poderia excluí-las de sujeição à falência,

assim como não poderia estabelecer responsabilidade subsidiária do Poder Público. Isto porque, quando a Constituição atribuiu-lhes regime correspondente ao das empresas privadas, inclusive quanto aos 'direitos e obrigações civis, comerciais (...)' etc. (§ 1º, II, do art. 173), pretendeu evitar que tais sujeitos desfrutassem de uma situação jurídica suscetível de colocá-las em vantagem em relação às empresas privadas em geral".

José Cretella Júnior diz que em relação "à penhora dos bens da sociedade de economia mista a resposta também é consequência direta da própria natureza da sociedade que, sendo organismo privado e, disciplinado, pois, pelas normas do direito comum, pode ter seus bens constitutivos sujeitos a penhora como os de qualquer sociedade de direito privado.

O problema da falência é de grande importância no estudo dessas sociedades. Alguns autores, como Bielsa, sustentam a impossibilidade da quebra porque o Estado colaborou com dinheiro e a quebra não é concebível relativamente ao Estado. Em sentido contrário, outros autores distinguem as várias espécies de sociedades de economia mista. Em regra, a sociedade de economia mista está sujeita ao regime falimentar como qualquer outra, mas por estar em jogo interesse público, como no caso das concessionárias, a continuidade do serviço deve ser assegurada.

Por todos os fundamentos doutrinários já expostos, apesar de o art. 2º, I, da Lei nº 11.101/2005 excluir expressamente as sociedades de economia mista da falência e da recuperação judicial e extrajudicial, a interpretação desse dispositivo deve ser restrita. A vedação refere-se às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos.

14.21.SOCIEDADE EM COMANDITA POR AÇÕES[463]

O art. 1.090 do Código Civil diz que "(...) a sociedade em comandita por ações tem o capital dividido em ações, regendo-se pelas normas relativas à sociedade anônima, sem prejuízo das modificações constantes deste Capítulo, e opera sob firma ou denominação". Assim, também, o art. 280 da Lei das Sociedades Anônimas. Como dito, a sociedade em comandita por ações pode operar sob firma ou denominação, seguida da expressão comandita por ações, por extenso ou abreviadamente. Somente os diretores podem fazer parte da firma. A infração dessa regra acarreta a responsabilidade ilimitada e solidária dos demais sócios. A administração deve ser exercida pelos diretores, que assumem responsabilidade ilimitada e subsidiária pelas obrigações firmadas em nome da sociedade. Da mesma forma, o art. 1.091 do Código Civil ensina que "(...) somente o acionista tem qualidade para administrar a sociedade e, como diretor, responde subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade". Os diretores

devem ser nomeados no ato constitutivo da sociedade, sem limitação de tempo. Somente se admite sua destituição por deliberação de acionistas que representem, no mínimo, dois terços do capital social. Durante dois anos, contados da destituição ou exoneração, o diretor continua responsável pelas obrigações sociais assumidas na sua administração.

Sem o consentimento dos diretores, a assembleia-geral não pode mudar o objeto essencial da sociedade, prorrogar-lhe o prazo de duração, aumentar ou diminuir o capital social, criar debêntures ou partes beneficiárias.[464]

O art. 284 da LSA diz que as normas aplicáveis ao conselho de administração, autorização de aumento de capital e emissão de bônus de subscrição não se aplicam às sociedades em comandita por ações.

14.22.VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

Analise as proposições abaixo e diga se são verdadeiras ou falsas:

1)Para a constituição de uma sociedade anônima são necessários pelo menos sete sócios.
2)Na companhia aberta a alienação do poder de controle, independentemente do pagamento de eventual prêmio aos minoritários que optarem por permanecer na sociedade pressupõe por parte do adquirente a oferta de compra das demais ações com direito a voto por, no mínimo, 80% do valor ofertado pelas ações do bloco controlador.
3)De acordo com a Lei 6.404/1976, a publicação das demonstrações financeiras das sociedades anônimas fechadas deverá ser realizada necessariamente no prazo máximo de 30 dias após a publicação da ata da assembleia-geral ordinária.
4)Em uma sociedade anônima fechada o estatuto pode restringir a livre circulação das ações, estabelecendo, por exemplo, o direito de preferência para aquisição das ações dos demais acionistas.
5)Em uma sociedade anônima fechada o voto nas assembleia-gerais constitui direito essencial do acionista, independentemente da classe ou tipo de ações de que é titular.
6)Em uma sociedade anônima fechada as demonstrações financeiras deverão ser publicadas em jornais de circulação no local da sede da companhia, independentemente do valor do faturamento ou de seu patrimônio líquido.
7)Em uma sociedade anônima fechada todos os acionistas respondem solidariamente pelas dívidas sociais.

8)As ações preferenciais são aquelas que conferem a seu titular determinados direitos especiais, previstos em lei, embora não lhe confiram, como regra legal, o direito de voto.
9)O acionista que violar deveres estatutários poderá, por decisão da assembleia-geral, ter seu direito de voto suspenso.
10)As partes beneficiárias são títulos negociáveis, sem valor nominal, emitidos por uma sociedade por ações, que atribuem aos seus titulares o direito a um crédito eventual, consistente na participação nos lucros anuais.
11)As ações preferenciais de sociedade anônima aberta que conferem direito de voto restrito não podem ser divididas em classes.
12)As partes beneficiárias são títulos resgatáveis, limitado seu valor a 10% do lucro anual de uma sociedade por ações, que os emitirá em favor de entidades sem fins lucrativos para ser aplicado em benefício de obras sociais.
13)As partes beneficiárias são títulos não negociáveis, sem valor nominal, emitidos por uma sociedade por ações por conta e ordem de qualquer de seus acionistas, por meio dos quais transfere para terceiro os direitos aos lucros das respectivas ações.
14)A ação de uma sociedade por ações deverá, obrigatoriamente, ter valor nominal.
15)As partes beneficiárias são títulos emitidos por uma sociedade por ações, que conferem aos seus titulares o direito de subscrição de novas ações, estabelecendo o benefício do deságio de 10% quando da integralização de seu valor nominal.
16)A ação de uma sociedade por ações pode ou ter valor nominal.
17)As ações de companhias abertas são valores mobiliários sempre sujeitos à fiscalização da CVM.
18)Ação é o valor mobiliário que confere ao seu titular apenas o direito de participar nos lucros da sociedade anônima, embora sem representar parcela do capital social.
19)O valor mobiliário que confere ao seu titular apenas o direito de participar nos lucros da sociedade anônima, embora sem representar parcela do capital social, é chamado debênture.
20)Partes beneficiárias são o valor mobiliário que confere ao seu titular apenas o direito de participar nos lucros da sociedade anônima, embora sem representar parcela do capital social.
21)Bônus de subscrição é o valor mobiliário que confere ao seu titular apenas o direito de participar nos lucros da sociedade anônima, embora sem representar parcela do capital social.
22)Nas sociedades anônimas as partes beneficiárias são títulos emitidos pelas sociedades anônimas de capital fechado, desde que

autorizadas pelas assembleia-gerais, e se caracterizam por ser estranhas ao capital social e por conferirem aos seus proprietários o direito de crédito apenas eventual contra a companhia.
23)Em relação às debêntures é correto afirmar que não podem ser conversíveis em ações pois são títulos de dívida.
24)É correto afirmar que as ações preferenciais de sociedade anônima aberta às quais não se atribui direito de voto integral concederão a seus titulares o direito de ser incluídas em oferta pública de alienação de controle acionário.
25)Com relação às ações preferenciais de sociedade anônima aberta às quais não se atribui direito de voto integral é correto afirmar que deverão oferecer ao menos uma preferência adicional.
26)Com relação às ações preferenciais de sociedade anônima aberta às quais não se atribui direito de voto integral é correto afirmar que o estatuto não lhes poderá oferecer o direito de eleição em separado de membros dos órgãos de administração.
27)Nas sociedades anônimas, o estatuto poderá prever que determinadas classes de ações ordinárias e de ações preferenciais tenham direito de voto restrito.
28)As ações preferenciais são aquelas cujos titulares somente terão direito a voto em assembleia-geral em caso de não pagamento de dividendos por mais de três anos.
29)As ações preferenciais podem ser emitidas em classes diversas, às quais pode ser garantido o direito de eleger, em votação em separado, um ou mais membros dos órgãos de administração.
30)As ações preferenciais podem garantir prioridade na distribuição dos dividendos a seus titulares.
31)As ações preferenciais sem direito a voto não podem representar mais que 2/3 do total de ações emitidas.
32)Nos termos da Lei das S/A (Lei 6.404/1976 e suas posteriores alterações), caso um signatário de acordo de acionistas, devidamente arquivado na companhia, vote contrariamente ao acordo, seu voto não será computado pelo presidente da assembleia ou do órgão colegiado de deliberação.
33)O direito de recesso na sociedade anônima é conferido ao acionista dissidente da assembleia-geral que aprovar a dissolução da companhia.
34)O direito de recesso na sociedade anônima é conferido ao acionista dissidente da assembleia-geral que aprovar a criação de partes beneficiárias.

35)O direito de recesso na sociedade anônima é conferido ao acionista dissidente da assembleia-geral que aprovar a redução de dividendo obrigatório.
36)A Assembleia-Geral Extraordinária da Companhia Brasileira de Secos e Molhados, sociedade anônima fechada, deliberou a mudança de seu objeto social. Merovides, acionista detentor de 10% de ações preferenciais sem direito de voto não compareceu à assembleia e discorda da alteração. Merovides não poderá exercer o direito de retirada.
37)Compete privativamente à assembleia-geral da sociedade anônima reformar o estatuto social da companhia e deliberar sobre a avaliação de bens com que o acionista concorrer para a formação do capital social.
38)A Assembleia-Geral Extraordinária da Companhia Brasileira de Secos e Molhados, sociedade anônima fechada, deliberou a mudança de seu objeto social. Merovides, acionista detentor de 10% de ações preferenciais sem direito de voto, não compareceu à assembleia e discorda da alteração. Merovides poderá exercer o direito de retirada.
39)A Assembleia-Geral Extraordinária da Companhia Brasileira de Secos e Molhados, sociedade anônima fechada, deliberou a mudança de seu objeto social. Merovides, acionista detentor de 10% de ações preferenciais sem direito de voto, não compareceu à assembleia e discorda da alteração. Merovides só poderia exercer o direito de retirada se tivesse comparecido à assembleia.
40)A representação do acionista em assembleia-geral de uma sociedade por ações somente será possível por procurador constituído há menos de um ano, que seja acionista, administrador da companhia ou advogado.
41)A representação do acionista em assembleia-geral de uma sociedade por ações somente será possível por procurador constituído após o ato de convocação e que seja acionista.
42)A representação do acionista em assembleia-geral de uma sociedade por ações somente será possível por procurador constituído por escritura pública e que seja acionista.
43)A representação do acionista em assembleia-geral de uma sociedade por ações somente será possível por procurador constituído mediante procuração que indique expressamente a data da realização da assembleia-geral e a ordem do dia.
44)A operação de incorporação de sociedade implica a extinção da incorporada e a assunção de seus débitos pela incorporadora.
45)A operação de incorporação de sociedade pressupõe que pelo menos uma da envolvidas seja sociedade.

46)O direito de recesso na sociedade anônima é conferido ao acionista dissidente da assembleia-geral que aprovar cisão, com mudança do objeto social.
47)O conselho de administração de uma sociedade anônima fechada terá sempre a competência de eleição da diretoria.
48)O conselho de administração de uma sociedade anônima fechada tem poderes de representação da companhia.
49)O conselho de administração de uma sociedade anônima fechada poderá alterar o estatuto, se houver neste permissão expressa.
50)O conselho de administração de uma sociedade anônima fechada é órgão de existência obrigatória e de funcionamento facultativo.
51)O conselho de administração de uma sociedade anônima fechada elegerá o conselho fiscal, se este estiver instalado na sociedade anônima, a diretoria é órgão de existência obrigatória.
52)Na sociedade anônima, a diretoria constitui órgão colegiado.
53)Na sociedade anônima, a diretoria é órgão de existência obrigatória.
54)Na sociedade anônima, a diretoria deve ser composta por, no mínimo, duas pessoas não acionistas.
55)Na sociedade anônima, a diretoria é sempre eleita pelo conselho de administração.
56)Na sociedade anônima, a diretoria representa a sociedade.
57)A ação de responsabilidade civil contra o administrador de uma sociedade por ações pode ser proposta por acionistas, bastando, unicamente, que reúnam a maioria das ações com direito a voto, dispensada prévia deliberação em assembleia-geral.
58)A ação de responsabilidade civil contra o administrador de uma sociedade por ações pode ser promovida por qualquer acionista, se não for proposta no prazo de 30 dias da deliberação da assembleia-geral.
59)A ação de responsabilidade civil contra o administrador de uma sociedade por ações pode ser promovida por acionistas que representem pelo menos 10% do capital social, desde que a assembleia-geral delibere não promovê-la.
60)Nas sociedades anônimas, a responsabilidade objetiva do agente ocorre quando os administradores causam prejuízo à empresa, respondendo por culpa ou dolo, no âmbito de seus poderes, ou quando violarem a lei ou estatuto social.
61)A ação de responsabilidade civil contra o administrador de uma sociedade por ações pode ser promovida por acionistas que

representem pelo menos 5% do capital social, desde que a assembleia-geral delibere não promovê-la.

