Fran Martins

Curso de Direito Comercial

40ª edição

Revista, atualizada e ampliada por

CARLOS HENRIQUE ABRÃO

Professor e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

De acordo com:

- ***Lei 13.303/2016*** *(Lei das Estatais)*
- ***Enunciados das Jornadas de Direito Comercial e Civil***

Atualizado de acordo com o Novo CPC e com a Lei 13.256, de 04.02.2016

gen | Editora FORENSE

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

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

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

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

Fran Martins

Curso de Direito Comercial

40ª edição

Revista, atualizada e ampliada por

CARLOS HENRIQUE ABRÃO

gen | Editora FORENSE

Edições anteriores

1ª edição – 1957

2ª edição – 1958

3ª edição – 1967

3ª edição – 1970 – 2ª tiragem

4ª edição – 1973

5ª edição – 1976

6ª edição – 1977

7ª edição – 1979

8ª edição – 1981

8ª edição – 1982 – 2ª tiragem

9ª edição – 1984

10ª edição – 1985

11ª edição – 1986

12ª edição – 1987

13ª edição – 1988

14ª edição – 1989

15ª edição – 1990

16ª edição – 1991

17ª edição – 1993

18ª edição – 1993

19ª edição – 1994

20ª edição – 1994

21ª edição – 1995

21ª edição – 1995 – 2ª tiragem

22ª edição – 1996

22ª edição – 1997 – 2ª tiragem

22ª edição – 1997 – 3ª tiragem

22ª edição – 1998 – 4ª tiragem

22ª edição – 1998 – 5ª tiragem

23ª edição – 1999

23ª edição – 1999 – 2ª tiragem

24ª edição – 1999

25ª edição – 2000

26ª edição – 2000

27ª edição – 2001

27ª edição – 2001 – 2ª tiragem

27ª edição – 2002 – 3ª tiragem

27ª edição – 2002 – 4ª tiragem

28ª edição – 2002

28ª edição – 2002 – 2ª tiragem

28ª edição – 2002 – 3ª tiragem

28ª edição – 2003 – 4ª tiragem

29ª edição – 2005

30ª edição – 2005

30ª edição – 2006 – 2ª tiragem

31ª edição – 2007

31ª edição – 2008 – 2ª tiragem

32ª edição – 2009

33ª edição – 2010

34ª edição – 2011

35ª edição – 2012

36ª edição – 2013

37ª edição – 2014

38ª edição – 2015

39ª edição – 2016

■A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a m 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 xerográ cos, 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 © 2017 *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.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 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 nalidade 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).

1ª edição – 1957

40ª edição – 2017

■Capa: Danilo Oliveira

■Fechamento desta edição: 06.10.2016

■Produção Digital: One Stop Publishing Solutions

■CIP – Brasil. Catalogação na fonte.

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

M343c

Martins, Fran.

Curso de direito comercial / Atual. Carlos Henrique Abrão – 40. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ISBN: 978-85-309-7360-5

1. Direito comercial. 2. Direito comercial – Brasil. I. Título

CDU – 347.7

Ao Professor Antônio Martins Filho,
ex-Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito
e ex-Reitor agregado da Universidade Federal do Ceará,
pelo incentivo que me deu para a publicação deste livro.

Aos Mestres Rubens Requião e Nelson Abrão, ambos eminentes professores e juristas que, ladeados de Fran Martins, constituíram a tríade dos maiores comercialistas do Brasil, formando gerações, transmitindo pensamentos e coligindo importantes estudos que serviram de base para o novo Direito Empresarial.

Carlos Henrique Abrão

Para Henriquinho,
Carol e
Lina.

DO AUTOR

– *Da Natureza Jurídica do Espaço Aéreo*, Fortaleza, 1947.

– *Da Caracterização e da Declaração Judicial da Falência*, Fortaleza, 1953.

– *Dos Efeitos Jurídicos da Falência*, Fortaleza, 1953.

– *Da Classi cação das Sociedades Comerciais*, Fortaleza, 1954.

– *Das Sociedades por Quotas no Direito Brasileiro*, Fortaleza, 1955.

– *Das Sociedades de Responsabilidade Limitada no Direito Estrangeiro*, Imprensa Universitária do Ceará, 1956.

– *Das Sociedades por Quotas no Direito Brasileiro e Estrangeiro*, Forense, 1960, 2 vols.

– *Cartões de Crédito – Natureza Jurídica*, Forense, 1976.

– *Pareceres de José de Alencar*. Em colaboração com o Professor Luiz Cruz de Vasconcelos, 2ª ed., Imprensa Universitária do Ceará, 1982.

– *Direito Societário*, Forense, 1984.

– *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 3ª ed., Forense, 1989, vols. 1º a 105; vol. 2, arts. 106 a 205 (tomo I, arts. 106 a 165, tomo II), com a colaboração do Professor Adriano Pinto (arts. 163 a 205), 2ª ed., Forense, 1984; vol. 3, arts. 206 a 300, 2ª ed., Forense, 1985.

– *O Cheque segundo a Nova Lei*, 2ª ed., Forense, 1987.

– *Novos Estudos de Direito Societário*, Saraiva, 1988.

– *Ações Escriturais e a sua Negociação no Direito Brasileiro*, Coimbra, 1989.

– *Contratos e Obrigações Comerciais*, 11ª ed., Forense, 1990; Edição Universitária, 2ª ed., Forense, 1990.

– *Títulos de Crédito*, 3ª ed., Edição Universitária, Forense, 1990, vol. II – *Cheques, Duplicatas, Títulos de Financiamentos, Títulos Representativos*.

– *Títulos de Crédito*, 7ª ed., Forense, 1991, vol. I – *Letra de Câmbio e Nota Promissória segundo a Lei Uniforme*.

– *Títulos de Crédito*, 5ª ed., Forense, 1991, vol. II – *Cheques, Duplicatas, Títulos, Financiamento, Títulos Representativos*.

– *Títulos de Crédito*, 3ª ed., Edição Universitária, Forense, 1991, vol. I – *Letra de Câmbio e Nota Promissória*.

APRESENTAÇÃO

A turbulência econômica presente no cenário nacional é fruto de uma inequívoca crise empresarial, a qual se abateu sobre o ambiente dos negócios, relação entre o dinheiro público e as grandes sociedades empresárias, desencadeando, assim, uma nova roupagem na estigmatização dos conceitos, e no preparo da 40ª edição da consagrada obra do jurista Fran Martins.

Renovada sempre a preocupação de oportunizar ao público leitor o que de mais atualizado existe, não apenas em termos de Direito Comercial, mas, essencialmente, no *player* da economia globalizada, detivemo-nos na revisão, atualização e ampliação da nova edição, sem deixar de lado os mecanismos, instrumentos e ferramentas que pautam a crise como um todo, impactando em todos os setores empresariais – basta olharmos os números de estabelecimentos comerciais vazios, desocupados e a amplitude do número de pedidos de recuperação e falência.

É certo que o atual Código Civil não nos presenteou com a necessária visão empresarial, revogando toda a primeira parte do vetusto Código de 1850, deixando apenas o capítulo referente ao direito marítimo.

As reviravoltas que permeiam o desempenho da atividade empresarial foram sentidas pela jurisprudência, a qual procurou editar súmulas, enunciados e, no mais das vezes, amparar-se dos recursos repetitivos para desafogar o congestionamento de processos que tramitam pela Justiça Brasileira.

A especialização é o caminho sem volta para discernimento das regras empresariais, dos usos e costumes, dado o dinamismo e a criatividade, ao lado da imaginação, visando manter acesa a economia e reduzir as expectativas negativas em torno do Produto Interno Bruto.

Regozijados pelo privilégio concedido pela família do saudoso Fran Martins, e também da prestigiosa Editora, manteremos o mesmo espírito para incutir a compreensão revolucionária do Direito Empresarial e seu forte re exo na economia que necessita, a cada dia, de fortes injeções para abrir os mercados, aumentar as exportações e consagrar fórmulas de protecionismos setoriais e pontuais, na escala de atingir, a partir do comércio eletrônico, um patamar à altura do tamanho do País continente.

São Paulo, 12 de outubro de 2016
(Dia da Padroeira do Brasil)

CARLOS HENRIQUE ABRÃO
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

ÍNDICE SISTEMÁTICO

Capítulo Primeiro
NOÇÕES GERAIS

I
O Comércio e o Direito Regulador das Atividades Comerciais

1.O Comércio como Atividade Empresarial

2.Desenvolvimento do Comércio e do Direito Regulador das Atividades Comerciais

3.Comércio e Direito Comercial nos Tempos Antigos

4.Período Romano

5.Idade Média

6.Mercados e Feiras

7.As Corporações. Estruturação do Direito Comercial

8.Primeiros Institutos do Direito Comercial

9.As Codi cações

10.Ordenanças Francesas

11.Código Napoleônico de 1807. In uências e Disciplina

12.Modi cações no Código Francês e suas in uências em nosso Código. Substituições dos Códigos Primitivos

II
Empresa Comercial

13.Comerciante e Empresa Comercial

14.Direito Comercial e Direito das Empresas

15.Direito Econômico, Direito dos Negócios, Direito Comercial

III
Conceito de Direito Comercial

16.De nições

17.Compreensão do Conceito de Direito Comercial

18.Teorias Relativas à Conceituação do Direito Comercial

I – Teoria do Direito Comercial como Direito do Comerciante

II – Teoria do Direito Comercial como Direito dos Atos de Comércio

III – Teoria do Direito Comercial como Direito das Empresas

IV – Teoria do Direito Comercial como Direito dos Comerciantes e dos Atos de Comércio

IV
Autonomia do Direito Comercial

19.Direito Comercial e Direito Civil

20.Separação dos Campos de Ação do Direito Civil e do Direito Comercial

21.Uni cação do Direito Privado

22.Autonomia do Direito Comercial. Matéria Comercial

23.Caracterização do Direito Comercial

a)Simplicidade

b)Internacionalidade

c)Rapidez

d)Elasticidade

e)Onerosidade

24.Relações do Direito Comercial com Outros Ramos do Direito

25.Publicização do Direito Comercial

V

Fontes do Direito Comercial

26.Conceito e Divisão das Fontes do Direito Comercial

27.Fontes Primárias

28.Alterações no Código Comercial

29.Regulamentos, Leis e Tratados Internacionais

30.Fontes Subsidiárias ou Indiretas

31.A Lei Civil

32.Discussão Doutrinária

33.Usos e Costumes Comerciais

34.A Prática de Atos de Natureza Negocial

35.Jurisprudência

36.A Analogia e os Princípios Gerais de Direito

VI

O Direito Comercial no Brasil

37.O Comércio Brasileiro no Período Colonial

38.O Direito Português no Período Colonial Brasileiro

39.A Liberdade de Comércio no Brasil

40.Independência. Código Comercial

41.Divisão do Código

42.Orientação do Código Comercial

43.Legislação Posterior ao Código Comercial, até 1890

44.Revogação da 3ª Parte do Código e Leis Posteriores

45.Projetos de Substituição e Reforma do Código Comercial

46.Projeto de Código de Obrigações de 1965

47.Projeto de Código Civil de 1975

48.Orientação do Direito Comercial Brasileiro

VII

Divisão do Direito Comercial

49.Divisão Clássica do Direito Comercial

50.Crítica à Divisão Clássica do Direito Comercial

51.Orientação do Código Comercial

52.Orientação do Projeto de Código de Obrigações e do Código Civil em Vigor

Capítulo Segundo

ATOS DE COMÉRCIO

VIII

Elementos Caracterizadores da Matéria Comercial

53.Elementos Básicos do Direito Comercial

54.Justi cação do Conceito

55.Elementos Caracterizadores do Direito Comercial

56.Preeminência dos Atos de Comércio

57.Histórico dos Atos de Comércio

58.Atos de Empresas

59.As Di culdades da Caracterização dos Atos de Comércio

60.Os Atos de Comércio no Direito Brasileiro

61.Noção de Atos de Comércio, segundo o Regulamento nº 737

62.Imóveis e Agricultura

63.Divisão dos Atos de Comércio

64.Atos de Comércio por Conexão

65.Características dos Atos de Comércio

66.Atos de Comércio Objetivos no Direito Brasileiro

67.Delimitação do Campo do Direito Comercial pelos Atos de Empresa

Capítulo Terceiro

DOS COMERCIANTES OU EMPRESÁRIOS

IX

Noções Gerais

68.Conceito de Comerciante

69.Condições Indispensáveis à Aquisição da Qualidade de Comerciante

70.Caráter Histórico da Pro ssionalidade Comercial

71.Sistemas Caracterizadores da Qualidade de Comerciante

a)Caracterização do comerciante pelo Código francês

b)Sistema do Código espanhol primitivo

c)Sistema do Código alemão de 1897

d)Sistema do Código Civil italiano de 1942

72.A Caracterização do Comerciante no Direito Brasileiro

73.Sociedades Comerciais

74.Espécies de Comerciantes

X

Obrigações e Privilégios dos Comerciantes

a) Nome comercial

75.Firma e Denominação

76.O Nome Comercial como o Nome que Obriga o Comerciante

77.Registro e Proteção do Nome Comercial

78.Processo de Registro de Firma ou Razão Social

79.Modi cação da Firma

80.Cessão da Firma. Extinção

b) Obrigações impostas aos comerciantes pelo Código

81.Contabilidade e Arquivo

82.Contabilidade e Escrituração

83.Livros Comerciais

84.Livros Obrigatórios a Todos os Comerciantes

85.Livros Facultativos ou Auxiliares

a)Razão

b)Caixa

c)Conta-Corrente

d)Borrador, Costaneira ou Memorial

e)Livro de Estoque

f)Livro de Obrigações

86.Livros Especiais, Obrigatórios a Determinados Comerciantes

87.Formalidades Necessárias aos Livros Obrigatórios

88.Força Probante dos Livros Obrigatórios

89.Inviolabilidade dos Livros Comerciais

90.Exibição dos Livros Comerciais

91.Exibição dos Livros Comerciais em Caso de Falência

c) Outras obrigações impostas por lei aos comerciantes

92.Obrigação de Registrar Documentos no Registro de Empresas

93.Obrigação de Conservar o Comerciante o Arquivo de suas Atividades

94.Obrigação de Formar o Comerciante Balanço Anual

95.Requisitos para o Exercício da Atividade Comercial

d) Privilégios dos comerciantes

96.Regalias Legais

97.Matrícula do Comerciante

98.Vantagens Próprias da Qualidade de Comerciante

XI

Auxiliares dos comerciantes. Preposição

99.Sistema Legal

100.Contrato de Trabalho e Preposição

101.Obrigações do Preponente para com Terceiros

102.Classi cação dos Auxiliares do Comerciante

103.O Gerente Administrativo

104.Guarda-Livros, Contadores e Auditores

105.Viajantes, Vendedores e Pracistas

106.Representantes Comerciais, Concessionários e Correspondentes

107.Nomeação dos Auxiliares Dependentes do Comerciante

108.Garantias e Vantagens do Auxiliar Dependente do Comerciante

109.Condições Especiais do Trabalho

110.Rescisão do Contrato de Trabalho

XII

Comerciante ou Empresário Individual

111.Requisitos para o Exercício do Comércio

112.Capacidade Jurídica do Comerciante Individual

113.A Capacidade para Comerciar é Regulada pela Lei Brasileira

114.Capacidade para Comerciar Segundo a Lei Brasileira

115.Pessoas Absolutamente Incapazes

116.Pessoas Relativamente Incapazes

117.Menores

118.Mulheres Casadas

119.Revogação da Autorização

120.A Capacidade Plena para a Mulher Casada Comerciar

121.Proibidos de Comerciar

122.Funcionários Públicos
123.Estrangeiro Comerciante
124.Pequeno Comerciante e Artesão
125.Comerciante Ambulante
126.Comerciante Individual Irregular ou de Fato

XIII

Micro e Pequenas Empresas – Estatuto e Regulamentação

127.Atividade Econômica e Garantia Constitucional
128.Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte
129.De nição Legal e Código Civil
130.O Registro da Atividade Empresarial
130-a.Re exos da Atividade Empresarial na Ordem Econômica

Capítulo Quarto

CORRETORES E LEILOEIROS

XIV

Corretores e Leiloeiros

131.Sistema do Código

a) Corretores

132.Conceito. Espécies. Classes
133.Nomeação dos Corretores
134.Matrícula dos Corretores
135.Livros Obrigatórios dos Corretores
136.Restrições Impostas aos Corretores
137.Juntas de Corretores
138.Fiscalização das Sociedades Corretoras
139.Prepostos e Adjuntos de Corretores
140.Contrato de Corretagem
141.Corretores de Seguros

b) *Leiloeiros*

142.Conceito
143.Natureza Jurídica do Leilão
144.Licitantes
145.Exercício da Pro ssão de Leiloeiro
146.Dos que não Podem ser Leiloeiros
147.Das Funções dos Leiloeiros
148.Publicidade dos Leilões
149.Comissão do Leiloeiro
150.Prestação de Contas
151.Livros Obrigatórios
152.Restrições Impostas aos Leiloeiros

Capítulo Quinto

SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

XV

Noções Gerais

153.Conceito de Sociedade Empresária

154.Sociedades Unipessoais

155.Sociedade e Ato Constitutivo. Contrato e Ato Institucional

156.Sócios

157.Forma e Prova dos Atos Constitutivos das Sociedades Empresárias

158.Requisitos dos Atos Constitutivos das Sociedades Empresárias segundo a Legislação

159.Cláusulas Essenciais aos Contratos. Cláusulas Padronizadas

160.Arquivamento do Contrato Social

161.Sociedades de Fato e Irregulares

162.Publicidade das Sociedades Empresariais

163.Alterações nos Atos Constitutivos das Sociedades

XVI

Personalidade Jurídica das Sociedades Empresárias

164.Conceito de Pessoa Jurídica

165.Teorias Justi cativas da Existência das Pessoas Jurídicas

166.A Personalidade Jurídica das Sociedades Empresárias no Direito Brasileiro

167.A Personalidade Jurídica das Sociedades Empresárias no Direito Estrangeiro

168.A Personalidade Jurídica das Sociedades em Comum

169.Nascimento da Pessoa Jurídica

170.Os Atos Preliminares para a Constituição das Sociedades Anônimas

171.Extinção da Pessoa Jurídica

172.Problemas Relativos à Extinção da Pessoa Jurídica

173.Consequências da Personalidade Jurídica das Sociedades Empresárias

a)Patrimônio próprio

b)Nome empresarial

c)Domicílio

d)Nacionalidade

174.A Desconsideração da Pessoa Jurídica

XVII

Classi cação das Sociedades Empresárias

175.Sociedades Empresárias Reconhecidas pela Lei Brasileira

176.Sociedades e Companhias

177.Sistemas de Classi cação das Sociedades Empresárias

a)Classi cação das sociedades empresárias tendo em consideração a pessoa dos sócios

b)Classi cação das sociedades tendo em vista a responsabilidade dos sócios

178.Responsabilidade das Sociedades e Responsabilidade dos Sócios
179.Sociedades Contratuais e Sociedades Institucionais
180.Sociedades não Personi cadas e Sociedades Personi cadas

XVIII

Direitos e Obrigações dos Sócios

181.Posição dos Sócios nas Sociedades Empresárias
182.Os Sócios não são Empresários
183.Os Sócios de Responsabilidade Ilimitada são Empresários?
184.Obrigações dos Sócios nas Sociedades Empresárias
185.Direitos dos Sócios
186.Distribuição dos Lucros aos Sócios
187.Outros Direitos dos Sócios

Capítulo Sexto
SOCIEDADES NÃO PERSONIFICADAS

XIX

Sociedades em Comum ou de Fato

188.O Reconhecimento da Existência das Sociedades de Fato
189.As Sociedades de Fato ou em Comum no Código Comercial. Legislação Anterior
190.Sociedades de Fato e Sociedades Irregulares
191.Direitos de Terceiros em Relação às Sociedades de Fato
192.Relações entre os Sócios

XX

Sociedade em Conta de Participação

193.Conceito
194.Exame dos Dispositivos Legais
195.Histórico
196.Natureza e Características da Sociedade em Conta de Participação
197.Constituição
198.Sócios
199.Nome Empresarial
200.Gerentes
201.Conta de Participação em Caráter não Empresarial

Capítulo Sétimo
SOCIEDADES DE PESSOAS OU CONTRATUAIS

XXI

Sociedade em Nome Coletivo

202.Conceito
203.Compreensão dos Arts. 315 e 316 do Código Comercial

204.Origem e Evolução das Sociedades em Nome Coletivo
205.Caracterização das Sociedades em Nome Coletivo
206.Constituição
207.Gerência e Fiscalização dos Negócios Sociais
208.Firma

XXII
Sociedades em Comandita Simples

209.Conceito
210.Compreensão dos Dispositivos do Código Civil
211.Origem e Evolução da Sociedade em Comandita
212.Natureza Jurídica e Caracteres
213.Constituição
214.Sócios
215.Firma Social
216.Gerentes
217.Disciplina Catalisada no Código Civil

XXIII
Sociedade Simples

218.Conceito
219.Disciplina Legal e a Visão do Código Civil Atual
220.Caracteres e Natureza da Sociedade Simple
221.Constituição
222.Sócios
223.Da Administração. Responsabilidade
224.Da Extinção

XXIV
Sociedades Limitadas

225.Conceito
226.O Código Civil
227.Histórico e Modernas Inovações
228.Caracteres e Natureza Jurídica
229.Caracteres e Natureza Jurídica no Direito Comparado
230.Responsabilidade dos Sócios
231.Limite da Responsabilidade
232.Constituição
233.Sócios
234.Contrato Simpli cado
235.Nome Empresarial. Firma ou Denominação
236.Capital e Quotas. Dispensa de Escritura Pública na Incorporação de Imóveis
237.Órgãos Sociais. Substituição e Exclusão dos Gerentes

XXV

Dissolução das Sociedades Contratuais

238.Conceito de Dissolução
239.Normas Legais Relativas à Extinção da Pessoa Jurídica
240.Fases da Extinção da Pessoa Jurídica
241.Natureza Jurídica da Sociedade em Dissolução
242.Causas de Dissolução das Sociedades Contratuais
243.Causas que Operam a Dissolução de Pleno Direito
244.Causas que Operam a Dissolução Judicial
245.Dissolução Consensual
246.Liquidação do Patrimônio Social
247.Liquidante
248.Partilha
249.Extinção da Pessoa Jurídica

Capítulo Oitavo
SOCIEDADES POR AÇÕES

XXVI

Sociedade Anônima

a) Características e natureza
250.Conceito
251.Sistema Legal
252.Histórico
253.Características e Natureza das Sociedades Anônimas
254.Objeto Social
255.Denominação
256.Denominação e Limitação de Responsabilidade
257.Companhia "Aberta" e "Fechada"

b) Capital
258.Fixação e Formação. Sociedade de Capital Autorizado

c) Ações
259.Número e Valor. Ações sem Valor Nominal. Valores Mínimo e Máximo
260.Espécies e Classes
261.Certi cados: Emissão e Requisitos
262.Agentes Emissores dos Certi cados
263.Ações Escriturais
264.Forma das Ações
265.Integralização das Ações
266.Indivisibilidade e Negociabilidade das Ações
267.Negociação da Companhia com suas Próprias Ações
268.Custódia Bancária de Ações Fungíveis. Certi cados de Depósito
269.Amortização, Resgate e Reembolso

d) Partes bene ciárias

270.Emissão de Partes Bene ciárias

271.Certi cados: Requisitos. Direitos dos Bene ciários

e) Debêntures

272.Noções Gerais

273.Conceito

274.Constituição do Empréstimo com a Emissão de Debêntures

275.Emissão de Debêntures. Valor Nominal. Correção Monetária

276. Vencimento, Amortização e Resgate

277.Debêntures Conversíveis em Ações

278.Garantia do Empréstimo. Espécies de Debêntures de Acordo com a Garantia Oferecida

279.Forma, Propriedade e Circulação das Debêntures

280.Certi cados das Debêntures

281.Agente Fiduciário dos Debenturistas

282.Assembleia dos Debenturistas

283.Cédula de Debêntures

284.Extinção das Debêntures

f) Bônus de subscrição

285.Características. Emissão. Requisitos

g) Constituição das sociedades anônimas

286.As Normas Especiais da Constituição das Sociedades Anônimas

I – Requisitos preliminares

II – Formas de subscrição do capital

287.Constituição por Subscrição Pública

288.Constituição por Subscrição Particular

289.Fundadores

290.Natureza Jurídica dos Atos Constitutivos das Sociedades Anônimas

291.Atos dos Fundadores

292.Formalidades Complementares da Constituição

h) Livros sociais

293.Livros Especiais

a)Registro de ações nominativas

b)Transferência de ações nominativas

c)Registro de partes bene ciárias nominativas

d)Transferência de partes bene ciárias nominativas

e)Atas das Assembleias Gerais

f)Presença de acionistas

g)Atas das Reuniões do Conselho de Administração e Atas das Reuniões da Diretoria

h)Atas e pareceres do Conselho Fiscal

294.Escrituração do Agente Emissor. Ações Escriturais

295.Exibição dos Livros

296.Certidões Fornecidas a Terceiros

i) Das companhias que dependem de autorização para funcionar

297.Disposições Gerais

298.Companhias Nacionais e Estrangeiras

j) Acionistas

299.Considerações Gerais

300.Obrigações do Acionista

301.Direitos do Acionista. Direito de Voto

302.Acionista Controlador

303.Acordo de Acionistas

304.Acionista Residente ou Domiciliado no Exterior

305.Suspensão do Exercício dos Direitos do Acionista

k) Órgãos sociais

306.Os Órgãos das Sociedades Anônimas

1) Assembleia Geral

307.Conceito de Assembleia Geral

308.Competência

309.Convocação e Local

I – *Assembleia geral ordinária*

310.Finalidades

311.Exame dos Documentos da Administração

312.Procedimento

313.Publicidade da Assembleia Geral Ordinária

II – *Assembleia geral extraordinária*

314.Finalidades

315.Reforma do Estatuto. Direito de Recesso

2) Conselho de Administração e Diretoria

316.Considerações Gerais

317.Normas Comuns ao Conselho de Administração e à Diretoria

318.Conselho de Administração. Composição, Eleição e Competência

319.Diretoria. Composição e Representação

3) Conselho Fiscal

320.Função, Composição e Funcionamento

321.Quali cação dos Membros do Conselho. Remuneração

322.Competência, Deveres e Responsabilidades

l) Modi cação do capital social

I – *Aumento de capital*

323.Modalidades do Aumento do Capital Social

324.Aumento por Correção Monetária do Capital

325.Aumento por Autorização Estatutária. Sociedades de Capital Autorizado

326.Aumento por Conversão em Ações de Debêntures ou pelo Exercício do Direito de Subscrição

327.Aumento por Capitalização de Lucros e Reservas

328.Aumento Mediante Subscrição de Ações

329.Direito de Preferência

II – *Redução do capital*

330.Alteração de Capital por sua Redução

331.Oposição dos Credores

m) Exercício social

332.Duração do Exercício Social

333.Demonstrações Financeira

334.Lucros, Dividendos e Reservas

1) Lucro líquido

2) Dividendo obrigatório

3) Reservas

n) Dissolução, liquidação e extinção

335.Dissolução e Liquidação das Sociedades Anônimas

336.Modalidades de Dissolução: de Pleno Direito, por Decisão Judicial e por Decisão de Autoridade Administrativa

337.Liquidação

338.Deveres e Poderes do Liquidante

339.Pagamento do Passivo e Partilha do Remanescente. Prestação de Contas do Liquidante .