62)O conselho fiscal da sociedade anônima fechada é órgão de existência obrigatória e funcionamento permanente.

63)O conselho fiscal da sociedade anônima fechada é órgão de existência não obrigatória, sujeita à deliberação da assembleia-geral.

64)A composição do conselho fiscal de sociedade por ações não será inferior a três, nem superior a cinco membros efetivos e suplentes em igual número, eleitos dentre aqueles que compõem os órgãos da administração.

65)O conselho fiscal da sociedade anônima fechada é órgão de existência não obrigatória, sujeita a deliberações do estatuto.

66)O conselho fiscal da sociedade anônima fechada é órgão de existência não obrigatória, sujeita à conveniência da diretoria.

67)O conselho fiscal da sociedade anônima fechada é órgão de existência obrigatória e funcionamento eventual.

68)Caso a sociedade anônima, que não seja subsidiária integral, se veja reduzida a um único acionista no curso de sua atividade empresarial, é correto afirmar que a sociedade poderá ter a pluralidade de acionistas reconstituída até a próxima assembleia-geral ordinária.

69)O consórcio de sociedades, previsto no art. 278 da Lei 6.404/1976 possui personalidade jurídica própria e patrimônio que não se confunde com o das sociedades que o compõem.

70)No consórcio de sociedades previsto no art. 278 da Lei 6.404/1976 a falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

71)O consórcio de sociedades previsto no art. 278 da Lei 6.404/1976 reputa-se automaticamente dissolvido na hipótese de falência da sociedade responsável pela administração do empreendimento.

---

[1]Vide Instrução CVM 361, de 05.03.2002 – Regulamentação – Sociedades Anônimas.

[2]Lei nº 6.404/1976.

[3]O art. 1.089 do Código Civil diz que a sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe onde couber, nos casos omissos, as suas disposições.

[4]RIPERT, George. *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*, Ed. Red Livros, 2002.

[5]LAMY, Alfredo Filho. BULHÔES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*, Rio de Janeiro, Forense.

[6]LSA, art. 3º.

[7]*cf*. Tavares Borba.

[8]V. *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa*, publicado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), que estabelece quatro princípios norteadores das práticas de boa governança:

a) transparência na divulgação de informações; b) equidade; c) prestação de contas por parte dos agentes de governança; d) responsabilidade corporativa nas questões sociais e ambientais em todas as decisões da empresa.

[9]SIMÕES, Paulo César Gonçalves (Advogado especializado e sócio do Veirano Advogados), diz: "não existe ainda uma noção jurídica do termo governança corporativa, que designa, em geral, uma tendência, ainda em plena evolução nos mercados de capitais, de melhorar as relações entre os agentes da poupança pública, que circula nesses mercados, e os detentores do poder nas empresas para onde é canalizada essa poupança".

[10]PLENDER, John e PERSAUD, Avinash. "Ética e governança precisam ir além do manual". *Valor*, ed. de 25.08.2005, p. 82.

[11]GIERKE, Otto von. *Direito das Corporações*.

[12]Rubens Requião adverte que "(...) quando uma grande empresa privada voltar-se para si mesma, os acionistas ou o público dela se afastarão, perdendo o interesse e pondo em risco sua sobrevivência. (...) em vista da realidade dos interesses em jogo, a administração da Sociedade Anônima moderna deve conjugar estreitamente o interesse social com o interesse privado, de forma a assegurar a prosperidade da sociedade com a satisfação dos interesses razoáveis e naturais de seus acionistas".

[13]LOBO, Jorge. *Princípios da Governança Corporativa*. Artigo publicado na Revista nº 37, v. 10 da EMERJ.

[14]LOBO, Jorge. *Direito dos Acionistas*. Rio de Janeiro: Campus Jurídico. 2010, p.12.

[15]<http://www.congressousp.fipecafi.org/artigos32006/518.pdf>.

[16]<http://www.cvm.gov.br/>.

[17]LSA, art. 116, parágrafo único.

[18]LSA, art. 116, parágrafo único.

[19]LSA, art. 154.

[20]Edição nº 819.

[21]LOBO, Jorge. *Op. cit*.

[22]SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 77.

[23]Lei nº 6.404/1976, art. 254-A.

[24]V. Cap. 14, item 14.11.4.

[25]Lei nº 6.404/1976, art. 17, § 1º, II.

[26]Lei nº 6.404/1976, art. 137, III.

[27]Lei nº 6.404/1976, art. 141, § 4º.

[28]Lei nº 6.404/1976, art. 15, § 2º.

[29]*Site*: <http://www.cvm.gov.br/port/infos/CVM-edita-norma%20que-flexibiliza-o-regime-de-divulgacao-de-informacao-sobre-ato-ou-fato-relevante.asp>.

[30]Lei das Sociedades Anônimas, art. 11

[31]Lei das Sociedades Anônimas, art. 1º.

[32]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 82 e 88.

[33]Lei das Sociedades Anônimas, art. 3º.

[34]Lei das Sociedades Anônimas, art. 80, I.

[35]Lei das Sociedades Anônimas, art. 2º, § 1º.

[36]Lei nº 11.638/2007, art. 3º.

[37]Artigo publicado por Antônio Airton Ferreira no *FISCOsoft On-Line* em 11.02.2008.

[38]Artigo publicado no Jornal *Valor Econômico* de 21.01.2008.

[39]Texto publicado na Revista *Contábil & Empresarial Fiscolegis*, 15 de Janeiro de 2008: "É conveniente reproduzir o Comunicado da CVM ao Mercado:

"Comunicado CVM Objetivo: Esclarecimento ao mercado e consulta pública sobre ato normativo a ser emitido pela CVM, referente à aplicação da Lei nº 11.638/07, que altera dispositivos da Lei nº 6.404/76 sobre matéria contábil.

I – Introdução

A Comissão de Valores Mobiliários – CVM – comunica que em 28 de dezembro próximo passado foi promulgada a Lei nº 11.638/07, que altera, revoga e introduz novos dispositivos à Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976), notadamente em relação ao capítulo XV que trata de matéria contábil. A referida Lei nº 11.638/07 teve origem no Projeto de Lei nº 3.741/2000, de iniciativa desta CVM junto ao Executivo, cuja finalidade maior era possibilitar a eliminação de algumas barreiras regulatórias que impediam a inserção total das companhias abertas no processo de convergência contábil internacional, além de aumentar o grau de transparência das demonstrações financeiras em geral, inclusive em relação às chamadas sociedades de grande porte não constituídas sob a forma de sociedade por ações. Originalmente, o Projeto de Lei n º 3.741, mediante proposta de alteração do art. 289, buscava ainda reduzir os custos de publicação dessas demonstrações, tendo em vista, inclusive, o expressivo aumento das informações complementares (notas explicativas e quadros suplementares) que deverá advir em função desse processo de convergência. Muito embora este último objetivo não tenha sido alcançado no final da tramitação do projeto, a Lei nº 11.638/07, ao possibilitar essa convergência internacional, irá permitir, no futuro, o benefício do acesso das empresas brasileiras a capitais externos a um custo e a uma taxa de risco menores. A CVM considera, com a aprovação do PL nº 3.741, que está sendo concluído um ciclo, longo, difícil e muito debatido, mas, evidentemente, não o processo como um todo. Um novo ciclo se inicia agora e que demandará grandes esforços das companhias, dos auditores, dos diversos organismos e profissionais de contabilidade e finanças e, certamente, da própria CVM no processo de regulação, disseminação, orientação e aprendizado das modificações produzidas pela nova lei e das matérias dela decorrentes que necessitarão ser normatizadas. Assim sendo, a CVM vem a público para manifestar o seu entendimento preliminar quanto à aplicação da nova lei e como deverá ser desenvolvido o seu processo de regulação, bem como solicitar ao mercado, especialmente às companhias abertas e seus auditores independentes, que apresentem dúvidas e sugestões a respeito dessa matéria, com vistas à elaboração de ato normativo pela CVM.

II – Demonstrações Financeiras de 31.12.2007.

Tendo em vista a relevância das alterações produzidas pela Lei nº 11.638/07, e para atendimento ao disposto na Deliberação CVM nº 505/06, as companhias deverão divulgar, em nota explicativa às suas demonstrações financeiras de 31.12.2007, os eventos contemplados na nova lei que irão influenciar as suas demonstrações do próximo exercício e, quando possível, uma estimativa de seus

efeitos no patrimônio e no resultado de 2007 ou o grau de relevância sobre as demonstrações de 2008.

III – Principais Alterações Contábeis da Lei nº 11.638/07

A Lei nº 11.638/07 produziu alterações específicas, pontuais e de aplicação imediata no exercício de 2008, em linha com os padrões contábeis internacionais, além de estabelecer para a CVM o poder/dever de emitir normas para as companhias abertas em consonância com esses padrões internacionais. Em função do disposto no § 5º do art. 177 adicionado pela Lei nº11.638/07, as normas contábeis emitidas pela CVM deverão estar obrigatoriamente em consonância com os padrões contábeis internacionais adotados nos principais mercados de valores mobiliários, ou seja, de acordo com as normas emitidas pelo International Accounting Standards Board – IASB –, que é hoje considerado como a referência internacional dos padrões de contabilidade. A nova lei também faculta às companhias fechadas a adoção das normas expedidas pela CVM para as companhias abertas, possibilitando que essas companhias participem também do processo de convergência contábil (art. 177, § 6º). Além disso, determina às sociedades de grande porte a observância das disposições da lei societária no que diz respeito à escrituração e elaboração de demonstrações financeiras, além de exigir que essas demonstrações sejam auditadas por auditores independentes registrados na CVM (art. 3º). Em resumo, as alterações estabelecidas para as companhias abertas pela Lei nº 11.638/07 são:

1. A substituição da Demonstração das Origens e Aplicações de Recursos – DOAR – pela Demonstração dos Fluxos de Caixa – DFC – (art. 176, IV). A lei permite que, no primeiro exercício social, a DFC seja divulgada sem indicação dos valores referentes ao ano anterior. Entendemos, no entanto, que essa faculdade não deva ser adotada por aquelas companhias que já vêm divulgando esse tipo de demonstração.

2. A inclusão da Demonstração do Valor Adicionado – DVA – no conjunto das demonstrações financeiras elaboradas, divulgadas e que devem ser aprovadas pela assembleia-geral ordinária – AGO – (art. 176, V). Também neste caso a lei permite que, no primeiro exercício social, a DVA seja divulgada sem indicação dos valores referentes ao ano

ano anterior. Entendemos, também, que essa faculdade não deva ser adotada por aquelas companhias que já vêm divulgando voluntariamente esse tipo de demonstração.

3. Foi criada uma nova possibilidade, além da originalmente prevista na lei societária, de segregação entre a escrituração mercantil e a escrituração tributária, ao estabelecer a alternativa para a companhia adotar na sua escrituração mercantil, e não apenas em livros auxiliares, as disposições da lei tributária, desde que, em seguida, depois de apurado o lucro base para tributação, sejam efetuados os ajustes necessários para que as demonstrações financeiras estejam em consonância com a Lei das S.A e os princípios fundamentais de contabilidade. Essas demonstrações deverão ainda ser objeto de auditoria por auditor independente registrado na CVM (art. 177, § 2º, II).