340.Direito do Credor não Satisfeito

341.Extinção da Sociedade

o) Transformação, incorporação, fusão e cisão

342.Modi cação nos Tipos Sociais

I – *Transformação*

343.Conceito de Transformação

344.Requisitos Necessários para a Transformação das Sociedades

345.Transformação de Qualquer Sociedade em Sociedade Anônima

346.Transformação de uma Sociedade Anônima em outro Tipo de Sociedade

II – *Incorporação*

347.Preliminares

348.Conceito de Incorporação

349.Sociedade Anônima Incorporadora

350.Sociedade Anônima Incorporada

351.Posição dos Acionistas Dissidentes da Incorporação

III – *Fusão*

352.Conceito de Fusão

353.Fusão para a Constituição de Sociedade Anônima

354.Fusão para a Constituição de Sociedade Não Anônima

IV – *Cisão*

355.Noções Gerais

p) Modalidades especiais de sociedades anônimas

356.Regulamentação

1) Sociedades de economia mista

357.Conceito e Características

2) Sociedades coligadas, controladoras e controladas
358.Noções Gerais
359.Subsidiária Integral
360.Alienação de Controle de Companhia Aberta
361.A Aquisição de Controle Mediante Oferta Pública
362.Incorporação de Companhia Controlada
3) Grupos de sociedades
363.Características e Natureza
364.Constituição e Administração
365.Direitos dos Sócios Minoritários
4) Consórcio
366.Noções Gerais

q) Ações, prescrição e decadência nas sociedades anônimas

367.Ação para Anulação da Constituição da Sociedade Anônima
368.Prescrição Trienal
369.Prescrição Bienal
370.Prescrição Anual

XXVII

Sociedades em Comandita por Ações

371.Conceito
372.Sistema Legal
373.Histórico
374.Características e Natureza
375.Capital e Ações
376.Partes Bene ciárias e Debêntures
377.Conselho de Administração, Autorização Estatutária para Aumento de Capital e Bônusde Subscrição
378.Constituição e Livros Obrigatórios
379.Nome Social
380.Poderes Sociais

a)Assembleia Geral

b)Diretores

c)Conselho Fiscal

381.Princípios Comuns às Sociedades Anônimas e às Sociedades em Comandita por Ações

Capítulo Nono
FUNDO DE COMÉRCIO

XXVIII

Instrumento do Exercício da Atividade Empresarial

382.Noção de Fundo de Comércio
383.A Designação “Fundo de Comércio”
384.Composição do Fundo de Comércio
385.Valor Patrimonial

386.Natureza Jurídica
387.Elementos do Fundo de Comércio
388.Fundo de Comércio e Empresa
389.Fundo de Comércio e Direito Industrial

XXIX
Elementos do Fundo de Comércio

390.Divisão

I
Elementos Incorpóreos

a) Propriedade comercial
391.O Ponto Comercial
392.Garantias Legais à Propriedade Comercial
393.Cessão de Contrato de Locação

b) Nome empresarial
394.Noção de Nome Empresarial
395.Firma do Empresário Individual
396.Exceções ao Princípio Geral da Formação do Nome Empresarial
397.Inscrição da Firma
398.O Duplo Aspecto do Nome Empresarial
399.Garantia do Uso do Nome Empresarial

c) Acessórios do nome empresarial
400.Elementos Acessórios do Nome Empresarial
401.Nome Empresarial e Título do Estabelecimento

I – *Título*
402.Conceito
403.O Título do Estabelecimento como Elemento do Fundo de Comércio
404.A Proteção ao Título de Estabelecimento

II – *Expressões ou sinais de propaganda*
405.Conceito

d) Propriedade industrial
406.Conceito
407.Amplitude da Expressão “Propriedade Industrial”
408.Divisão da Propriedade Industrial

I – *Patentes de invenção*
409.A Propriedade e o Uso Exclusivo da Invenção
410.Conceito e Elementos das Invenções Industriais
411.Invenções não Patenteáveis
412.Garantia de Prioridade
413.Processo de Obtenção da Patente de Invenção
414.Publicação do Pedido de Patente. Expedição da Patente
415.Depósito Feito no Estrangeiro

416.Duração da Patente
417.Das Invenções Ocorridas na Vigência do Contrato de Trabalho ou de Prestação de Serviços
418.Das Invenções que Interessam à Segurança Nacional
419.Os Certi cados de Adição de Invenção
420.Extinção, Caducidade e Nulidade da Patente

II – *Modelos de utilidade*

421.Conceito
422.A Proteção Legal e demais Disposições Comuns às Invenções e aos Modelos de Utilidade
423.Processo para a Obtenção da Patente

III – *Desenhos industriais*

424.Conceito, Requisitos e Registro dos Desenhos Industriais
425.Desenhos Industriais não Registrável
426.Procedimento para Concessão do Registro, Vigência, Extinção e Nulidade

IV – *Marcas de indústria, de comércio e de serviços*

427.Histórico
428.Conceito
429.Classi cação
430.Proteção Legal
431.Marcas não Registráveis
432.Marcas de Alto Renome e Marcas Notoriamente Conhecidas
433.Concessão, Vigência, Extinção, Caducidade e Nulidade do Registro
434.Cessão e Licença de Uso
435.Indicações Geográ cas

e) Propriedade imaterial

436.Aviamento e Freguesia

II

Elementos Corpóreos

437.Divisão dos Elementos Corpóreos

I – *Móveis*

438.Mercadorias
439.Mercadorias, Gêneros, Fazendas e Efeitos
440.Acessórios do Estabelecimento Empresarial

II – *Imóveis*

441.A Incorporação dos Imóveis ao Fundo de Comércio
442.Imóveis Pertencentes ao Empresário Individual

XXX

Concorrência Desleal

443.Da Concorrência nas Relações Comerciais

XXXI

Direitos do Consumidor e Concorrência

444.Princípios Gerais e In uência no Direito Empresarial
445.Consumidor e a Concorrência Empresarial

Capítulo Décimo
PRESERVAÇÃO E RECUPERAÇÃO DE EMPRESA

XXXII
Crise da Empresa

446.A Empresa e sua Preservação
447.Diagnóstico da Crise e Recuperação
448.Recuperação e seu Procedimento
449.Responsabilidade Tributária e Trabalhista
450.O Estado Falimentar

Capítulo Décimo Primeiro
SERVIÇO PÚBLICO – CONCORRÊNCIA E CONSUMIDOR

XXXIII
Roupagem do Serviço Público

451.Formatação do Serviço Público
452.Prestação do Serviço Público
453.Direito Concorrencial
454.Tutela do Consumidor
455.Enfoque consumerista

Capítulo Décimo Segundo
A RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL

XXXIV
A Atividade Empresarial e sua Responsabilidade

456.A Responsabilidade do Empresário
457.Tipos e Formas da Responsabilidade Empresarial
458.Limites e Extensão da Responsabilidade
459.A Responsabilidade Objetiva e a Posição dos Sócios
460.A Constrição Judicial e sua Finalidade

Capítulo Décimo Terceiro
A ATIVIDADE EMPRESÁRIA INDIVIDUAL

XXXV
O Microempresário e a Empresa Individual

461.O microempresário individual e o aspecto tributário
462.A regulamentação do microempresário na economia não informal
463.Conceito de empresa individual
464.Pressupostos da empresa individual e sua importância

465.Relevância do empreendedorismo e o cenário societário

Capítulo Décimo Quarto
CONTROLE DA CONCORRÊNCIA E O PAPEL DO CADE

XXXVI
O Novo Direito da Concorrência Empresarial

466.O direito concorrencial na economia global
467.O capital estrangeiro e a preservação do mercado
468. A multidisciplina da Lei nº 12.529/2011
469.Aspectos jurídicos da análise concorrencial preventiva
470.Os re exos da concorrência na tutela do consumidor

XXXVII
O Comércio Eletrônico

471.A importância do comércio eletrônico na economia globalizada
472.A repercussão do comércio eletrônico
473.Características do Decreto 7.962/2013
474.O Projeto do Novo Código Comercial
475.O comércio internacional eletrônico e os aspectos concorrenciais

XXXVIII
A Lei Anticorrupção Empresarial

476.A inovação legal e sua importância
477.As responsabilidades administrativa e civil
478.De nição dos atos de corrupção
479.Acordo de leniência
480.A prescrição do ilícito e o cadastro

XXXIX
Títulos de Crédito Eletrônicos

481.Princípios gerais dos títulos de crédito
482.Duplicata, cheque e nota promissória
483.Teoria da inoponibilidade das exceções
484.O Código Civil e a disciplina legal
485.Títulos eletrônicos

XL
Os Contratos Empresariais

486.Princípios gerais contratuais
487.As modalidades dos negócios contratuais
488.Contratos de franquia, arrendamento mercantil e parcerias
489.*Shopping centers* e *outlets*

490.Integração e interpretação dos contratos empresariais

XLI

Repercussão do Novo CPC no Direito Empresarial

491.Relação de consumo e foro de eleição
492.As citações eletrônicas das empresas
493.Incidente de desconsideração da personalidade jurídica
494. Dissolução parcial de sociedades
495.Responsabilidade empresarial e as modalidades de penhora

XLII

A Nova Lei de Arbitragem – Lei nº 13.129/15

496.Autocomposição e arbitragem
497.Soberania do Judiciário e a arbitragem
498.Poderes do árbitro e matéria de direito patrimonial indisponível
499.Sentenças parciais e complementação pelo Judiciário
500.Causas de nulidade da arbitragem

XLIII

O Moderno Direito Societário

501.Regras de governança corporativa
502.*Compliance* e suas diretrizes
503.A Lei de Sociedades Anônimas
504.A desconsideração direta e inversa da personalidade jurídica
505.Controle e scalização societários

XLIV

A Disciplina das Empresas Estatais e Economia Mista

506.A Lei nº 13.303/2016
507.A sistemática da responsabilidade do controlador
508.A nomeação da diretoria e do conselho de administração
509.A suspensão do exercício da gestão e a indisponibilidade de bens
510.Fiscalização, transparência e governança corporativa estatal

ANEXOS

Enunciados da 1.ª Jornada de Direito Comercial

Enunciados da 2.ª Jornada de Direito Comercial

Enunciados da 3.ª Jornada de Direito Civil

Enunciados da 4.ª Jornada de Direito Civil

Enunciados da 5.ª Jornada de Direito Civil

Capítulo Primeiro

NOÇÕES GERAIS

I

O COMÉRCIO E O DIREITO REGULADOR DAS ATIVIDADES COMERCIAIS

1. O Comércio como Atividade Empresarial – No início da civilização, os grupos sociais procuravam bastar-se a si mesmos, produzindo material de que tinham necessidade ou se utilizando daquilo que poderiam obter facilmente da natureza para a sua sobrevivência – alimentos, armas rudimentares, utensílios. O natural crescimento das populações, com o passar dos tempos, logo mostrou a impossibilidade desse sistema, viável apenas nos pequenos aglomerados humanos. Passou-se, então, à *troca* dos bens desnecessários, excedentes ou supér uos para certos grupos, mas necessários a outros, pelos que esses possuíam e de que não precisavam mas que eram úteis aos primeiros. Inegavelmente, a *troca* melhorou bastante a situação de vida de vários agrupamentos humanos. Esses mais facilmente poderiam adquirir bens de que careciam, *trocando-os* pelos que não lhes eram mais úteis.

Ainda assim, surgiram di culdades. Nem sempre o que era desnecessário a um grupo se mostrava útil a outro que, entretanto, podia dispor de bens indispensáveis aos primeiros. As trocas, desse modo, de *bens* por *bens*, não se realizavam por falta de equivalência de utilidade para as partes interessadas. Chegou-se, desse modo, à contingência de ser criada uma mercadoria capaz de ser permutada por qualquer outra e não apenas, como acontecia na *troca*, por um bem determinado. Essa mercadoria, que possibilitava a permuta por qualquer outra, servindo, assim, de padrão para as trocas, foi a *moeda* – inicialmente um bem qualquer (conchas, gado, certos metais raros), depois uma mercadoria determinada, com valor intrínseco, mercadoria essa que, com a evolução dos tempos, foi sucessivamente substituída por outras de maior valia (cobre, prata, ouro), até se chegar, nos dias atuais, a pensar-se em substituí-la por um valor não intrínseco mas ctício, dependendo de certos fatores de garantia do Estado emissor. Essa garantia pode ter por fundamento a riqueza potencial do Estado emissor e não a existência, em espécie, de certa quantidade de metais, em depósito, equivalente ao valor atribuído às moedas emitidas.

O lastro ouro em nações desenvolvidas se revela por demais essencial, ao passo que outras se mostram adstritas à rolagem de dívidas, e impelidas às emissões internas, para o custeio da máquina e das despesas do Estado.

De qualquer forma, o importante é se saber, para os nossos estudos, que o aparecimento da *moeda* deu lugar ao surgimento de uma atividade especí ca, inicialmente praticada por um número reduzido de pessoas e depois grandemente desenvolvida. Essa atividade consistia no fato de adquirirem tais pessoas quantidade de mercadorias, de diversa qualidade, que poderiam ser utilizadas pelos vários grupos sociais, a m de serem trocadas essas mercadorias por *moedas* com as pessoas que delas necessitavam. Essa operação, que se denomina *venda* para aquele que dispõe do estoque de mercadorias e *compra* pelos que delas necessitam e as trocam por moedas ou dinheiro (hoje se entende por venda apenas a troca de mercadoria por dinheiro, sendo a *permuta* de uma mercadoria por outra chamada simplesmente de *troca*), facilitou grandemente, como é óbvio, a circulação das riquezas. E à atividade consistente em pôr em circulação as mercadorias, adotando esse mecanismo, se deu o nome de *comércio*, tendo como guras centrais as pessoas que servem de intermediárias entre os produtores e consumidores, isto é, pessoas que adquirem dos produtores aquilo que eles possuem e colocam esses bens à disposição dos consumidores, *trocando-os* sempre por *dinheiro*. Mais tarde, essas atividades se estenderam até a prestação de serviços, sendo por esses cobradas importâncias superiores às realmente gastas.

A tais pessoas, que servem de prestadoras de serviços ou de intermediárias entre produtores e consumidores, do ato de intermediação procurando auferir lucros, já que as mercadorias são adquiridas por um preço menor e vendidas por um maior, se deu e ainda se dá o nome de *comerciantes* ou *mercadores*. Praticando uma atividade especial, prestando serviços ou comprando para revender com lucro, com o ocorrer dos tempos os comerciantes passaram a constituir uma classe poderosa, diferente das demais pela natureza especí ca de sua atividade.

Logicamente, o comércio das acanhadas cidades medievais ganha corpo e seu desenvolvimento atravessa os mares, granjeando expansão continental e uma força particularmente forte por causa da organização interna representativa dos interesses da categoria.

Essa atividade especial consiste principalmente no fato de servirem os comerciantes de *intermediários* entre os produtores e os consumidores. Como corriam riscos de adquirir mercadorias e não encontrar quem as quisesse comprar, ou quando as mercadorias se deterioravam ou, por qualquer motivo, perdiam o seu valor, total ou parcial, os comerciantes necessitavam de uma margem de *lucros* para fazer face a esses riscos. Tal margem de lucros resulta da diferença entre o preço da aquisição e o preço da revenda. Com essa diferença os comerciantes não apenas se remuneravam como remuneravam os que trabalhavam para eles, o emprego do capital, a conservação em estoque das mercadorias adquiridas e outros encargos que as oneravam. Por tal razão, justi ca-se a diferença entre o preço da compra originária e os preços da venda, sempre desiguais, para poder compensar o comerciante. Daí concluir-se que a atividade comercial é sempre *especulativa*, isto é, o comerciante sempre visa a vender *por mais* o que adquiriu por menos, muito embora, às vezes, em face de circunstâncias especiais, não obtenha *lucros* e sim sofra *prejuízos* (venda *por menos* do que o preço de aquisição e encargos que oneram as mercadorias).

Essa operação de lucro muito crescente nos tempos do surgimento gradual de linhas setoriais se reveste da capacidade geral entre a oferta e procura, mas a respectiva mola mestra encerra nalidade própria com a revolução industrial, e seu sistema agregador das grandes companhias (sociedades anônimas).

Mas é lógico que o Estado – como poder público que tem por nalidade precípua manter o equilíbrio social – não podia car indiferente ao exercício dessas atividades, sobretudo porque nelas seria bastante fácil a prática de atos prejudiciais aos interesses das comunidades, como, por exemplo, uma margem exorbitante de lucros, que redundaria no empobrecimento dos que necessitassem das mercadorias. Por outro lado, vivendo o Estado das contribuições dos indivíduos, por importâncias pagas pelas atividades por esses desenvolvidas – através dos tributos, impostos e taxas que devem ser recolhidos aos cofres públicos –, tornou-se necessária a intervenção do mesmo nas atividades comerciais. Inicialmente, essa interferência visava quase que unicamente a receber impostos dos comerciantes; afora isso os próprios comerciantes estabelecendo as regras que deveriam regular a sua pro ssão. Com o correr dos tempos, a interferência estatal se fez sentir com maior intensidade, não apenas regulando as atividades comerciais, como também estabelecendo normas limitativas ou mesmo impeditivas dessas atividades. De tal modo cresceu a in uência estatal que, nos dias atuais, o exercício regular do comércio depende quase que inteiramente da vontade do Estado, que orienta e limita as atividades mercantis de forma soberana. Essa manifestação da vontade estatal se faz através de leis, decretos, regulamentos, normas especiais que levam a uma scalização rigorosa dos atos considerados comerciais, inclusive daqueles que têm essa característica em virtude de sua categorização como tais por força de lei e, assim sendo, são considerados mercantis, qualquer que seja a pessoa que os pratique e não, como seria de se esperar, quando praticados apenas pelos comerciantes, qualquer que seja a pessoa que os coloque em prática ou não, como acontecia, quando realizados exclusivamente pelos comerciantes.

Ao conjunto das normas que regulam os atos considerados comerciais e as atividades dos comerciantes, como pessoas que exercitam em caráter pro ssional tais atos, é que se dá o nome de *Direito Comercial*. Naturalmente, o Direito Comercial não resulta apenas de leis ou outros atos dos poderes públicos tendentes a regulamentar ou limitar as atividades mercantis. Ele abrange também certos *usos e costumes* praticados pelos comerciantes, que ainda não foram regulados pelo poder público. Compreende, até, atos que são praticados por pessoas *não comerciantes* ou atos

que são da esfera do Direito Comum, mas que caem no âmbito do Direito Comercial por serem praticados *em benefício* ou *em função* da atividade mercantil.

O dinamismo deste ramo da atividade comercial apresenta características ligadas à sua onerosidade, posição cosmopolita, menor informalismo possível, com a interdisciplina invasiva espalhada pelos demais segmentos vez que projeta conotação coletiva e pública na sedimentação do negócio empresarial.

2. Desenvolvimento do Comércio e do Direito Regulador das Atividades Comerciais – Ao estudar-se o desenvolvimento do Direito Comercial não se pode isolá-lo da evolução do comércio. Surgindo para regular relações entre comerciantes, só mais tarde tendo um âmbito maior, de modo a sobrepujar-se ao comércio, para abranger mesmo relações jurídicas de caráter civil, nos primeiros tempos o Direito Comercial foi como que uma decorrência das transações econômicas de indivíduos que tinham por pro ssão fazer circular as mercadorias. Daí a necessidade de recorrer à história do comércio para conhecer-se a evolução do Direito Comercial.

3. Comércio e Direito Comercial nos Tempos Antigos – Não se pode, com segurança, dizer que houve um *Direito Comercial* na mais remota antiguidade. Os fenícios, que são considerados um povo que praticou o comércio em larga escala, não possuíam regras especiais aplicáveis às relações comerciais. Na Grécia começam a aparecer alguns contratos, que mais tarde são aceitos no Direito Comercial, como o câmbio marítimo, de que há referência nos discursos de Demóstenes, variando a taxa de 21% a 30%, em caso de feliz arribada dos navios.[1] Um antecedente dos banqueiros surge com os *trapezistas* (*trapezitai*), pessoas que se encarregavam de receber depósito de particulares. Mais tarde, essa função é transferida para os templos, sabendo-se, inclusive, que o templo de Delos, em certa época, fazia empréstimos a particulares e às próprias cidades. Conquistada Alexandria, o sistema rudimentar de bancos se espalha pelo Egito.[2]

Foi, porém, o comércio marítimo o que mais se desenvolveu nessa época. As cidades situadas à margem do oceano oresciam e uma série de usos e costumes passou a regular as transações dos comerciantes. A ilha de Rodes possuía vários desses usos, chamados *leis ródias*, que mais tarde, por disposição de Caracala, foram aplicadas a todo o território romano.

Esses usos e costumes do tráfego marítimo constituíam leis particulares de cada cidade. Para maior facilidade do comércio marítimo faziam as cidades entre si convênios e tratados sobre a aceitação de determinados usos como normas a serem seguidas nas suas transações. Quando, por acaso, algum desses tratados não era obedecido pelas cidades que o haviam aceitado, tinham as outras o direito de represália, tomando medidas contra os mercadores. Nota-se, também, nessa longínqua fase da História, que, se bem não existissem ainda, em quantidade, normas regulando as operações comerciais, as poucas em vigor, oriundas dos usos e costumes da navegação marítima, tomavam já o sentido *internacional*, não só marítimo como igualmente terrestre.

4. Período Romano – Apesar de guerreiros por excelência, os romanos conheceram o comércio. A sua prática, contudo, não era exercitada diretamente pelos nascidos em Roma e sim por intermédio dos escravos. Os estrangeiros que mercadejavam em Roma eram regidos pelo *jus gentium*, com normas diversas do *jus civile*, e as suas questões resolvidas pelo *pretor peregrinus*. Não existiam, no Direito Romano, regras especiais para regular as relações comerciais: as poucas existentes se encontravam incorporadas ao *jus civile*, tais como o *actio institoria*, que podia ser movida contra o proprietário de um estabelecimento público pelos atos de um incapaz que dirigia dito estabelecimento.

Contudo, o comércio de moedas era praticado, em larga escala, pelos *argentarii* e pelos *nummularii*, banqueiros e cambistas, devendo aqueles possuir livros especiais para a escrituração das suas operações. Também o comércio marítimo estava bem desenvolvido, não sendo, porém, aceito pela aristocracia terrestre, que julgava o seu exercício indigno de um cidadão romano.[3]

Esse ponto de vista foi amparado pelo Direito que, condenando a usura, concorria para que os cidadãos de Roma não se dedicassem ao comércio, pro ssão em que o intuito de lucro é essencial.

Contudo, as regras relativas aos *contratos* e às *obrigações* do Direito Romano, direito de natureza *civil*, serviram de base aos contratos e obrigações *comerciais*, quando o Direito Mercantil começou a tomar forma, na Idade Média. Ainda hoje essa parte do Direito Comercial se rege pelas normas do Direito Civil, com pequenas restrições. E sendo o Direito Romano a fonte dos contratos e das obrigações do Direito Civil moderno, compreende-se por que, na Idade Média, ao procurar-se regular os contratos e as obrigações comerciais, se recorreu ao Direito Civil, que então como hoje era o Direito *comum* ou *geral*, ao qual deveriam sujeitar-se todas as pessoas.

Deve-se, igualmente, assinalar que algumas normas e institutos do Direito Comercial tiveram sua origem em procedimento do Direito Romano. Assim, o desapontamento dos bens do comerciante falido foi modelado na *cessio bonorum* dos romanos, procedimento segundo o qual o devedor insolvente era desapossado de todos os seus bens pelo Estado, que os vendia em hasta pública. No Direito Marítimo o Imperador Caracala fez com que fosse aplicada em todo o Império a lei *Rhodia de Jactu*, pela qual poderia o capitão do navio alijar a mercadoria ao mar, quando constituísse perigo para a embarcação. Esses fatos, porém, não são su cientes para que se a rme que em Roma existiu um Direito especial, diverso do Direito comum dos cidadãos, a regular as transações comerciais.

5. Idade Média – O *Direito Comercial* como um conjunto de normas jurídicas especiais, diversas do Direito Civil, para regular as atividades pro ssionais dos comerciantes, tem a sua origem na Idade Média. Desenvolvendo-se o comércio marítimo no Mediterrâneo, as cidades que cavam situadas à beira-mar torna-ram-se centros comerciais importantes e poderosos. Os ricos proprietários feudais abandonavam suas terras, transferindo-se para as cidades, e os servos passaram à condição de meeiros, entregando aos antigos senhores a metade da produção dos campos. Navios cortavam os mares, transportando gêneros em abundância e trazendo de terras distantes produtos exóticos ou manufaturados. As Cruzadas facilitaram o intercâmbio comercial, com o deslocamento de populações através de terras desconhecidas. E mesmo em terra, à margem das grandes estradas que levavam a países estranhos, formaram-se núcleos comerciais poderosos, como Lyon, situada à ilharga da grande estrada que ia do Reno ao Mediterrâneo.

Apesar das proibições canônicas, que condenavam a agiotagem, os ricos senhores se associavam a comandantes de navios, fornecendo-lhes dinheiro para negociações, dando lugar ao contrato de *comenda*, largamente usado e pelo qual o fornecedor do dinheiro arriscava na empresa apenas a importância entregue ao capitão, fazendo este as transações em seu nome e dividindo os lucros, terminada a expedição. Mais tarde, a *comenda* passou a ser feita também em negociações terrestres. Cada porto marítimo, porém, constituía um forte núcleo comercial. E cada um possuía os seus usos especiais, que eram seguidos por todos aqueles que se dedicavam ao comércio.

6. Mercados e Feiras – Formaram-se, então, mercados e feiras, centros em que eram realizados grandes negócios. Os *mercados* eram locais, situados nas cidades, a que compareciam os agricultores com os seus produtos, vendendo-os e adquirindo bens ou produção citadina. Mais tarde, criou-se o costume de os comerciantes de várias regiões, muitas vezes bem distantes, se reunirem em dias certos, em determinadas cidades, para fazerem as trocas dos seus produtos. Essas reuniões, que se denominavam *feiras*, em geral eram realizadas de três em três meses e duravam vários dias. O Estado, que usufruía impostos nas *feiras*, estimulava-as e criava normas especiais de garantia para os que a elas acorressem. Eram as feiras o centro do comércio terrestre, para lá dirigindo-se mercadores de lugares longínquos.

7. As Corporações. Estruturação do Direito Comercial – Tal incremento tomou o comércio na Idade Média que os que o praticavam se reuniram em *corporações*, criando suas próprias leis e tendo jurisdição particular. Elegiam um juiz, que dirimia as contendas, o *cônsul*, e este se guiava pelos usos e costumes adotados pelos comerciantes. As várias normas a serem aplicadas pelos cônsules eram escritas nos Estatutos das cidades. Tinham essas normas

caráter *internacional*, passando as regras comerciais a regular as transações de todos quantos compareciam às feiras. Podiam os cônsules não só resolver as questões que lhes fossem apresentadas como, inclusive, punir os culpados.

8. Primeiros Institutos do Direito Comercial – Vários institutos do Direito Comercial tiveram sua origem ou maior desenvolvimento nessa época. Os bancos se tornaram poderosos e um conjunto de normas especiais passou a regular as atividades dos banqueiros. A *letra de câmbio*, antes um simples documento que provava o depósito, por parte das pessoas, de uma certa importância em mãos dos banqueiros, passou a ter característica diversa, servindo de *ordem de pagamento* a terceiros. Pelo fato de se realizarem as feiras, em regra, trimestralmente, e como nelas as aquisições deveriam ser feitas em moeda, estabeleceu-se o costume de serem sacadas ou emitidas as letras de câmbio pelo prazo de três meses, costume ainda hoje existente na França.[4] O processo da falência se estruturou melhor e começaram a aparecer as primeiras sociedades mercantis.

Por outro lado, no comércio marítimo surgiram também inovações. Sendo o contrato de *câmbio marítimo*, ou dinheiro fornecido por uma pessoa para custear uma expedição marítima mediante um juro elevado – às vezes mais de 30% – em caso de êxito do empreendimento, taxado pelo Direito Canônico como usura, e por isso condenado, foi transformado no *seguro marítimo*, com uma simulação de venda de mercadorias com a condição de chegarem as mesmas a bom termo. Com isso eram obtidos os mesmos resultados do câmbio marítimo, revestindo-se, porém, o contrato de empréstimo do caráter de *venda condicional* e, desse modo, fugindo os participantes da operação às condenações do Direito Canônico.

9. As Codi cações – Apareceram, então, as primeiras codi cações do Direito Comercial. As cidades em que o comércio estava bem desenvolvido copilaram os costumes mercantis nos seus *Estatutos*. Algumas cidades marítimas mais importantes zeram, mesmo, codi cações especiais, como Amál , que na *Tabla Amal tana*, concluída no século XII, reuniu várias normas referentes ao Direito Marítimo; Pisa, que teve vários *Estatutos*, e mais tarde os englobou em um só corpo de normas, denominado *Breve Consulum Maris*; Veneza, que possuía o *Capitulares Nauticum*, também contendo regras aplicáveis àqueles que se dedicavam ao comércio por mar. Em Barcelona surgiu o *Consulado do Mar*, importante Código de Direito Marítimo, com 334 artigos, nos quais eram tratados muitos assuntos importantes, tais como a propriedade dos navios, a carga e descarga de mercadorias, o contrato de fretamento e as avarias. Na França apareceram as *Rôles de Oléron* e nos países nórdicos as *leis de Wisby*. O Direito Marítimo foi, sem dúvida, o mais regulado, dada a relevância que tinha, na época, o comércio marítimo, suplantando o terrestre, em geral regido pelos *Estatutos* das cidades. Era o Direito Marítimo de cunho eminentemente internacional, como prova o fato de ter sido o *Consulado do Mar* aplicado a todo o continente.

Já em pleno século XVI aparece, na França, um Código Marítimo de grande importância, o *Guidon de la Mer*, contendo 20 capítulos e 169 artigos, quase todos, porém, dedicados principalmente ao seguro marítimo. Nas cidades do Norte da Europa, que formavam a *Hansa Teutônica*, surgiu o *Jus Hanseaticum Maritimum*, Código promulgado em 23 de maio de 1614, para regular as matérias concernentes à navegação, excetuados os seguros marítimos.

Na Idade Média surgiram ou tomaram corpo os principais contratos comerciais: transporte, comissão, sociedades, seguro marítimo.[5] E as primeiras regras escritas do Direito Mercantil aparecem nessa época. Separa-se o Direito Comercial do Civil, com o qual, segundo acontecia em Roma, vivia uni cado, passando aquele a ser constituído por um conjunto de normas aplicadas por uma magistratura especial (*cônsules*) à classe dos comerciantes. Essa jurisdição especial era reconhecida pelo Estado.

10. Ordenanças Francesas – Se tais regras eram aceitas pelo Estado, não tinham sido, contudo, por ele impostas. Existiam, é verdade, em alguns países, disposições esporádicas, votadas pelos soberanos, regulando matéria comercial; os primeiros corpos legais, porém, que apareceram traçando normas pormenorizadas sobre as atividades comerciais foram as Ordenanças baixadas por Luís XIV, sob a in uência de Colbert, seu Ministro das Finanças. A

primeira dessas Ordenanças, de março de 1673, dividida em 12 títulos e 122 artigos, se referia ao comércio terrestre, regulando as atividades dos "negociantes, mercadores, aprendizes, agentes de bancos e corretores, livros de comércio, sociedades, letra de câmbio, notas promissórias, prisão por dívidas, moratórias, caução de bens, falências, bancarrotas, jurisdição comercial".[6] Tem sido chamada de *Código Savary*, dada a contribuição de um comerciante desse nome para a sua feitura. Vigorou por mais de 100 anos e foi uma das principais fontes do Código de Comércio francês, promulgado por Napoleão em 1807.

A *Ordenança da Marinha*, baixada oito anos depois da do Comércio Terrestre, em 1681, regulava vários contratos do Direito Marítimo. Estava dividida em cinco livros e sua in uência foi bem menor do que a do Comércio Terrestre. Serviu, entretanto, de fundamento à parte do Direito Marítimo do Código napoleônico, regulando, entre outras coisas, a polícia dos portos.

11. Código Napoleônico de 1807. In uências e Disciplina – Foi, ainda, na França que apareceu o primeiro Código Comercial, promulgado por Napoleão em 15 de setembro de 1807, para entrar em vigor a partir de 1º de janeiro de 1808. Sua elaboração demorou seis anos, já que a comissão encarregada de organizar o projeto foi designada em 3 de abril de 1801. Foi instituído, primitivamente, um projeto, submetido à apreciação de vários tribunais, e, na base das observações por esses apresentadas, elaborado um segundo. Por determinação expressa de Napoleão, esse segundo projeto foi discutido pelo Conselho de Estado, durante oito meses (novembro de 1806 a agosto de 1807), e votado em cinco leis distintas. A lei de 15 de setembro de 1807 reuniu-as em um só Código.[7]

Apesar de não haver inovado muito em matéria de Direito Comercial, conservando quase tudo o que dispunham as Ordenanças de Comércio Terrestre, de 1673, e da Marinha, de 1681, não obstante o desenvolvimento comercial que se veri cava, dando lugar à criação de regras jurídicas para aplicação aos casos concretos, o Código de Comércio francês teve grande in uência nas legislações, principalmente nas dos povos latinos. Adotaram-no, entre outros, o reino de Nápoles, a Bélgica e São Domingos. In uenciados por ele, direta ou indiretamente, surgiram o Código do Haiti, de 1820, o espanhol, de 1829, o português, de 1833, o da Sardenha (Código Albertino), de 1842, o brasileiro, de 1850, o mexicano, de 1854, o italiano, de 1865. Orientação diversa seguiu o Código espanhol que foi adotado em vários países sul-americanos, tais como a Bolívia, em 1834, e o Paraguai, em 1844.

Tanto o Código francês como os demais que o seguiram foram constantemente modi cados, em vista das periódicas inovações surgidas no Direito Comercial. Essas leis posteriores muitas vezes não apenas alteraram disposições dos Códigos como revogaram inteiramente as mesmas, passando a regular a matéria de modo diverso.