4. Foram criados dois novos subgrupos de contas: o Intangível, no ativo permanente e os Ajustes de Avaliação Patrimonial, no patrimônio líquido (art. 178, § 1º, ‘c’, e § 2º, ‘d’). Além disso, foram especificadas novas definições, em linha com os padrões internacionais de contabilidade, o que: (a) inclui no ativo imobilizado os bens decorrentes de operações em que há transferência de benefícios, controle e risco, independentemente de haver transferência de propriedade (art. 179, IV); (b) restringe o uso do ativo diferido às despesas pré-operacionais e aos gastos incrementais de reestruturação; e (c) segrega no ativo intangível os bens incorpóreos, inclusive o *goodwil* adquirido. Deve ser ressaltado

que, para as companhias abertas, a existência desse subgrupo 'Intangível' já se encontra regulada pela Deliberação CVM nº 488/05. Quanto ao subgrupo 'Ajustes de Avaliação Patrimonial', este servirá essencialmente para abrigar a contrapartida de determinadas avaliações de ativos a preço de mercado, especialmente a avaliação de determinados instrumentos financeiros e, ainda, os ajustes de conversão em função da variação cambial de investimentos societários no exterior, cabendo ressaltar que esses últimos ajustes estão sendo objeto de deliberação a ser brevemente emitida pela CVM, aprovando o Pronunciamento CPC 02 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis.

5. A nova lei estabeleceu também novos critérios para a classificação e a avaliação das aplicações em instrumentos financeiros, inclusive derivativos. Em linha com a regra internacional, esses instrumentos financeiros são classificados em três categorias (destinadas à negociação, mantidas até o vencimento e disponíveis para venda) e a sua avaliação pelo custo mais rendimentos ou pelo valor de mercado será feita em função da sua classificação em uma dessas categorias (art. 183, I e § 1º, 'd'). A regulação completa desse dispositivo em linha com as normas do IASB (IAS 32, IAS 39 e IFRS 7) é bastante complexa, detalhada e exigirá por parte das Companhias Abertas e de seus Auditores um forte grau do que se costuma denominar de 'subjetivismo responsável'.

6. Uma outra alteração relevante é a introdução do conceito de Ajuste a Valor Presente para as operações ativas e passivas de longo prazo e para as relevantes de curto prazo. A CVM entende que a aplicação desse conceito pelas companhias abertas por ela reguladas depende da emissão de norma específica ou de expressa referência em alguma outra norma, delimitando o seu alcance e fixando as premissas necessárias para sua utilização, o que deverá ser feito sempre em consonância com as normas internacionais (art. 183, VIII, e art. 184, III).

7. A Lei nº 11.638/07 também obriga a companhia a efetuar, periodicamente, análise para verificar o grau de recuperação dos valores registrados no ativo imobilizado, intangível e diferido. A CVM, no caso das companhias abertas, já regulou essa matéria ao emitir a Deliberação CVM nº 527/07 aprovando o Pronunciamento CPC 01 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, estando em linha com as normas internacionais de contabilidade (art. 183, § 3º).

8. Nas operações de incorporação, fusão ou cisão (combinação de empresas), quando forem realizadas entre partes não relacionadas e estiverem vinculadas à efetiva transferência de controle, todos os ativos e passivos da incorporada, cindida ou fusionada deverão ser identificados, avaliados e contabilizados a valor de mercado. Da mesma forma mencionada no item 5 acima, sobre a questão da avaliação dos instrumentos financeiros, esta é outra matéria cuja regulação, em linha com a regra internacional (IFRS3), é também bastante complexa, inclusive em função dos ambientes jurídico-societários que balizam essas operações no Brasil e no exterior, o que demandará uma atenção especial dos reguladores ao analisar e implementar as normas internacionais que tratam da matéria (art. 226, § 3º).

9. Foi alterado o parâmetro para avaliação de coligadas pelo método da equivalência patrimonial, sendo estabelecido que esse método de avaliação seja aplicado a todas as coligadas em que a investidora tenha influência significativa. A nova lei estabelece ainda que existe presunção de influência significativa quando a participação for de 20% ou mais do capital votante, ao contrário do disposto na lei original que estabeleceu como parâmetro o capital total (art. 248).

10. Criação da Reserva de Incentivos Fiscais – a criação dessa reserva visa a possibilitar que as companhias abertas possam, a partir de regulação da CVM, registrar as doações e subvenções para investimento não mais como reserva de

capital e sim no resultado do exercício (de imediato ou em bases diferidas) como estabelece a norma internacional. Para que a companhia não corra o risco de perder o benefício fiscal da subvenção, está sendo previsto que a parcela do lucro líquido que contiver esse benefício fiscal possa ser destinada para essa reserva e excluída da base de cálculo do dividendo obrigatório (art. 2º). Cabe ressaltar que o projeto aprovado no legislativo alterava o atual art. 181 da lei societária para que: (1) os resultados de transações entre controladoras e controladas; (2) as receitas não realizadas decorrentes de doações e subvenções para investimentos; e (3) outras receitas não realizadas, fossem registradas, enquanto não realizadas, em conta de Resultado do Exercício Futuro. Essa alteração foi objeto de veto presidencial, essencialmente em razão do item (1) acima (resultados de transações entre controladoras e controladas), o que, no nosso entendimento e com a permanência do art. 195-A, com a revogação da letra 'd' do § 1º do art. 1.822 e com o disposto no § 5º do art. 1.773, não impede que, em função de regulamentação específica da CVM, as doações e subvenções para investimentos possam ser contabilizadas de acordo com as normas internacionais e, enquanto não realizadas, sejam classificadas como Resultados do Exercício Futuros.

11. Eliminação da Reserva de Reavaliação – ao dar nova redação à letra 'd' do § 2º do art. 178, ao § 3º do art. 182 e ao revogar o § 2º do art. 187, a Lei nº 11.638/07 eliminou a possibilidade de as sociedades por ações efetuarem reavaliações espontâneas do seu ativo imobilizado. A nova lei deu a opção às companhias para manterem os saldos existentes dessa reserva, que deverão ser realizados de acordo com as regras atuais (no caso das companhias abertas, nos termos da Deliberação CVM nº 183) ou de estornarem esses saldos até o final do exercício social em que a lei entrou em vigor, ou seja, até o final do exercício de 2008.

12. Eliminação da Reserva de Capital 'Prêmio na Emissão de Debêntures (art. 10) – O prêmio recebido na emissão de debêntures normalmente faz parte das condições da sua negociação, em função da atratividade desse papel ou da sua precificação, como por exemplo, a fixação de taxa de juros acima da média do mercado. Nesse caso, o prêmio recebido, configura uma receita não realizada, que deveria ser classificada como Resultado de Exercício Futuro, para apropriação ao resultado em função do prazo das debêntures e do reconhecimento também no resultado das despesas de juro. Ele corresponde, economicamente, a uma redução da taxa efetiva de juros dessa dívida. A nova lei veio dessa forma corrigir uma distorção contábil contida na lei societária.

IV – Outras Disposições da Lei nº 11.638/07

1. Como já mencionado, a Lei nº 11.638/07 estendeu às sociedades de grande porte, assim consideradas aquelas que, individualmente ou sob controle comum, possuam ativo total superior a R$ 240 milhões ou receita bruta superior a R$ 300 milhões, a obrigatoriedade de manter escrituração e de elaborar demonstrações financeiras com observância às disposições da lei societária. Assim, embora não haja menção expressa à obrigatoriedade de publicação dessas demonstrações financeiras, qualquer divulgação voluntária ou mesmo para atendimento de solicitações específicas (credores, fornecedores, clientes, empregados, etc.), as referidas demonstrações deverão ter o devido grau de transparência e estar totalmente em linha com a nova lei (art. 3º).

2. A Lei nº 11.638/07 também possibilitou à CVM estabelecer regras diferenciadas para as companhias abertas e demais emissores de valores mobiliários sobre a natureza e a periodicidade das informações que elas devam prestar, sobre o relatório da administração e sobre as suas demonstrações financeiras, padrões de contabilidade e relatórios e pareceres de auditoria (art.

4º). Cabe ressaltar que a Lei nº 10.303/01 já havia alterado a lei societária, dando à CVM poderes para classificar e regular as companhias abertas em categorias segundo as espécies e classes dos valores mobiliários por elas emitidos. A nova lei não altera essa disposição e além de considerar, ainda, o porte das companhias, incluiu os demais emissores de valores mobiliários no que diz respeito ao estabelecimento de regras diferenciadas nos casos previstos no § 1º, incisos I, II e IV do art. 22 da Lei nº 6.385/76.

3. A nova lei alterou, ainda, a Lei nº 6.385/76, reforçando o entendimento desta CVM de que a regulação contábil no Brasil pode estar formalmente baseada, no todo ou em parte, nos trabalhos desenvolvidos por um organismo multirrepresentativo, que tenha por objeto o estudo e a divulgação de princípios e padrões contábeis e de auditoria, e que reflita o pensamento dos diversos interessados nas informações contábeis das sociedades por ações. Com a introdução na nova lei da possibilidade de a CVM, do Banco Central do Brasil e dos demais reguladores firmarem convênios com essa entidade, ficam reforçados o papel e a importância do Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC –, hoje já em plena atividade, bem como fica ressaltada a necessidade deste organismo vir a ser dotado de condições plenas para atender as demandas dos reguladores e dos diversos mercados, e, dessa forma, dar maior efetividade a essa disposição contida na Lei nº 11.638/07 (art. 5º).

V – Prioridades na Regulação Contábil da CVM

Considerando que algumas das alterações específicas introduzidas pela Lei nº 11.638/07 demandam a edição de normas complementares detalhadas, a CVM, no curso do seu processo de regulação contábil para as companhias abertas, irá em 2008 dar prioridade à elaboração de normas voltadas para aquelas alterações. Deverão ser consideradas, primeiramente, as alterações que tenham um grau maior de complexidade e que, portanto, necessitem de maior tempo para apreciação e absorção como, por exemplo, a classificação e mensuração dos instrumentos financeiros e a contabilização de operações de combinação de empresas. A CVM pretende concluir, ainda em 2008, o seu processo normativo para os demais dispositivos da lei societária que foram alterados e que necessitem de regulação, como é o caso das demonstrações dos fluxos de caixa (DFC) e do valor adicionado (DVA), das operações e transações sujeitas ao ajuste a valor presente e da contabilização das doações e subvenções para investimentos. Com isso, as demonstrações financeiras exigidas pelo art. 176 da Lei nº 6.404 referentes a 31.12.2008, emitidas pelas companhias abertas com exercício social iniciado a partir de 1º de janeiro de 2008, deverão atender em todos os seus aspectos relevantes às disposições da Lei nº 11.638/07. A CVM deverá ainda, no curso de 2008, rever todos os seus atos normativos que tratam de matéria contábil, a fim de verificar e eliminar possíveis divergências em relação às alterações específicas produzidas pela nova lei. Quanto às demais normas a serem expedidas em função do processo de convergência contábil internacional, nos termos do § 5º do art. 177 da lei societária, a CVM pretende concluir a regulação necessária em função do prazo estabelecido pela Instrução CVM nº 457/07, que determinou a elaboração das demonstrações consolidadas em IFRS até o exercício de 2010, comparativas ao exercício de 2009. Portanto, essa regulamentação será editada pela CVM ao longo de 2009. A CVM irá emitir novos comunicados à medida que surgirem dúvidas sobre a aplicação da Lei nº 11.638/07 e durante o seu processo de regulação, objetivando manter o mercado sempre atualizado e em condições de estabelecer previamente os procedimentos operacionais necessários para o atendimento dessa regulação.

VI – Vigência e Aplicação da Lei nº 11.638/07

O artigo 9º da referida lei estabeleceu a sua entrada em vigor no primeiro dia do exercício seguinte ao da sua publicação. Dessa forma, considerando que a Lei nº 11.638/07 foi publicada no Diário Oficial da União de 28.12.2007, ela passou a vigorar para as demonstrações financeiras do exercício social iniciado a partir de 1º de janeiro de 2008. Tendo em vista que a lei societária, em seu art. 176, regula as demonstrações financeiras que são elaboradas no final do exercício social, a CVM entende que as alterações, relativas a demonstrações financeiras contidas na Lei nº 11.638/07, deverão produzir os seus efeitos iniciais sobre as demonstrações elaboradas para atendimento ao referido art. 176, cujo exercício se iniciou a partir de 01.01.2008, independentemente da data do seu encerramento. Essas novas regras deverão ser aplicadas, portanto, não só às demonstrações encerradas em 31.12.2008, mas, ainda, nos demais casos de elaboração, em 2008, de outras demonstrações financeiras previstas na lei societária como, por exemplo, o levantamento de balanço especial eventualmente elaborado para atendimento aos artigos 45 e 204 da lei.