12. Modi cações no Código Francês e suas in uências em nosso Código. Substituições dos Códigos Primitivos – O Código francês compunha-se, inicialmente, de 648 artigos, divididos em quatro livros, compreendendo o primeiro o comércio em geral, o segundo, o comércio marítimo, o terceiro, a falência e a bancarrota (título acrescido em 1838) e o quarto a jurisdição comercial. Constantemente alterado, restam, atualmente, em vigor, pouquíssimos artigos originais. Certas matérias, como a referente às sociedades comerciais, hoje constituem leis especiais (Código das Sociedades, Lei nº 66-537, de 24 de julho de 1966).[8]

Em vários países in uenciados pelo Código francês, os Códigos primitivos foram grandemente modi cados e alguns, mesmo, substituídos por outros, contendo normas mais atualizadas para a solução das questões comerciais. A Espanha substituiu o Código de 1829 pelo de 1885; em Portugal, o de 1833 foi substituído pelo de 1888. Na Itália, o Código de 1865 foi revogado, em 1882, por um outro, e este, em 1942, substituído pelo Código Civil. Em muitos outros países também os Códigos foram revogados ou alterados de tal modo que dos primitivos pouco resta.

No Brasil, o marco desta mudança sucedeu com o atual Código Civil, a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, centrando seu aspecto no Código italiano de 1942, e ao mesmo tempo revogando aquele de Clóvis Beviláqua de 1916, fortemente in uenciado pelo modelo francês.

No mundo moderno a codi cação passou a ser muito rara, não apenas pelo grau de di culdade que encerra, mas sobretudo, pelo trabalho enorme de avaliação do ordenamento jurídico; por tal caminho muitas nações se espelham em legislações concisas e objetivas, mormente por causa da globalização, efeito neoliberal, e a uni cação do sistema europeu, transformando enorme e substancialmente o modelo independente de autonomia legislativa, mas que não fere a soberania para regras peculiares e especí cas de cada país.

1Cf. Vicente Agusttn y Gella, *Curso de derecho mercanttl comparado*, Madrid, Agusttn Vicente y Gella, 1948, p. 53 e p. cits.

2Cf. Vicente Agusttn y Gella, ob. e p. cits.

3*Cidadão romano*: indivíduo nascido na cidade de Roma e que ttnha um direito próprio, o direito *romano* ou *civil*. Quem não era nascido em Roma era considerado *estrangeiro* e os seus direitos eram os comuns a qualquer pessoa, chamado *Direito das Gentes* (Direito Internacional). Os estrangeiros ttnham um juiz próprio, o *pretor peregrinus*. Os escravos eram regidos pelo *Direito das Gentes* (*Jus Genttum*), equiparando-se, assim, aos estrangeiros.

4Cf. George Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, nº 20.

5CF. Vicente Agusttn y Gella, ob. e vol., p. 67.

6Cf. Vicente Agusttn y Gella, ob. e loc. cits., p. 89. Dentre os estudos mais recentes sobre a Ordenança de 1673, v. a interessante pesquisa do Prof. André Vandenbossche – *Contributton à l'histoire des Sources du Droit Commercial – Un commentaire manuscrit de l'Ordonnance de mars 1673* – Ed. Cujas, Paris, 1976.

7Cf. Georges Ripert, ob. cit., nº 26.

8Sobre o assunto ver a importante obra do juiz Marcel Hamiaut, *La Réforme des Sociétés Commerciales* (Lei nº 66.537, du 24 Juillet 1966), 3 vols., Paris, Dalloz, 1966.

II

EMPRESA COMERCIAL

13. Comerciante e Empresa Comercial – Nas transformações havidas, no decurso dos séculos, nas atividades comerciais, requerendo um Direito próprio e sempre renovado para regulá-las, veri cou-se sensível modi cação na caracterização do agente propulsor dessas atividades, ou seja, o comerciante.

Inicialmente, um só indivíduo podia realizar os atos necessários para a circulação das mercadorias, servindo de intermediário entre o produtor e o consumidor. Desenvolvendo-se o trá co de mercadorias, tornou-se indispensável à existência de mais de uma pessoa para a realização das atividades intermediárias, nascendo daí as *sociedades empresárias* em que, segundo a concepção primitiva dos Códigos, várias pessoas "negociavam em comum" (Código Comercial, art. 315); só mais tarde foi reconhecida a personalidade jurídica das sociedades, mas, ainda hoje, em alguns países (Alemanha, Inglaterra), certos tipos de sociedades (em nome coletivo, em comandita) não possuem personalidade jurídica, sendo os seus sócios considerados comerciantes que se agregam apenas para reunir maiores capitais, repartir encargos e usufruir lucros, mas cada um se caracterizando como um comerciante, ou seja, respondendo com o seu patrimônio pelas obrigações assumidas.

Por outro lado, dado o crescimento dos negócios, os comerciantes individuais e as sociedades empresárias passaram a necessitar de uma organização em que se unissem capital e trabalho, para atender às demandas do comércio. Nasceu, aí, a *empresa comercial*, organismo formado por uma ou várias pessoas com a nalidade de exercitar atos de manufatura ou circulação de bens ou prestação de serviços. A empresa já era conhecida no campo econômico, consistindo na organização de capital e trabalho com a nalidade da produção ou circulação de bens ou prestação de serviços.

Apesar do reconhecimento geral da empresa comercial, tem sido difícil não só distingui-la da empresa econômica como, igualmente, dar uma conceituação jurídica da empresa. Se toda empresa comercial é econômica, nem toda empresa econômica é comercial, pois várias modalidades de empresas – notadamente as que se referem à exploração agrícola e as de bens imóveis – fogem ao campo da atividade comercial, já que a esse não interessa a produção de bens para o consumo próprio, mas a *circulação* desses bens. Vários critérios têm sido sugeridos para caracterizar a empresa comercial, e entre eles se destaca o do exercício pro ssional da atividade do empresário. Mas, como demonstraram vários autores,[9] existem empresários não comerciais que exercem também suas atividades em caráter pro ssional, como, por exemplo, as associações de pro ssionais liberais. Nesse setor, se bem que a ele também se possa opor objeções, o melhor critério para identi car a empresa comercial é o de considerar como tal aquela em que o empresário se dedica, em caráter pro ssional, a fazer com que os bens passem de uma pessoa para outra (circulação de bens), praticando essa atividade *com intuito de lucro*. A comercialidade reside, então, na circulação da mercadoria, já que se alguém produz ou recebe da natureza bens para o seu próprio consumo não está realizando comércio; o ato comercial começa quando alguém compra um bem produzido por outro ou quando alguém, pondo em circulação o bem que produz, vende-o a outrem por preço superior ao seu custo, o que atesta o *intuito de lucro*. Assim, se a atividade de produção de uma empresa industrial não é comercial, a venda dos bens produzidos pela mesma o é, desde que a produção seja feita realmente com a nalidade de serem os bens vendidos. Do mesmo modo, deve ser considerada comercial (o que não é geralmente reconhecido no Direito Positivo) a venda feita pelo lavrador dos produtos de suas colheitas; se o plantio e a colheita, em si, não são comerciais, a *venda* dos produtos deve ser admitida como tal, e, nesse caso, as relações decorrentes dessa venda devem ser consideradas mercantis.

Por outro lado, como acentuamos, perdura o problema da natureza jurídica da empresa comercial. Indiscutivelmente, na situação atual, a empresa é um organismo utilizado para o exercício da atividade mercantil, subordinado ou dirigido por uma pessoa física ou jurídica, que tem o nome de *empresário*. Será, assim, a empresa comercial *objeto de direito*, se bem que autores, como Michel Despax,[10] queiram classi cá-la como *sujeito*, caso em

que caberia à empresa, e não ao seu chefe, o empresário, assumir obrigações e exercer direitos. Mas o fato é que, no momento presente, a empresa comercial, de que participam os empresários, se bem que absorva em grande parte algumas das qualidades próprias dos comerciantes, é, ainda, subordinada aos empresários, deles recebendo orientação, sem a autonomia patrimonial que um sujeito de direito deve ter.

Em última análise, conclui-se que, nos tempos atuais, o exercício das atividades comerciais é realizado através das empresas, cando essas, no entanto, subordinadas ao empresário comercial (*chefe da empresa*, ou, na concepção clássica do Direito, *comerciante*) que delas faz parte. O empresário pode ser uma pessoa física (*empresário individual*, corresponde *ao comerciante individual* do Direito tradicional) ou uma pessoa jurídica (*sociedade comercial*).

14. Direito Comercial e Direito das Empresas – Nessa nova concepção relacionada com o exercício das atividades comerciais, existem, naturalmente, regras jurídicas. Essas regras jurídicas, que constituem o fundamento do Direito Comercial, por alguns são consideradas como um Direito novo, chamado *Direito das Empresas*. Na realidade, não se trata de um Direito novo, mas de *novas formas* empregadas pelo Direito Comercial, para melhor amparar o desenvolvimento do comércio. Consistindo a empresa em um organismo subordinado ao empresário, apesar de este dela fazer parte, como objeto de direito não poderá ter regras próprias a regulá-la independentemente. O chamado Direito das Empresas, quando se refere às empresas comerciais, é o mesmo Direito Comercial; se, entretanto, uma regra jurídica se referir a uma empresa não comercial, teremos uma regra a regular fatos simplesmente econômicos, mas não comerciais – daí o Direito agrário, o Direito industrial, o Direito imobiliário etc.

15. Direito Econômico, Direito dos Negócios, Direito Comercial – À primeira vista, é-se levado a considerar – e assim realmente o fazem alguns tratadistas[11] – como *Direito Econômico* toda regra jurídica aplicável a um fato de natureza econômica. Pode-se, efetivamente, admitir a expressão nesse sentido, que será o sentido lato da mesma. Mas a verdade é que a expressão *Direito Econômico* é comumente empregada em um sentido restrito, especí co, isto é, no sentido de abranger as relações jurídicas concernentes a fatos econômicos em que o Estado in ui decisivamente para essas relações, baixando normas imperativas que se juntam às normas do Direito Privado, regulando ambas o mesmo campo de atividades.

Efetivamente, nos últimos anos, principalmente um pouco antes e depois da II Guerra Mundial, veri cou-se forte ingerência do Estado nas relações contratuais que, pelo princípio clássico da autonomia da vontade, são de livre formulação pelas partes contratantes. Procurando dirigir a economia para a satisfação dos seus interesses políticos (a chamada *economia dirigida*), o Estado passou a ditar regras sobre atividades econômicas em geral, estivessem elas ou não no âmbito do Direito Comercial propriamente dito. A esse conjunto de regras jurídicas sobre fatos econômicos em que o Estado interfere imperativamente, limitando a vontade das partes (xação do preço das mercadorias, proibição de comercialização de certos produtos ou exploração exclusiva, pelo próprio Estado, de determinados ramos de atividades), é que se dá o nome de *Direito Econômico*, a que já se chegou a de nir como o *Direito da Economia Dirigida*.[12] Ultrapassa, bastante, o Direito Econômico o âmbito do Direito Regulador das Atividades Comerciais, compreendidas essas no sentido da circulação dos bens ou prestação de serviços, tudo em caráter pro ssional; na realidade, o Direito Econômico envolve o das atividades comerciais, regulando outros fatos que não dizem respeito a essas atividades, como, por exemplo, a limitação da produção ou venda de certos bens para o equilíbrio do mercado.

Os estudos iniciais sobre o Direito Econômico, nesse sentido especí co, foram realizados na primeira metade deste século, especialmente por autores alemães (Hedemann e Klausig), italianos (Mossa) e espanhóis (Garrigues e Polo). Como no Direito Econômico existem regras de Direito Público e de Direito Privado, o Direito Comercial é considerado como um ramo desse direito mais amplo, regulando especi camente a circulação das mercadorias e dos capitais. Ao seu lado, participando também do Direito Econômico, guram o Direito do Trabalho, o da propriedade industrial e o rural. O Direito Civil procura regular as atividades não econômicas.

Não satisfeitos com essa orientação, Hamel e Lagarde, partindo da observação de que o homem se utiliza de bens produzidos pela natureza e de bens que transforma e vende, consideram mercantis as operações relativas à circulação,

pela venda, dos bens, donde carem os imóveis e a agricultura fora do âmbito do Direito Comercial. Mas é inegável que, com o progresso a trazer novas modalidades da circulação dos bens (os imóveis, por exemplo, *circulam*, passando de propriedade através de vendas repetidas), o campo do Direito Comercial se ampliou bastante, indo além daquela simples circulação de mercadorias adquiridas para revenda. Vários atos ligados, a princípio, às atividades comerciais passaram a ser praticados mesmo por não comerciantes, conservando, contudo, a sua natureza mercantil, como é o caso dos títulos de crédito em geral.

Ao Direito regulador da circulação das mercadorias e dos atos que, direta ou indiretamente, se relacionam com essa circulação – até mesmo a circulação do crédito – Hamel e Lagarde chegaram a denominar de "Direito dos Negócios" (*Droit de Affaires)*. A denominação é, de certo modo, vaga e imprecisa, como já foi notado por um autor,[13] e os próprios Hamel e Lagarde não insistiram no seu emprego como substituta de Direito Comercial, pois na sua obra trataram dessa matéria com o seu nome tradicional. Mas a ideia teve seguidores e obras importantes foram escritas sobre esse novo direito, como a de René e Jean Savatier e Jean Leloup,[14] para quem o Direito dos negócios não se limita apenas ao Direito Comercial, mas "o ultrapassa", utilizando muitas outras disciplinas jurídicas.[15] Posteriormente, o Prof. François Goré, da Universidade de Economia e Ciências Sociais de Paris, lançou um livro sobre Direito Comercial justamente intitulado *Direito dos Negócios*.[16]

A loso a que ganha espaço na metodologia do Direito dos Negócios, por ser abrangente, tem sua especi cação dando conotação de relevo público, de simbolismo geral que perpassa a simples relação mercantil, ou empresarial, irradiando todos os efeitos, indistintamente para os diversos campos interdisciplinados das atividades.

De tudo se veri ca que, apesar das tentativas de ser dada nova denominação ao Direito Comercial, em vista das profundas transformações por que o mesmo tem passado, em face da ampliação das atividades mercantis, ainda conserva esse ramo do Direito o mesmo nome para caracterizar o *Direito regulador dos atos relativos às empresas comerciais ou, no sentido clássico, os atos reguladores das atividades dos comerciantes no exercício de sua pro ssão e os atos que a lei considera comerciais.*

Substituída a gura do comerciante individual pela chamada relação empresarial, há um encadeamento de atos que se desenvolvem mesclados com as características societárias, com o propósito de nido da lucratividade.

9Sobre o assunto ver a importante obra do juiz Marcel Hamiaut, *La Réforme des Sociétés Commerciales* (Lei nº 66.537, du 24 Juillet 1966), 3 vols., Dalloz, Paris, 1966.

10Michel Despax, *L'Entreprise et le Droit*, Paris, L.G.D.J., 1957, pp. 377 e segs.

11Hamel e Lagarde, *Traité de Droit Commercial,* Paris, Dalloz, vol. I, 1954, nº 6.

12Cf. Lorenzo Mossa, *Corso de Diritto della Economia*, cit. por Hamel e Lagarde, ob. cit., nº 6. Sobre o direito econômico na atualidade, v. José Wilson Nogueira de Queiroz, *Direito Econômico*, Forense, 1982.

13Michel Despax, *L'Entreprise et le Droit*, p. 45.

14René e Jean Savatter e Jean Leloup, *Droit des A aires*, 4ª ed., Paris, Sirey, 1974.

15Ob. cit., nº 3.

16François Goré, *Droit des A aires*, Paris, Ed. Montchrestten, 1973.

III

CONCEITO DE DIREITO COMERCIAL

16. De nições – Várias têm sido as de nições dadas pelos mestres ao Direito Comercial. Quase todas, porém, recebem críticas por parte dos comentadores, por não corresponderem integralmente à amplitude dessa matéria.

Assim, para Vivante,[17] o Direito Comercial "*é a parte do Direito Privado que tem principalmente por objeto regular as relações jurídicas que surgem do exercício do comércio".* A de nição do insigne mestre italiano tem sido criticada por não mencionar atos regulados pela lei comercial que podem ser praticados por pessoas *não comerciantes.* Exemplos desses atos são os relativos aos títulos de crédito, notadamente a *letra de câmbio* e a *nota promissória,* regidos sempre pela lei comercial, *sejam ou não comerciantes os que deles participam.*

Para Lyon-Caen *et* Renault,[18] *"o Direito Comercial propriamente dito tem por m regular relações entre particulares a que dá lugar o exercício do comércio".* A mesma objeção feita à de nição de Vivante é levantada a essa outra, por fazer depender o Direito Comercial do *exercício do comércio.* Inegavelmente, a ampliação do âmbito do Direito Comercial foi tal, através dos séculos, que ultrapassou ele o campo restrito do comércio para se projetar em outros setores da vida. O exemplo dos títulos cambiários, que são considerados comerciais mesmo que não se destinem ao exercício do comércio, serve, ainda, para demonstrar a limitação dessa de nição.

Cosack,[19] por sua vez, entende que *"o Direito Mercantil compreende todas as regras do Direito Privado que de modo especial se adaptam às necessidades ou exigências do trá co comercial",* esclarecendo que "o fato de que o Direito Mercantil se adapte de modo especial às exigências do trá co comercial não se segue que regule única e exclusivamente dito trá co; pode ocorrer que algumas de suas regras respondam também, mais ou menos, às exigências da vida civil". Alarga-se, assim, o campo do Direito Comercial mas, inegavelmente, não se chega, pela de-nição, a conhecer seus limites.

Rocco[20] de ne o Direito Comercial como *"o Direito do Comércio, ou seja, o complexo das normas jurídicas que regulam as relações derivadas da indústria comercial",* de nição que Bolaf o criticou por não ser indústria comercial um conceito jurídico. Para Mossa,[21] o Direito Mercantil *"é sempre o Direito da economia organizada"*, baseando, assim, a sua de nição no conceito econômico de empresa, o que merece reparos por não ser sempre a empresa econômica de caráter comercial, como, por exemplo, a empresa agrícola.

Ripert[22] de ne o Direito Comercial como *"a parte do Direito Privado que regula as operações jurídicas feitas pelos comerciantes, seja entre si, seja entre os seus clientes"*. Vendo a insu ciência desse conceito, o mestre francês esclarece que *"estas operações se ligam ao exercício do comércio e por isso são chamadas atos de comércio",* para logo alargar o âmbito do Direito Comercial ao declarar que "como um destes atos pode ser realizado acidentalmente por uma pessoa não comerciante, o Direito Comercial regula também os atos de comércio sem consideração à pessoa do seu autor". Desse conceito, mais extenso, do Direito Comercial, se conclui ser este o ramo do Direito Privado que regula as relações dos comerciantes com outros comerciantes, dos comerciantes com os não comerciantes ou simplesmente de não comerciantes com não comerciantes, sendo os atos praticados entre os últimos considerados mercantis por força da lei e, assim, regidos pela lei comercial.

Essa de nição, na verdade, dá uma noção mais exata do âmbito do Direito Comercial. Waldemar Ferreira sintetizou-a ao declarar ser o Direito Comercial *"o conjunto sistemático de normas jurídicas disciplinadoras do comerciante e seus auxiliares e do ato de comércio e das relações dele oriundas".*[23] No mesmo sentido é o conceito de Carvalho de Mendonça, ao esclarecer que *"o Direito Comercial é a disciplina jurídica reguladora dos atos de comércio e, ao mesmo tempo, dos direitos e das obrigações das pessoas que os exercem pro ssionalmente e dos seus auxiliares".*[24]

Conhecendo essas manifestações dos mestres sobre o que seja Direito Comercial, difícil será dar uma de nição que abranja toda a matéria regulada pela lei mercantil. Contudo, seguindo-se as noções emitidas por Ripert, Waldemar

Ferreira e Carvalho de Mendonça, pode-se conceituar o Direito Comercial como sendo o *conjunto de normas jurídicas que regulam os atos necessários às atividades dos comerciantes no exercício de sua pro ssão, bem como os atos pela lei considerados comerciais, mesmo praticados por não comerciantes.*

Atualizando esse conceito sem, contudo, lhe tirar a essência, poderíamos, também, considerar o Direito Comercial como o *conjunto de regras jurídicas que regulam as atividades das empresas e dos empresários comerciais, bem como os atos considerados comerciais, mesmo que esses atos não se relacionem com as atividades das empresas.*

17. Compreensão do Conceito de Direito Comercial – É inegável que os conceitos acima expostos exigem maiores esclarecimentos para que possam ser devidamente compreendidos. Inclui o primeiro a noção de comerciante e, portanto, necessário é que se esclareça que, no sentido clássico, comerciante é a pessoa, natural ou jurídica, que realiza, em caráter pro ssional, atos de intermediação, com intuito de *lucro.* Sendo o exercício do comércio uma pro ssão, imprescindível é que a pessoa que a exercita realize, em caráter permanente, uma série de atos, constituindo-se esse fato a característica pro ssional.

Referidos atos caracterizadores da pro ssão comercial são chamados *atos de comércio.* É pela sua prática repetida que uma pessoa se pro ssionaliza como comerciante. Inegavelmente não há limite xado para que se possa dizer que a pessoa exerce ou não a pro ssão comercial. Um só desses atos pode dar resultados tão compensadores à pessoa que o pratica que justi ca longa demora para a realização de outro. É o caso do joalheiro, citado por um autor,[25] que, vendendo uma só joia, obtém lucro tão satisfatório que pode esperar longos meses para a efetivação de outra venda.

Afora esses atos, executados pelo comerciante no exercício de sua pro ssão, outros existem que são considerados comerciais, sejam ou não comerciantes as pessoas que neles tomam parte. Em geral, é a lei que declara a comercialidade desses atos, e logo se vê que a sua existência depende da vontade do legislador. Assim, os atos de criação e circulação dos títulos cambiários, ou seja, a letra de câmbio e a nota promissória são, por lei, submetidos ao Direito Comercial. Qualquer pessoa que pratique um desses atos está praticando um ato de comércio, exerça ou não a pro ssão mercantil. E será sempre a lei comercial a competente para julgar qualquer caso referente ao mesmo, ainda que o ato tenha nalidade civil.

Só os atos praticados pelos comerciantes, relativos ao exercício de sua pro ssão, e os atos reputados pela lei como comerciais é que estão no âmbito do Direito Mercantil. Assim, o comerciante que adquire do produtor mercadoria para o seu uso particular – não para o seu comércio, isto é, para ser revendida, com intuito de lucro, como operação regular de sua pro ssão – não pratica ato de comércio e, por essa razão, não está sujeito à lei comercial. Foi por isso que dissemos ser o Direito Comercial o *conjunto de normas jurídicas que regulam os atos necessários às atividades dos comerciantes no exercício de sua pro ssão,* devendo ser excluídos de seu campo os atos realizados pelos comerciantes *que não sejam necessários ou relativos ao exercício de sua pro ssão.*

Cumpre notar que há determinados atos que, isoladamente, são reputados civis, mas, praticados pelo comerciante para atender às contingências do seu comércio, se tornam comerciais. É o que se veri ca, por exemplo, quando um comerciante adquire uma vitrina, não para revender, com intuito de lucro, como acontece em sua pro ssão, mas para aparelhar seu estabelecimento comercial. Esse ato se torna mercantil em virtude de estar ligado às atividades do comerciante, no exercício de sua pro ssão, e por isso é chamado *ato de comércio por conexão, por dependência* ou *acessório.*

Por outro lado, se quisermos adotar o conceito do Direito Comercial levando em conta a empresa mercantil, teremos que considerar essa como uma organização destinada a atividades de produção e circulação de bens e serviços, che ada ou dirigida por uma pessoa natural ou jurídica que tem o nome de *empresário*. O Direito Comercial será, assim, o conjunto de regras jurídicas que regulam as atividades pro ssionais dos empresários e das empresas comerciais, sendo os atos das últimas chamados de *atos de empresa*. Como, entretanto, existem certos atos que não

são, necessariamente, praticados pelos empresários ou pelas empresas comerciais – como a emissão de letras de câmbio, notas promissórias, cheques, duplicatas de serviço, endossos, avais, aceites etc. –, esses atos também cam subordinados à lei comercial, que é a lei que regula os institutos a que se referem os mesmos. A lei comercial se destaca da lei comum ou *civil* por adotar um regime diverso, em geral bene ciando os que praticam atos por ela amparados.

Verdade, contudo, que o atual Código Civil uni cou a obrigação e trouxe um papel homogêneo no campo comercial propriamente dito; neste ponto o legislador laborou com atenção descansando no propósito de fundir a autonomia, encerrando a prática dos atos tudo sob o espírito da gura moderna da empresa.

18. Teorias Relativas à Conceituação do Direito Comercial – Para um melhor entendimento das razões pelas quais o Direito Comercial tem sido conceituado de modos tão diversos, divergindo, muitas vezes, diametralmente, os pontos de vista dos autores, indispensável é enumerar algumas teorias relativas ao seu campo de ação. Relatando-as, facilmente se compreenderá as razões pelas quais o Direito Comercial se baseia, classicamente, não apenas na atividade do comerciante, mas na prática dos *atos de comércio.*

I – Teoria do Direito Comercial como Direito do Comerciante

Historicamente, o Direito Comercial nasceu para regular as atividades dos comerciantes. No desenvolvimento da vida econômica surgiram os comerciantes como uma classe especial de pessoas dedicadas a fazer circular as mercadorias. O homem, primitivamente, contentava-se com o que produzia. Mas, com o correr dos tempos, foram surgindo novas necessidades que não podiam ser satisfeitas pelos grupos sociais isolados: passou-se, então, à *troca* e, em seguida, com o aparecimento da moeda, à *compra* e *venda.* Assim, dispondo alguém de dinheiro, mer-cadoria-padrão, poderia adquirir o que desejasse, sem as di culdades existentes na troca em espécie, em que nem sempre havia acordo entre o de que uma pessoa poderia dispor e o de que uma outra necessitava.

Surgiram, desse modo, pessoas que se encarregaram de adquirir certa variedade de mercadorias para vendê-las aos que delas necessitassem, dessa operação auferindo lucro. Essas pessoas eram e são ainda chamadas *comerciantes* e, como tais, servem de intermediárias entre produtores e consumidores. Torna-se a prática dessas operações uma pro ssão para os que as realizam habitualmente. Pro ssão que se caracteriza, em primeiro lugar, pela *intermediação* entre o produtor e o consumidor; depois, pelo *intuito de lucro,* que sempre deve existir na compra para revenda; e, nalmente, no sentido de *permanência*, isto é, na prática repetida, constante, que é elemento essencial ao exercício de qualquer pro ssão.

Apresentou-se, desse modo, como operação principal do exercício da pro ssão mercantil a compra para revenda. Mas, apesar de *principal,* não era essa, desde os primórdios do comércio, a única realizada pelos comerciantes. Na verdade, destinando-se o comércio a fazer circular as mercadorias, o *transporte* era elemento integrante dessa operação, já que a mercadoria deveria ser removida de um lugar para outro.

Surgiu o Direito Comercial como o Direito de amparo ao comerciante. Mesmo com o maior desenvolvimento do comércio, passando o comerciante a praticar atos acessórios no exercício de sua pro ssão (depósito de mercadorias, penhor, mandato etc.), procurou o Direito Comercial compreender todos esses atos. Mas, intensi -cando-se as relações econômicas entre indivíduos e povos, foram surgindo institutos que, se bem que primitivamente ligados ao exercício do comércio, depois se libertaram do mesmo, tornando-se autônomos. Neste caso, por exemplo, estão os títulos cambiários: de início uma *letra de câmbio* (ordem, por escrito, que uma pessoa dá a outra, de pagar uma importância determinada) era um meio de *transportar* a mercadoria dinheiro de uma localidade para outra, já que a letra de câmbio se destinava a determinar pagamentos em praça diversa daquela em que era a letra emitida; mais tarde, começou a mudar de sentido, se bem que representasse ainda um contrato inicial entre as partes que guravam na letra, exigindo a sua emissão uma *provisão* em mãos da pessoa a quem era dada a ordem de pagamento, ou seja, o *sacado*. Hoje, para emitir uma letra de câmbio não é necessário que aquele a quem a ordem é dada se encontre em praça diferente da em

que a letra é emitida nem que o dador da ordem possua provisão ou fundos em mãos do indicado para pagar. A criação e emissão da letra de câmbio resulta apenas da *vontade unilateral* de quem dá a ordem, isto é, *do sacador,* nenhuma dependência tendo do comércio. No entanto, desde a sua origem, a letra de câmbio é comercial e regida pela lei mercantil.

Os comercialistas mais antigos, ou clássicos, viam no Direito Comercial apenas o Direito que regulava as atividades dos *comerciantes*. Essa orientação não se justi ca nos dias atuais porque ele abrange, como se viu, não apenas o direito dos comerciantes, mas alguma coisa mais. É verdade que o Direito do Comércio ca abrangido no âmbito do Direito Comercial, mas este compreende, igualmente, atos e operações que não são realizados exclusivamente pelos comerciantes, podendo ser praticados por pessoas não comerciantes e com nalidade não comercial.

Não é mais aceitável, desse modo, a teoria que vê no Direito Comercial apenas o conjunto de normas reguladoras das atividades dos comerciantes.

A noção de um direito que somente se relacione com os comerciantes discrepa da tônica que segmenta amplamente a uni cação das obrigações civis e comerciais, donde se mostra nada consentâneo com a técnica moderna empresarial.

II – Teoria do Direito Comercial como Direito dos Atos de Comércio

Até a Revolução Francesa os comerciantes constituíam uma classe poderosa, que tinha privilégios especiais em virtude de a ela serem aplicadas regras jurídicas que não se estendiam à coletividade. Mas o espírito da Revolução era o da abolição de privilégios, tanto que o seu lema era o de "liberdade, *igualdade* e fraternidade". Assim, vitoriosa a Revolução, foram extintos os privilégios de classe. E como resultado dessa loso a, ao ser votado o Código de Comércio, promulgado em 1807 para entrar em vigor em 1808, depois de declarar, no art. 1º, que *"são comerciantes os que exercem atos de comércio e deles fazem pro ssão habitual"*, passou a enumerar, no art. 632, os atos que, por natureza, caracterizavam a pro ssão comercial, e no artigo 633 os que eram considerados comerciais *ainda que aqueles que os praticassem não o zessem pro ssionalmente,* isto é, ainda que os que os praticassem não fossem comerciantes.

Passou, desse modo, o Direito Comercial a ser aplicável aos *atos de comércio*, e a essa orientação se dá o nome de Direito Comercial *objetivo.* Mas a verdade é que, se a caracterização do comerciante cou a depender da prática habitual de certos atos de comércio, nem todas as pessoas que praticam atos de comércio são consideradas comerciantes. Isso em virtude de serem reputadas comerciais, por disposição legal, certas espécies de atos que amparam seus agentes com a lei comercial, ainda mesmo que essas pessoas não sejam consideradas comerciantes. Dada a inexistência de um critério exato ou cientí co para se dizer que tal ou tal ato é comercial, difícil é admitir-se cienti camente o Direito Comercial como o direito que ampara os atos de comércio, pois não se tem uma limitação dos atos que podem ser caracterizados como comerciais.

O critério, assim, para conceituar-se o Direito Comercial como o que ampara os *atos de comércio* não pode ser aceito, porque os atos de comércio carecem de uma caracterização cientí ca.