VII – Informações Contábeis Exigidas pela Instrução CVM nº 202/93

Considerando o exposto no item anterior e com base na competência conferida pelo art. 22 da Lei nº 6.385/76, a CVM entende que as Informações Trimestrais– ITRs – elaboradas no curso deste ano não estão obrigadas a contemplar as alterações aplicáveis às demonstrações contábeis produzidas pela nova lei, devendo divulgar, em nota explicativa, os eventos contemplados na nova lei que irão influenciar as suas demonstrações financeiras de encerramento do exercício e, se possível, uma estimativa de seus efeitos no patrimônio e no resultado do período. O mesmo se aplica às demonstrações especialmente elaboradas para fins de registro na CVM, nos termos do art. 7º, inciso X, alínea 'a', da Instrução CVM nº 2025, de 06 de dezembro de 1993. No entanto, as companhias que tiverem condições e que pretenderem aplicar antecipadamente naquelas ITR`s as alterações específicas da Lei nº 11.638/07 poderão fazê-lo desde que: (I) contemplem todas as alterações da nova lei, (II) tenham como base as normas emitidas pelo IASB que tratam da matéria, e (III) divulguem, em nota explicativa, os efeitos no resultado e no patrimônio líquido decorrentes dessas alterações. Cada norma contábil a ser editada pela CVM durante o ano de 2008 estabelecerá sua vigência, inclusive se será aplicável às Informações Trimestrais – ITRs – a serem apresentadas no ano, a partir de sua edição".

[40]LSA, art. 294, II.

[41]LSA, art. 176, § 6º.

[42]LSA, art. 176, V.

[43]Lei das Sociedades Anônimas, art. 2º.

[44]Lei das Sociedades Anônimas, art. 136, VI, 137.

[45]BORBA, Tavares. *Op. cit*.: "... deverá o objeto social corresponder a um fim lucrativo, uma vez que não se admite sociedade anônima beneficente ou caritativa. Nesta hipótese ter-se-ia uma associação, e a esta não seria dado revestir a forma da sociedade anônima."

[46]Cód. Civil, art. 982, parágrafo único.

[47]Cód. Civil, art. 1.015, parágrafo único, III.

[48]Lei nº 6.404/1976, arts. 117, § 1º, "a", c/c art. 158.

[49]Lei das Sociedades Anônimas, art. 177.

[50]Lei nº 6.404/1976, art. 117, § 2º, redação dada pela MP nº 449/2008.

[51]Lei das Sociedades Anônimas, art. 2º, § 1º, e Código Civil, art. 982, parágrafo único.

[52]Lei das Sociedades Anônimas, art. 3º.

[53]Cód. Civil, art. 1.089.

[54]Lei nº 6.404/1976, art. 3º, § 1º.

[55]Cód. Civil, art. 1.089.

[56]*RTJ* 112/1148.

[57]*RTJ* 123/1968.

[58]Lei das Sociedades Anônimas, art. 4º.

[59]Lei nº 6.385/1976.

[60]Lei nº 6.404/1976.

[61]Artigo publicado no site da autora: <www.monicagusmao.com.br>.

[62]TAVARES, Osvaldo Hamilton. *A CVM como "Amicus Curiae"*. Revista dos Tribunais, vol. 82, nº 690, p. 286, abril, 1993: "... para evitar novo crack (derrocada) em bolsa de valores nos EUA e para fiscalizar as companhias abertas (open companies) foi criada, em 1934, a *securities and exchange commission* (SEC), que no direito norte-americano funciona como *amicus curiae*. Inspirando-se na SEC, o legislador brasileiro criou a CVM (Lei nº 6.385, de 07/12/1976): nos termos do art. 31 (incluído pela Lei nº 6.616, de 1978) da Lei nº 6.385, de 1976, atua a CVM como *amicus curiae*, na medida em que interpreta os fatos do mercado de capitais para o Poder Judiciário. Com efeito, nos processos judiciais que tenham por objeto matéria incluída na competência da CVM, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação...".

[63]Assim diz o doutrinador Daniel Sarmento: "Amicus Curiae" é o "amigo da Corte", aquele que lhe presta informações sobre matéria de direito, objeto da controvérsia. Sua função é chamar a atenção dos julgadores para alguma matéria que poderia, de outra forma, escapar-lhe ao conhecimento. Um memorial de amicus curiae é produzido, assim, por quem não é parte no processo, com vistas a auxiliar a Corte para que esta possa proferir uma decisão acertada, ou com vistas a sustentar determinada tese jurídica em defesa de interesses públicos e privados de terceiros, que serão indiretamente afetados pelo desfecho da questão".

[64]Res. nº 2.690/2000 do CMN.

[65]Res. nº 1.655/1989 do CMN.

[66]Lei nº 6.385/1976, art. 17.

[67]Para Vinícius Caves(artigo citado), "O mercado secundário se caracteriza pela troca entre investidores, tanto de recursos quanto de ações (ou outros valores mobiliários), hipótese em que a sociedade emissora não participa da operação. As negociações de compra e de venda se operam entre os investidores. Assim, não há a criação e emissão de títulos novos e nem ingresso de recursos no caixa das sociedades. Para a realização destas operações de compra e venda de valores mobiliários, os compradores e os vendedores deverão atuar por intermédio de uma sociedade corretora, a quem serão dirigidas as respectivas ordens de compra e de venda dos ativos e a quem caberá a execução destas ordens".

[68]Instrução CVM nº 287/1998.

[69]Res. nº 1.723/1990 do CMN.

[70]Lei das Sociedades Anônimas, art. 4º, § 2º.

[71]Lei nº 6.404/1976, art. 117, § 3º, redação dada pela MP nº 449/2008.

[72]Lei nº 6.404/1976, art. 184-A, inserido MP nº 449/2008.

[73]*Site*: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211527,31047-A+instrucao+n+574+2014+da+CVM+e+as+novas+regras+referentes+a>.

[74]Ver Instrução CVM nº 400/2003, que dispõe sobre oferta pública, art. 2º, *caput*.

[75]STJ, REsp 2276/RJ, 1º T., Min. Geraldo Sobral, j. 04/12/1991.

[76]Lei das Sociedades Anônimas, art. 4-A, § 2º.

[77]Lei das Sociedades Anônimas, art. 4-A, § 5º.

[78]BORBA, Tavares. *Op. cit*.: "... o resgate, se não corresponder à totalidade da classe, deve se fazer por sorteio, a fim de não comprometer o princípio da isonomia, constitucionalmente assegurado (art. 5º). Esse resgate discrimina acionistas de uma mesma classe de ações, violando o princípio que garante a igualdade dentro da classe. Além disso, essas ações representativas de 5% do capital podem pertencer a acionista isolado, ou a um grupo de acionistas, correspondendo eventualmente a uma posição estratégica".

[79]LSA, art. 4º-A.

[80]CF/1988, art. 5º, XXXV.

[81]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 80 e 81.

[82]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 82/1988.

[83]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 4/1998.

[84]Lei nº 4.595/1964, art. 27.

[85]Lei das Sociedades Anônimas, art. 82.

[86]Lei das Sociedades Anônimas, art. 88.

[87]MENDONÇA, André Luiz Dumortout de; GONÇALVES, Álvaro Thomaz. *Dicionário de Sociedades Comerciais e Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, pp. 790-791.

[88]Lei das Sociedades Anônimas, art. 82, § 1º.

[89]Lei das Sociedades Anônimas, art. 84.

[90]Lei das Sociedades Anônimas, art. 87.

[91]Para Tavares Borba, a figura do fundador assemelha-se à do gestor de negócios.

[92]Código Civil, art. 1.151 e Lei das Sociedades Anônimas, art. 98.

[93]Lei das Sociedades Anônimas, art. 9º, parágrafo único.

[94]Cód. Civil, art. 966.

[95]BORBA, Tavares. *Op. cit*.: "... não obstante opiniões em contrário, pode-se sustentar que, realizada a assembleia de constituição, adquire a sociedade a condição de pessoa jurídica. A personalidade resulta da constituição propriamente dita e não do arquivamento e publicação dos atos constitutivos (...). Deve-se, contudo, considerar que, de acordo com o próprio Código Civil, as sociedades são pessoas jurídicas e até mesmo as sociedades de fato são sociedades. Ora, se as sociedades de fato são sociedades, as sociedades em formação também o são, e, em consequência, assumem a condição de pessoas jurídicas, do que decorre a personalidade."

[96]Lei das Sociedades Anônimas, art. 97.

[97]Lei das Sociedades Anônimas, art. 5º.

[98]Lei das Sociedades Anônimas, art. 7º.

[99]MARTINS, Fran. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

[100]Lei das Sociedades Anônimas, art. 6º.

[101]Lei das Sociedades Anônimas, art. 8º.

[102]Código Civil, art. 1.115, § 1º.

[103]O § 1º do art. 115 da Lei das Sociedades Anônimas diz que o acionista não poderá votar nas deliberações da assembleia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.

[104]CF/1988, art. 156, § 2º, I: "o imposto previsto no inciso II (transmissão inter vivos) não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio a pessoa jurídica em realização do capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes da fusão, incorporação, cisão ou extinção da pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do objeto for compra e venda de bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil". CTN, art. 36, I: "Ressalvado o disposto no artigo seguinte, o imposto não incide sobre a transmissão dos bens ou direitos referidos no artigo anterior, quando efetuada para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito".

[105]Lei das Sociedades Anônimas, art. 89.

[106]Lei das Sociedades Anônimas, art. 98, § 2º.

[107]Art. 156, § 2º, I, da CF.

[108]O parágrafo único do art. 4º da Lei nº 9.249/1995 revogou a correção monetária das demonstrações financeiras, inclusive para fins societários, não se admitindo esta hipótese de aumento de capital.

[109]Lei das Sociedades Anônimas, art. 168.

[110]Lei das Sociedades Anônimas, art. 169.

[111]Lei das Sociedades Anônimas, art. 170.

[112]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 44,§ 6º, e 170, § 4º.

[113]"Art. 1.082. Pode a sociedade reduzir o capital, mediante a correspondente modificação do contrato:

I – depois de integralizado, se houver perdas irreparáveis;

II – se excessivo em relação ao objeto da sociedade".

[114]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 11 e seguintes.

[115]Lei das Sociedades Anônimas, art. 11.

[116]Lei das Sociedades Anônimas, art. 11, § 2º.

[117]Lei das Sociedades Anônimas, art. 13.

[118]*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, p. 68.

[119]*Código Comercial e Legislação Complementar Anotados*, p. 657.

[120]Código Penal, art. 163.

[121]Lei das Sociedades Anônimas, art. 14.

[122]Lei das Sociedades Anônimas, art. 170, § 1º.

[123]Lei das Sociedades Anônimas, art. 1º.

[124]Lei das Sociedades Anônimas, art. 28.

[125]Lei das Sociedades Anônimas, art. 28, par. único.

[126]Por exemplo, 1/3 do valor da subscrição, 50% do preço de emissão etc.

[127]Lei das Sociedades Anônimas, art. 12.

[128]*Op. cit*.

[129]Lei das Sociedades Anônimas, art. 168, § 3º.

[130]*Op. cit*.

[131]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 29 e seguintes.

[132]Lei das Sociedades Anônimas, art. 80, II.

[133]LSA, art. 29.

[134]Lei das Sociedades Anônimas, art. 36.

[135]Lei das Sociedades Anônimas, art. 15.

[136]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 17 e 18.

[137]Lei das Sociedades Anônimas, art. 111.

[138]Lei nº 10.303/2001, art. 8º, § 1º: "A proporção prevista no § 2º do art. 15 da Lei nº 6.404/1976 será aplicada de acordo com o seguinte critério: I) imediatamente às companhias novas; II) às companhias fechadas existentes, no momento em que decidirem abrir o seu capital; III) as companhias abertas existentes poderão manter proporção até 2/3 (dois terços) de ações preferenciais, em relação ao total de ações emitidas, inclusive em relação a novas emissões de ações".

[139]Lei das Sociedades Anônimas, art. 17, § 1º, II.

[140]Lei das Sociedades Anônimas, art. 17, § 1º, III, e art. 254-A.

[141]Lei das Sociedades Anônimas, art. 111, § 1º.

[142]Lei das Sociedades Anônimas, art. 17, § 5º.

[143]Lei das Sociedades Anônimas, art. 17, § 6º.

[144]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 15 e 44, § 2º.

[145]Lei das Sociedades Anônimas, art. 44, § 2º.

[146]Lei das Sociedades Anônimas, art. 44, § 5º.

[147]Lei das Sociedades Anônimas, art. 20.

[148]TJMG, *RT* 482/212.

[149]Lei das Sociedades Anônimas, art. 31.

[150]*Op. cit*.

[151]Lei das Sociedades Anônimas, art. 34.

[152]Instrução Normativa CVM 89/1988.

[153]"Coisa entre terceiros".

[154]Lei nº 6.404/1976, art. 13, § 2º.

[155]Lei nº 6.404/1976, art. 170,§ 1º, I.

[156]Lei nº 6.404/1976, art. 178.

[157]Lei nº 6.404/1976, art. 187, VI, com a redação dada pela MP nº 449/2008.

[158]Lei das Sociedades Anônimas, art. 44, § 1º.

[159]CARVALHOSA, Modesto. *Op. cit*., diz: "o resgate representa uma transmissão forçada, irrecorrível e definitiva da propriedade das ações do acionista para o domínio da própria companhia que, em seguida, as extinguirá. Independe, portanto, da vontade do acionista que, no caso, é constrangido a obedecer a determinação estatutária ou a deliberação válida da assembleia-geral. Trata-se, portanto, de compra compulsória decidida pela sociedade, de suas próprias ações, para retirá-las de circulação".

[160]Lei das Sociedades Anônimas, art. 44, § 6º.

[161]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 41 e seguintes.

[162]*Op. cit*.

[163]Lei das Sociedades Anônimas, art. 45, § 5º.
[164]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 46 e seguintes.
[165]Lei das Sociedades Anônimas, art. 47, parágrafo único.
[166]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 52 e seguintes.
[167]Lei das Sociedades Anônimas, art. 63.
[168]Lei das Sociedades Anônimas, art. 52.
[169]Lei das Sociedades Anônimas, art. 53.
[170]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 53, parágrafo único, e 59, § 3º.
[171]Lei das Sociedades Anônimas, art 55, § 3º.
[172]Lei das Sociedades Anônimas, art 59, § 3º.
[173]Lei nº 11.101/2005, art. 94, I e II.
[174]CPC, art. 784, I.
[175]Título de participação, *RT* 653/129.
[176]*Op. cit*.
[177]Lei das Sociedades Anônimas, art. 62, II.
[178]Lei das Sociedades Anônimas, art. 61.
[179]Lei das Sociedades Anônimas, art. 62, I.
[180]Lei das Sociedades Anônimas, art. 55.
[181]Lei das Sociedades Anônimas, art. 55, § 4º.
[182]Lei das Sociedades Anônimas, art. 55.
[183]Lei das Sociedades Anônimas, art. 56.
[184]Lei das Sociedades Anônimas, art. 54, § 2º.
[185]Lei das Sociedades Anônimas, art. 59.
[186]Lei das Sociedades Anônimas, art. 54, § 4º.
[187]Lei das Sociedades Anônimas, art. 54, § 1º.
[188]Lei das Sociedades Anônimas, art. 54, § 2º.
[189]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 57 e 166.
[190]Lei das Sociedades Anônimas, art. 58.
[191]Hipoteca, penhor etc.
[192]Lei nº 11.101/2005,83, II.
[193]Lei nº 11.101/2005,83, V.
[194]Lei nº 11.101/2005,83, VI.
[195]Lei nº 11.101/2005,83, VIII.
[196]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 66 e seguintes.
[197]Lei das Sociedades Anônimas, art. 61, § 1º.
[198]Lei das Sociedades Anônimas, art. 70, parágrafo único.
[199]Lei das Sociedades Anônimas, art. 66, § 1º.
[200]Lei das Sociedades Anônimas, art. 66, § 2º.
[201]Lei das Sociedades Anônimas, art. 67, parágrafo único.
[202]Lei das Sociedades Anônimas, art. 68, § 1º, “c”.
[203]Lei das Sociedades Anônimas, art. 69.
[204]*Op. cit*.
[205]*Op. cit*.

[206]Nesse sentido: “A legitimação ativa do agente fiduciário é extraordinária, com atribuição do direito e ação processual a quem não é parte na relação de direito substantivo, caracterizada assim a figura da substituição processual, expressamente prevista no art. 6º do CPC” – *in* Jurisprudência (col. Nelson Eizerik).

[207]LSA, art. 68, § 3º, “d”.

[208]Lei das Sociedades Anônimas, art. 71 e parágrafos.

[209]Lei das Sociedades Anônimas, art. 74.

[210]Lei das Sociedades Anônimas, art. 74, § 2º.

[211]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 72 e seguintes.

[212]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 75 e seguintes.

[213]Lei das Sociedades Anônimas, art. 76.

[214]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 106 e seguintes.

[215]Código Civil, art. 1.008.

[216]Lei das Sociedades Anônimas, art. 120.

[217]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 107 e 108.

[218]Lei das Sociedades Anônimas, art. 107.

[219]Lei nº 11.101/2005, art. 77.

[220]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 110 e seguintes.

[221]Lei das Sociedades Anônimas, art. 111, § 1º.

[222]Lei das Sociedades Anônimas, art. 110.

[223]Lei das Sociedades Anônimas, art. 110, § 6º.

[224]Lei das Sociedades Anônimas, art. 120.

[225]MIRANDA. Pontes de. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT. v. 7.

[226]Lei das Sociedades Anônimas, art. 115, *caput*.

[227]Lei das Sociedades Anônimas, art. 115, § 3º.

[228]O § 2º do art. 177 do Código Penal diz que incorre na pena de detenção de seis meses a dois anos, e multa, o acionista que, a fim de obter vantagem para si ou para outrem, negocia o voto nas deliberações da assembleia-geral.

[229]*Op. cit*.

[230]LSA, art. 115, *caput* e § 3º.

[231]LSA, art. 115, §§ 1º e 3º.

[232]Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ 2005/1443.

[233]Administrativo Sancionador CVM nº RJ 20/2004.

[234]Lei das Sociedades Anônimas, art. 126, § 1º.

[235]Lei das Sociedades Anônimas, art. 113.

[236]Lei das Sociedades Anônimas, art. 113, parágrafo único.

[237]Lei das Sociedades Anônimas, art. 141.

[238]Ver item 10.8.2.1.

[239]Lei das Sociedades Anônimas, art. 116.

[240]LSA, art. 116; STJ, REsp 784/RJ.

[241]Lei das Sociedades Anônimas, art. 116, “a” e “b”.

[242]Em palestra proferida na Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro – AMAERJ –, Pedro A. Batista Martins ensinou que a aquisição do controle acionário pode se dar de forma originária ou derivada. Será originária

“quando resultar de ato de vontade quanto à aquisição das ações, formação de bloco de controle por constituição de sociedade holding ou morte do controlador, com a subsequente diluição das suas ações entre seus herdeiros. É derivada quando resultar de cessão do conjunto de ações que formam a maioria. A aquisição derivada pressupõe a existência de prévio bloco de ações de controle na titularidade de pessoas ou grupo de pessoas”.

[243]*Op. cit*.

[244]*Op. cit*.

[245]Lei das Sociedades Anônimas, art. 118.

[246]Ausência nas assembleias, geralmente dos minoritários.

[247]A Instrução Normativa da CVM Nº 323, DE 19 DE JANEIRO DE 2000 define hipóteses de exercício abusivo do poder de controle e de infração grave:

Art. 1º – São modalidades de exercício abusivo do poder de controle de companhia aberta, sem prejuízo de outras previsões legais ou regulamentares, ou de outras condutas assim entendidas pela CVM:

I. a denegação, sob qualquer forma, do direito de voto atribuído, com exclusividade, por lei, pelo estatuto ou por edital de privatização, aos titulares de ações preferenciais ou aos acionistas minoritários, por parte de acionista controlador que detenha ações da mesma espécie e classe das votantes;

II. a realização de qualquer ato de reestruturação societária, no interesse exclusivo do acionista controlador;

III. a alienação de bens do ativo, a constituição de ônus reais, a prestação de garantias, bem como a cessação, a transferência ou a alienação, total ou parcial, de atividades empresariais, lucrativas ou potencialmente lucrativas, no interesse preponderante do acionista controlador;

IV. a obtenção de recursos através de endividamento ou por meio de aumento de capital, com o posterior empréstimo desses recursos, no todo ou em parte, para sociedades sem qualquer vínculo societário com a companhia, ou que sejam coligadas ao acionista controlador ou por ele controladas, direta ou indiretamente, em condições de juros ou prazos desfavoráveis relativamente às prevalecentes no mercado, ou em condições incompatíveis com a rentabilidade média dos ativos da companhia;

V. a celebração de contratos de prestação de serviços, inclusive de gerência e de assistência técnica, com sociedades coligadas ao acionista controlador ou por ele controladas, em condições desvantajosas ou incompatíveis às de mercado;

VI. a utilização gratuita, ou em condições privilegiadas, de forma direta ou indireta, pelo acionista controlador ou por pessoa por ele autorizada, de quaisquer recursos, serviços ou bens de propriedade da companhia ou de sociedades por ela controladas, direta ou indiretamente;

VII. a utilização de sociedades coligadas ao acionista controlador ou por ele controladas, direta ou indiretamente, como intermediárias na compra e venda de produtos ou serviços prestados junto aos fornecedores e clientes da companhia, em condições desvantajosas ou incompatíveis às de mercado;

VIII. a promoção de diluição injustificada dos acionistas não controladores, por meio de aumento de capital em proporções quantitativamente desarrazoadas, inclusive mediante a incorporação, sob qualquer modalidade, de sociedades coligadas ao acionista controlador ou por ele controladas, ou da fixação do preço de emissão das ações em valores substancialmente elevados em relação à cotação de bolsa ou de mercado de balcão organizado;

IX. a promoção de alteração do estatuto da companhia, para a inclusão do valor econômico como critério de determinação do valor de reembolso das ações dos

acionistas dissidentes de deliberação da assembleia-geral, e a adoção, nos doze meses posteriores à dita alteração estatutária, de decisão assemblear que enseje o direito de retirada, sendo o valor do reembolso menor ao que teriam direito os acionistas dissidentes se considerado o critério anterior;

X. a obstaculização, por qualquer modo, direta ou indiretamente, à realização da assembleia-geral convocada por iniciativa do conselho fiscal ou de acionistas não controladores;

XI. a promoção de grupamento de ações que resulte em eliminação de acionistas, sem que lhes seja assegurada, pelo acionista controlador, a faculdade de permanecerem integrando o quadro acionário com, pelo menos, uma unidade nova de capital, caso esses acionistas tenham manifestado tal intenção no prazo estabelecido na assembleia-geral que deliberou o grupamento;

XII. a instituição de plano de opção de compra de ações, para administradores ou empregados da companhia, inclusive com a utilização de ações adquiridas para manutenção em tesouraria, deixando a exclusivo critério dos participantes do plano o momento do exercício da opção e sua venda, sem o efetivo comprometimento com a obtenção de resultados, em detrimento da companhia e dos acionistas minoritários;

XIII. a compra ou a venda de valores mobiliários de emissão da própria companhia, de forma a beneficiar um único acionista ou grupo de acionistas;

XIV. a compra ou a venda de valores mobiliários em mercado, ou privadamente, pelo acionista controlador ou pessoas a ele ligadas, direta ou indiretamente, sob qualquer forma, com vistas à promoção, pelo acionista controlador, do cancelamento do registro de companhia aberta;

XV. a aprovação, por parte do acionista controlador, da constituição de reserva de lucros que não atenda aos pressupostos para essa constituição, assim como a retenção de lucros sem que haja um orçamento que, circunstanciadamente, justifique essa retenção.

§ 1º Considera-se acionista controlador aquele assim definido pelo art. 116 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

§ 2º Para os efeitos desta Instrução, equiparam-se às companhias abertas as sociedades beneficiárias de recursos oriundos de incentivos fiscais registradas na CVM, e as demais sociedades cujas ações sejam admitidas à negociação nas entidades do mercado de balcão organizado, nos termos da Instrução CVM nº 243, de 1º de março de 1996.