Consabidamente, portanto, o foco simplesmente no ato de comércio, com a tradição e sua passagem à uma etapa mais dimensionada do contexto, revela na sua plasticidade um elenco de projeção que se desenvolve por causa da existência macro da realidade empresa, a consubstanciar, a partir do surgimento do capitalismo, uma dessintonia completa com o encadeamento dos fatos e o per l contemporâneo da exploração do negócio empresarial.

III – Teoria do Direito Comercial como Direito das Empresas

Modernamente, toma vulto a corrente que considera o Direito Mercantil como o direito que regula as atividades das empresas.[26] Parte essa teoria do princípio de que a ideia do Direito Comercial como direito dos comerciantes foi

superada, pelo crescimento do seu campo de ação, não se podendo, também, basear o Direito Mercantil no ato de comércio isolado. Caracteriza a pro ssão comercial, segundo essa orientação, a repetição de atos ou a prática de atos *em massa*; e para a prática desses atos necessário é que exista "uma organização adequada, e esta organização se chama empresa".[27]

Expõe um autor o fundamento da teoria: "O comércio é uma organização. O trá co mercantil nunca se realiza na prática mediante uma só operação isolada. O que caracteriza esta classe de atividades é precisamente isto: o ser um *trá co* uma série de atos realizados sucessivamente. Um conjunto de atos que adquirem sua relevante utilidade econômica, que podem exigir uma disciplina jurídica especial, pelo fato de veri carem-se uns com relação aos outros, formando todos eles uma cadeia, e em termos tais que não interessaria ao sujeito levar a cabo isoladamente algum ou alguns deles. O Direito Mercantil é, assim, para Wieland, o direito das empresas organizadas; para Hock, o que regula os negócios em massa".[28]

Várias críticas, contudo, são feitas a essa doutrina. Em primeiro lugar, tomou-se por base da mesma a empresa em sentido econômico – "reunião de forças econômicas – capital e trabalho –, para a obtenção de ganhos ilimitados".[29] Mas a verdade é que se a empresa, no sentido econômico, está perfeitamente de nida, não se chegou ainda a um conceito *jurídico* da mesma. O próprio Garrigues explica que "ao receberem os juristas este conceito econômico da empresa acharam-no demasiado vago e descolorido; outros estimaram que era inaceitável sob o ponto de vista jurídico, visto como para a Economia carece de importância a forma em que a empresa procura o elemento trabalho, enquanto que para o Direito, do mesmo modo, não importa a procedência do capital que o empresário põe em jogo, em troca tem importância decisiva o trabalho que se emprega, que há de ser precisamente estranho, sendo o empresário um intermediário nesse trabalho". E mais adiante: "Tudo isto demonstra que até agora não logrou êxito o intento de alcançar um conceito jurídico unitário da empresa e que os juristas, em seus debates apaixonados, continuam movendo-se dentro do campo da Economia. *A razão é que falta um conceito legal da empresa*, mesmo naqueles ordenamentos jurídicos que, como o novíssimo Código Civil italiano, hão tomado a empresa como centro do sistema".[30]

Mas não é apenas a falta do conceito de empresa, no sentido jurídico, que atua contra essa teoria. Outros fatores fazem com que o Direito Comercial não possa ser perfeitamente identi cado como o Direito das empresas, porque há empresas, como as agrícolas, que tradicionalmente estão afastadas do Direito Comercial. Por outro lado, o artesanato e a pequena indústria, apesar de poderem ser pequenas empresas economicamente organizadas, não são regulados no Direito Comercial.[31] E há ainda o problema dos títulos de crédito, comerciais em sua essência, e que fogem ao âmbito das empresas.

Por tais razões, essa teoria, apesar de possuir muitos pontos exatos,[32] não pode ser inteiramente aceita, dadas as inúmeras di culdades existentes para a sua perfeita caracterização. Com razão acentua Garrigues que "a construção da teoria da empresa mercantil constitui atualmente a nova missão do Direito Comercial".[33]

Mas força é reconhecer que, com o correr do tempo, se está ampliando mais o campo de ação da empresa comercial e que seu reconhecimento já é feito por grande número de autores. A nosso ver, a di culdade de sua plena aceitação é a caracterização como comerciais de certos atos que não são apenas atos de empresas, mas, igualmente, de pessoas não empresárias e que, no entanto, são considerados comerciais. Talvez a solução esteja em caracterizar como comerciais os atos negociais, ou seja, aqueles praticados nos negócios em geral, como propuseram Hamel e Lagarde e hoje aceitam professores ilustres, como François Goré (ob. cit., nº 34). Em tal caso, seria o Direito Comercial o direito a regular os negócios em geral e os atos a eles relativos. Mas ainda assim essa conceituação não seria completa, pois quem avaliza, de favor, um título de crédito não está fazendo um negócio, cando, porém, o seu ato sujeito ao Direito Comercial. O problema, como se vê, é de difícil solução e só será resolvido, a nosso ver, quando o ato de natureza econômica servir de base para o Direito Comercial, qualquer que seja a origem ou destinação desse ato.

Com a vigência do Código Civil, a teoria da empresa empresta conceito de- nido e explora mais detida e diretamente sua noção, a partir da signi cação do empresário que exerce atividade organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, na linha do artigo 966 do mencionado diploma legal.

IV – Teoria do Direito Comercial como Direito dos Comerciantes e dos Atos de Comércio

Em virtude de não satisfazerem plenamente as teorias acima expostas, resta a que considera o Direito Comercial como o Direito dos Comerciantes e dos Atos de Comércio. Decorre essa teoria da orientação do Código de Comércio francês, que caracteriza os atos comerciais como sendo aqueles praticados pelos comerciantes na sua pro ssão e *os que a lei determina*.[34] Tal orientação do Código francês, em maior ou menor escala, foi seguida pela maioria dos Códigos latinos. Se ela tem a desvantagem de poder provocar um círculo vicioso (*comerciante é a pessoa que pratica atos de comércio; atos de comércio são os praticados pelos comerciantes*), abre a possibilidade de, dando-se nova conceituação ao comerciante (*comerciante é a pessoa que pro ssionalmente presta serviços ou realiza atos de intermediação, com intuito de lucro*), ter-se uma ideia mais ampla e mais aproximada do âmbito exato do Direito Comercial.

Apesar de muitos inconvenientes (a falta de categorização cientí ca dos atos de comércio por força da lei, a sujeição ao legislador do âmbito do Direito Mercantil), no momento é essa a teoria mais aceitável para melhor compreensão do campo de atuação do Direito Comercial.

Ditamos que tal teoria dos atos de comércio, ao longo do tempo e por questões peculiares, deu nascedouro ao desenvolvimento de conceitos mais agudos, cogitando-se de ato de empresa, e uma série ordenada que tipi ca a nova fase organizada com os olhos voltados para o cenário das grandes empresas e o relevo que assumem no controle das economias mundiais globalizadas.

17César Vivante, *Tratado de Derecho Mercanttl*, trad. de Ricardo Espejo de Hinojosa, Madri, 1932, vol. I, p. 1.

18Lyon-Caen *et* Renault, *Traité de Droit Commercial*, Paris, vol. I, p. 5.

19Konrad Cosack, *Tratado de Derecho Mercanttl*, trad. de Antônio Polo, Madri, tomo I, pp. 1-2.

20Alfredo Rocco, *Princípios de Direito Comercial*, Parte Geral, tradução de Cabral de Moncada, São Paulo, 1931, p. 1.

21Lorenzo Mossa, *Derecho Mercanttl*, 1ª parte, trad. de Filipe J. Tena, Buenos Aires, p. 1.

22Georges Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 2ª ed., Paris, 1951, p. 1. Esse conceito é repettdo nas edições posteriores do *Traité.*

23Waldemar Ferreira, *Instttuições de Direito Comercial*, São Paulo, vol. I, p. 25.

24Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 5ª ed., Rio de Janeiro, 1953, vol. I, p. 16.

25Agusttn Vicente y Gella, *Curso de Derecho Mercanttl Comparado*, 2ª ed., Zaragosa, 1948, p. 23.

26Cf. Juaquín Garrigues, *Tratado de Derecho Mercanttl*, Madrid, I, 1, p. 25; Lorenzo Mossa, ob. e p. cits., e, em geral, os modernos autores italianos.

27Juaquín Garrigues, ob. cit., I, 1, p. 26.

28Agusttn Vicente y Gella, ob. e vol. cits., p. 21.

29Juaquín Garrigues, ob. e vol. cits., p. 28. V. vol. II dos *Travaux de la Commission de Réforme du*

Code de Commerce et du Droit des Sociétés, Paris, p. 59. 30 Juaquín Garrigues, ob. e vol. cits., p. 29.

31Georges Ripert, ob. cit., pp. 80 e segs. Este conceito de Ripert está sofrendo alterações com a regulamentação legal do pequeno comerciante e da microempresa. V., *infra,* nos 127 e segs.

32Cf., Tullio Ascarelli, *Introducción al Derecho Comercial,* trad. de Santtago Sentts Melendo, Buenos Aires, p. 12.

33Juaquín Garrigues, ob. e vol. cits., p. 29.

34Código de Comércio francês, arts. 1º, 632 e 633.

IV
AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL

19. Direito Comercial e Direito Civil – Ramo do Direito Privado, apesar de conter certas normas do Direito Público (nas sociedades, na falência, no direito dos transportes), o Direito Comercial não se confunde com o Civil, não obstante os inúmeros pontos de contato existentes entre ambos, mormente a partir da atual codi cação civil. Regulando as atividades pro ssionais do comerciante e os atos por lei considerados comerciais, cam fora do âmbito do Direito Mercantil as relações jurídicas relativas à família, à sucessão e ao estado da pessoa, que são regidas pela lei civil. A gura-se, assim, o Direito Comercial como um direito de *tendências pro ssionais*, enquanto que o Civil é de *tendência individualista*, procurando reger as relações jurídicas das pessoas como tais e não como pro ssionais.

Essa separação dos dois campos do Direito Privado não tem, contudo, limites certos. Atos jurídicos existem, no Direito Comercial, que se regem pelas normas do Direito Civil. Nesse caso se encontram alguns *contratos* e as *obrigações*, cujas regras gerais são aplicáveis tanto ao Direito Civil como ao Comercial. Entretanto, este pode impor restrições às normas comuns, à participação dos comerciantes, quase sempre servindo para dar à regra civil o caráter comercial. É, por exemplo, o que acontece com o penhor, regido pelos princípios do Direito Civil, mas se tornando Comercial se a *obrigação* é comercial. O mesmo se pode dizer da compra e venda mercantil, contrato básico do Direito Comercial, que difere da compra e venda civil pelo fato de participar daquela o comerciante no exercício de sua pro ssão. E como tal outros contratos que, em regra, têm a regê-los as normas do Direito Civil, apenas atenuadas ou modi cadas por ligeiras restrições impostas pela própria natureza das operações comerciais.

20. Separação dos Campos de Ação do Direito Civil e do Direito Comercial – Mas é evidente que, apesar dessas aproximações, o Direito Civil e o Comercial têm campos de ação diversos. Não é, evidentemente, o Direito Comercial *um ramo* do Direito Civil, mas uma parte especializada do Direito Privado, que regula os atos necessários aos comerciantes para o exercício de sua pro ssão e os atos por lei considerados como mercantis. Nessa especialização do Direito Comercial encontramos, como vimos, certos setores em que há uma aplicação das regras do Direito Civil, aparentando ser esse o direito principal, enquanto que o Comercial é uma sua dependência. Essa ideia é apenas super cial, havendo, tanto no Direito Civil como no Comercial, setores em que atuam isolada e soberanamente, um não admitindo a interferência direta do outro ramo do direito. Mesmo nos Códigos que procuraram regular conjuntamente as relações jurídicas civis e comerciais (Código Suíço das Obrigações, de 1936, Código Civil italiano, de 1942), podem ser facilmente separadas as regras relativas à matéria comercial das relativas à matéria civil.

Inspirado em normas dos Códigos suíço e italiano, coube ao legislador, no atual Código Civil Brasileiro, a partir da integração do campo obrigacional, sinalizar maior proximidade e menor autonomia ao menos neste terreno entre os ramos do Direito Civil e Comercial.

Inegável e por certo inescondível que a teoria geral do Direito Civil apresenta relevo na incidência do moderno Direito Empresarial, mas, com uma tendência de publicização e interdisciplina, na realidade sobressai uma projeção muito forte do ramo negocial regulatório das demais atividades, haja vista a privatização.

Assim, abstraindo-se esse setor em que regras do Direito Civil são aplicáveis às operações comerciais, podem-se delimitar relações jurídicas estritamente regidas pelo Direito Civil como outras especi camente reguladas pela lei comercial. *No Direito Marítimo*, por exemplo, ou no *Direito dos Transportes, vigoram sempre os princípios especializados do Direito Mercantil*. O mesmo se dá com os *títulos cambiários*, tão subordinados ao Direito Comercial que, mesmo sendo um desses títulos emitido por pessoa não comerciante, em *operação estranha à*

nalidade comercial, será sempre regido pela lei mercantil. Tais fatos, entre outros, demonstram a dicotomia do Direito Privado, cada ramo possuindo um campo de ação próprio, com princípios caracterizadores especí cos.

Desses princípios, em relação ao Direito Comercial, ressalta, em primeiro lugar, a *onerosidade*. Em geral, as operações comerciais são onerosas, *não admitindo o Direito Mercantil operações a título gratuito*, pois, como vimos, a *especulação* é uma das características do comércio. Há, igualmente, a questão das provas: sendo o Direito Mercantil um direito dinâmico, para justamente poder acompanhar a intensidade da vida comercial necessita de meios de provas rápidos e destituídos das formalidades que em geral revestem as provas no Direito Civil. Assim, por exemplo, quem, civilmente, se obriga a pagar determinada importância obtida mediante empréstimo com garantia hipotecária, não cumprindo a obrigação na época aprazada, pode, durante largo espaço de tempo, diferir o pagamento, arguindo fatos que deverão ser apreciados pelo juiz em processo demorado. Ao contrário, se alguém se obriga, por uma letra de câmbio ou uma nota promissória, a efetuar um pagamento em época determinada, chegada essa, terá que fazer o pagamento sob pena de, não o realizando, ser imediatamente compelido a efetuá-lo, sem que se procure saber se existem ou não razões para o não cumprimento. O título valerá por si só e não admitirá que sejam opostas objeções ou exceções à sua validade. Despreza-se o formalismo para que o processo seja executado com a rapidez e a segurança necessárias às operações comerciais.

Também o Direito Comercial se caracteriza pela *boa-fé* em que, sem formalismo, são considerados justos os atos praticados por quem ignorava que o dolo ou a má-fé os viciava. Esse princípio da boa-fé a imperar sobre os atos comerciais dá maior rapidez às operações mercantis e maior segurança aos que delas participam. Já no Direito Civil tal não acontece em semelhante escala. A posse de boa-fé, em Direito Civil, para gerar efeitos aquisitivos da propriedade, requer um dilatado espaço de tempo, ou seja, o *prazo prescricional*, enquanto que em Direito Comercial a posse de boa-fé produz "função legitimadora amplíssima, prescrição instantânea."[35] Por isso, a própria lei confere a quem detém o título *ao portador* a presunção de legítimo proprietário, sem maiores indagações sobre o modo de aquisição do título, a não ser que se comprove a posse de má-fé.[36]

Por último, atesta a separação dos campos do Direito Civil do Direito Comercial o fato de algumas operações jurídicas pertencerem sempre a um desses ramos do Direito, seja qual for a circunstância em que se realize a operação. É o caso, por exemplo, das operações sobre *imóveis* e da *indústria agrícola*, tradicionalmente regidas pelas regras do Direito Civil e não pelas do Direito Comercial. Como razão dessa permanência, no campo do Direito Civil, alega-se, para o primeiro, o fato de ser o Direito Comercial um direito regulador da *circulação* das mercadorias, não admitindo, assim, em seu seio, operações sobre imóveis, incapazes de circular; e, para a indústria agrícola, o fato de ser o Direito Comercial um direito de *intermediação*, intrometendo-se o comerciante entre os dois extremos da cadeia econômica, o que não se veri ca com o agricultor, que não adquire para revender, classi cando-se, assim, economicamente, entre os *produtores*. Essas razões podem, na verdade, sofrer sérias objeções; mas o fato é que, desde tempos imemoriais, tanto as operações sobre imóveis como a indústria agrícola são regidas pela lei civil e não pela lei comercial.

21. Uni cação do Direito Privado – Apesar de separados os campos do Direito Civil e do Comercial, tentativas têm havido para uni car as suas regras. A precedência dessa uni cação se deve, inquestionavelmente, ao civilista brasileiro Teixeira de Freitas,[37] que, incumbido pelo Governo Imperial, em 1859, de apresentar um Projeto de Código Civil, depois de publicar alguns volumes do seu trabalho, propôs, em 1867, ao Governo, a *uni cação* das regras do Direito Comercial e do Direito Civil. Justi cando o seu ponto de vista, dizia Teixeira de Freitas:

"Não há tipo para essa arbitrária separação de leis, a que se deu o nome de Direito Comercial, ou Código Comercial; pois todos os atos da vida jurídica, excetuados os bené cos, podem ser comerciais ou não comerciais, isto é, tanto podem ter por m o lucro pecuniário como outra satisfação da existência."

Não aceitou o Governo Imperial a proposição de Teixeira de Freitas, apesar da opinião favorável da Seção de Justiça do Conselho de Estado. A recusa formal foi dada por portaria do Ministério dos Negócios da Justiça, datada de 18 de novembro de 1872.

Posteriormente, entretanto, muito discutiram os mestres estrangeiros e nacionais sobre a uni cação do Direito Privado, os primeiros capitaneados por César Vivante, que se tornou um paladino da uni cação. Jamais, porém, a ideia logrou concretizar-se, e o próprio Vivante, em 1925, reconsiderou o seu ponto de vista, sinceramente confessando que "por minha frequente participação nas reformas legislativas e especialmente na do Código do Comércio, durante os numerosos anos transcorridos desde a iniciativa a que me venho referindo, me convenceram que a fusão dos dois Códigos em um acarretaria grande prejuízo para o Direito Mercantil".[38] Mesmo assim, continuou o debate em torno da uni cação do Direito Privado, e no Brasil merece destaque a tentativa de Inglês de Souza, que, tendo organizado, em 1912, um Projeto de Código Comercial, foi autorizado pelo Governo a transformá-lo em Projeto de Código de Direito Privado, formulando um novo, "de molde a, por via de emendas, neste transformá-lo".[39]

Algumas legislações, contudo, procuraram realizar a uni cação do Direito Privado. Na Suíça foi elaborado um Código único das Obrigações, promulgado em 1881 e reformado em 1936. A Itália, em 1942, resolveu dar o exemplo, abolindo o Código Comercial e compendiando, no Livro V do seu novo Código Civil, denominado *Livro do Trabalho*, as regras concernentes ao Direito Comercial.

Apesar disso, entretanto, os princípios que regem as relações jurídico-comer-ciais não se confundiram, no novo Código Civil italiano, com os princípios do Direito Civil. As normas do Direito Civil, neste Código, são distintas das atinentes à matéria comercial, havendo, assim, apenas a incorporação dos princípios do Direito Comercial no Código Civil, mas não a *uniformização* das regras dentro desta lei. E alguns institutos do Direito Comercial, como os dos títulos cambiários, caram fora do Código Civil, regulados pela lei de 14 de dezembro de 1933 que, baseada na Conferência de Genebra de 1930, revogou todas as disposições anteriores sobre a letra de câmbio e a nota promissória e formulou princípios que ainda hoje estão em vigor não sendo afetados pelas normas do Código Civil. O mesmo aconteceu com os cheques, não compreendidos no Código Civil, mas regulados pelo decreto de 21 de dezembro de 1933.

De tudo se infere que a uni cação do Direito Privado, mesmo nas legislações mais modernas, como o novo Código Civil italiano, não logrou êxito. Neste, apesar de incluídos em um único corpo de leis, os princípios do Direito Comercial não se confundem com os do Direito Civil, estando, ainda, reguladas por leis especiais matérias que sempre pertenceram ao Direito Comercial. Não houve, assim, *uniformidade* de normas, mas simplesmente a compilação em uma só lei de matérias que, apesar de terem muitos pontos de contato, continuam a reger-se por princípios autônomos.[40]

Verdade seja dita, mesmo que se procure delimitar no bojo do Código Civil o complexo das relações comerciais, os aspectos dinâmica, onerosidade, criatividade, imaginação, todos eles conjugados, vencem o per l estático estabelecido, fazendo com que leis esparsas sejam promulgadas em prol da melhoria das relações empresariais.

Enquanto o Código Civil em vigor partiu desta premissa não separando especi camente os ramos e suas categorias, apesar da integração se percebe uma diferença bastante nítida que assume feição peculiar na medida em que o conceito da empresa se espalha indistintamente pelos demais segmentos jurídicos.

22. Autonomia do Direito Comercial. Matéria Comercial – O Direito Comercial é, assim, um direito *autônomo*, ramo do Direito Privado, cujas normas não se confundem com as do Direito Civil. Compreendem a *matéria comercial*, ou seja, o campo de ação desse ramo do Direito, as relações jurídicas dos comerciantes no exercício de sua pro ssão e os atos praticados por comerciantes ou não, desde que a lei repute esses atos como comerciais. Mesmo nos países que reconhecem as *empresas* como o elemento básico das relações comerciais, pode-se fazer a separação da matéria comercial da civil.[41]

Quanto às atividades dos comerciantes no exercício de sua pro ssão, compreendem elas todos os atos necessários a que o comerciante realize o seu objetivo econômico. O *estatuto individual do comerciante*, sua *capacidade* para obrigar-se, os *impedimentos* e as *proibições* que por acaso o impossibilitem de exercer sua pro ssão, o *domicílio* e tudo o que se re ra às suas aptidões pessoais *são regulados pela lei civil*, pois nesse setor as

regras são comuns, salvo pequenas exceções impostas pela lei comercial. Como *atividade dos comerciantes* compreendem-se a realização de *atos relativos ao seu comércio*, a necessidade que têm os mesmos de *organizar-se* e cientemente para que possam desempenhar a sua pro ssão, contratando prepostos e auxiliares, aparelhando o seu estabelecimento, locando prédios e serviços, preparando-se, en m, para poder executar com êxito o seu objetivo. Todos os atos necessários a esse aparelhamento, *por dizerem respeito à atividade pro ssional do comerciante*, naturalmente são atos subordinados à lei comercial. E mesmo que um desses atos, *v.g.* a locação de um prédio para a instalação do estabelecimento comercial, em princípio devesse ser regido pela lei civil, tendo em vista o m a que se destina o prédio locado, que é o do exercício do comércio pelo comerciante, torna-se comercial e é regido pelas leis comerciais.

Por último, a *matéria comercial* compreende os *contratos realizados pelo comerciante no exercício de sua pro ssão*. Intermediário, sob o ponto de vista econômico, entre o produtor e o consumidor, o comerciante terá, forçosamente, para promover a circulação dos bens, que realizar contratos, especialmente os de compra e venda. São, assim, os princípios da lei comercial que regulam todos esses atos praticados em tais condições, sendo os mesmos, por tal razão, denominados *atos de comércio*.

Esses os principais aspectos que assume a matéria comercial em relação aos comerciantes. Não se deve esquecer, entretanto, que se encontram no âmbito do Direito Comercial outros atos que podem ser praticados por pessoas *não comerciantes*, mas que a lei, imperativamente, considera como atos comerciais.

23. Caracterização do Direito Comercial – Possui o Direito Comercial vários elementos que o distinguem, caracterizando as suas tendências. Tais elementos característicos são:

a) Simplicidade – Ao contrário do Direito Civil, formalista e complexo, o Comercial procura soluções para as diversas relações jurídicas dentro da maior simplicidade. A posse de boa-fé do título ao portador, como vimos, pressupõe a propriedade do mesmo. Através do conhecimento de transporte, representativo das mercadorias, faz-se a circulação do crédito e, consequentemente, dos bens no conhecimento mencionados. Desprezando as normas rígidas do Direito Civil, o Comercial norteia a sua tendência para a *simpli cação* das fórmulas, a m de mais prontamente poder atender às necessidades econômicas do comércio.

b) Internacionalidade – Enquanto o Direito Civil é um direito nacional, a tendência do Direito Comercial é para a internacionalização. Aumentando, continuamente, as relações econômicas entre os mais distantes países, necessária é a existência de certo número de regras aplicáveis a todos os povos, a m de serem evitadas demoras prejudiciais ao intercâmbio comercial. Desse modo, dia a dia nota-se a marcha do Direito Comercial para a internacionalização, segundo o desenvolvimento do comércio, já sendo inúmeras as regras uniformes a normalizar relações jurídicas em vários países (lei uniforme cambial, lei uniforme sobre o cheque, convenções internacionais sobre o transporte aeronáutico comercial, regras e regulamentos internacionais sobre avarias etc.).

c) Rapidez – Igualmente, o Direito Comercial é um direito não apenas aformalístico, mas dinâmico; as regras jurídicas, simpli cando as formalidades do Direito Civil, procuram tornar a mais rápida possível a aplicação do Direito Comercial. Esse fato é principalmente importante na questão das provas.

d) Elasticidade – Também se caracteriza o Direito Comercial pela sua elasticidade. À proporção que os usos vão consagrando regras nas transações comerciais, o Direito Comercial as aceita. É esse, por tal razão, um direito capaz de se renovar constantemente. Não se veri ca, assim, a limitação característica das normas do Direito Civil, mas uma constante ampliação do âmbito do Direito Comercial, dando-lhe um caráter renovador e dinâmico.

e) Onerosidade – Por último, o Direito Comercial é essencialmente *oneroso*. Baseando-se a atividade comercial no intuito de lucros, não se admite, em regra, ato mercantil gratuito. "A atividade comercial – escreve Waldemar Ferreira – exercita-se em busca do ganho. Transforma-se em atividade pro ssional remunerada".[42]

Ao nos depararmos com todos estes caracteres inerentes ao Direito Comercial, marcantemente empresarial, salientamos a di culdade no traço legislativo, de cuja peculiaridade não se consegue, no tempo e no espaço, legislar, a tal ponto que sua disciplina ganha concretude extravagante ou especial, de acordo com o momento econômico, nanceiro e da realidade empresarial como um todo.

24. Relações do Direito Comercial com Outros Ramos do Direito – Apesar de sua autonomia, constituindo-se um ramo do Direito Privado e não uma dependência do Direito Civil, mantém o Direito Comercial íntimas relações com outros departamentos do Direito. Já vimos as suas ligações com o Direito Civil, tão íntimas na parte dos contratos e das obrigações, que se tenta unir em um só bloco as normas reguladoras do Direito Privado. Afora, entretanto, essa aproximação com o *Direito Civil*, relaciona-se o direito comercial com o *Direito Público*, especialmente na parte referente às sociedades anônimas e aos transportes marítimos e aeronáuticos, em que as regras de Direito Público a cada momento se entrecruzam com as do Direito Comercial. Liga-se, igualmente, com o *Direito do Trabalho*, especialmente no que tange aos auxiliares do comerciante. Aproxima-se do *Direito Fiscal*, no que diz respeito à contabilidade mercantil e à circulação das mercadorias. Relaciona-se com o *Direito Penal* e com o Direito Processual, especialmente no que se refere à falência e aos crimes falimentares.

Elemento componente da grande árvore do Direito, é natural a existência dessas aproximações para que haja harmonia nas regras jurídicas. Aliás, o fenômeno não se veri ca apenas no Direito Comercial, mas nos vários ramos do Direito, em maior ou menor escala.

A maior prova de liação pública se hospeda no Direito Concursal cuja integração com os demais tipos e variantes do segmento jurídico é induvidosa, abrangendo uma categoria plural, que invariavelmente mostra sua força e poder de simbolismo quase universal em atenção ao campo normativo.

25. Publicização do Direito Comercial – É evidente, entretanto, que o Direito Comercial, dia a dia, está sofrendo in uência cada vez maior do *Direito Público*. Essa in uência se faz notar, principalmente, no tocante aos *contratos*, às *sociedades anônimas*, aos *transportes terrestres, marítimos* e *aeronáuticos* e à *falência*. No que se refere aos contratos, o poder estatal cada dia restringe mais a liberdade do indivíduo, impondo de tal forma a sua vontade, que o princípio da autonomia da vontade, consagrado pelo art. 1.134 do Código Civil francês, já hoje pode considerar-se inteiramente superado. Já não têm os indivíduos o amplo direito de contratar livremente, porque o Estado impõe normas, cada vez mais drásticas, a restringir a vontade das partes. Procurando amparar os mais fracos ou visando dirigir sua economia, o que faz o Estado é impor a sua vontade, interferindo, diretamente, nas relações privadas.

O mesmo se observa no tocante às *sociedades anônimas*, em que mais acentuada é a interferência do Estado. Princípios rígidos são impostos aos que quiserem participar dessas sociedades, que podem, inclusive, ser controladas pelo Estado, nas chamadas *sociedades de economia mista*, em que o Estado participa como se fosse uma pessoa de Direito Privado, concorrendo com uma parcela do capital e auferindo lucros. No intuito de proteger os mais fracos, desnatura o Estado princípios basilares do instituto, como o da *maioria*, existente desde o aparecimento desse tipo societário. Também regras rigorosas são impostas quanto à aplicação dos lucros obtidos pela sociedade com a criação de fundos de reserva obrigatórios; à contabilidade, com regras determinadas para a organização dos balanços; à livre escolha do objeto social, com determinações relativas à autorização governamental, quando a sociedade pretender explorar certos objetos em que o Estado tenha interesse direto.

No direito dos *transportes terrestres, marítimos* e *aeronáuticos*, os interesses da coletividade são amparados por normas impostas pelo Estado, a que todos devem sujeitar-se. Prepostos comerciais, como os comandantes de navios e de aviões, assumem o caráter de representantes do poder público em certas circunstâncias. Exercem poderes de polícia, de agentes do sco, muitas vezes de serventuários da Justiça ou até de membros do Poder Judiciário. E o Estado impõe normas para a investidura dos cargos, muitas vezes exigindo predicados outros que o simples

conhecimento técnico de suas funções. Requer provas de nacionalidade, de prestação de serviço militar, sujeita-os à jurisdição de órgãos administrativos e pune-os muitas vezes por atos praticados que não têm, em essência, nenhuma relação com o seu conhecimento técnico ou a sua capacidade pro ssional.

Inegavelmente, veri ca-se, no campo do Direito Comercial, apesar dos prognósticos otimistas de alguns tratadistas,[43] uma crescente absorção do Direito Mercantil pelo Direito Público, com a interferência, cada vez mais acentuada, da vontade estatal nos interesses privados.

Esta macropublicidade do Direito Comercial também tem sua conotação em razão da relação de consumo e uma participação de maior calibre do próprio Estado, à míngua de uma diretriz que mantenha o equilíbrio, mais de perto na revelação da concorrência, proteção ao mercado e uma livre-iniciativa antes de tudo de ordem salutar.