DAS INFRAÇÕES GRAVES

Art. 2º Considera-se infração grave, para os efeitos do art. 11, § 3º , da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, a prática das condutas referidas no art. 1º desta Instrução.

§ 1º Estão sujeitos às penalidades previstas em lei, por violação do disposto nesta Instrução, o acionista controlador, os administradores da companhia, os integrantes de seus órgãos técnicos ou consultivos, bem como quaisquer outras pessoas naturais ou jurídicas que tenham concorrido para a prática das condutas a que se refere o “caput” deste artigo.

§ 2º As condutas referidas no “caput” deste artigo, praticadas pelos administradores da companhia, não excluem a responsabilidade do acionista controlador.

DISPOSIÇÃO FINAL

Art. 3º Esta Instrução entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União.

[248]A expressão transindividual está na regra do art. 81 da Lei nº 8.078/1990 no sentido de algo que trespassa a figura do indivíduo, que vai além da singularidade da pessoa para alcançar a todos os que se identifiquem com essa pessoa particularizada. Por sua vez, a expressão "de natureza indivisível" está no texto "no sentido de que basta uma única ofensa para que todos ... sejam atingidos e também no sentido de que a satisfação de um deles ... beneficia contemporaneamente todos eles". A indivisibilidade "diz respeito ao objeto do interesse: a pretensão ao meio ambiente hígido, posto compartilhada por um número indeterminado de pessoas, não pode ser dividida entre os membros da coletividade". Na conceituação de interesses ou direitos difusos, o legislador optou "... pelo critério da indeterminação dos titulares e da inexistência entre eles de relação jurídica-base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade do bem jurídico, no aspecto objetivo". Ou seja: interesses ou direitos difusos são aqueles pertencentes a uma coletividade indeterminada de pessoas, ligadas entre si não por uma relação jurídica-base, mas por uma situação de fato. Por serem indivisíveis, "os interesses difusos distinguem-se dos interesses individuais homogêneos, que são divisíveis; porque se originaram de uma situação de fato comum, os interesses difusos não se confundem com os interesses coletivos, dos que compartilham a mesma relação jurídica básica". Por hipótese, têm interesses ou direitos difusos todos os consumidores potencialmente prejudicados por uma propaganda enganosa ou abusiva, ou expostos ao perigo por um produto de alto grau de nocividade ou de periculosidade à saúde, posto no mercado. Se a propaganda enganosa ou a perigosidade do produto repercutirem na esfera jurídica de consumidores determinados, a ofensa deixa de ser aos interesses difusos, mas aos interesses individuais. Se repercutirem na esfera jurídica de várias vítimas, e não apenas de um, os interesses serão individuais homogêneos. Nos interesses ou direitos individuais homogêneos, "os titulares são determinados ou determináveis, sendo que o dano ou a responsabilidade se caracterizam por sua extensão divisível ou individualmente variável". Os interesses "só serão verdadeiramente difusos se impossível identificar as pessoas ligadas pelo mesmo laço fático ou jurídico, decorrente da relação de consumo (como os destinatários de propaganda enganosa, veiculada em painéis publicitários, pelos jornais, revistas, ou pela televisão)". Segundo a regra dos arts. 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor, e art. 25, IV, da Lei nº 8.625/93, o Ministério Público é parte legítima para propor ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos, ainda que disponíveis, nas relações de consumo e, mesmo assim, se esses direitos tiverem suficiente abrangência ou repercussão social. A defesa de interesses de "meros grupos determinados ou determináveis de pessoas só se pode fazer pelo Ministério Público quando isso convenha à coletividade como um todo, respeitada a destinação institucional do Ministério Público". Ao Ministério Público incumbe a "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (CF/1988, art. 127), devendo "promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF/1988, art. 129, III). Interesses sociais e individuais indisponíveis são todos os que, "por sua natureza essencial ao valor e à sobrevivência da pessoa humana ou da coletividade, não poderão ser objeto de renúncia, de troca ou de cessão a terceiros, ou quando a lei lhes conferir essa qualidade. Não basta, portanto, a relevância do interesse individual ou social para caracterizar sua indisponibilidade". Interesses ou direitos difusos são os "transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato". Interesses ou direitos coletivos, "os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base". Por fim, "interesses ou direitos individuais homogêneos, os decorrentes de origem

comum". Os interesses difusos são transindividuais porque "dizem respeito a titulares indetermináveis, dispersos na coletividade; são indivisíveis porque não se pode determinar ou quantificar o prejuízo de cada um dos lesados". Difusos, "são interesses indivisíveis, de grupos determinados de pessoas, entre as quais inexiste vínculo jurídico ou fático muito preciso. São como um feixe de interesses individuais, com pontos em comum. Não se trata de mera soma de interesses individuais independentes pois supõem uma conexão entre eles, já que, embora indivisíveis, são compartilhados em igual medida pelos integrantes do grupo; além disso, o sistema processual de legitimação ordinária não confere meios adequados para sua defesa em juízo".

[249]PAS 20/04, julgado em 21/08/08. Trata do caso da participação de acionistas controladores e administradores entre os acionistas votantes, em duas Assembleias-Gerais Ordinárias, que trataram de eleições separadas de representante dos preferencialistas para eleição de membro Conselho Fiscal de sociedade anônima. Segundo o voto do Diretor Relator, (...) abuso de poder de controle, entendido, conforme Luiz Gastão Paes de Barros Leães, como a situação na qual o titular do controle societário "exerce a sua faculdade, desviando-se de sua finalidade, que é a de fazer a sociedade realizar o seu objetivo e de cumprir a sua função social, pelo que deverá responder pelos danos causados nos direitos e interesses dos demais acionistas, dos que participam da vida societária e do meio social em que se insere".

"Ao suprimir o direito dos minoritários de possuírem legítimo representante no Conselho Fiscal, e, por consequência, comprometer o direito à fiscalização da gestão dos negócios sociais garantido pela Lei das S.A. configura, evidentemente, o descumprimento de uma de suas funções sociais basilares, qual seja o do exercício de suas atividades segundo os parâmetros de legalidade". Resultado: Aplicação de multa aos controladores por infração ao art. 161, § 4º, a (eleição de conselheiro fiscal pelos minoritários), c/c arts. 115 e 117 da Lei 6.404/1976 (abuso do direito de voto e abuso do poder de controle).

[250]V. Cap. 3º, item 3.1.

[251]*Op. cit*.

[252]Dispõe sobre a responsabilidade solidária de controladores de instituições submetidas aos regimes de que tratam a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974.

[253]Lei das Sociedades Anônimas, art. 254-A.

[254]Segundo Perin Junior (PERIN JUNIOR, Ecio. A tutela jurídica do acionista minoritário – de acordo com a Lei n. 10.303/2001. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 106-130, out./dez. 2002): "A palavra *tag* pode ser traduzida como 'etiqueta', 'adesivo' e como o verbo 'etiquetar'; por isso, muitos profissionais têm traduzido *tag along*como sendo o 'direito de adesão à venda do controle", solução satisfatória sob o ponto de vista jurídico. A expressão*tag along* deve ser traduzida literalmente, isto é, por 'fim conjunto', com vistas a designar o encerramento da sociedade entre controladores e não controladores em razão da venda 'simultânea' de suas ações".

[255]Lei das Sociedades Anônimas, art. 254-A.

[256]Exclui os acionistas preferenciais sem direito a voto ou com restrição a esse direito.

[257]Artigo publicado no site <www.gazetamercantil.com.br>.

[258]Lei das Sociedades Anônimas, art. 254-A, § 4º.

[259]Lei das Sociedades Anônimas, art. 111, § 1º.

[260]Lei das Sociedades Anônimas, art. 120.

[261]*Sociedade Limitada* – Tag Along e Drag Along, artigo publicado no site <www.monicagusmao.com.br>.

[262]Lei das Sociedades Anônimas, art. 118.

[263]Lei das Sociedades Anônimas, art. 118, § 1º.

[264]Lei das Sociedades Anônimas, art. 118, § 3º.

[265]*Op. cit*.

[266]CPC, art. 297.

[267]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 4º e 109, V.

[268]*Op. cit*.

[269]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 4º e 109, V.

[270]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 137, *caput*; 221; 223, § 4º; 225, IV; 230; 236, parágrafo único; 252, § 2º; 256, § 2º; 264, § 3º; 270, parágrafo único; 296, § 4º; e 298, III.

[271]Lei das Sociedades Anônimas, art. 136, § 1º.

[272]Lei das Sociedades Anônimas, art. 137, § 4º.

[273]Lei das Sociedades Anônimas, art. 137, II, "a" e "b".

[274]Lei das Sociedades Anônimas, art. 45.

[275]Lei das Sociedades Anônimas, art. 170, § 1º.

[276]Lei das Sociedades Anônimas, art. 178.

[277]Alínea com a redação da Lei nº 11.638/2007.

[278]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 30, § 1º, alínea "a", e 45, § 5º.

[279]Princípio da realidade do capital social, *cf*. art. 173 da LSA.

[280]Dec. 7.661/1945, art. 102, IV, e Lei nº 11.101/2005, art. 83, VI.

[281]Lei das Sociedades Anônimas, art. 45, §§ 7º e 8º.

[282]Instrução CVM nº 341, de 13 de julho de 2000.

"Dispõe sobre o anúncio de convocação de Assembleia-Geral.

O Presidente da Comissão de Valores Mobiliários – CVM torna público que o Colegiado, em reunião realizada nesta data, e tendo em vista o disposto no art. 8º, inciso I, da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, resolveu baixar a seguinte Instrução:

Art. 1º O anúncio de convocação de assembleia-geral deverá enumerar, expressamente, na ordem do dia, todas as matérias a serem deliberadas, não se admitindo que sob a rubrica 'assuntos gerais' haja matérias que dependam de deliberação assemblear.

Art. 2º Configura infração grave para os fins previstos no § 3º do art. 11 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, a transgressão ao art. 1º desta Instrução.

Art. 3º – Esta Instrução entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União".

[283]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 121 e seguintes.

[284]Lei das Sociedades Anônimas, art. 121.

[285]Lei das Sociedades Anônimas, art. 123.

[286]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 132 e seguintes.

[287]*Op. cit*.

[288]*Op. cit*.

[289]Lei das Sociedades Anônimas, art. 135 e seguintes.

[290]Lei das Sociedades Anônimas, art. 51.

[291]Lei das Sociedades Anônimas, art. 136, § 1º.

[292]Lei das Sociedades Anônimas, art. 71.

[293]Lei das Sociedades Anônimas, art. 87.

[294]A Cartilha de Governança Corporativa elaborada pela CVM, no item I.1 informa a Forma da Convocação e Pauta da Assembleia-Gerais de Acionistas:

"I.1 As assembleia-gerais devem ser realizadas em data e hora que não dificultem o acesso dos acionistas. O edital de convocação de assembleia-gerais deve conter descrição precisa dos assuntos a serem tratados. O conselho deve incluir na pauta matérias relevantes e oportunas sugeridas por acionistas minoritários, independentemente do percentual exigido por lei para convocação de assembleias geral de acionistas.

É recomendável que a assembleia-geral ordinária realize-se na data mais próxima possível ao fim do exercício fiscal a que ela se refere. As recomendações visam facilitar a participação de acionistas no conclave, assegurar a perfeita informação dos acionistas sobre os assuntos a serem tratados em assembleia e permitir que o maior número possível de assuntos de interesse da companhia seja submetido à assembleia-geral, evitando convocação de novas assembleias".

[295]Lei das Sociedades Anônimas, art. 124.

[296]Lei das Sociedades Anônimas, art. 124, § 1º, I.

[297]Lei das Sociedades Anônimas, art. 124, § 1º, II.

[298]Lei das Sociedades Anônimas, art. 124, § 2º.

[299]Lei das Sociedades Anônimas, art. 124, § 3º.

[300]Lei das Sociedades Anônimas, art. 124, § 4º.

[301]Lei das Sociedades Anônimas, art. 124, § 5º.

[302]Lei das Sociedades Anônimas, art. 124, § 6º.

[303]Lei das Sociedades Anônimas, art. 127, parágrafo único.

[304]Lei das Sociedades Anônimas, art. 129.

[305]Lei das Sociedades Anônimas, art. 135.

[306]Lei das Sociedades Anônimas, art. 136.

[307]Lei das Sociedades Anônimas, art. 136, § 1º: "Nos casos dos incisos I e II, a eficácia da deliberação depende de prévia aprovação ou da ratificação, em prazo improrrogável de um ano, por titulares de mais da metade de cada classe de ações preferenciais prejudicadas, reunidos em assembleia especial convocada pelos administradores e instalada com as formalidades desta Lei".

[308]Lei das Sociedades Anônimas, art. 136, § 4º "Deverá constar da ata da assembleia-geral que deliberar sobre as matérias dos incisos I e II, se não houver prévia aprovação, que a deliberação só terá eficácia após a sua ratificação pela assembleia especial prevista no § 1º".

[309]Lei das Sociedades Anônimas, art. 136, § 1º: "Nos casos dos incisos I e II, a eficácia da deliberação depende de prévia aprovação ou da ratificação, em prazo improrrogável de um ano, por titulares de mais da metade de cada classe de ações preferenciais prejudicadas, reunidos em assembleia especial convocada pelos administradores e instalada com as formalidades desta Lei".

[310]Lei das Sociedades Anônimas, art. 136, § 1º: "Nos casos dos incisos I e II, a eficácia da deliberação depende de prévia aprovação ou da ratificação, em prazo improrrogável de um ano, por titulares de mais da metade de cada classe de ações preferenciais prejudicadas, reunidos em assembleia especial convocada pelos administradores e instalada com as formalidades desta Lei".

[311]Lei das Sociedades Anônimas, art. 136, § 1º: “Nos casos dos incisos I e II, a eficácia da deliberação depende de prévia aprovação ou da ratificação, em prazo improrrogável de um ano, por titulares de mais da metade de cada classe de ações preferenciais prejudicadas, reunidos em assembleia especial convocada pelos administradores e instalada com as formalidades desta Lei”.

[312]Lei das Sociedades Anônimas, art. 139.

[313]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 122, II, e 142, II.

[314]*Op. cit*.

[315]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 138 e seguintes.

[316]Lei das Sociedades Anônimas, art. 140.

[317]O art. 142, § 1º da LSA determina o arquivamento no registro do comércio e publicadas as atas das reuniões do conselho de administração que contiverem deliberação destinada a produzir efeitos perante terceiros.

[318]MARTINS, Fran. *Op. cit*.

[319]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 138, § 2º, e 239.

[320]LSA, art. 251.

[321]Lei das Sociedades Anônimas, art. 140, p. único.

[322]Lei das Sociedades Anônimas, art. 141.

[323]*Op. cit*.

[324]*Op. cit*.

[325]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 143 e seguintes.

[326]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 143, § 3º.

[327]Lei das Sociedades Anônimas, art. 152.

[328]Lei das Sociedades Anônimas, art. 153.

[329]Lei das Sociedades Anônimas, art. 154.

[330]“Trata-se de uma relação de fidúcia (...) deve o administrador corresponder à confiança nele depositada, agindo de acordo com o princípio da boa-fé, sem jamais se aproveitar da sua posição para extrair vantagem em detrimento do seu cliente (...) [o administrador agiu] em oposição aos interesses de seu cliente, a afrontar, assim, a razoabilidade e a boa-fé, princípios pelos quais sua atuação, de cunho eminentemente fiduciário, deveria se pautar”. Parecer da Procuradoria Especializada da CVM.

[331]Lei das Sociedades Anônimas, art. 155.

[332]Sessão de Julgamento do Processo Administrativo – Sancionador CVM nº SP2007/0118

Ementa: Cumpre ao administrador de companhia aberta guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se de informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários.

Inabilitação.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e na legislação aplicável, por unanimidade de votos, com fundamento no artigo 11, IV, da Lei nº 6.385/1976, decidiu aplicar ao acusado Luiz Gonzaga Murat Junior a pena de inabilitação para o exercício do cargo de administrador e conselheiro fiscal de companhia aberta pela prazo de cinco anos, por infração ao art. 155, § 1º, da Lei das S/A.

[333]O art. 8º Instrução 358/2002 da CVM elenca a quem se aplica o dever de sigilo: administradores, conselheiros fiscais, bem como integrantes de que quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, empregados da companhia, zelar para que subordinados e terceiros de confiança.

[334]RUIZ, Daniel Entrena. *El empleo de información privilegiada en el mercado de valores: un estudio de su régimen administrativo sancionador*. Espanha: Editorial Aranzadi, 2006, p. 273.

[335]"Art. 2º Considera-se relevante, para os efeitos desta Instrução, qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembleia-geral ou dos órgãos de administração da companhia aberta, ou qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado aos seus negócios que possa influir de modo ponderável:

I – na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta ou a eles referenciados;

II – na decisão dos investidores de comprar, vender ou manter aqueles valores mobiliários;

III – na decisão dos investidores de exercer quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia ou a eles referenciados.

Parágrafo único. Observada a definição do *caput*, são exemplos de ato ou fato potencialmente relevante, dentre outros, os seguintes:

I – assinatura de acordo ou contrato de transferência do controle acionário da companhia, ainda que sob condição suspensiva ou resolutiva;

II – mudança no controle da companhia, inclusive através de celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas;

III – celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas em que a companhia seja parte ou interveniente, ou que tenha sido averbado no livro próprio da companhia;

IV – ingresso ou saída de sócio que mantenha, com a companhia, contrato ou colaboração operacional, financeira, tecnológica ou administrativa;

V – autorização para negociação dos valores mobiliários de emissão da companhia em qualquer mercado, nacional ou estrangeiro;

VI – decisão de promover o cancelamento de registro da companhia aberta;

VII – incorporação, fusão ou cisão envolvendo a companhia ou empresas ligadas;

VIII – transformação ou dissolução da companhia;

IX – mudança na composição do patrimônio da companhia;

X – mudança de critérios contábeis;

XI – renegociação de dívidas;

XII – aprovação de plano de outorga de opção de compra de ações;

XIII – alteração nos direitos e vantagens dos valores mobiliários emitidos pela companhia;

XIV – desdobramento ou grupamento de ações ou atribuição de bonificação;

XV – aquisição de ações da companhia para permanência em tesouraria ou cancelamento, e alienação de ações assim adquiridas;

XVI – lucro ou prejuízo da companhia e a atribuição de proventos em dinheiro;

XVII – celebração ou extinção de contrato, ou o insucesso na sua realização, quando a expectativa de concretização for de conhecimento público;

XVIII – aprovação, alteração ou desistência de projeto ou atraso em sua implantação;

XIX – início, retomada ou paralisação da fabricação ou comercialização de produto ou da prestação de serviço;

XX – descoberta, mudança ou desenvolvimento de tecnologia ou de recursos da companhia;

XXI – modificação de projeções divulgadas pela companhia;

XXII – impetração de concordata, requerimento ou confissão de falência ou propositura de ação judicial que possa vir a afetar a situação econômico-financeira da companhia."

[336]*Op. cit*.

[337]Lei das Sociedades Anônimas, art. 157.

[338]Inciso IV do art. 176, da Lei das Sociedades Anônimas, alterado pela Lei nº 11.638/2007.

[339]Inciso V do art. 176, da Lei das Sociedades Anônimas, inserido pela Lei nº 11.638/2007.

[340]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 176, § 3º.

[341]Parágrafo 7º do art. 176, inserido pela Medida Provisória nº 449/2008.

[342]Parágrafo 6º do art. 176, da Lei das Sociedades Anônimas, alterado pela Lei nº 11.638/2007.

[343]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 158 e 159.

[344]*V.g.*, Código Penal, art. 177; Lei nº 7.492/1986; Lei nº 8.137/1990; Lei nº 6.385/1976, arts. 27-C, 27-D e 27-E.

[345]Lei das Sociedades Anônimas, art. 158, I.

[346]Lei das Sociedades Anônimas, art. 158, II.

[347]Código Civil, art. 927.

[348]*Op. cit*.

[349]*Op. cit*.

[350]*Op. cit*.

[351]Lei das Sociedades Anônimas, art. 159, §§ 1º, 2º, 3º e 5º.

[352]Lei das Sociedades Anônimas, art. 287, II, "b".

[353]LSA, art. 159, *caput* e § 1º.

[354]*Op. cit*.

[355]*Op. cit*.

[356]Art. 159, § 5º, da LSA.

[357]O STJ decidiu que acionistas minoritários não têm legitimidade para propor ação indenizatória contra administradores da companhia, por desvio de receitas, ao fundamento de que por se tratarem de danos causados diretamente à sociedade, compete a esta a legitimidade na propositura da ação. Do voto da Eminente Ministra Relatora colhe-se que a fundamentação partiu da premissa de que os danos narrados na inicial não foram diretamente causados aos recorrentes, mas sim à sociedade, que se viu privada de receitas e de fluxo de caixa. Essa lesão à sociedade trouxe danos aos recorrentes, pois lucros deixaram de ser distribuídos e suas ações desvalorizaram. Ocorre que esse reflexo (ausência de lucros e desvalorização das ações) atingiu indiretamente a todos os acionistas e não só os recorrentes. A soma dos danos indiretos causados aos acionistas é igual ao prejuízo direto sofrido pelas sociedade empresária. Isto é, os

prejuízos só foram sofridos pelos acionistas na exata medida de sua participação social. Com base nisto, concluiu que os recorrentes descreveram em sua inicial a existência de dano social, com consequências apenas indiretas aos minoritários, mas, não obstante, tomaram esse dano como próprio e pleitearam o ressarcimento com base no art. 159, parágrafo 7º, LSA (REsp/SC 1.014.496/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi).

[358]*Op. cit*.

[359]Lei das Sociedades Anônimas, art. 159, § 5º.

[360]Podemos citar como exemplo a divulgação de informação relevante pelo administrador de companhia aberta (*insider trading*), de forma a gerar prejuízos para os acionistas.

[361]Legitimidade ordinária.

[362]Lei das Sociedades Anônimas, art. 159, § 7º.

[363]Lei das Sociedades Anônimas, art. 159, § 6º.

[364]Lei das Sociedades Anônimas, art. 159.

[365]Lei das Sociedades Anônimas, art. 159, § 3º.

[366]Lei das Sociedades Anônimas, art. 159, § 4º.

[367]Lei das Sociedades Anônimas, art. 159, § 7º.

[368]Lei das Sociedades Anônimas, art. 159, § 7º.

[369]Lei das Sociedades Anônimas, art. 159, § 5º.

[370]Lei das Sociedades Anônimas, art. 159, § 5º.

[371]Lei das Sociedades Anônimas, art. 159, § 5º.

[372]Entendimento de Modesto Carvalhosa.

[373]Entendimento de Jorge Lobo.

[374]Entendimento de Miranda Valverde, Sampaio Lacerda, Nelson Eizerik.

[375]Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências.

[376]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 161 e 165-A.

[377]*RT* 670/1977.

[378]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 220 e seguintes.

[379]Lei das Sociedades Anônimas, art. 221.

[380]Cód. Civil, art. 1.114.

[381]Lei das Sociedades Anônimas, art. 222.

[382]Lei das Sociedades Anônimas, art. 222, parágrafo único.

[383]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 206 e seguintes.

[384]Lei das Sociedades Anônimas, art. 206, I.

[385]Cód. Civil, art. 1.033, I.

[386]Art. 136, X.

[387]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 206, II, e 209.

[388]Lei das Sociedades Anônimas, art. 206, III.

[389]STJ, *RT* 677/220.

[390]CF/1988, art. 129, IX.

[391]Lei nº 7.913/1989.

[392]*RT* 700/1971.

[393]Cód. Civil, arts. 1.033, V, e 1.037, *caput*.

[394]Lei das Sociedades Anônimas, art. 219.

[395]Lei das Sociedades Anônimas, art. 223.

[396]Lei das Sociedades Anônimas, art. 223, § 1º.

[397]Lei das Sociedades Anônimas, art. 223, § 2º.

[398]Lei das Sociedades Anônimas, art. 45.

[399]Lei das Sociedades Anônimas, art. 224.

[400]Lei das Sociedades Anônimas, art. 225.

[401]Parágrafo acrescentado pela Lei nº 11.638/2007.

[402]Lei das Sociedades Anônimas, art. 227.

[403]*RT* 732/302.

[404]Lei das Sociedades Anônimas, art. 223, § 2º.

[405]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 136, IV, 137, II, e 230.

[406]Lei nº 12.529/2011.

[407]Lei das Sociedades Anônimas, art. 232.

[408]Lei das Sociedades Anônimas, art. 228.

[409]Lei das Sociedades Anônimas, art. 223, § 2º.