35Juaquín Garrigues, ob. cit., vol. I, 1, p. 33.

36Lei nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, art. 39, § 2º; Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, art. 16.

37Cf. Waldemar Ferreira, *Instttuições*, vol. I, p. 94.

38César Vivante, ob. cit., vol. I, p. 16

39Waldemar Ferreira, *Instttuições*, vol. I, p. 96.

40Duas novas tentattvas de uni cação do Direito Privado foram feitas, recentemente, pelo Brasil; a primeira, em 1965, com a apresentação, pelo Poder Executtvo ao Legislattvo, de um *Projeto de Código de Obrigações*, compreendendo uma primeira parte as *Obrigações e Contratos*; a segunda, os *Títulos de Crédito* e a terceira, os *Empresários e Sociedades*. Esse Projeto não teve andamento no Congresso.

A outra tentattva resultou do Anteprojeto que se transformou no Projeto pretérito e com alterações se tornou o atual Código Civil aprovado pelo Congresso Nacional.

41No Projeto de Código Civil, elaborado por ordem do Governo, encontra-se essa dicotomia no capítulo referente aos empresários. Divide o Projeto os empresários em *empresários sujeitos a registros* e *empresários não registráveis*. Aos primeiros, a que se poderia chamar de *empresários comerciais*, aplicam-se regras especiais não aplicáveis aos outros, que serão os *empresários civis*. O art. 1.043 do Anteprojeto primittvo rezava:

"Salvo as exceções expressas, consideram-se empresárias as sociedades que têm por objeto o exercício de attvidade própria de empresário sujeito a registro (art. 1.028); e, *civis*, as demais''.

O Anteprojeto Revisado, publicado em 1973, corrigiu o nal do arttgo, dispondo o art. 1.025

(correspondente ao art. 1.019 do Projeto):

"Salvo as exceções expressas, consideram-se empresárias as sociedades que têm por objeto o exercício de attvidades própria de empresário sujeito a registro (art. 1.010); e, *simples*, as demais''.

Como se vê, o Anteprojeto, querendo fugir ao reconhecimento do Direito Comercial (se admittsse as sociedades *civis*, como existta no Anteprojeto primittvo, implicitamente reconheceria sociedades *não civis*, que seriam as comerciais), substttuiu a palavra *civis* pela sociedade simples, que não está sujeita a registro obrigatório. Mas nem esse arttffcio fez desaparecer a existência de regras diferentes para as sociedades *empresárias* (comerciais) e as sociedades *simples*, não registradas (*sociedades civis*).

O atual Código Civil Brasileiro trilhou o caminho direcionado à integração dos ramos jurídicos, na situação desenhada pelo campo obrigacional, e ao mesmo tempo edi cou uma dicotomia

societária, entre aquelas empresárias, tendo como pano de fundo a sociedade anônima e a não empresária, representada com e ciência pela sociedade simples.

42Waldemar Ferreira, *Instttuições*, vol. I, p. 104.

43Juaquín Garrigues, ob. cit., vol. I, 1, p. 39.

V
FONTES DO DIREITO COMERCIAL

26. Conceito e Divisão das Fontes do Direito Comercial – Chamam-se *fontes de direito* os diversos modos pelos quais se estabelecem as regras jurídicas.[44] Costumam os autores dividir as fontes do direito em *fontes materiais*, ou seja, os elementos que concorrem para a criação das leis, e *fontes formais*, que são "a forma externa de manifestar-se o direito positivo".[45] Quando se trata de fonte do Direito Comercial, tem-se em vista a fonte *formal*, já que o que se procura é encontrar a norma jurídica para a sua aplicação no caso especí co.

Dividem-se as fontes do Direito Comercial em *fontes primárias* ou *diretas* e em *fontes subsidiárias* ou *indiretas*. Naturalmente, a divisão implica, também, uma seriação: em primeiro lugar, ao caso concreto deve ser procurada, para aplicação, a fonte *primária*, só na sua inexistência recorrendo-se às fontes subsidiárias.

Sobreditas fontes servem de inspiração e monitoram a grande evidência da participação do Direito Comercial no cenário da integração de sua origem, explorando os vetores dimensionados às estruturas formadoras dos negócios, a exemplo dos usos e costumes que guarnecem um panorama de situação bem singular.

27. Fontes Primárias – São *fontes primárias* do Direito Comercial as *leis comerciais*. No que respeita ao Direito Comercial brasileiro, são fontes primárias o Código Comercial e as leis que lhe seguiram. Essas leis podem ter revogado, modi cado ou ampliado normas existentes no Código. Podem, igualmente, versar matérias não contidas no Código Comercial, como acontece, por exemplo, com os armazéns-gerais e as sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, sobre que não havia, antes de serem baixados os decretos que os regularam, disposições legais a respeito.

Atualmente, a sociedade limitada vem disciplinada, em sua inteireza, no Código Civil, revogando diploma 3.708/19, a manifestar uma modi cação dos princípios e provocar um aspecto mais formal na sua dinâmica empresarial.

Para aplicação da lei comercial, segue-se o princípio geral de que a lei posterior revoga a anterior naquilo que a contraponha, salvo exceções expressamente enumeradas. Desse modo, a lei atual é a norma jurídica que deve ser aplicada ao caso concreto, considerando-se atuais todos os princípios legais não expressamente revogados, qualquer que seja a sua data.

28. Alterações no Código Comercial – Como já cou expresso, o Código Comercial, ao entrar em vigor, em 1º de janeiro de 1851, revogou a legislação comercial que lhe era anterior, passando a ser o corpo básico de normas jurídicas aplicáveis à matéria comercial. Inúmeras leis posteriores modi caram-no, contudo, no decorrer dos anos, estando hoje em vigor apenas cerca de 700 artigos, dos quais mais de 300 versando matéria de Direito Marítimo, estando os restantes, apesar de não revogados, bastante alterados por legislação complementar. Como é natural, várias das leis que se seguiram ao Código Comercial foram repetidamente alteradas, tendo em vista o desenvolvimento das atividades comerciais e a necessidade de serem renovadas as normas desse Direito, a m de melhor atenderem aos casos que surgem dia a dia. Sendo o Direito Comercial um direito dinâmico e progressista, a lei, que o assegura, deve estar em constante evolução, a m de não perturbar o desenvolvimento econômico dos povos.

Com a promulgação e a entrada em vigor do atual Código Civil, encerrando diversas normas próprias da legislação comercial, reduziu-se o número de dispositivos vigentes do Código Comercial, de tal sorte a se prestigiar a plural visão ditada pelo legislador.

29. Regulamentos, Leis e Tratados Internacionais – Devem-se entender como fontes primárias do Direito Comercial não apenas as leis, mas, igualmente, os regulamentos baixados pelo Poder Público a respeito de determinadas matérias e as leis e os tratados internacionais que o país tenha adotado ou a que tenha aderido. São os casos, por exemplo, do Regulamento Geral dos Transportes, que dispõe sobre os transportes terrestres, no Brasil, ainda não contemplados em leis especiais; os das Leis Uniformes de Genebra, sobre a letra de câmbio, nota promissória e cheques que, apesar de não serem frutos do legislador brasileiro, foram adotados como Direito interno do Brasil, através dos Decretos nos 57.663, de 24 de janeiro de 1966, e 57.595, de 7 de janeiro de 1966; ou da Convenção de Varsóvia, de 1929, sobre o transporte aeronáutico, à qual o Brasil aderiu e que tem vigor entre nós, apesar de possuirmos um Código Brasileiro de Aeronáutica.

Conquanto sobressaia a Convenção e existam tratados, em matéria de responsabilidade civil, não se coaduna a indenização tarifada com a regra da Lei Maior e do código do consumidor em vigor, nos casos de atraso no voo, perda ou extravio de bagagens, incidentes de percurso, número maior de passageiros em relação aos assentos, e demais que caminham na xação de um ressarcimento amplo cumulativo com os danos morais.

30. Fontes Subsidiárias ou Indiretas – São *fontes subsidiárias* ou *indiretas* do Direito Comercial, a lei civil, os usos e costumes, a jurisprudência, a analogia e os princípios gerais de Direito. Assim, na falta de norma especí ca do Direito Comercial, deve-se recorrer a essas fontes, obedecendo-se, naturalmente, à ordem de sua enumeração.

31. A Lei Civil – A lei civil é a primeira *fonte subsidiária* do Direito Comercial. Deve-se levar em consideração, porém, que nas matérias sobre obrigações, regem as leis civis não como fontes subsidiárias, mas como *pressupostos* do Direito Comercial. De fato, o art. 121 do Código,[46] mandando que as regras e disposições do Direito Civil para as obrigações em geral[47] sejam aplicáveis aos contratos comerciais com as modi cações e restrições no Código estabelecidas, mostra que, nesse setor, o Direito Civil é *comum* a ambas as matérias. Regendo, portanto, obrigações comerciais, não o faz como *fonte subsidiária*, mas como *fonte direta*, já que as regras do Direito Civil, no tocante às *obrigações*, têm um campo de ação muito amplo, regulando, igualmente, as obrigações comerciais.

Quando, porém, em matérias outras que não as obrigações, é omissa a lei comercial, deve-se recorrer, como fonte subsidiária, à lei civil, passando as suas regras a regular o assunto em questão.

32. Discussão Doutrinária – Discute-se, em doutrina, sobre se o Direito Civil deve ser considerado como fonte do Direito Comercial. Estudando o assunto, Rocco[48] opina pela negativa, alegando que, se assim fosse, o Direito Civil passaria à categoria de direito especializado, quando tal não acontece. Entre nós, Waldemar Ferreira[49] segue essa opinião, enquanto que, para Carvalho de Mendonça, "não parece procedente a crítica. O Direito Civil é, além de pressuposto, uma fonte do Direito Comercial, cuja autoridade está hoje reconhecida. Nem sempre o Direito Civil se aplica ao Direito Comercial naquele caráter de pressuposto".[50]

A razão está certamente com Carvalho de Mendonça. A lei civil é comum ao Direito Comercial nos casos especi cados na lei. Sendo, contudo, omissa a lei comercial, não havendo dispositivo declarando que a matéria será regida pela lei civil, deve-se procurar nos princípios desta a norma supletória que se aplique ao caso concreto.

33. Usos e Costumes Comerciais – A segunda fonte subsidiária do Direito Comercial são os *usos e costumes* comerciais. São esses a prática continuada de certos atos, aceitos por todos os comerciantes como regras obrigatórias e que vigoram quando a lei, comercial ou civil, não possui normas expressas para regular o assunto. Os usos não devem ser contra os princípios da lei nem eivados de má-fé. São, justamente, considerados como o Direito Comercial não escrito.[51]

Autores modernos, como François Goré,[52] procuram distinguir as várias modalidades de usos comerciais, classi cando-os em *usos de fato, usos de direito ou costumes, e usos de concorrência leal*.

Para o professor francês, "*o uso de fato* é uma prática cujo emprego constante faz uma regra não escrita. No mais das vezes, é uma cláusula que se tornou tão usual nas convenções que é nelas subentendida". Como *usos de fato*, que poderão ser de caráter local, nacional ou internacional, cita Goré, entre outros, as Regras de York e Anvers, sobre avarias comuns, elaboradas pela *International Law Association* e universalmente admitidas em Direito Marítimo.

Como *usos de direito* ou *costumes*, Goré classi ca aqueles que derrogam a lei. Assim, apesar de dispor a lei que a solidariedade não se presume, devendo ser sempre expressa, havendo vários devedores ela é presumida; do mesmo modo, o anatocismo, ou seja, a cobrança de juros sobre juros, é proibido pela lei civil, mas admitido no contrato de conta corrente quando há uma veri cação de saldo (o Código Comercial brasileiro, no art. 253,[53] apesar de proibir genericamente a cobrança de juros sobre juros, abre exceção quando se trata da "acumulação de juros vencidos nos saldos liquidados em conta corrente de ano a ano, o que mostra que, no Brasil, essa espécie de anatocismo não constitui um costume, mas uma norma com base legal).

Por último, há os usos chamados de *concorrência leal*. Muito embora a lei reprima a *concorrência desleal* nem todos os atos de concorrência desleal estão mencionados na lei e, assim, muitas vezes o juiz é chamado a decidir sobre um ato praticado em prejuízo do comerciante. Em tais condições o juiz ou tribunal pode tomar decisões baseado nos costumes de lealdade que existem entre os comerciantes em casos semelhantes, permitindo ao prejudicado ressarcir-se dos prejuízos sofridos, invocando *concorrência desleal*, ainda mesmo que esse caso não esteja devidamente capitulado na lei competente.

Os usos e costumes do comércio são recolhidos no Brasil pelas Juntas Comerciais estaduais. Até bem pouco tempo, a uniformização de usos e praxes comerciais competia, no Distrito Federal, à Junta de Corretores de Mercadorias (Dec. nº 20.881, de 30 de dezembro de 1931), passando, posteriormente, a constar das atribuições do Departamento Nacional do Registro do Comércio (atual Departamento de Registro Empresarial e Integração), com a colaboração das Juntas Comerciais (Dec. nº 57.651, art. 10, nº VI). Com o advento da Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, o assentamento dos usos e práticas mercantis tornou-se incumbência das Juntas Comerciais de cada unidade federativa (Lei nº 8.934, art. 8º, nº VI).

Os usos e práticas mercantis são coligidos pelas Juntas Comerciais e assentados em livro próprio, de ofício ou mediante provocação da Procuradoria do Estado (Lei nº 8.934, art. 28) ou de entidade de classe interessada, na forma prevista no Dec. nº 1.800, de 30 de janeiro de 1996, que regulamentou a Lei do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades A ns (arts. 87 e 88).

34. A Prática de Atos de Natureza Negocial – O Prof. François Goré[54] menciona, com razão, as práticas de certos atos comerciais como um elemento para fundamentar decisões judiciais; se bem que não possam ser consideradas como uma verdadeira fonte do Direito Comercial, aproximam-se elas bastante dos costumes comerciais.

É o que se dá, por exemplo, não só na França como no Brasil, com a introdução de instituições novas, sobre que não há leis reguladoras, e que no entanto se tornam usuais, baseadas, sobretudo, em instituições estrangeiras semelhantes.

No Brasil, vários são os institutos recentemente utilizados pelos comerciantes sem que houvesse ou haja uma lei para regulá-los. O contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), antes de ser regulado por lei (Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974), foi usado largamente, embora só mais tarde o legislador tenha disposto normas a respeito. Nesse caso especial, poder-se-ia recorrer à legislação estrangeira, já que alguns países, como a França, haviam regulado o *leasing*, ali denominado *crédit-bail* (Lei nº 66.455, de 2 de julho de 1966). Mas há outros institutos, não só no Brasil como também no exterior, que são utilizados pelos comerciantes sem que haja uma legislação especí ca a regulá-los. Assim o uso dos cartões de crédito, da faturização (*factoring*), da franquia (*franchising*) e de outros contratos, aos poucos introduzidos e utilizados no comércio brasileiro sem que haja o legislador ainda editado normas sobre os

mesmos. Aliás, no Brasil, a *conta corrente contratual* (não a chamada conta corrente bancária) é usada há longos anos sem que haja dispositivos legais a regulá-la.[55]

Com a dinâmica das operações empresariais, portanto, novos contratos e um raio enorme de relações do cotidiano passam a ser integrados à regulação normativa, embora traduzam perspectivas enraizadas da sociedade nas típicas e multifacetárias de mercado.

35. Jurisprudência – Terceira fonte subsidiária do Direito Comercial é a *jurisprudência*, ou seja, as decisões continuadas dos tribunais sobre determinada matéria. Necessário será que os tribunais adotem um ponto de vista uniforme, formando doutrina a respeito do assunto. Daí logicamente se concluir que uma decisão isolada não constitui jurisprudência.

Alguns autores não incluem a jurisprudência entre as fontes do Direito Comercial. Assim, porém, não o fez Carvalho de Mendonça[56] que, com razão, destacou o papel relevante que têm as decisões judiciárias como meio de suprir as lacunas da lei. Não existindo, desse modo, na lei comercial ou civil, norma aplicável ao caso concreto, havendo, igualmente, ausência de uso comercial que o regule, serve de fonte do Direito Comercial a jurisprudência das instâncias superiores, com preeminência do Superior Tribunal de Justiça.

De fato, com a regra de competência disposta na disciplina da Constituição Federal de 1988, passou o Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional, a ser a derradeira instância, com enorme repercussão na paci cação dos con itos, e no mesmo ritmo com a divulgação de súmulas, as quais na reforma preconizada do Judiciário têm in uência peculiar nas decisões monocráticas.

A contar da inserção do Brasil na economia mundial, embora, ao longo do tempo, recuássemos para a 15ª no cenário internacional, se torna inegável reconhecer que o espírito neoliberal e globalizante zeram com que mantivéssemos uma nova loso a dos negócios empresariais.

Passando pela concorrência, marcas, patentes, política de preços, franquias, arrendamento mercantil, numa economia sujeita às oscilações, apesar do certo sucesso da primeira década do Plano Real, tem sido constantes as manifestações do Superior Tribunal de Justiça na seara empresarial propriamente dita.

36. A Analogia e os Princípios Gerais de Direito – Igualmente, constitui fonte subsidiária do Direito Comercial a analogia, ou seja, o julgamento de um assunto, para o qual não exista dispositivo especí co na lei civil ou na comercial, nem uso comercial ou jurisprudência rmada, pelos mesmos princípios que regularam o julgamento de um caso semelhante.

Por último, inexistindo quaisquer das fontes citadas, servirão de fontes subsidiárias do Direito Comercial os *princípios gerais de direito* que deverão ser aplicados para a solução do caso concreto. Essa fonte indireta do Direito Comercial tem o seu fundamento no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro,[57] Dec.-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que assim se expressa:

"Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os *princípios gerais de direito*".

Sobredito preceito se mostra mantido na tradição do ordenamento jurídico e compatível com a realidade das instituições, dês que os princípios sublinham a tradição e o próprio enraizamento no aspecto multitudinário das disciplinas, procurando abrigar uma solução genérica ao caso concreto examinado.

44Cf. Planiol-Ripert-Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. I, nº 108.

45Juaquín Garrigues, ob. cit., vol. I, 1, p. 130.

46O art. 121 do Código Comercial foi revogado pelo Código Civil.

47Na verdade, como esclareceu Carvalho de Mendonça, apesar de referir-se o Código Comercial aos *contratos e às obrigações* do Direito Civil, somente as regras dessas últtmas são aplicáveis, como pressupostos, ao Direito Comercial.

48Alfredo Rocco, ob. cit., pp. 113 e segs.

49Waldemar Ferreira, *Instttuições*, vol. I, p. 147.

50Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. I, p. 176, nota 1.

51Cf. Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. I, pp. 139 e segs.

52François Goré, *Droit des A aires*, Ed. Montchrestten, 1973, pp. 25 e segs.

53O arttgo 253 do Código Comercial foi revogado pelo Código Civil de 2002.

54François Goré, ob. cit., p. 28.

55V. nosso *Contratos e Obrigações Comerciais*, 11ª edição, Forense, 1990, cap. XXVIII.

56Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. 1, pp. 139 e segs.

57O legislador alterou a denominação da Lei de Introdução ao Código Civil para Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010).

VI
O DIREITO COMERCIAL NO BRASIL

37. O Comércio Brasileiro no Período Colonial – No período que vai desde o descobrimento até a vinda de D. João VI para o Brasil, em 1808, Portugal tinha a exclusividade do comércio exterior da colônia. Somente navios portugueses poderiam tocar em portos brasileiros, para aqui trazendo os produtos de que necessitávamos e retornando carregados de gêneros do país. A colônia suportava o monopólio da metrópole e, naturalmente, sujeitava-se às condições por ela imposta. Os produtos brasileiros seriam revendidos com grandes margens de lucros, abastecendo, assim, o erário português.

Apenas a Inglaterra poderia enviar seus navios ao Brasil, desde que, na vinda e na volta, passassem por porto português. Essa concessão especial resultava de um tratado entre os dois países, concluído em 1654. Mas a verdade, como esclarece um historiador,[58] é que não havia interesse, por parte da Inglaterra, em se utilizar da concessão, em virtude do contrabando existente, em larga escala, na colônia. As normas do tratado caíram, mesmo, em desuso.

Esse contrabando era facilitado pela extensão da costa brasileira e a existência de muitos pontos facilmente abordáveis pelos navios à vela, distanciados das cidades em que havia forti cação. Navios de todas as procedências demandavam o Brasil para esse comércio irregular; na Inglaterra contavam-se, mesmo, empresas organizadas para esse trá co, trazendo, inclusive, comerciantes para aqui fazerem, diretamente, as negociações.[59] Algumas vezes funcionários da Coroa portuguesa se mancomunavam com os contrabandistas, assumindo, assim, um cunho de aparente legalidade as transações efetuadas com os mesmos.

No comércio terrestre também o contrabando era praticado em grandes proporções. Os países fronteiriços do Brasil enviavam seus produtos, especialmente gado, em troca dos produtos nativos. A supervisão de Portugal era mais aparente do que real. Dada a extensão territorial da colônia, a de ciência e pouca honestidade dos funcionários incumbidos da scalização, grande parte da produção brasileira era desviada nesse comércio ilegal, que oresceu e se intensi cou durante todo o período colonial.

38. O Direito Português no Período Colonial Brasileiro – Nesse período colonial brasileiro, naturalmente, a Justiça era exercida por funcionários da metrópole, e o direito aplicado o português. Não existia, assim, um Direito Comercial *brasileiro.* As regras seguidas eram as Ordenações lusas.

Data deste período a regulamentação trazida por meio de normas que elencavam as disciplinas comerciais. Revelam-se, pois, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, todas elas sedimentadas na tendência de governo, na típica situação do Reino e passos relatados da história do Direito Romano.

Portugal tinha dado o primeiro Código europeu, as Ordenações Afonsinas, publicadas, por volta de 1447, no reinado de D. Afonso V, de quem tomara o nome. Baseava-se esse Código, profundamente, no Direito Romano, contendo os princípios do *Corpus Juris* acrescidos das *Decretais* do papa Gregório IX. Compreendia matéria sobre Direito Fiscal, Civil, Comercial, Administrativo e Criminal. O Direito Canônico lhe era subsidiário, prevalecendo, porém, nas matérias em que houvesse pecado.

Vigorou o Código Afonsino até 1513, quando foi substituído por outra compilação, mandada organizar pelo rei D. Manuel. Esse Código é conhecido como *Código Manuelino* ou *Ordenações Manuelinas.* Em pouco modi cou o Código Afonsino, sendo a sua fonte ainda o Direito Romano.

As Ordenações Manuelinas estiveram em vigor até 1569, quando foram substituídas por uma compilação ordenada no reinado de D. Sebastião pelo regente, cardeal D. Henrique. Mas essa compilação teve pouca duração, sendo posteriormente baixadas muitas leis que a modi caram, especialmente dando força às normas do Direito Canônico, em detrimento das do Direito Romano, que eram as que, desde o Código Afonsino, orientavam as

Ordenações portuguesas. Tendo Portugal aceitado as conclusões do Concílio de Trento, o Direito Canônico retomava o seu resplendor, suplantando o Direito Romano. Extinguindo-se a dinastia portuguesa de Aviz, com a morte de D. Sebastião, subiu ao trono luso o rei Felipe II. A m de fazer voltarem a vigorar as regras do Direito Romano, que davam mais força ao absolutismo real, uma nova codi cação foi realizada em 1603, tomando o nome de *Código* ou *Ordenações Filipinas*, pois fora mandada organizar ainda por Felipe II. Compreendiam as Ordenações Filipinas cinco livros, contendo o primeiro os regimentos dos magistrados e o ciais de Justiça, o segundo de nindo as relações entre a Igreja e o Estado, o terceiro abrangendo o processo civil e o comercial, o quarto versando sobre os direitos das pessoas e das coisas sob o ponto de vista civil e comercial e o quinto referindo-se à matéria penal.

Esse Código vigorou durante todo o período colonial brasileiro. Novas leis, entretanto, foram postas em vigor, entre elas a célebre lei de 18 de agosto de 1769, chamada *Lei da Boa Razão*, que modi cou a predominância do Direito Romano então existente no Direito português, mandando que fossem aplicadas, subsidiariamente, as leis dos povos cultos em casos em que houvesse omissão nos princípios legais portugueses.[60]

Durante o período que vai do descobrimento do Brasil à vinda de D. João VI para as terras brasileiras, vigoraram, na colônia, as Ordenações portuguesas. Não se pode, assim, nesse período, falar em Direito Comercial *brasileiro*.

39. A Liberdade de Comércio no Brasil – Forçado pelas forças napoleônicas, comandadas por Junot, a deixar Portugal, D. João VI transferiu-se, com sua corte, para o Brasil, em 1808. Ao aportar na Bahia, José da Silva Lisboa, mais tarde Visconde de Cairu, jurista que já se destacara pela publicação de várias obras, obteve do príncipe a abertura dos portos brasileiros a todas as nações, no que também in uiu, supõe-se, a pressão feita pela Inglaterra no mesmo sentido. De qualquer modo, a abertura dos portos, concedida pela carta régia de 28 de janeiro de 1808, marca, no dizer dos comentadores, o início da independência do Brasil.

Não foi esse, porém, o único benefício que nos trouxe a vinda de D. João VI para o Brasil. Ainda nesse mesmo ano de 1808, por alvará de 23 de agosto, foi criada a Real Junta de Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação, com a nalidade, muito ampla, não apenas de reunir os comerciantes em uma Praça de Comércio, a m de tratarem "de suas transações e empresas mercantis", como, igualmente, de possibilitar o estudo do Direito Comercial, estimular o desenvolvimento da indústria mediante a concessão de prêmios "aos que mais se avantajarem em algum gênero de indústria, introduzindo ou apresentando alguma nova máquina que poupe os braços, ou qualquer outra invenção útil nas artes, na agricultura e navegação, por maneira que os adiantem, e promovam", e ainda com o propósito de distribuir sementes para a melhoria da agricultura e abrir estradas para maior facilidade do comércio interno. Era, como se vê, um empreendimento de longo porte, destinado a ter grande in uência na vida da colônia.

Também nesse mesmo ano de 1808, por alvará de 12 de outubro, foi criado o primeiro banco do Brasil, com a nalidade de emitir bilhetes pagáveis ao portador e realizar as demais operações bancárias. Tomou esse estabelecimento o nome de Banco do Brasil, o primeiro que teve tal designação.

Foi, assim, vantajosa para o comércio da colônia a vinda de D. João VI para o Brasil. Continuaram, contudo, a vigorar as Ordenações portuguesas, não se tendo ainda, nesse período, normas especí cas de Direito Comercial *brasileiro*.

Nota-se, pois, com a vinda de D. João VI o primeiro movimento a favor da formação de uma estrutura de comércio e a sedimentação de normas, além da inauguração da instituição tradicional, o Banco do Brasil, movimentando-se um mercado em ascensão, cujo progresso fora decisivo para as etapas posteriores.

40. Independência. Código Comercial – Declarada a Independência do Brasil, em 1822, caram vigorando no país, segundo determinação da lei de 20 de outubro de 1823, as leis vigentes em Portugal até o dia 25 de abril de 1821 e as promulgadas posteriormente a essa data por D. Pedro de Alcântara, como regente do Reino Unido até 7 de setembro de 1822 e como imperador constitucional a partir desta data. Sendo, contudo, variadas e disformes essas leis,

pensou-se, em 1832, em dotar o Império de um Código Comercial. Para isso a Regência nomeou, a 14 de março desse ano, uma comissão incumbida da elaboração do projeto, comissão essa composta de Limpo de Abreu, como presidente, e dos comerciantes José da Silva Lisboa, mais tarde Visconde de Cairu, Inácio Ratton, Guilherme Midosi e Henrique José Teixeira. Não tendo esse último aceito o encargo, foi substituído por Lourenço Westin, cônsul da Suécia. Também, em 1833, Limpo de Abreu deixou a presidência da comissão, sendo substituído por José Clemente Pereira.

O projeto de que foi relator José Clemente Pereira foi concluído em 1834, compondo-se de 1.299 artigos, distribuídos em três partes, sendo a primeira referente aos *contratos* e às *obrigações mercantis*, a segunda ao *comércio marítimo* e a terceira às *quebras*. Baseava-se o projeto nos Códigos francês de 1808, espanhol de 1829 e português de 1833, procurando, contudo, adaptar suas normas à realidade brasileira.

Apresentado à Câmara em 1834, foi o projeto discutido nessa casa legislativa e no Senado durante 16 anos. Nesse período, foram-lhe oferecidas inúmeras emendas, não apenas dos legisladores, mas, igualmente, das praças de comércio, em especial as do Rio de Janeiro e de Pernambuco. Por m, aprovado em março de 1850, foi sancionado pela Lei nº 556, de 25 de junho desse ano, e publicado em 1º de julho seguinte, para entrar em vigor seis meses depois de sua publicação.

41. Divisão do Código – Continha o Código Comercial 913 artigos, além de um Título Único, com 30 artigos. Compreendia três partes: a primeira sobre o *comércio em geral* (arts. 1º a 456 – atualmente revogada pelo Código Civil em vigor), a segunda sobre o *comércio marítimo* (arts. 457 a 796) e a terceira sobre *quebras* (arts. 797 a 913), vindo a ser revogado pelo Decreto-Lei nº 7.661/45, e hoje vigora a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, disciplinando a recuperação e a falência.

A primeira parte – *Do comércio em geral* – estava dividida em dezoito títulos versando sobre os *comerciantes*, as *praças do comércio*, os *agentes auxiliares do comércio*, os *banqueiros*, os *contratos e as obrigações mercantis*, o *mandato mercantil*, a *comissão mercantil, da compra e venda mercantil, o escambo ou troca mercantil, da locação mercantil*, o *mútuo e os juros mercantis*, as *anças, cartas de crédito e abono*, a *hipoteca e penhor mercantil*, o *depósito mercantil*, as *companhias e sociedades comerciais,* as *letras, notas promissórias e créditos mercantis*, os *modos por que se dissolvem e extinguem as obrigações comerciais* e a *prescrição*.

O Código Civil, no seu livro complementar, das disposições nais e transitórias, artigo 2.045, revogou a parte primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.

A segunda parte – *Do comércio marítimo* – era composta de treze títulos versando sobre as *embarcações*, os *proprietários, compartes e caixas de navios*, os *capitães ou mestres de navios,* o *piloto e contramestre*, o *ajuste* e *soldadas dos o ciais e gente da tripulação, seus direitos e obrigações,* os *fretamentos*, o *contrato de dinheiro a risco ou câmbio marítimo*, os *seguros marítimos,* o *naufrágio e salvados,* as *arribadas forçadas*, o *dano causado por abalroação*, o *abandono* e as *avarias.*

A terceira parte – *Das quebras* – se compunha de oito títulos, sobre a *natureza e declaração das quebras e seus efeitos,* a *reunião dos credores e concordata*, o *contrato de união*, os *administradores*, a *liquidação* e os *dividendos,* as *diversas espécies de crédito e a sua graduação,* as *preferências e distribuições,* a *reabilitação dos falidos*, as *moratórias* e *disposições gerais*. Depois houve revogação pelo Decreto-Lei nº 7.661/45, e vigora atualmente a Lei – que disciplina a matéria falimentar e recuperação empresarial –, o diploma normativo nº 111.101, de 9 de fevereiro de 2005.