[410]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 136, IV, 137, II, e 230.

[411]*RTJ* 111/456.

[412]Lei das Sociedades Anônimas, art. 229.

[413]FRITSH, Herbert Jorge, *Cisão nas Limitadas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

[414]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 136, IX, 137, III.

[415]Lei das Sociedades Anônimas, art. 232.

[416]*RT* 729/323.

[417]Lei das Sociedades Anônimas, art. 229.

[418]Lei das Sociedades Anônimas, art. 223.

[419]MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 119/120.

[420]TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

[421]CTN, art. 123.

[422]ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

[423]Lei das Sociedades Anônimas, art. 243.

[424]Lei das Sociedades Anônimas, art. 243, § 1º, alterado pela MP nº 449/2008.

[425]Lei das Sociedades Anônimas, art. 243, § 4º, alterado pela MP nº 449/2008.

[426]Lei das Sociedades Anônimas, art. 243, § 5º, acrescentado pela MP nº 449/2008.

[427]Código Civil, art. 1.098, I.

[428]Código Civil, art. 1.098, II.

[429]Lei das Sociedades Anônimas, art. 243, § 2º.

[430]Código Civil, art. 1.099.

[431]Lei das Sociedades Anônimas, art. 243, § 1º.

[432]Código Civil, art. 1.100.

[433]Lei das Sociedades Anônimas, art. 243, § 2º.

[434]*Op. cit*.

[435]Lei das Sociedades Anônimas, art. 248, redação dada pela Lei nº 11.638/2007 e alterado pela MP nº 449/2008.

[436]Lei das Sociedades Anônimas, art. 247, alterado pela MP nº 449/2008.

[437]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 265/277.

[438]*Op. cit*.

[439]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 265, § 1º.

[440]Lei das Sociedades Anônimas, art. 2º, § 3º.

[441]Lei das Sociedades Anônimas, art. 136, V.

[442]Lei das Sociedades Anônimas, art. 268.

[443]Lei das Sociedades Anônimas, art. 265.

[444]DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 398/400.

[445]DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit*., p. 398/400.

[446]*RT* 645/162.

[447]Lei das Sociedades Anônimas, art. 267.

[448]Lei das Sociedades Anônimas, art. 273.

[449]Lei das Sociedades Anônimas, art. 266.

[450]Lei das Sociedades Anônimas, art. 278.

[451]Lei das Sociedades Anônimas, art. 279, alterado pela MP 449/2008.

[452]Lei das Sociedades Anônimas, art. 278, § 1º.

[453]Lei das Sociedades Anônimas, art. 278, § 1º.

[454]Lei das Sociedades Anônimas, art. 251.

[455]Lei das Sociedades Anônimas, art. 252

[456]Lei das Sociedades Anônimas, art. 252, § 2º.

[457]Lei das Sociedades Anônimas, art. 252, § 3º.

[458]Lei das Sociedades Anônimas, art. 252, § 4º, acrescentado pela MP 449/2008.

[459]*Op. cit*.

[460]Lei das Sociedades Anônimas, arts. 235 e seguintes.

[461]CF/1988, art. 173.

[462]CF/1988, art. 177.

[463]Lei das Sociedades Anônimas, art. 280.

[464]Lei das Sociedades Anônimas, art. 283, e Código Civil, art. 1.092.

GLOSSÁRIO DE EXPRESSÕES ESTRANGEIRAS

EXPRESSÕES	CONCEITO
Common Stock	Ações ordinárias de sociedades anônimas.
Put and Call Rights	Direito conferido ao sócio de adquirir a participação societária de outro, mediante acordo de acionistas, que se obriga a negociação das ações por preço predeterminado.
Accountability	Dever ligado à prestação de contas. Um dos princípios ligados à prática de governança corporativa, instituído pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC.
Fairness	Senso de justiça, paridade de tratamento entre os acionistas minoritários.
Takeover	Forma de aquisição, transferência ou tomada do controle acionário.
Poison Pills (pílulas envenenadas)	Conjunto de normas corporativistas utilizadas.
Shark Repellents (repelentes de tubarão)	como técnicas de defesa para dificultar o *takeover*, ou seja, a aquisição das ações.
Watered Stock (“ações aguadas”)	Ações que representam ativos sobre reavaliados, condição característica de companhias capitalizadas em excesso, cujo patrimônio é inferior ao capital investido.
Full and Fair Disclosure	É a política de divulgação, ao mercado em geral, de informações amplas e transparentes a respeito das companhias abertas e dos valores mobiliários por elas ofertados, a fim de tutelar os interesses dos investidores.
Trades	São operações de compra ou venda de valores mobiliários.
Insider Trading	É a utilização indevida de informações relevantes sobre uma companhia, por pessoas que a elas tenham tido acesso privilegiado, antes que sejam anunciadas ao mercado em geral.

Outsider tradin	É a utilização indevida de informações relevantes sobre uma companhia, por participantes do mercado que a elas tenham tido acesso privilegiado, antes que sejam anunciadas ao mercado em geral.
Golden Share	São ações preferenciais de classe especial, de propriedade exclusiva do ente desestatizante.
Stock options plans	Plano de compra de ações ou valores mobiliários emitidos pelo empregador ao empregado.
Commercial paper	Espécie de valor mobiliário que traduz obrigações de curto prazo. Pode ser emitido por bancos, companhias e outros tomadores para subscrição de investidores.
Tag along	É um mecanismo de proteção dos acionistas minoritários que obriga o adquirente do controle de companhia aberta a formular oferta pública de ações aos acionistas titulares de ações com direito a voto, por preço idêntico ou percentual previamente fixado sobre o preço oferecido pelas suas ações.
Drag along	É um mecanismo conhecido como direito de arraste que confere ao acionista controlador o direito de exigir a alienação, em conjunto, das ações dos minoritários ao proponente, por preço idêntico ou percentual sobre o preço oferecido pelo proponente da oferta ao controlador. Constitui dispositivo fundamental para investidores que não desejam conviver com minoritários, tornando mais atrativa a aquisição da companhia, em razão da redução dos conflitos internos de poder entre controladores e minoritários. Assim, torna mais atrativa a companhia objeto de aquisição do controle, do ponto de vista da redução dos conflitos internos de poder que, normalmente, ocorrem entre controladores e minoritários.
Chinesa Wall	Conjunto de regras que inclui, dentre outras, a segregação física e de equipamentos entre a gestão de carteiras e as demais atividades prestadas pelo gestor, proibição de transferência de informações a terceiros, restrição de acesso e identificação de pessoas que acessem informações confidenciais (art. 15 da Instrução

	nº 306/1999).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. *Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ALCAZAR, Mariano Baena. *Régimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economia*. Madrid: Technos, 1966.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual das Sociedades Comerciais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

AMORIM, Manoel Carpena. Desconsideração da Personalidade Jurídica. *Revista da EMERJ*, v. 2, n. 8, 1999.

ANDRADE JR., Attila de Souza Leão. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. IV, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo. Saraiva, 1969.

_____. *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*. Tradução Evelio Verdera y Tuells. Barcelona: Bosch, 1962.

ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. *Rivista di Diritto Commerciale*, 1943.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro, 1970.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, v. 1, obs. 1 ao art. 2º do Cód. Civil de 1916. Rio de Janeiro: Francisco Alves.

_____. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1966.

BIENHAYMÉ, A. *La Croissance des Entreprises*. Paris: Bordas, 1971.

BODIN de MORAES, Maria Celina. *A Tutela do Nome da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Forense, v. 98, n. 364, 2002.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BORGES, Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

_____. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Forense.

BORTOLOTTO, Guigo. *Diritto del Lavoro*. Padova: Cedam.

BULGARELLI, Waldírio. *Manual das Sociedades Anônimas*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. *A Proteção às Minorias na Sociedade Anônima*. São Paulo: Atlas, 1977.

CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Reforma da Lei das S.A.* 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 13, 2003.

CATALA, Nicole. *Droit du Travail:* L'intrerprise. Paris: Dalloz, 1980.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. 2. ed. São Paulo: RT, v. 1.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de Direito Comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do Direito*. Portugal: Almedina, 2. reimpr., 2005.

DAIBERT, Jefferson. *Introdução ao Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1975.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

DINIZ, Maria Helena. ***n***. São Paulo: Saraiva, 2003.

DURAND, Paul. *Traité de Droit du Travail*. Paris: Dalloz, 1947.

E. SIMONETTO. *La Società Unipersonale a Responsabilità Limitata nel Processo di Integrazione Comunitaria e nella Prospettiva del 1993*. Notarile, 1995.

EISELE, Andreas. *Crimes Contra a Ordem Tributária*. São Paulo: Dialética, 1998.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Atlas, 2006.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Freitas Bastos, v. XV, 1965.

FERRI,Giuseppe. *Manuale di Diritto Commerciale*. Turim: UTET, 1994.

FONSECA, José Geraldo. O Preposto do Empregador na Justiça do Trabalho. *Revista da EMERJ*.

FRITSH, Herbert Jorge. *Cisão nas Limitadas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

GALBRAITH, John Keneth. *The New Industrial State*. London: Hamish Hamilton, 1968.

GHESTIN, Jacques. *Le Contrat dans le Nouveau Droit Québecois et en Droit Français: Principes Directeurs, Conentement, Caus et Objet*. Montreal: Institut de Droit Comparé-Faculté de Droit Université MacGill; Coop. Harpell, 1982.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. I, São Paulo: Saraiva.

GOTTSCHALK, Egon Félix. *Norma Pública e Privada no Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1944.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros.

_____. *Função Social da Propriedade: Análise Histórica*. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto>.

GUIMARÃES, Márcio Tadeu Nunes. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito de Empresa no Código Civil de 2002*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine) e os grupos de empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LACERDA, Dorval. *A Falta Grave no Direito do Trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1989.

LECEY, Eládio. *Direito Ambiental em Evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Juruá, 2002, organizado por Vladimir Passos Freitas.

LINS, Daniela Storry. *Aspectos Polêmicos Atuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LOBO, Jorge. *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Princípios da Governança Corporativa. *Revista EMERJ*, nº 37, v. 10.

LUCENA, José Waldeci. *Das Sociedades Por Quotas de Responsabilidade Limitada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MAGANO, Octavio Bueno. *Manual do Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: LTR, 1982.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MENDONÇA, André Luiz Dumortout de; GONÇALVES, Álvaro Thomaz. *Dicionário de Sociedades Comerciais e Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial*. 1. ed. São Paulo: Bookseller, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NOGARO, Bertrand. *Éléments d'Économie politique*. Paris: LGDJ, 1954.

NORONHA, Fernando de. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. São Paulo: Saraiva.

PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *A Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*. Rio de Janeiro: Forense, v. I e II, 1956.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2002.

PERROUX, François. *Capitalisme et Communité de Travail*. Paris: Sirey, s.d.

PIC, Paul. *Des Sociétés Commerciales*. Paris, 1925.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do Direito e as Relações Contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIPERT, George. *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*. Ed. Red Livros, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense.

ROUBIER. *Le Droit Transitoire* – Conflits des Lois dans le Temps. 2. ed. Paris: Editions Dalloz et Sirey, 1960.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHREIBER, Anderson. *A Proibição do Comportamento Contraditório*. São Paulo: Renovar, 2005.

SIMÕES, Paulo César Gonçalves. *Governança Corporativa e o Exercício do Voto nas S.A.*, 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA, Leão Andrade JR., Attila. *Comentários ao Novo Código Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, 2002.

STOLZE, Pablo. *Novo Curso de Direito Civil*, Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TAVARES, Osvaldo Hamilton. *A CVM como "Amicus Curiae"*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 82, n. 690, 1993.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das Sociedades por Cotas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Max Limonadi, 1956.

TEIXEIRA, Suely Lima. *Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas em Matéria Ambiental*, monografia apresentada à Universidade Cândido Mendes como trabalho de conslusão de curso.

TEYSSIÉ, Bernard. *Droit Social et Modifications des Structures de l'Entreprise*. Montpellier: Libr. Technique, 1978.

THEODORO JR., Humberto. *A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VAMPRÉ, Spencer. *Tratado Elementar de Direito Comercial*. Rio de Janeiro, 1921.

VERRUCOLI, Piero. *Il Superamento della Personalità Giuridica Della Società di Capitali nella Common Law e nella Civil Law*. Milano: Giuffrè, 1964.

WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil Brasileiro* – Obrigações e Contratos. São Paulo: RT.