O Título Único do Código, nalmente, tratava da administração da Justiça nos negócios e nas causas comerciais.

42. Orientação do Código Comercial – Calcado nos Códigos português, espanhol e francês, o Código Comercial, tal como entrou em vigor, tinha um caráter acentuado de Código de uma classe especial, a classe dos

comerciantes. Tanto que exigia a *matrícula* dos mesmos, para que pudessem gozar das liberalidades outorgadas pela lei, estatuindo o art. 4º que:

"Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, *sem que se tenha matriculado em alguns dos Tribunais do Comércio do Império* e faça da mercancia pro ssão habitual".

Esses favores, liberalizados pelo Código, são, entre outros, a faculdade de passar procurações particulares tendo a mesma validade das passadas pelos tabeliães (art. 21),[61] a de contrair obrigações, de qualquer valor, por documentos assinados pelos comerciantes, desde que a escritura pública não seja da substância dos atos (art. 22),[62] o foro comercial privilegiado para os casos de morte de alguns dos sócios, não podendo os juízes ordinários fazer a arrecadação dos bens havidos pelos mesmos nas sociedades, competindo-lhes, apenas, arrecadar a quota líquida que car pertencendo à herança (art. 309),[63] o mesmo acontecendo aos comerciantes individuais *ou aos não comerciantes que tenham credores comerciantes* (art. 310),[64] o direito de pedir o falido, ao juízo da falência, uma importância para a sua manutenção e a de sua família, se na falência em que incorrer não houver presunção de culpa ou fraude, e se o falido não se ocultar e comparecer a todos os atos da instrução do processo (art. 825),[65] o direito de pedir moratória (art. 898)[66] e o direito de ser deputado nos colégios comerciais, desde que tenha mais de 30 anos de idade e pelo menos 5 de pro ssão habitual do comércio (arts. 14 e 15 do Título Único).[67] Essas prerrogativas dos comerciantes matriculados foram expressamente declaradas pelo Dec. nº 1.597 de 1º de maio de 1855 (art. 2º).

Afora essa característica do Código da classe dos comerciantes, só outorgando prerrogativas aos que fossem matriculados, deve-se levar em consideração que o Código Comercial foi promulgado antes de existir um Código Civil. Desse modo, muitos dos princípios relativos às relações jurídicas não comerciais foram estabelecidos pelo Código Comercial. A parte dos contratos e das obrigações comerciais está toda ela referta de normas que deveriam ser contidas na lei civil, pois, como regras gerais, pertencem ao Direito Comum, reservando-se ao Comercial apenas a faculdade de fazer as restrições necessárias à sua aplicação no comércio. Assim, porém, não aconteceu à falta de um Código Civil, e, por tal razão, o Código Comercial dispôs detalhadamente sobre o *mandato* (arts. 140 e 164), a *troca* (arts. 221 a 225), a *locação* (arts. 226 a 246), a *ança* (arts. 256 a 263), a *hipoteca* (arts. 265 a 270), o *penhor* (arts. 271 a 279), o *depósito* (arts. 280 a 286) e, quanto aos modos de se extinguirem as obrigações, ao *pagamento* (arts. 429 a 437), à *novação* e à *compensação* (arts. 438 a 440). A rigor, diz Carvalho de Mendonça,[68] essa matéria não deveria constar do Código Comercial e sim do Civil; a inexistência desse, contudo, levou os elaboradores do Código a contemplarem-na com alguns detalhes, a exemplo, aliás, do que ocorreu com os Códigos português e espanhol, anteriores aos Códigos Civis desses países.

43. Legislação Posterior ao Código Comercial, até 1890 – Promulgado o Código Comercial, várias leis importantes lhe seguiram. O art. 27 do Título Único declarava que "o Governo, além dos regulamentos e instruções da sua competência, para a boa execução do Código Comercial, é autorizado para, em um regulamento adequado, determinar a ordem do juízo no processo comercial; e particularmente para a execução do segundo período do art. 1º e do art. 8º, tendo em vista as disposições deste Título e as do Código Comercial; e, outrossim, para estabelecer as regras e formalidades que devem seguir nos embargos de bens e da detenção pessoal do devedor que deixa de pagar dívida comercial". O segundo período do art. 1º do Título Único do Código e o art. 8º tratavam das atribuições dos Tribunais de Comércio e das autoridades que lhes zessem às vezes, quando não existissem esses tribunais.

Dando cumprimento ao art. 27 do Título Único do Código, baixou o Governo, nesse mesmo ano de 1850, dois importantes regulamentos, aprovados pelos Decs. nos 737 e 738, ambos de 25 de novembro.

O Regulamento nº 737 tratava do processo comercial e com justiça foi considerado o mais perfeito Código processual existente em toda a América do Sul. Consubstanciava normas processualísticas comerciais e princípios outros que completavam o Código Comercial, como os referentes aos atos de comércio, que este não enumerava, como zera o Código francês. Tão bem distribuídas estavam as matérias desse regulamento que, em 1890, o Dec. nº

763, de 19 de setembro, mandou que se observassem nas causas civis em geral as suas normas, com algumas exceções. O segundo regulamento, nº 738, tratava dos *Tribunais do Comércio* e do *processo das quebras*, e estava em vigor, em relação à falência, até 1890, quando essa parte foi revogada pelo Dec. nº 917. Os Tribunais de Comércio foram supressos pelo Dec. nº 2.662, de 9 de outubro de 1875, passando a funcionar, em seu lugar, as Juntas e Inspetorias Comerciais.

Outras leis, atinentes à matéria comercial, foram baixadas nesse período que vai de 1850 a 1890. Referiam-se elas ao *regimento dos corretores, agentes de leilões* e *intérpretes* e, principalmente, aos *bancos* e *às sociedades anônimas*. Estas, que pelo sistema do Código, oriundo da primitiva legislação francesa, necessitavam de autorização governamental para se constituírem foram liberadas dessa prescrição pela Lei nº 3.150, de 4 de novembro de 1882, que passou a regular as sociedades anônimas e criou as sociedades em comandita por ações, de que não tratava o Código. Pouco a pouco, o Direito Comercial deixava de ser um conjunto de normas jurídicas a regular exclusivamente as relações entre comerciantes para, igualmente, abranger em seu âmbito pessoas que não exerciam a pro ssão comercial. Perdia, assim, o caráter, eminentemente subjetivo que lhe dera o Código, para tomar o caráter misto, subjetivo e objetivo, que hoje possui.

44. Revogação da 3ª Parte do Código e Leis Posteriores – Proclamada a República, importantes contribuições foram aduzidas ao Direito Comercial brasileiro. Em primeiro lugar, tendo em vista inúmeras reclamações por parte dos comerciantes sobre o processo de falência, foi revogada a 3ª parte do Código Comercial que tratava das quebras, e em seu lugar passou a vigorar o Dec. n º 917, de 24 de outubro de 1890. As sociedades anônimas que se vinham regendo pelo Dec. nº 3.150, de 4 de novembro de 1882, e por outras leis esparsas tiveram o seu regime modi cado por vários decretos (nos 164, de 17 de janeiro de 1890, 850, de 13 de outubro de 1890, 1.362, de 4 de fevereiro de 1891, 1.386, de 20 de fevereiro de 1891), até serem consolidadas todas essas disposições legislativas pelo Dec. nº 434, de 4 de julho de 1891, vigorando atualmente a Lei nº 6.404/76 e as regras gerais em torno das sociedades anônimas ditadas pelo Código Civil de 2002. As *Juntas e Inspetorias Comerciais* tiveram novo regulamento pelo Dec. nº 596, de 19 de julho de 1890. Foi criado o *registro de rmas* ou *razões comerciais* pelo Dec. nº 916, de 24 de outubro de 1890. O Dec. n º149-B, de 20 de julho de 1893, traçou normas sobre os *títulos ao portador* e o Dec. nº 177-A, de 15 de setembro do mesmo ano, dispôs sobre a *emissão de obrigações ao portador*, ou *debênture*, das sociedades anônimas.

Dessa época aos nossos dias, a legislação foi abundante em matéria comercial. Alguns dos primeiros atos legislativos da República, nesse assunto, ainda estão em vigor, como o decreto criando o registro de rmas ou razões comerciais; outros foram sucessivamente modi cados, para melhor atualização, como a matéria que rege as sociedades anônimas e o processo falimentar. Partes importantes do Código foram revogadas, existindo, em seu lugar, leis especiais, como a que trata das letras de câmbio e notas promissórias, primitivamente reguladas pela Lei nº 2.044, de 30 de dezembro de 1908 e, a partir de 1966, pela Lei Uniforme de Genebra sobre *Letras de Câmbio e Notas Promissórias*. Matérias não constantes do Código receberam ordenamento legal, como aconteceu com os *cheques*, a princípio regidos pela Lei nº 2.591, de 7 de agosto de 1912, em seguida, em 1966, pela Lei Uniforme de Genebra sobre os cheques e, a partir de 3 de setembro de 1985, pela Lei nº 7.357, de 2 do mesmo mês e ano. A promulgação do Código Civil, em 1916, para entrar em vigor em 1917, veio distinguir, com maior facilidade, a matéria comercial da civil; e alguns institutos normalmente tratados pela lei civil, mas que, à falta de legislação especial, estavam compreendidos no Código Comercial, como a *hipoteca,* o *mandato* e a *locação*, passaram a ser regulados precipuamente pelo Código Civil, apenas, sobre alguns deles, guardando a lei comercial regras caracterizadoras. Também surgiu matéria especí ca, como o *Direito Aeronáutico*, que recebeu legislação própria (Código Brasileiro do Ar, Dec.-Lei nº 483, de 8 de junho de 1938, substituído por um novo Código pelo Dec.-Lei nº 32, de 18 de novembro de 1966 e vigora atualmente a Lei nº 7.565/86 – Código Brasileiro de Aeronáutica), e as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, regidas pelo Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919, revogado pelos artigos 1.052 e 1.087 do Código Civil de 2002. E outros ramos desse Direito que foram melhormente normatizados por meio de leis

especí cas, a exemplo da propriedade industrial (Código de Propriedade Industrial, Dec.-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, posteriormente substituído por outros Códigos, baixados com o Dec. nº 254, de 28 de fevereiro de 1967; Dec.-Lei nº 1.005, de 21 de outubro de 1969, e, nalmente, Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971, revogada pela Lei nº 9.279/96, atual Código de Propriedade Industrial); o *conhecimento de transporte* (Dec. nº 19.473, de 10 de dezembro de 1930); a scalização de bancos e casas bancárias (Dec. nº 14.728, de 16 de março de 1921, sucessivamente modi cado, estando hoje a regular o assunto a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964); os *armazéns-gerais* (Lei nº 1.102, de 21 de novembro de 1903). Inúmeras outras leis, regulando matéria comercial, foram promulgadas e se encontram em vigor.

Ampliou-se, assim, largamente, o campo do Direito Comercial brasileiro, de 1890 aos dias atuais. Temos, indiscutivelmente, uma legislação bem orientada e atualizada em vários setores desse direito.

45. Projetos de Substituição e Reforma do Código Comercial – Nesse meio-tempo, surgiram alguns projetos de substituição e reforma do Código Comercial, infelizmente não levados a bom termo. O primeiro deles foi o de Inglês de Souza, apresentado em 1912, incumbido que fora o seu autor, pelo Governo, de elaborá-lo. Foi esse projeto, juntamente com outro, que uni cava o Direito Privado, encaminhado ao Poder Legislativo, para seguir os trâmites necessários e converter-se em lei. Preferiu, contudo, o Senado discutir apenas o projeto de Código Comercial, não levando em consideração a tentativa de uni cação do Direito Privado, contida no outro. Aquele chegou a ser grandemente debatido, mas, sobrevindo a Revolução de 1930, já tendo sido aprovado, com emendas, no Senado, e remetido à Câmara dos Deputados, foi abandonado.

Em 1936, houve outra tentativa de substituir o Código Comercial, tendo a Câmara dos Deputados nomeado uma comissão para esse m, da qual era presidente Levi Carneiro e relator-geral o grande comercialista Prof. Waldemar Ferreira. Iniciados os trabalhos preliminares de distribuição das matérias do novo Código, sobreveio o golpe de Estado de 1937, fechando a Câmara dos Deputados e encerrando o assunto.

Pela terceira vez, tentou-se substituir o nosso Código Comercial, tendo o Governo, através do Ministério da Justiça, incumbido o desembargador Florêncio de Abreu de elaborar um esboço de Código. Esse foi, realmente, organizado e apresentado à Câmara dos Deputados como um projeto modi cativo de dispositivos do Código Comercial (Projeto nº 14/1951 – "*Modi ca dispositivos do Código Comercial*"), referente apenas à primeira parte do Código, cando, assim, em vigor, a parte relativa ao Direito Marítimo, já que a falência, desde 1890, vinha sendo regulada por lei especial. Posteriormente, na Câmara foram apresentados, também, projetos regulando o Direito Marítimo e reformando a Lei de Falências, todos eles, inclusive o que substitui a primeira parte do Código Comercial, não tendo tido prosseguimento.

A nal de contas, o Código Comercial de 1850 que vigorou por mais de um século e meio, na sua substância, continha, a exemplo do Código Civil de 1916, sem a menor dúvida, peculiaridades e matérias bem disciplinadas, cujas regras gerais foram sendo absorvidas ao longo do tempo e tantas outras caíram no desuso ante a modernidade acenada com a gura da empresa e os procedimentos do cenário globalizante.

46. Projeto de Código de Obrigações de 1965 – Tomando em consideração o fato de vários princípios de alguns Códigos brasileiros estarem desatualizados, o presidente Jânio Quadros resolveu promover a elaboração de novos Códigos, para tanto designando uma coordenação-geral e diversos relatores incumbidos de redigir anteprojetos da matéria a ser reformada. Os sucessos políticos advindos com a renúncia daquele presidente não afastaram a ideia. E os governos posteriores mantiveram as designações primitivas, de modo a tornar efetivo o empreendimento, sem dúvida de grande importância para o sistema jurídico brasileiro.

O método escolhido foi o de cada relator preparar o seu anteprojeto, aceitando sugestões de pessoas ou entidades interessadas nos assuntos. Tais anteprojetos posteriormente seriam submetidos a uma Comissão Revisora que,

aceitando ainda sugestões de interessados, prepararia um Projeto a ser submetido ao Ministro da Justiça para encaminhamento, pelo Presidente da República, ao Legislativo.

No que tange ao Direito Comercial, em vez de ser preparado um projeto do código geral, como aconteceu com o Projeto Florêncio de Abreu, orientou-se a comissão incumbida da reforma dos códigos para a ideia de um *Código de Obrigações,* procurando, desse modo, uni car, nessa parte, o Direito Privado. Assim, realmente, foi feito. O projeto de Código de Obrigações foi dividido em três partes; a primeira disciplinando o *Negócio Jurídico,* a *parte geral das Obrigações*, os *Contratos*, a *Declaração Unilateral da Vontade,* a *Gestão de Negócios*, a *Responsabilidade Civil* e o *Enriquecimento sem Causa*. Dessa parte foi encarregado, e desempenhou o encargo brilhantemente, o Prof. Caio Mário da Silva Pereira, então catedrático na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, por sinal o relator-geral do Projeto, ao ser o mesmo enviado ao Ministro da Justiça.

A segunda parte teve como relator o Prof. Teó lo de Azeredo Santos e dizia respeito aos Títulos de Crédito, compreendendo, além de disposições gerais, normas especí cas sobre a *Letra de Câmbio, Nota Promissória, Cheque, Duplicata, Debêntures, Conhecimento de Depósito* e *Warrant,* Conhecimento de Transporte e títulos de natureza especial. A terceira parte, relativa aos Empresários e Sociedades, teve como relator o Prof. Sílvio Marcondes Machado. Propendia essa parte para a caracterização da atividade comercial pela empresa, segundo a orientação do Código Civil italiano de 1942. Assim é que, depois de focalizar o Empresário, passou o Projeto a disciplinar as Sociedades, dividindo-as em sociedades não personi cadas (*Sociedade em comum* e *Sociedade em Conta de Participação*) e sociedades personi cadas, que são a *Sociedade Simples,* a *Sociedade em Nome Coletivo,* a *Sociedade em Comandita Simples,* a *Sociedade Limitada,* a *Sociedade Cooperativa*, a *Sociedade Anônima* e a *Sociedade em Comandita por Ações*, além das sociedades dependentes de autorização. Regulava, também, o Projeto, como Institutos Complementares para o exercício da atividade mercantil, o *Registro do Comércio*, o *Nome Comercial,* a *Preposição* e a *Escrituração*. Essa era uma das partes que maiores modi cações traria ao Direito Comercial vigente no Brasil, sendo, porém, de notar que o Governo, em legislação posterior, modi cou bastante a orientação do Projeto, principalmente quanto à segunda parte (*Títulos de Crédito*) e à terceira (*Empresários e Sociedades*).

O Projeto tinha 1.506 artigos e resultou do trabalho da Comissão Revisora, tendo por base os anteprojetos apresentados pelos relatores. A Comissão Revisora, presidida pelo ministro Orozimbo Nonato, contou como membros os professores Caio Mário da Silva Pereira, Teó lo de Azeredo Santos, Sílvio Marcondes Machado, Orlando Gomes e Nehemias Gueiros, funcionando como secretário o Prof. Luís Cavalcanti Horta.

Apresentando o Projeto ao Ministro da Justiça, em 24 de setembro de 1965, foi por esse submetido à apreciação do Presidente da República que, aprovando-o, o encaminhou à Câmara dos Deputados, para a devida discussão e aprovação pelo Legislativo.

As partes relativas à *Falência*, ao *Direito Marítimo* e *Direito Aeronáutico* constituiriam projetos separados.

As partes relativas à Falência hoje disciplinada pela Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, além do Direito Marítimo e Direito Aeronáutico que se constituiriam em projetos separados e independentes.

47. Projeto de Código Civil de 1975 – Eventos sociais e políticos zeram com que o Projeto de Código Civil de 1963 e o de Obrigações de 1965, já encaminhados ao Legislativo, fossem abandonados, passando o Governo a orientar-se no sentido de operar uma uni cação maior no Direito Privado, tratando-se, num mesmo Código, das matérias civil e comercial, cando para *leis aditivas* as normas especiais sobre determinados institutos.

Para a realização desses trabalhos de uni cação foi constituída, pelo Ministério da Justiça, em 23 de maio de 1969, uma Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, da qual faziam parte os juristas José Carlos Moreira Alves (que posteriormente foi incumbido de redigir a Parte Geral do Anteprojeto), Agostinho Arruda Alvim (*Direito das Obrigações*), Sílvio Marcondes (*Atividade Negocial*), Ebert Viana Chamoun (*Direito das Coisas*), Clóvis Couto e Silva (*Direito da Família*) e Torquato Castro (*Direito das Sucessões*). A supervisão dos trabalhos coube ao Professor Miguel Reale.

Três anos após a constituição dessa Comissão, durante os quais, divididos os encargos, os diversos relatores, ouvidos alguns especialistas e entidades governamentais ou privadas, elaboraram os anteprojetos das partes que lhes couberam, foram esses submetidos à apreciação do supervisor. À base dos anteprojetos iniciais e das exposições de motivos e estudos especí cos dos diversos relatores, em que cada um justi cava as modi cações a serem introduzidas em nosso Direito – estudos que não foram inicialmente divulgados, mas que, no dizer do supervisor, "quando (esses estudos) forem publicados constituirão contribuição inestimável ao esclarecimento da obra levada a cabo'' –, foi organizado um primeiro anteprojeto de Código Civil. Tal anteprojeto foi novamente submetido à apreciação dos vários relatores. Apresentadas, discutidas e aprovadas várias emendas, deu-se, nalmente, uma redação nal ao Anteprojeto, o qual foi oferecido à consideração do Ministro da Justiça, pelo supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, em data de 23 de maio de 1972. A publicação do Anteprojeto, para o recebimento de sugestões por parte dos interessados, foi solicitada ao Ministro da Justiça, em 12 de junho de 1972, pelo Coordenador da Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça, Prof. José Carlos Moreira Alves, tendo, nalmente, o *Diário O cial da União* feito a publicação em apreço, em data de 7 de agosto de 1972, xado o prazo de quatro meses, a partir da publicação, para o recebimento de sugestões dos interessados sobre a matéria contida no Anteprojeto.

Esgotado o prazo, foi feita uma 2ª edição, revisada, do Anteprojeto, em 1973, trazendo não apenas a exposição de motivos do supervisor, Prof. Miguel Reale, como as anteriormente prometidas justi cativas de cada relator sobre os assuntos de que foram incumbidos. Mais tarde, em 1974, foi feita no *Diário O cial da União*, de 17 de agosto, uma nova publicação do Anteprojeto, para receber mais sugestões, pelo prazo de 40 dias.

Dividia-se o Anteprojeto, como foi dito, em uma *Parte Geral*, compreendendo o Livro I ("*Das Pessoas*"), o Livro II ("*Dos Bens*") e o Livro III ("*Dos Fatos Jurídicos*"). A *Parte Especial* compreendia um livro I (*Do Direito das Obrigações,* regulando não apenas as obrigações como os contratos, contendo regras gerais e especiais para as várias espécies de contratos, para os negócios unilaterais e para os títulos de crédito); um Livro II *("Da Atividade Negocial*", que tratava das atividades dos empresários e das diversas sociedades, entre as quais, como no Projeto de Código de Obrigações de 1965, é introduzida a *sociedade simples*; o estabelecimento e institutos complementares da atividade negocial, que são o *registro,* o *nome do empresário,* a *preposição* e a *escritu*ração); um Livro III ("*Direito das Coisas*"); um Livro IV ("*Do Direito da Família*") e um Livro V ("*Do Direito das Sucessões*"). Trazia ainda, o Anteprojeto um Livro Complementar, contendo disposições nais e transitórias. Ao todo, constava o Anteprojeto de 2.241 artigos. Esse Anteprojeto, reti cado em algumas partes, foi encaminhado pelo Governo ao Legislativo, convertendo-se no Projeto nº 634, de 1975.

No que diz respeito ao Direito Comercial, se aprovado, o futuro Código Civil trará, *aparentemente*, muitas alterações. Dizemos *aparentemente* porque, em essência, continuam facilmente caracterizados os atuais atos mercantis, como, aliás, acontece no Código Civil italiano de 1942, que serviu, ao que parece, de principal modelo ao Anteprojeto. O que se veri ca, na parte relativa ao Direito Mercantil, é uma simples modernização de institutos dentro das contingências atuais da sociedade e uma ampliação do campo desse direito que, na realidade, poderia ser feita também, conservando-se a dicotomia do Direito Privado. Em essência, as aparentes inovações introduzidas pelo Código já são conhecidas no atual Direito Mercantil, e não só conhecidas, mas levadas na devida consideração, na falta de princípios de direito legislado, pela doutrina e pela jurisprudência. Assim, nesse tocante, não há, no Projeto, o desaparecimento do Direito Mercantil que, mesmo aprovado o Código, continuará a ter suas normas próprias, apenas revestidas de novas roupagens, como a utilização de nomes diversos para alguns institutos e a ampliação do âmbito do atual Direito Comercial. Assim, em vez de *comerciantes* passarão as pessoas que se dedicam ao comércio a ter o nome de *empresários,* ampliando-se o conceito de comerciante-empresário para toda pessoa que exerce "pro ssionalmente uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços" – art. 1.003; *sociedades* empresárias são as sociedades que praticam os atos de empresários sujeitos ao registro, no Registro

das Empresas – equivalentes, portanto, às nossas atuais sociedades empresárias regulares, isto é, com os seus atos devidamente arquivados no Registro de Comércio.

Se uma sociedade não faz o seu registro no Registro das Empresas, não será considerada empresária (no direito atual diríamos que não goza dos benefícios da lei comercial) e, em tal caso, segundo o Projeto de Código, essa sociedade não registrada será considerada sociedade *simples*, o que equivale às atuais *sociedades civis* (art. 1.019 do Projeto de Código). Houvesse uma verdadeira uni cação, não existiriam sociedades simples e sociedades empresárias, ou seja, sociedades *civis* e *não civis*; a lógica diz que em tal caso as sociedades seriam empresárias, no máximo umas podendo ser consideradas regulares e outras irregulares.

Como se vê, não alterou o Projeto, em essência, a caracterização do comerciante individual ou da sociedade comercial, apenas mudando-lhes os nomes (apesar de ojeriza da Comissão pela palavra *comerciante*, a ela recorreu quando declarou, no parágrafo único do art. 1.028 do Anteprojeto primitivo, que "salvo disposições em contrário, aplicam-se aos empresários as disposições da lei referentes a *comerciantes ou atividades mercantis*"). Ampliou-se, assim, o campo de ação do Direito Mercantil, ampliação, aliás, já antes reclamada por tratadistas que o julgavam bastante limitado, admitindo que o mesmo deveria se estender a todos os atos de natureza econômica, e não aos simples atos de intermediação com intuito de lucro.

Não signi cam estas observações que, pelo Projeto, não se tenha evoluído no campo do Direito Comercial. Pelo contrário, o Projeto reconhece a existência da *empresa* como objeto da atividade do empresário, fato de que não trata a atual lei básica do Direito Mercantil, mas que é reconhecido por algumas leis esparsas e sobretudo pela doutrina e pela jurisprudência; regula de modo atualizado não apenas vários contratos como algumas sociedades comerciais; corrige muitos erros e supre várias de ciências existentes no atual Direito Comercial brasileiro. Mas, no fundo, se há um avanço no sentido de terem, de um certo modo, tratamento uniforme os contratos de ns econômicos realizados por comerciantes e não comerciantes, noutras partes do Projeto, como no que trata das sociedades, há uma linha bastante nítida a separar as atividades não econômicas das econômicas, ou seja, as atividades a que hoje denominamos de *comerciais* das atividades *civis*.

Cumpre, por último, destacar que, deixando o Projeto que sejam regulados em *leis aditivas* vários institutos que hoje fazem parte do Direito Comercial, essa separação de campos talvez persista quando da elaboração dessas leis.

E quase depurada três décadas, nalmente, aprovou-se o novo Código Civil, a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, colocada em vigor no dia 11 de janeiro de 2003, substancialmente modi cando a parte primeira do Código Comercial, a realidade empresarial, societária e tantos outros dispositivos que vieram a ser disciplinados, como um todo, e o mais importante uni cando as obrigações, de tal maneira a perseguir uma identidade entre os ramos do Direito Privado.

Efetivamente, as árduas discussões e a demora desacreditaram fosse aprovado o Projeto; no entanto, devido ao esforço do Congresso Nacional e um trabalho de fôlego do principal idealizador, Professor Miguel Reale, se completou o ciclo de alteração e sucedeu a paci cação dos espíritos, tornando edi cada a codi cação.

Não se discute a técnica e a consistência do modelo; ressalva-se, contudo, que o mundo moderno se desvincula das codi cações, e notadamente aquelas mais longas, preferindo o sistema esparso e no mais das vezes a integração dos diplomas, como acontece na Europa atual.

48. Orientação do Direito Comercial Brasileiro – Tal como se apresenta, atualmente, o Direito Comercial brasileiro é *autônomo, independente do Civil, possuindo regras próprias* contidas no Código Comercial e nas leis posteriores. Não é apenas o direito de uma classe, os comerciantes, como se norteava, antes de alterado, o Código de 1850, mas um direito de âmbito maior, subjetivo e objetivo, ou seja, abrangendo as relações pro ssionais dos comerciantes e, igualmente, as de não comerciantes, desde que os atos praticados por esses tenham caráter comercial. Se existem institutos ine cientes, o modelo da duplicata, criação nacional, vigora em países avançados. E não se esqueça a legislação das sociedades anônimas, estandardizada pela Lei 6.404/76, e revista por força do diploma

10.303, de 31.10.2001, representando o que há de mais moderno no panorama de companhias em relação ao contexto mundial, sem o menor desassombro, o estilo de sociedade comercial, cuja governança corporativa traduz o nível de mercado capitais e o aporte de recursos para as empresas desenvolverem o país, capitalizando recursos que se alocam na produção e conferem aos acionistas, principalmente minoritários, inúmeras regras preferencialistas.

Forte dizer que o moderno Direito Empresarial que se vivenciou no cenário do século XX, agora com o dealbar do XXI, toma uma coloração distinta e bastante relevante.

Cogita-se de uma integração de mercados, por meio de pactos, de formação de fortes blocos econômicos, perpassando regras de concorrência, mas na tipologia do capitalismo nanceiro, no qual a propriedade privada, berço do seu início, perde força e ca num plano secundário, na medida em que as conturbações multilaterais retiram do papel produtivo a sua mais valia, eis por que forte retração do consumo e concentração de renda disseminam conceitos ambientados ao estilo da nova era.

E nesta circunstância, portanto, o Direito dos negócios, empresarial, ou de qualquer outro conceito, relativamente ao Direito Civil, se transforma com agilidade, rapidez e velocidade meteórica, com o aparecimento e surgimento de novos institutos e uma congruente adaptação à sua estrita circunstância de incrementar os mercados e balizar sua correspondente percepção na preservação da empresa em harmonia com regras do comércio internacional e da economia regionalizada.

Em resumo, não há se cogitar de tendência única no campo do Direito Comercial, mas sim de um forte pluralismo que dimensiona uma integração entre os países, com a liberação das barreiras, e um desenvolvimento socioeconômico compatível com as necessidades da tecnologia de uma sociedade de consumo.

58Caio Prado Júnior, *Formação do Brasil Contemporâneo*, São Paulo, p. 228.

59Caio Prado Júnior, ob. cit., p. 229.

60Cf. Cândido Mendes de Almeida, *Código Filipino* ou *Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, Rio de Janeiro, 1870, "Ao Leitor".

61O arttgo 21 do Código Comercial foi revogado pelo Código Civil de 2002.

62O arttgo 22 do Código Comercial foi revogado pelo Código Civil de 2002.

63O arttgo 309 do Código Comercial foi revogado pelo Código Civil de 2002.

64O arttgo 310 do Código Comercial foi revogado pelo Código Civil de 2002.

65O arttgo 825 do Código Comercial foi revogado pelo Decreto-Lei nº 7.661, de 21.06.1945, hoje disciplinado pela Lei nº 11.101/05.

66O arttgo 898 do Código Comercial foi revogado pelo Decreto-Lei nº 7.661, de 21.06.1945, hoje disciplinado pela Lei nº 11.101/05.

67Os artigos 14 e 15 do Título Único do Código Comercial foram revogados pelo Decreto-Lei nº 7.661, de 21.06.1945, e hoje vige a Lei nº 11.101/05. 68 Carvalho de Mendonça, *Tratado,* vol. I, p. 104.

VII
DIVISÃO DO DIREITO COMERCIAL

49. Divisão Clássica do Direito Comercial – Costuma-se dividir o Direito Comercial em *terrestre* e *marítimo*. A essa divisão clássica ajuntou-se, recentemente, um novo ramo – o *Direito Aeronáutico* –, compreendendo todos os atos jurídicos que dizem respeito ao transporte aéreo e aos elementos necessários ao mesmo.

Tal divisão tem recebido reparos, especialmente no que se refere ao Direito Marítimo. Vários são os autores que, apercebendo-se do crescente desenvolvimento desse ramo e destacando as normas que lhe são peculiares, opinam pela sua autonomia, separando-o do Direito Comercial. Esse fato se prende, sobretudo, ao orescimento do comércio transoceânico, que tem no navio o mais destacado meio de transporte.

Por outro lado, com o espantoso progresso da navegação aérea, veri cado a partir da primeira metade do século XX, e que cada vez mais se desenvolve, com o aperfeiçoamento da técnica, criaram-se novas situações jurídicas, cuja regulamentação legal se torna necessária; esse fato faz com que se procure dar autonomia a esse ramo do Direito, libertando-o do âmbito do Direito Comercial. Direito em plena e permanente evolução, sujeito, principalmente, a convenções internacionais, o Aeronáutico marcha, indiscutivelmente, para uma posição cada vez mais destacada e complexa, tendendo as suas normas a afastar-se das do Direito Comercial comum, ou mesmo do Direito Aeronáutico tradicional, com tendência a tornar-se um *Direito Espacial*.[69]

Apesar desses fatos, ainda perdura a divisão do Direito Comercial em *Terrestre, Marítimo* e *Aeronáutico*. As normas gerais estão de tal modo ligadas que ainda é difícil, nos dias atuais, dar inteira autonomia ao Direito Marítimo ou ao Direito Aeronáutico.

50. Crítica à Divisão Clássica do Direito Comercial – Ao que parece, o problema principal da divisão do Direito Comercial reside numa questão de método na distribuição de suas diversas matérias. Segundo a compreensão comum, o *Direito Comercial terrestre* abrange as normas jurídicas relativas aos comerciantes, aos contratos e às obrigações comerciais, à falência e títulos de crédito; o *Direito Marítimo* compreende o navio e os institutos que adquirem caráter especial em face do transporte marítimo; o *Aeronáutico*, a aeronave e tudo quanto se relacione com o transporte aéreo.

Se encararmos, porém, as normas do Direito Comercial pelos seus objetivos mais destacados, poderemos dar nova estruturação a todas essas matérias, capaz de melhor ser compreendida a sua rami cação. Desse modo, estudando-se o Direito Comercial, tendo em vista as atividades comuns dos comerciantes, poderemos agrupar, no Direito Comercial *geral*, os comerciantes ou empresários comerciais, pessoas físicas ou jurídicas, os elementos necessários ao exercício do comércio – fundo de comércio, auxiliares do comerciante –, seus direitos e deveres, os contratos que realizam no exercício da pro ssão, as medidas garantidoras dos interesses de terceiros, quando, não cumprindo os comerciantes as suas obrigações, forem levados à falência. A essa parte do Direito Comercial poder-se-á dar a denominação de *Direito do Comerciante* ou *Direito dos Empresários*, por se relacionar, precipuamente, com as atividades normais dos mesmos, no exercício de sua pro ssão.

Por outro lado, sabe-se que a circulação dos bens ocupa lugar primacial nas relações comerciais, sem o que as atividades dos comerciantes cariam quase anuladas. Um outro grupo de normas jurídicas poderá, assim, compor uma parte do Direito Comercial, relativa principalmente ao trá co mercantil. Ter-se-á, então, um *Direito dos Transportes*, compreendendo não apenas os transportes marítimos – veículos, pessoal, mercadorias e contratos especí cos desses transportes – como, igualmente, o aeronáutico e o terrestre. Se bem que, em cada uma dessas subdivisões, existam normas peculiares, a sua aglutinação em torno de uma mesma categoria é possível, em face de suas características próprias. Regras comuns já existem, mesmo, a uni car certos aspectos gerais dos transportes, sejam terrestres,

marítimos ou aeronáuticos, como, por exemplo, as referentes aos *conhecimentos*, uni cados em um só diploma legal, quer o transporte de mercadorias seja feito por terra, por mar ou pelo espaço aéreo.

Por último, uma terceira categoria de regras especiais poderá ser destacada na divisão do Direito Comercial, constituindo um dos seus ramos. Essas regras são as relativas aos *títulos de crédito* que, qualquer que seja a sua espécie, sempre representam a mobilização do crédito em favor do desenvolvimento do comércio. É verdade que esses títulos, pelo papel econômico que desempenham, não são privativos apenas dos comerciantes, mas alargaram o seu campo de ação até mesmo a pessoas que não exercem a pro ssão comercial. Se assim acontece, deve-se, contudo, levar em conta que, por sua natureza, os títulos de crédito são essencialmente comerciais. E tal fato faz, mesmo, com que se comercializem relações jurídicas de natureza civil, já que, em se tratando de títulos de crédito, o Direito Comercial deve regular a matéria, ainda que civis sejam os contratos de que eles participam. A essa parte do Direito Comercial poder-se-á denominar de *Direito Creditório*, encerrando, assim, o conjunto dos ramos que compõem essa parte do Direito Privado.

Tal coordenação das diversas matérias integrantes do Direito Comercial, estruturadas em três subdivisões, não é, evidentemente, uma inovação com a nalidade de substituir a divisão clássica. É, apenas, uma amostra de que melhor poderia ser feito a distribuição das matérias que formam o Direito Mercantil, para maior facilidade de seu estudo. Outras estruturações têm sido e poderão ser feitas. Contudo, como acima cou dito, enquanto não se encontrar uma fórmula que melhor coordene e distribua a matéria comercial, a divisão clássica se impõe, compreendendo o *Direito Terrestre* os comerciantes, seus auxiliares, seus direitos e deveres, os elementos necessários ao exercício de sua pro ssão, os contratos comerciais, os títulos de crédito e a falência; o *Direito Marítimo*, o navio, pessoal de bordo e contratos marítimos; e o *Aeronáutico*, compreendendo a aeronave, condições necessárias à sua utilização, pessoal e contratos de transportes aeronáuticos. No Direito Aeronáutico observa-se o que foi dito sobre o Direito Espacial, ora em formação.

51. Orientação do Código Comercial – O Código Comercial brasileiro seguiu, de certo modo, a divisão antiga do Direito Comercial em *Terrestre* e *Marítimo*. Dividido em três partes: na 1ª, referente ao comércio em geral, compendiou as regras relativas aos comerciantes, seus auxiliares, direitos e obrigações, aos contratos comerciais e títulos de crédito; na 2ª, reuniu tudo o que existia a respeito do navio, sua utilização e contratos; na 3ª, se referiu ao processo especial da falência e, no Título único, à jurisdição comercial. Esse Título foi logo revogado e a 3ª parte, referente à falência, substituída por uma legislação especial. Tal legislação, contudo, faz parte do Direito Terrestre, havendo, assim, o Código, que nesse setor não se baseou em nenhum daqueles que lhe serviram de fonte, feito, em essência, o enquadramento do Direito Comercial em dois grandes ramos: o Direito Comercial Terrestre e o Direito Comercial Marítimo, já que, na época em que foi elaborado, nada existia a respeito do Direito Aeronáutico, apesar de já existirem várias experiências com balões, principalmente como elemento auxiliar nas guerras, sabido que o balão cativo foi usado no cerco de Maubeuge, na França, em 1793, e na batalha de Fleurus, na Bélgica, em 1794.

52. Orientação do Projeto de Código de Obrigações e do Código Civil em Vigor – Como já foi dito, o Projeto de Código de Obrigações de 1965, depois de englobar, na primeira parte, os contratos em geral, civis ou comerciais, estudava, na segunda, os títulos de crédito e, na terceira, os empresários e as sociedades. Cuidava, assim, apenas do *Direito Terrestre*, já que na parte relativa aos contratos não estavam incluídos os contratos de transporte marítimo ou aeronáutico. Esses dois ramos do Direito Comercial seriam disciplinados em estatutos diversos. O mesmo aconteceria com a falência, o que, aliás, já se veri ca no sistema atual.

O Código Civil de 2002, entrando em vigor em 2003, buscou uni car o Direito Privado, regulando de modo geral os contratos, embora em alguns aspectos, tenha normas especí cas e incidentes em determinados contratos, quando atinentes aos empresários ou sociedades empresárias registradas que, de certa maneira, correspondem aos antigos comerciantes. Foram dispostos os novos contratos; a exemplo citamos de agência e distribuição (arts. 710 a

721), de corretagem (arts. 722 a 729), de transporte (arts. 730 a 756), inserindo-se no Título VIII, capítulo I, disposições sobre os títulos de crédito (arts. 887 a 926), na qualidade de normas gerais, sem prejudicar a criação de novos títulos de crédito por leis esparsas. Cumpre ponderar que o Código Civil vigorante discrepa de pontos essenciais da Lei Uniforme de Genebra a respeito das letras de câmbio e notas promissórias, o que representa retrocesso, maior ainda se nos detivermos na cibernética e nos meios eletrônicos, superando a materialidade e o espaço físico da emissão cambial.

No livro II cuidou o legislador da atividade negocial se reportando ao empresário e às sociedades classi cadas em personi cadas e não personi cadas. Entende-se por sociedade personi cada aquela regularmente constituída e registrada, dentre as quais as simples, em nome coletivo, comandita simples, limitadas, anônimas, em comandita por ações e cooperativas. Regula, também, as sociedades ligadas, a liquidação de sociedades, transformação, incorporação e fusão, e ainda sociedades dependentes de autorização.

Por derradeiro, o Título III cuida do Estabelecimento, o IV, dos Institutos Complementares, a saber: o Registro (arts. 1.150 a 1.154), o Nome Empresarial (arts. 1.155 a 1.168) e a Preposição (arts. 1.169 a 1.171). Destaca capítulo dedicado à Escrituração (arts. 1.179 a 1.195).

Na mesma linha do Projeto de Código das Obrigações de 1965, o Código Civil atual não tratou dos transportes marítimo e aeronáutico, muito menos da falência, que serão alvos de regulação à parte.

Consciente dos reclamos feito pelos juristas, a parte referente às sociedades anônimas foi retirada do Código. A disciplina, como é do nosso conhecimento, faz parte da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modi cações implementadas pela Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001. Evidente que o mesmo diploma regulador das sociedades anônimas cuida das sociedades em comandita por ações, daí porque ser a lei intitulada Lei das Sociedades por Ações.

Necessário esclarecer que o Código Civil, no Capítulo VI, ao abordar as sociedades em comandita por ações, em linhas gerais, destacou a disciplina da Lei das Companhias, delimitando aspectos gerais quanto à administração, responsabilidade, diretoria e assembleia geral, nos artigos 1.090 a 1.092, sem no entanto, con itar com a Lei de Sociedades Anônimas.

69Para Charles Chaumont o Direito Espacial é "um novo ramo do Direito, irmão do Direito Aeronáuttco", sendo empregadas para caracterizá-lo outras expressões, como "Direito Astronáuttco" e "Direito Cósmico". O autor crittca essas expressões preferindo a de "Direito Espacial", em que "se pode englobar o domínio tradicional do Direito Aeronáuttco, mas também zonas cada vez mais afastadas da Terra à medida que os progressos da Ciência e as necessidades humanas que deles resultem se precisem". Reconhece o autor, entretanto, que "este 'Direito Espacial' está "em via de formação, e de formação acelerada", veri cando-se sua necessidade desde o lançamento do primeiro *sputtnik*, em 4 de outubro de 1957.

Capítulo Segundo

ATOS DE COMÉRCIO

VIII
ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA MATÉRIA COMERCIAL

53. Elementos Básicos do Direito Comercial – Ao conceituar o Direito Comercial, no seu sentido clássico, vimos que ele é o conjunto de normas jurídicas que regulam as atividades dos comerciantes no exercício de sua pro ssão e os atos por lei considerados comerciais. Essa noção do Direito Comercial tem sua base, como se evidencia, no conceito do comerciante e dos atos de comércio. Simpli- cando-se, assim, a sua enunciação, poderíamos dizer que, tradicionalmente, o *Direito Comercial é o Direito dos Comerciantes e dos atos de comércio*.

Como acentuamos (*supra*, nº 15), esse conceito, em face do desenvolvimento das atividades comerciais através das empresas, pode ser atualizado sem, contudo, perder a sua essência. E, nessa atualização, será considerado Direito Comercial o *conjunto de regras jurídicas que regulam as atividades dos empresários e das sociedades empresárias, bem como os atos considerados comerciais, mesmo que esses atos não se relacionem com as atividades das empresas*.

54. Justi cação do Conceito – As di culdades de abranger, em uma simples de nição, todo o âmbito do Direito Comercial, justi cam a adoção da noção acima enunciada, baseando-se no conceito do *comerciante* e dos *atos de comércio*, ou, como já foi dito, adotando-se a teoria da empresa, nos *atos dos empresários* e nos que a lei considera comerciais. O assunto, por demais complexo, tem sido debatido por comercialistas de grande nomeada e ainda há alguns anos voltou à baila, quando foi amplamente discutido por ocasião da reforma do Código de Comércio francês, em 1948, cujo anteprojeto inicial, tendo em vista a di culdade de caracterizar os atos de comércio como atos de empresa, adotou, no seu art. 1º, o conceito do Direito Comercial como sendo o *Direito dos comerciantes* (subjetivo) e dos *atos de comércio* (objetivo). Assim, rezava o art. 1º do anteprojeto discutido pela comissão encarregada de proceder à reforma do Código de Comércio francês: "*O presente Código se aplica aos comerciantes e aos atos de comércio*".

Muito embora reconhecendo as desvantagens dessa orientação, por requerer, *a priori*, o conhecimento da gura jurídica do comerciante e do que sejam atos de comércio, a adotamos para evitar uma discussão mais demorada do assunto, em última análise até hoje não de nido de modo a contentar todos os comercialistas.

Cumpre, entretanto, esclarecer que esse conceito é, ainda hoje, o mais aceito pelos que estudam o Direito Comercial.

55. Elementos Caracterizadores do Direito Comercial – Teremos, então, como elementos caracterizadores do Direito Comercial os *comerciantes* ou *empresários*, pessoas físicas ou jurídicas que, de maneira pro ssional, procuram fazer circular as riquezas ou prestar serviços, com intuito de obter lucro nessas operações, e os *atos de comércio*, ou seja, os atos praticados por esses comerciantes ou pelas empresas, em função de sua pro ssão, e aqueles que a lei, discricionariamente, reputa comerciais. O *comerciante* ou *empresário* será, desse modo, o agente da operação comercial, e os atos de comércio os delimitadores da matéria mercantil.

56. Preeminência dos Atos de Comércio – Indiscutivelmente, os atos de comércio têm preeminência sobre os comerciantes, pois não existirão estes desde que se veri que a ausência de atos de comércio. Vários tratadistas,

estudando o assunto, baseados nas de nições dos Códigos, acentuam que existe um verdadeiro círculo vicioso, já que atos de comércio são os praticados pelos comerciantes, e comerciantes são as pessoas que praticam habitualmente atos de comércio. Assim, porém, não acontece – e o assunto já foi magistralmente demonstrado por Garrigues –;[1] desde que se dê a preeminência aos atos de comércio, pois, se para ser comerciante, é indispensável a prática pro ssional de atos de comércio, estes existem sem que aqueles que os praticam possam ser considerados comerciantes.

Dessa maneira, há notável preponderância dos atos de comércio sobre os comerciantes. São aqueles os que, realmente, caracterizam e delimitam a *matéria comercial*, distinguindo-a da civil. Em virtude dessa posição, estudaremos, aqui, em primeiro lugar, os *atos de comércio*, só posteriormente passando a mencionar aqueles que os praticam por pro ssão, ou seja, os *comerciantes*.

57. Histórico dos Atos de Comércio – O conceito dos atos de comércio não tem sido xado, com clareza, no Direito Positivo. O Código de Comércio francês, o primeiro a tratar do assunto (as Ordenações de Luís XIV não se referiram aos atos de comércio), não deu uma ideia exata do que podia compreender por esses atos. Anteriormente ao Código francês, quando os comerciantes formavam uma classe especial, faziam parte de uma corporação tendo jurisdição própria; facilmente se compreendia, nessa época, que os atos por eles praticados eram atos de comércio e, por essa razão, seriam julgados por um tribunal especial, o Tribunal Consular. Mas a Revolução Francesa, adotando o lema de "liberdade, igualdade, fraternidade", procurou abolir os privilégios de classes, todos equiparando perante a lei. Por isso, o Código de Comércio francês, cheio das ideias da Revolução, depois de declarar (art. 1º) que "*são comerciantes os que exercem atos de comércio e deles fazem pro ssão habitual*", arrolou, nos arts. 632 e 633, uma série de atos comuns ao exercício do comércio e outros que seriam considerados comerciais porque a lei assim os reputava, não sendo necessário, portanto, para esses, que a pessoa que os praticasse fosse comerciante. Eram atos de comércio *objetivos*, tendo essa qualidade por determinação da lei e não em decorrência da pro ssão da pessoa que os praticava.

Logo, porém, veri cou-se que a enumeração feita pelo Código era defeituosa, cando a cargo da doutrina e da jurisprudência xar as características dos atos de comércio. E a doutrina criou várias teorias que, até o presente, não esclareceram completamente o assunto.

58. Atos de Empresas – Uma das mais recentes teorias relativas aos atos de comércio é a que os classi ca como *atos de empresas*. O Código Civil italiano de 1942, tentando fazer a uni cação do Direito Privado, tomou como agente da pro ssão comercial não o comerciante, pessoa física ou jurídica, mas a *empresa comercial*, ou seja, o conjunto de pessoas, capital e trabalho, que se dedica às atividades de produção e circulação dos bens. Os atos praticados pelas empresas comerciais seriam sempre atos comerciais.

A teoria da empresa, no Direito Comercial, está em franca evolução, mas ainda encontra, no Direito Positivo, óbices que impossibilitam a sua aceitação geral. Assim, a empresa, no sentido econômico, signi ca uma união do capital e do trabalho para a produção e circulação dos bens; já as atividades comerciais se caracterizam, sobretudo, pela *intermediação*, sendo o comerciante, precipuamente, um intermediário, se bem que haja exceções. Por outro lado, atividades secularmente afastadas do âmbito comercial, como as agrícolas, estão compreendidas nas atividades das empresas de caráter *civil*, o que torna difícil a aceitação integral da empresa comercial como substituta do comerciante.

Por tal razão, não podemos dizer que todos os atos das empresas são atos de comércio, apesar da forte corrente doutrinária que aceita, *in totum*, a empresa comercial como substituta do comerciante e, consequentemente, dá ao Direito Comercial o sentido de Direito das Empresas.

No Brasil, o Projeto de Código de Obrigações de 1965, substituindo o comerciante pelo empresário comercial, considerava este "quem exerce, pro ssionalmente, atividade econômica organizada para a produção ou circulação de

bens e serviços", exceto as atividades destinadas à produção agrícola, silvícola, pecuária e conexas, bem como a transformação e alienação dos respectivos produtos, quando pertinentes à rotina rural (arts. 1.106, 1.107 e 1.108).

O atual Código Civil, diploma 10.406, de 11 de janeiro de 2003, quando entrou em vigor, buscou uni car o Direito Privado, seguindo o parâmetro do Código de Obrigações de 1965. Contudo, no parágrafo único do art. 966 disciplina que "não se considera empresário quem exerce pro ssão intelectual, de natureza cientí ca, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da pro ssão constituir elemento de empresa".

Os empresários devem ser inscritos no Registro das Empresas (art. 967), sendo dispensados de inscrição o empresário rural e o pequeno empresário (art. 970); e por tal motivo não estão adstritos às restrições e deveres dos empresários inscritos. As sociedades personi cadas e não personi cadas se consideram empresárias quando têm por objeto atividade própria do empresário sujeito a registro (art. 982); cujas atividades correspondem à mercancia do comerciante, valendo notar que o Anteprojeto, art. 1.028, dispunha que " salvo disposição em contrário, aplicam-se ao empresário as disposições de lei referentes a comerciantes ou atividades mercantis". Ficou inócuo o citado aspecto na legislação atual.

De toda sorte e forma, o Código Civil, na amplitude do campo ligado à matéria comercial, substitui o comerciante pelo empresário registrado, considerando civis as atividades do empresário não sujeito a registro.

59. As Di culdades da Caracterização dos Atos de Comércio – Tanto considerando como base do Direito Comercial os atos de comércio como as empresas comerciais, tem sido intensamente procurado pelos comercialistas um critério que distinga integralmente os atos comerciais dos atos civis.

Para alguns, como Thaller e Percerou, o que distingue os atos de comércio dos demais é a *circulação*, isto é, o fato de o ato de comércio servir para que circulem as mercadorias, sendo o comerciante o intermediário entre o produtor e o consumidor que pratica esse ato. Tal critério sofre oposição quando se veri ca que há atos de intermediação para a circulação de bens que não são comerciais, como a venda que alguém, não comerciante, faz de um bem que adquiriu e que não lhe interessa mais. Houve compra e revenda sem que o ato praticado fosse, contudo, sujeito ao Direito Comercial.

Outros consideram característico do ato comercial o *intuito de lucro*, ou seja, o intento especulativo. A mesma objeção pode ser oposta a essa teoria, pois são inúmeros os atos especulativos que não têm caráter comercial.

Por último, alguns consideram comerciais os atos praticados *pro ssionalmente*. Mas a pro ssionalidade não é privilégio da atividade comercial, e ainda há algum tempo o jurista francês Michel Despax, analisando o assunto, mostrou que a pro ssionalidade, mesmo com o intuito de lucro, pode ser e é feita por pessoas não comerciantes.[2]

Como se vê, o problema todo reside em não se ter um critério xo ou cientí co do que constitui *comercialidade*. Inegavelmente essa ideia está presa à de circulação: os bens comerciais *circulam*, dando-se ao termo *circulação* não apenas o sentido usual de transferência material da coisa pela tradição, mas o de transferência de propriedade, como acontece com os imóveis.

Por outro lado, também está presente na *comercialidade* o sentido econômico, isto é, a transferência de bens ou valores com o intuito de lucro *ou não*. Tradicionalmente, entende-se que na comercialização deve haver o intuito de lucro, *animus lucrandi*, visto como a atividade comercial sempre foi especulativa. A nosso ver, entretanto, querendo-se dar à atividade comercial o sentido que realmente tem no mundo atual, acreditamos que o simples sentido econômico do ato deve fazê-lo regular-se por lei especial. Isso já encontra apoio em certos atos que por lei são considerados comerciais – endossos, avais, aceites etc. – que, sem serem especulativos, são entretanto comerciais, porque apresentam atos de possibilidade econômica para quem os pratica; também os pro ssionais liberais já podem se valer de institutos antes admitidos apenas para comerciantes (exemplos: as duplicatas de serviços, a escrituração de livros próprios para efeito de declaração do Imposto de Renda). A exploração do mercado imobiliário já marcha para se reger pelas leis comerciais: no Brasil, as empresas de construção de imóveis foram consideradas comerciais (Lei nº

4.068, de 9 de junho de 1962) e na França qualquer compra de imóveis para revenda está categorizada, por lei, como comercial (Lei nº 70.601, de 9 de julho de 1970, art. 23).

Restam, ainda, as atividades agrícolas. É lógico que o agricultor, que explora o solo para o seu consumo próprio, não está comercializando o resultado de sua atividade; mas, se essa produção se destina à venda, estará praticando um ato semelhante ao do intermediário e, assim, deve ser sujeito à lei comercial. Aliás, o agricultor já se utiliza do crédito comercial como um comerciante qualquer; e se sua atividade, que constitui uma empresa (empresa agrícola), toma a forma de uma sociedade anônima, será classi cada como comercial, pois todas as sociedades anônimas são consideradas comerciais. Aliás, é de suma importância, para o ponto de vista que defendemos, o fato de a lei considerar comerciais quaisquer sociedades que se constituam como sociedades anônimas. Isso porque só pode constituir-se como anônima aquela sociedade que tenha por objeto " m lucrativo" (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976). Ora, em tal caso, é o *m lucrativo*, isto é, o caráter econômico, que torna a anônima comercial, o que signi ca o valor que tem para a conceituação da comercialidade o objeto econômico do ato.

As ideias aqui expostas poderão, é lógico, sofrer muitas restrições, pois a verdade é que existem inúmeros atos econômicos que são regulados pelo Direito Comum e não pelo Comercial. Mas, no nosso entender, para o ato econômico passar a reger-se por um Direito diverso do Direito Comum deve estar ligado à comercialidade, isto é, deve ser praticado em função de uma atividade negocial. Lógico que a simples doação não constitui um ato comercial, apesar de ser econômico. Mas se se tiver em mira a nalidade econômica do ato praticado pode-se chegar a uma conceituação mais justa ou menos arbitrária do ato de comércio.

Essas são apenas sugestões para a adoção de um critério novo na conceituação do ato de comércio. Infelizmente, do Direito Positivo e da interpretação jurisprudencial de hoje, ainda teremos que nos contentar com a categorização dos atos de comércio em atos de comércio *subjetivos* ou *por natureza* e atos de comércio *objetivos* ou *por força da lei* – sem dúvida um critério arbitrário de defeituoso, mas que, de qualquer forma, devemos acatar por imposição legal.

Efetivamente, não importa a ideia do negócio comercial, societário ou empresarial, eis que muitas atividades se destinam ao lucro, mesmo não contemplando diretamente a hipótese, desta forma o lastro, por si só, indiscutivelmente, repercute no desiderato almejado, d'outro ângulo há privilégios scais e tributários, a exemplo de fundações e associações, sem prejudicar o resultado econômico- nanceiro favorável.

60. Os Atos de Comércio no Direito Brasileiro – O Código Comercial brasileiro não se referiu, expressamente, aos atos de comércio, se bem que, de passagem, a eles se reporte (art. 30):

> "Todos os atos de comércio prattcados por estrangeiros residentes no Brasil serão regulados e decididos pelas disposições do presente Código".

Não de nindo, igualmente, os comerciantes como o zera o Código francês (art. 1º), conceituou-se, contudo, ao declarar, no art. 4º:

> "Ninguém é reputado comerciante, para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais de Comércio do Império e faça da mercancia pro ssão habitual".

Foi o Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, que, explicando em que consistia a *mercancia*, fez a enumeração dos atos de comércio:

> "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 fábricas; de comissões; de depósito; de expedição, consignação, e transporte de mercadorias; de espetáculos públicos.
>
> § 4º Os seguros, fretamentos, riscos e quaisquer contratos relattvos ao comércio maríttmo.

§ 5º A armação e expedição de navios".

E o art. 20 enumerou os atos que seriam considerados comerciais, mesmo que neles não interviessem comerciantes (*atos objetivos*):

> "Art. 20. Serão também julgados em conformidade das disposições do Código, e pela mesma forma de processo, ainda que não intervenha pessoa comerciante: § 1º As questões entre parttculares sobre tttulos de dívida pública e outros quaisquer papéis de crédito do Governo.
>
> § 2º As questões de companhias e sociedades, qualquer que seja sua natureza e objeto.
>
> § 3º As questões que derivarem de contratos de locação compreendidos na disposição do Título X, parte I, do Código, com exceção somente das que forem relattvas à locação de prédios rústtcos e urbanos.
>
> § 4º As questões relattvas a letras de câmbio, e de terra, seguros, riscos e fretamentos".

61. Noção de Atos de Comércio, segundo o Regulamento nº 737 – Tudo isso faz com que passemos, segundo o Regulamento nº 737, a ter uma noção do que sejam atos de comércio. Sabedores de que existem pessoas físicas ou jurídicas que têm a pro ssão de intermediárias entre os que produzem os bens e os que os consomem e no exercício dessa pro ssão procuram auferir lucros, os atos que tais pessoas realizam fazendo circular as riquezas são sempre considerados atos comerciais. Desse modo, atos de comércio serão os atos praticados pelos comerciantes, no exercício de sua pro ssão, e como tais cam sempre sujeitos à lei comercial.[3]

Mas há outros atos que são considerados comerciais, mesmo que não sejam praticados pelos comerciantes. Esses são atos de comércio apenas porque a lei considera como tais.

62. Imóveis e Agricultura – Mesmo no que se refere aos atos praticados pelos comerciantes no exercício de sua pro ssão, a tradição conserva fora do âmbito do Direito Comercial os atos relativos aos *imóveis* e à *indústria agrícola*. Os primeiros estão afastados do campo de Direito Comercial porque, tendo este como uma das suas características a circulação dos bens, tal não acontece com os imóveis, por sua natureza, inamovíveis. Na verdade, em essência, o argumento não tem solidez, pois, para que os bens passem de propriedade, não é necessário que sejam removidos materialmente; nas Bolsas de Mercadorias faz-se a circulação dos bens apenas pela mudança de propriedade dos títulos representativos dos mesmos, e essas operações são reputadas comerciais. Ademais, os imóveis podem ser e são objeto de especulação e deveriam, desse modo, entrar essas especulações no âmbito do Direito Comercial e não do Civil.

Quanto às atividades *agrícolas*, a razão de sua separação do terreno no Direito Comercial reside no fato de não ser o agricultor um intermediário e sim um produtor. Igualmente, aqui não se justi ca a separação, pois o agricultor que planta, colhe e vende seus produtos está, na realidade, praticando uma operação especulativa, e o faz pro ssionalmente.

Sensíveis aos modernos negócios no campo e à força do setor, não podemos mais falar de uma agricultura de sobrevivência, ou doméstica, embora exista em pequena escala, mas no conforto de tecnologia de ponta, somada à conotação do desenvolvimento do agronegócio, com uma forte produção, exportação e uma receita operacional favorável aos interesses do próprio Estado (balança comercial favorável).

Em que pese a di culdade de assentamento na terra, a atividade rural, sem a menor dúvida, tem sido a expressão maior da qualidade, da manutenção do crescimento, acima de tudo do PIB, que regula as maneiras ditadas no contorno do investimento.

Partindo-se de uma agricultura em formação, atingimos picos animadores que classi cam os negócios em bolsas de mercadorias, e a competição acirrada com o primeiro mundo, com barreiras alfandegárias protecionistas, mas a largueza do território e a qualidade da terra, na verdade, fez com que em pouco tempo o Brasil casse entre os países mais conhecidos internacionalmente no panorama empresarial rural.

63. Divisão dos Atos de Comércio – Dividem-se os atos de comércio em duas categorias: a dos praticados pro ssionalmente pelos comerciantes, no exercício de sua pro ssão, e a daqueles que são comerciais porque a lei assim o determina. Os primeiros dependem da pessoa que os realiza, e por isso se dizem *atos subjetivos*, também chamados *atos de comércio por natureza*. São atos que nascem das atividades dos comerciantes, e a sua enumeração não pode ser feita integralmente porque variam e evoluem constantemente essas atividades. Em regra, sempre que um comerciante executa um ato relativo à sua pro ssão, está praticando um ato de comércio *subjetivo*; o exemplo típico desses atos é a compra de mercadorias para revenda. Aparecem, aí, com nitidez, as características essenciais dos atos de comércio; a pessoa que faz a compra não a realiza para si e sim para revender, no intuito de obter lucro nessa operação. E essa pessoa não pratica o ato apenas de maneira esporádica, mas habitualmente, repetidamente, fazendo dessas compras para revenda a sua pro ssão.

Os outros atos, reputados comerciais por determinação da lei, são chamados *atos de comércio objetivos*. Para que quem sob a jurisdição do Direito Comercial, não é necessário que estejam ligados a um comerciante ou sejam por ele praticados. Mesmo quando praticados por um não comerciante, estes atos são reputados comerciais e cam sob a jurisdição do Direito Mercantil. O poder imperativo da lei tem força para tornar esses atos comerciais, em qualquer circunstância. Sua existência depende, desse modo, de dispositivos legais e só são atos dessa espécie os que a lei assim declara.

64. Atos de Comércio por Conexão – Também se costuma incluir na classi cação dos atos de comércio os chamados atos de comércio por *conexão*, por *dependência* ou *acessórios*. São eles atos em sua essência civis e que se transformam em comerciais quando praticados *com a nalidade de facilitar o exercício da pro ssão comercial*. Exemplo desses atos é a aquisição de instalações – balcões, vitrinas – para um estabelecimento comercial. Quem faz a aquisição desses móveis não pretende revendê-los, mas simplesmente aparelhar seu estabelecimento. Por se destinarem, porém, a facilitar o exercício do comércio, são eles comercializados, passando ao terreno do Direito Comercial.

Não enumerados, na classi cação acima, os atos de comércio acessórios, por dependência ou conexão, como uma categoria à parte, porque, ao conceituarmos os atos de comércio por natureza, dissemos que eram todos os atos praticados pelos comerciantes *no exercício de sua pro ssão*. Ora, quando o comerciante adquire um móvel para o seu estabelecimento, está agindo *como comerciante* e em caráter particular. Assim, o ato que realiza deve car no âmbito do Direito Comercial, já se só foi praticado por ter a pessoa que o realizou agido na qualidade de comerciante. Se, porém, essa pessoa adquirir esse móvel para sua residência e não para o seu estabelecimento comercial, não age como comerciante e sim como simples particular; nesse caso, o ato deve ser regido pela lei civil, pois o comerciante que o praticou não o fez no exercício de sua pro ssão.

65. Características dos Atos de Comércio – Os atos de comércio *subjetivos* possuem as características dos agentes que os realizam, ou seja, dos comerciantes. Assim, devem ser atos de *intermediação*, isto é, atos realizados entre o produtor e o consumidor ou de prestação de serviço especial, devem *visar à obtenção de lucros, para os agentes*; devem ser praticados habitualmente, já que o agente é um pro ssional, e se distingue o exercício da pro ssão pela prática habitual. E, como característica especial, devem esses atos ser realizados em *função da atividade pro ssional* do agente: esse, na verdade, é o aspecto mais importante do ato de comércio subjetivo porque é o elemento dinâmico da atividade pro ssional do comerciante, variando, de acordo com a natureza do negócio, as circunstâncias ocasionais ou a capacidade do agente.

Já os atos de comércio *por força da lei* não possuem características próprias. A sua existência está subordinada à vontade do legislador e só a lei poderá tachá-los de comerciais ou não.

66. Atos de Comércio Objetivos no Direito Brasileiro – No Direito brasileiro são entre outros, atos de empresa, por força da lei, sejam ou não empresários os que nele tomam parte: *as operações sobre títulos de dívida pública* (Regulamento nº 737, art. 20); os atos referentes *às sociedades anônimas* (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art. 2º, § 1º); as operações sobre *letras de câmbio e notas promissórias* (Dec. nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908); as operações sobre bilhetes de mercadorias (Dec. nº 370, de 2 de maio de 1890, arts. 379 e 380); as operações sobre *títulos emitidos por armazéns-gerais* (Lei nº 1.102, de 21 de novembro de 1903, art. 36); os *cheques* (Lei nº 7.357, de 2 de setembro 1985); as *empresas de construção* (Lei nº 4.068, de 9 de junho de 1962).

67. Delimitação do Campo do Direito Comercial pelos Atos de Empresa – Os atos de empresa servem, antes de tudo, para caracterizar a matéria comercial. Assim, o campo do Direito Mercantil, atualmente, está por eles delimitado. E, como consequência, a jurisdição comercial[4] vai até onde vão os atos de comércio. Daí a grande importância que têm no Direito Comercial.

Como privilégios especí cos dos atos de empresa, o Código ditou normas especiais para as provas dos contratos comerciais, mais rápidas e simples do que as do Direito Civil (Código Comercial, art. 122, revogado pelo atual Código Civil – arts. 966 e segs.) Também nas operações comerciais a solidariedade nas obrigações é presumida, ao passo que deve ser expressa no Direito Civil (Código Civil, art. 265). Por derradeiro, no atual Direito brasileiro só se acham sujeitos ao processo de falência aqueles que realizam, pro ssionalmente, atos de empresa, os empresários e sociedades empresárias, com a nova legislação disciplinada pela Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

1Juaquín Garrigues, ob. cit., I, 1, pp. 177 e segs.

2Cf. Michel Despax, ob. cit., nos 20 e segs.

3O Projeto de Código de Obrigações de 1965 dava uma relação das attvidades próprias do empresário comercial, que eram, na enumeração exempli cattva do § 1º do art. 1.108:

I – attvidade industrial, desttnada à produção de bens e serviços;

II – attvidade intermediária na circulação dos bens;

III – attvidade de transporte por terra, mas ou ar;

IV – attvidade bancária;

V – attvidade seguradora;

VI – outras attvidades auxiliares;

Essa enumeração, correspondente à feita pelo art. 2.195 do Código Civil italiano de 1942, equivalia a classi car tais attvidades como ato de *empresa comercial*, semelhante, portanto, aos que, no Direito tradicional, são chamados de *atos de comércio por natureza*. O Código Civil atual, apesar de, no Anteprojeto primittvo, mandar aplicar ao empresário registrado "as disposições referentes a comerciantes ou attvidades mercantts" (art. 1.028, parágrafo único), não se refere mais às empresas comerciais, apenas disttnguindo os empresários em empresário sujeito a registro (igualmente ao comerciante pessoa ffsica ou jurídica) e sociedades não sujeitas a registros, cujos atos, no dizer do art. 1.043, do Anteprojeto primittvo, eram sempre considerados civis e pelo Anteprojeto Revisado consideradas sociedades simples, que não são sujeitas a registro obrigatório no Regime de Empresas e sim no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (art. 998) que, em últtma análise, redunda em considerá-las civis.

Houve, como se nota, uma preocupação do Código de não se referir a comerciante ou attvidade comercial; mas, no fundo, cuida-se apenas de uma mudança de rótulo, pois, se os empresários individuais ou sociedades sujeitas a registro prattcam atos diversos dos não sujeitos a registro, e sendo os atos destes considerados civis, os dos demais serão não civis, a que hoje nós denominamos de comerciais, e o Código, para repudiar o nome de comerciante, denomina ato de empresário sujeito a registro.

4No Brasil, não existe mais uma jurisdição comercial separada da jurisdição civil, como aconteceu até 1939, quando foi uni cado o Direito Processual. Até mesmo o anttgo Código de Processo Civil e Comercial (Dec. nº 1.608, de 1939), em vigor até dezembro de 1973, foi substttuído por um Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973), atualmente regido pela Lei nº 13.150/15, atual CPC em vigor. Na França, entretanto, os comerciantes têm tribunais próprios para dirimir suas questões, os tribunais de Comércio, dando lugar à chamada *Jurisdição Consular*, para atender a questões comerciais. V., a respeito, além de compêndios e tratados do Direito Comercial francês, Jacques Deleau, Yves Cournot e Jean Talandier, *Traité Formulaire des Tribunaux de Commerce*, Lib. Techniques, Paris, 1955.

Capítulo Terceiro

DOS COMERCIANTES OU EMPRESÁRIOS

IX
NOÇÕES GERAIS

68. Conceito de Comerciante – Entende-se por *comerciante* a pessoa, natural ou jurídica, que, pro ssionalmente, exercita atos de intermediação ou prestação de serviços com intuito de lucro. Os atos praticados pelos comerciantes, no exercício de sua pro ssão, são denominados *atos de comércio por natureza* ou *subjetivos*. A lei reconhece como comerciais outros atos, mesmo praticados por não comerciantes. Esses são atos de comércio *objetivos* ou decorrentes da vontade do legislador. A pessoa que os pratica não é considerada comerciante porque, no caso, é o ato em si que tem a natureza comercial.

Com a evolução da importância das empresas no exercício das atividades comerciais, os comerciantes são considerados *empresários*, isto é, os chefes das empresas (Código Civil italiano, de 1942, art. 2.086). Tendo-se em conta que é considerado *empresário* "quem exerce pro ssionalmente atividade econômica organizada para a *produção* ou circulação de bens ou de serviços'' (Código Civil – art. 966), vê-se que o campo de ação do comerciante foi ampliado com o conceito de empresário, pois se no Direito tradicional o comerciante era um simples *intermediário*, no novo Direito as atividades da empresa podem ser também de *produção*.

Cogita-se comerciante na orientação atual do Direito Comercial o empresário, pessoa natural, ou jurídica, que se encontra obrigatoriamente inscrita no Registro de Empresas (Código Civil italiano, art. 2.195; Código Civil brasileiro – art. 967). Veri ca-se, assim, que o novo Direito retoma a orientação já abandonada pelo Direito Comercial tradicional que, em certa época, exigia, para que a pessoa pudesse gozar dos benefícios da lei especial, que era a comercial, o registro em um dos Tribunais do Comércio (Código Comercial brasileiro, art. 4º, revogado pelo Código Civil em vigor). Volta-se, portanto, em última análise, uma vez adotada a nova orientação, a dar o caráter de comercialidade às atividades dos comerciantes ou empresários por sua inscrição no Registro de Empresas. Essa orientação corporativa da atividade empresarial se deve, como tem sido amplamente comentado, ao regime político que dominava a Itália ao ser promulgado o Código Civil de 1942, segundo o qual o poder do Estado repousava nas corporações. Apesar de abolido esse regime como contrário aos ideais democráticos, perdurou o princípio de que só gozará dos benefícios especiais da lei o empresário que estiver inscrito no Registro das Empresas. Donde concluir-se que a atividade comercial (ou empresarial) só poderá ser exercida regularmente por quem zer parte da corporação dos comerciantes, ou seja, só se considera empresário comercial quem estiver inscrito no Registro de Empresas.

Fundamentalmente, o legislador extraiu muita observação do Código Civil italiano, do ano de 1942, com o escopo de se valer das diretrizes essenciais, cujo modelo, infelizmente, não se coaduna com as regras modernas da sociedade contemporânea, e muito menos com os avanços plurais no Direito Empresarial, daí por que acesas críticas lançadas contra disciplina do Direito Comercial no bojo do Código Civil.

69. Condições Indispensáveis à Aquisição da Qualidade de Comerciante – São, tradicionalmente, condições indispensáveis à aquisição da qualidade de comerciante:

a)a intermediação;
b)a especulação, ou intuito de lucro;
c)a pro ssionalidade.

Por *intermediação* entende-se o fato de estar o comerciante colocado entre o produtor e o consumidor, no processo econômico da circulação das riquezas. Assim, quando a pessoa, natural ou jurídica, produz bens para vender, não pode, em rigor, ser considerada comerciante, pois não está servindo de intermediário. Chama-se, então, *produtor*, e os lucros que obtém do seu negócio não são resultantes de atividade intermediária. Há muito, no Direito tradicional, se notava tendência acentuada para equiparar o produtor ao comerciante, notadamente com a aplicação ao Direito Comercial da teoria da empresa, considerada essa como o conjunto de capital, trabalho e organização, destinados a produzir e fazer circular os bens, substituindo o empresário a gura do comerciante. Tal orientação, contudo, não é ainda inteiramente aceita, perdurando, na grande maioria das legislações, a noção clássica de ser o comércio exercido pelo comerciante, considerado este o intermediário entre o produtor e o consumidor. Note-se, contudo, que ao lado da *intermediação*, também caracteriza a atividade comercial a prestação de certos serviços, como o transporte de pessoas e coisas, o depósito em armazéns gerais etc.

Especulação ou intuito de lucro é o fato de, nas operações que realiza, procurar sempre o comerciante auferir vantagens. Não é necessário que o lucro realmente se veri que nas transações comerciais; o comerciante apenas está imbuído da ideia de auferi-lo de ditas transações, comprando por menos para vender por mais. Orientado por essa ideia, o comerciante procura suprir as de ciências do mercado consumidor, adquirindo os bens que serão vendidos aos que deles necessitam. No desenrolar dessas operações é que se destaca o intento de obter lucros, que são a compensação do seu trabalho de intermediação, o mesmo acontecendo quando o comerciante se caracteriza por prestar serviços especializados.

Por último, para que uma pessoa possa adquirir a qualidade de comerciante, necessário é que pratique os atos de sua atividade em caráter *pro ssional*, isto é, *habitual* e *repetidamente*. A prática de um ato esporádico de compra para revenda não é, por si só, capaz de dar à pessoa que o realiza o caráter de comerciante. Necessário é que a pro ssão da pessoa consista na prática *repetida* de atos de modo *permanente*, dirigidos esses atos para a realização de um certo objetivo. Para tal, o comerciante se instala, registra rma ou nome comercial, contrata empregados, estabelece escrita própria para a anotação de suas atividades. Em uma palavra, o comerciante *se organiza* para o m especí co de realizar atividades de intermediação ou de prestação de certos serviços, empregando capital e trabalho a m de conseguir esse desiderato. Faz do exercício das atividades comerciais a sua *pro ssão*, a ela se dedicando com fervor e assumindo obrigações da prática da mesma.

70. Caráter Histórico da Pro ssionalidade Comercial – O conceito do exercício do comércio como uma pro ssão vem dos tempos mais recuados. Quando o comércio começou a desenvolver-se, na Idade Média, com o orescimento das cidades italianas, os comerciantes formavam uma classe especial, possuindo, inclusive, jurisdição própria, tribunais que se formavam com a nalidade de tomar conhecimento e julgar todos os casos em que fossem partes aqueles que exercitavam o comércio. Formaram-se corporações de comerciantes, regidas por regras particulares, amparadas pelo Estado. Constituíam eles uma classe poderosa e só os registrados nas corporações poderiam gozar dos benefícios da jurisdição comercial.

A Revolução Francesa pôs m às corporações, dando ampla liberdade a todos os que quisessem praticar o comércio. No entanto, indiscutível é que, mesmo com essa liberdade ampla, só pode ser considerado comerciante aquele que faz do exercício das atividades comerciais uma pro ssão. Para que uma atividade possa constituir pro ssão, necessário é que quem a pratica o faça de maneira permanente, repetindo habitualmente os mesmos atos. É nessa permanência na prática de atos, com a sujeição a princípios legais reguladores da atividade, que se caracteriza a pro ssão comercial. Não se torna evidentemente necessário que a pessoa se inscreva como comerciante para que seja considerada como tal, já que são reconhecidos os comerciantes *de fato*. Se, contudo, não exercer o comércio com habitualidade, se não se organizar para a prática desses atos, se apenas esporadicamente realizar uma compra para revenda com intuito de lucro, não se poderá, seguramente, dizer que essa pessoa está exercendo uma pro ssão e, em tal caso, a qualidade de comerciante não lhe pode ser outorgada.

71. Sistemas Caracterizadores da Qualidade de Comerciante – A qualidade de comerciante tem sido caracterizada de modos diversos nos vários sistemas legislativos. Constituem sistemas especiais os derivados dos Códigos francês, espanhol, alemão e italiano.

a) Caracterização do comerciante pelo Código francês

O Código francês de ne, no art. 1º, os comerciantes como "as pessoas que exercem atos de comércio e deles fazem pro ssão habitual''. Nestas condições, são necessários dois requisitos para que alguém possa ser considerado como comerciante, segundo a lei francesa. Esses requisitos são:

1– a prática de atos de comércio;

2– a pro ssionalidade habitual.

Assim sendo, a simples prática dos atos de comércio, mesmo repetidamente, não dá à pessoa a qualidade de comerciante; essa só é adquirida se quem realizar os atos de comércio o zer em caráter pro ssional, havendo, desse modo, intuito especulativo por parte da pessoa que exerce a pro ssão comercial. O sistema francês de caracterizar o comerciante foi seguido por vários outros Códigos, tais como o *belga* (arts. 1º e 10), o *holandês* (art. 2º), o *italiano* de 1887 (art. 8º), o *austríaco* (art. 1º), o *húngaro* (art. 3º) e o *português* de 1888 (art. 13). O Código espanhol, que antes caracterizava de maneira diversa os comerciantes, ao ser substituído em 1885 por outro, adotou sistema caracterizador semelhante ao francês, ao declarar que são comerciantes *"os que, tendo capacidade legal para exercer o comércio, a ele se dedicam habitualmente"* (art. 1º, nº I).

b) Sistema do Código espanhol primitivo

O Código espanhol primitivo, de 1829, divergiu do sistema francês na caracterização do comerciante. Assim, no art. 1º, estatuía aquele diploma legal:

> "Reputam-se comerciantes as pessoas que, tendo capacidade legal para exercer o comércio, se hajam inscrito na matrícula dos comerciantes e tenham por ocupação habitual e ordinária o trá co mercanttl, fundado nele o seu estado polítttco".

O art. 11 do referido Código acrescentava que "toda pessoa que se dedique ao comércio está obrigada a inscrever-se na matrícula dos comerciantes da província".

Nestas condições, veri ca-se que o Código Comercial espanhol de 1829 requeria, além da prática habitual de atos de comércio, que as pessoas estivessem matriculadas como comerciantes para serem consideradas como tais. Considerava os comerciantes uma classe especial, dando assim ao comércio um sentido corporativo, já banido do Direito francês pela Revolução, que, procurando dar igualdade a todos os homens, havia abolido os privilégios de classes. O Código francês adotou a orientação liberal da Revolução, mas o espanhol, que lhe seguiu, continuou a considerar os seus comerciantes como constituindo uma classe especial, sujeitos os membros à matrícula no Registro dos Comerciantes, a m de poderem gozar dos privilégios da lei comercial.

Mais tarde, ao ser substituído o Código espanhol de 1829 pelo de 23 de agosto de 1885, essa orientação foi modi cada, como tivemos oportunidades de dizer, linhas atrás. Mas o primitivo Código espanhol in uenciou vários outros, como o *português de 1833* (que mais tarde também mudou de orientação, seguindo o Código de 1988 do sistema francês), o de *Costa Rica*, o do *Uruguai* e do *Equador*, e todos esses países continuaram a ter os comerciantes como participantes de uma classe especial. Também o Código brasileiro de 1850, que foi calcado no português de 1833 e no espanhol de 1829, obedeceu ao mesmo sistema, estatuindo o art. 4º que "ninguém é reputado comerciante, para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, *sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais de Comércio* e faça da mercancia pro ssão habitual".

c) Sistema do Código alemão de 1897

O Código alemão de 1897, ainda em vigor, adotou um sistema diverso para caracterizar os comerciantes. No seu art. 1º considera como comerciante a pessoa que exerce uma pro ssão comercial, em seguida enumerando os atos que caracterizam essa pro ssão, ou seja, os atos de comércio. No art. 2º, porém, considera como atividades comerciais as das pessoas que, mesmo não praticando os atos de comércio no Código enumerados, registram seu nome no Registro de Comércio. Nessas condições, difere o sistema alemão do francês e do espanhol porque reputa comerciantes:

1 – os que exercitam pro ssionalmente o comércio;

2 – os que inscrevem seu nome no Registro Comercial, mesmo que não pratiquem os atos caracterizadores da pro ssão comercial.

d) Sistema do Código Civil italiano de 1942

O Código italiano de 1887 seguiu, como vimos, a orientação francesa, reputando comerciante (art. 8º) "os que exercitam atos de comércio, por pro ssão habitual, e as sociedades comerciais'', e enumerando, no art. 3º, os atos que a lei considera como comerciais. Substituído o Código Comercial de 1887 pelo Código Civil de 1942, no qual foi feita a uni cação formal do Direito Civil com o Comercial, baseou esse Código o exercício do comércio na *empresa*, e, nessas condições, em vez de caracterizar o comerciante, de niu o empresário como sendo "aquele que exercita pro ssionalmente uma atividade econômica organizada com o m da produção ou da troca de bens ou de serviços" (art. 2.082). Os empresários que se dedicam às atividades comerciais deverão inscrever-se obrigatoriamente no registro dos empresários comerciais (arts. 2.195 e 2.196).

Nestas condições, veri ca-se que, mesmo considerando como comercial a empresa, o Código Civil italiano de 1942 requer, como caracterizadores das atividades do empresário, a prática habitual das atividades comerciais e o registro obrigatório. Em última análise, o sistema italiano reconhece nos empresários comerciais uma classe especial, aproximando-se, assim, do antigo sistema espanhol, que é o sistema acolhido pelo Código Comercial brasileiro.

72. A Caracterização do Comerciante no Direito Brasileiro – O Código Comercial brasileiro, in uenciado pelo Código português de 1833 e pelo espanhol de 1829, não de niu o comerciante, mas declarou, no art. 4º, que somente os que estivessem matriculados no Tribunal de Comércio e zessem da mercancia pro ssão habitual poderiam gozar dos favores da lei comercial. O Registro nº 737, de 25 de novembro de 1850, nos arts. 19 e 20, esclareceu o que era considerado *mercancia*, enumerando uma série de atos de comércio por natureza e de atos que, em qualquer circunstância, a lei considerava comerciais. Em tais condições, conclui-se que, pelo sistema do Código brasileiro, para que uma pessoa pudesse ser considerada comerciante, necessário era que:

1– *estivesse matriculada em algum dos Tribunais de Comércio*;

2– *zesse da mercancia, ou seja, da prática de atos de comércio, pro ssão habitual*.

Esse sistema do Código foi, contudo, modi cado, apesar de não ter sido o nosso Código substituído por outro, como aconteceu com o espanhol de 1829 e o português de 1833. Assim, a matrícula obrigatória dos comerciantes foi abolida pela Lei nº 2.662, de 9 de setembro de 1875, que suprimiu os Tribunais de Comércio, determinando, em sua substituição, que fossem criadas as Juntas Comerciais, sem conservar, contudo, aquela obrigatoriedade de matrícula estatuída pelo art. 4º do Código Comercial. Nestas condições, segundo a lei brasileira em vigor, são comerciantes os que exercitam atos de comércio, de modo pro ssional, ou seja, repetidamente, com intuito de lucro, sendo também regidos pela lei mercantil outros atos reputados como comerciais, ainda que não sejam praticados pro ssionalmente pelos comerciantes.

73. Sociedades Comerciais – Em todos os sistemas legislativos as sociedades empresárias são consideradas como comerciais, sobre o assunto não havendo divergência, considerando-se comercial a sociedade que tenha *objeto* comercial ou que a lei expressamente reputar como tal, muito embora o seu objeto seja civil.

No atual Código Civil, aprovado no ano de 2002, em vigor desde janeiro de 2003, as sociedades comerciais necessitam fazer a inscrição no Registro de Empresas; por tal ato se denominam sociedades empresárias. As que não se inscreveram no Registro de Empresas, desejando aquisição de personalidade jurídica, submetem-se ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas (art. 985), classi cando-se como sociedades civis.[1]

74. Espécies de Comerciantes – A pro ssão comercial pode ser exercida por uma pessoa física ou por uma pessoa jurídica. No primeiro caso, tem-se o *comerciante individual* e no segundo *uma sociedade*.[2]

Não há di culdade para se saber se uma sociedade é comercial ou não; basta veri car qual o seu objeto. Em geral, tendo objeto econômico e se dedicando à intermediação ou à prestação de serviços, com caráter pro ssional, a sociedade é considerada comercial e, como tal, está sujeita às leis mercantis. Ademais, a lei criou determinados tipos de sociedades comerciais, variando apenas em função da responsabilidade das pessoas que nelas tomam parte. Tais sociedades são especi camente reguladas pela lei comercial e os terceiros facilmente podem distingui-las das sociedades civis.

Quanto ao comerciante individual, mais difícil se torna a sua caracterização. Contudo, existem algumas regras que levam a identi cá-lo, de modo a não serem os terceiros prejudicados com a ignorância da qualidade de comerciante da pessoa.

Na França, a Lei nº 85.697, de 1º de julho de 1985, permite a constituição da empresa unipessoal de responsabilidade limitada, xando circunscrita a responsabilidade do sócio único ao aporte de recursos nanceiros que haja realizado, salvo quando (a) tenha transferido para a empresa bens imóveis ou móveis, corpóreos e ou incorpóreos, (b) haja recorrido a empréstimos bancários e (c) a empresa ajuíze pedido de recuperação (*redressement*) ou falência em que que constatado que a insu ciência do ativo decorreu de má gestão (*faute de gestion*).

Na Itália temos a sociedade com único sócio (*società com un solo socio*) que funciona na modalidade de empresa individual e mantém a atividade no exercício do seu titular, com características próprias, notadamente na responsabilidade, disciplinando patrimônio de afetação, ou, como dita o direito alemão *Zwechvermogen*, com o intuito de se delimitar objetivamente o negócio societário.

Comporta esclarecer que no solo pátrio a sociedade unipessoal não recebeu prestígio, apenas se admite provisória e transitoriamente, a m de que seja regularizada a situação da sociedade; porém não se admite a constituição com apenas único sócio, ainda que possa empresarialmente ter tal conotação na subsidiária integral.

1A Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, instituiu o "registro público de empresas mercantis e atividades a ns", com as seguintes nalidades, consoante dispõe o art. 1º, incisos I a III:

I – dar garantia, publicidade, segurança e e cácia aos atos jurídicos das empresas mercantis, submetidos a registro na forma desta lei; II – cadastrar as empresas nacionais e estrangeiras em funcionamento no país e manter atualizadas as informações pertinentes; III – proceder à matrícula dos agentes auxiliares do comércio, bem como ao seu cancelamento.

2No novo sistema implantado no Brasil a atividade comercial sendo exercida pela empresa, essa pode ser constituída por uma pessoa física, que é o seu chefe (*empresa individual*, correspondente a comerciante individual) ou por uma sociedade (*sociedade empresária* ou sociedade comercial).

X
OBRIGAÇÕES E PRIVILÉGIOS DOS COMERCIANTES

a) Nome comercial

75. Firma e Denominação – Todos os comerciantes, sejam pessoas físicas ou jurídicas, necessitam de um nome para exercer as suas atividades pro ssionais: esse nome tem a designação de *nome comercial.*

Divide-se o nome comercial em duas espécies diferentes: *rma* ou *razão comercial* e *denominação*. A *rma* é o nome comercial formado do nome patronímico ou de parte desse nome de um comerciante ou de um ou mais sócios de sociedade comercial, acrescido ou não, quando se trata de sociedade, das palavras *e companhia*.[3] O comerciante individual, por realizar o comércio sozinho, naturalmente terá uma rma composta de seu nome patronímico, usado por extenso ou abreviadamente. Assim, José Pereira de Almeida, exercendo o comércio pro ssionalmente, usará como nome comercial, ou seja, como nome que o obrigue nas relações comerciais ou o seu nome por inteiro – *José Pereira de Almeida* – ou esse nome de forma abreviada: *J. Pereira de Almeida,* ou *J. P. de Almeida*, ou, ainda, *José P. de Almeida.* Os comerciantes individuais não podem usar um nome de fantasia como nome comercial, apenas lhes sendo permitido juntar ao seu nome patronímico uma palavra capaz de melhor identi cá-los: J. P. de Almeida, *Relojoeiro; Viúva* Maria P. de Almeida. Terão, assim, que empregar uma *rma* ou *razão comercial*, pois o comércio que praticam é feito de maneira individual, não possuindo eles pessoas associadas ao mesmo negócio.

As sociedades empresárias poderão usar *rma* ou *denominação*, segundo o tipo de sociedade. Em regra geral, as sociedades que possuem sócios de responsabilidade ilimitada, de forma subsidiária, pelas obrigações sociais, usarão uma *rma* ou *razão social*, porque a rma tem a especialidade de demonstrar aos terceiros que as pessoas que nela guram possuem, na sociedade, essa responsabilidade ilimitada. Assim, se João Marques e Alfredo Moreira constituem uma sociedade, assumindo ambos o compromisso de responder ilimitadamente pelas obrigações da mesma, no caso de o patrimônio da sociedade não ser su ciente para solver os compromissos sociais, usarão de uma rma ou razão social, da qual podem constar os nomes dos dois sócios – *Marques & Moreira*, por exemplo – ou de apenas um dos sócios, acrescido das palavras *e companhia* (*Marques e Companhia* ou *Moreira & Cia*.). De qualquer modo, o sócio cujo nome gurar na rma terá sempre responsabilidade *ilimitada*, donde saber-se que na sociedade que usa a rma *Marques & Cia*. o sócio Marques responde, com o seu patrimônio particular pelas obrigações sociais, se o patrimônio da sociedade for insu ciente para solver os compromissos assumidos. Podem igualmente numa mesma sociedade um ou alguns sócios assumir responsabilidade *ilimitada* e outro ou outros assumir responsabilidade *limitada*. Nesse caso, só os sócios que possuem responsabilidade *ilimitada*, pela regra geral, guram na rma, donde na rma *Moreira & Cia* saber-se que o sócio Moreira possui responsabilidade *ilimitada*, podendo o sócio que se acoberta sob as palavras *& Cia.* possuir *ou não* responsabilidade *ilimitada*. Os terceiros que transacionam com a sociedade terão que se louvar, desse modo, na situação do sócio cujo nome gura na rma. Se, por acaso, necessitarem saber quais os sócios que se acobertam sob as palavras *& Cia.* ou veri car se possuem eles responsabilidade limitada ou ilimitada, terão que se certi car no Registro do Comércio, que fornecerá as certidões necessárias.

Por último, há sociedades em que *todos os sócios* limitam a sua responsabilidade pelas obrigações sociais, ou apenas às importâncias com que entrarem para as mesmas sociedades ou a uma importância maior, sempre certa, no caso, a do capital social. Nesses casos, não havendo sócios de responsabilidade ilimitada, não poderão essas sociedades usar de rma ou razão social. Em seu lugar usarão de um nome de fantasia ou tirado do seu objeto social, nome esse que tem a designação especí ca de *denominação*. Quando, desse modo, encontramos uma sociedade comercial com o nome de *Indústrias Químicas do Brasil S.A.,* sabemos logo que os sócios dessa sociedade não possuem responsabilidade ilimitada, respondendo, apenas, pelas importâncias com que entraram para dita sociedade.

A *denominação*, além do mais, será sempre acrescida de palavras designativas do tipo de sociedade. Assim, as sociedades anônimas sempre empregarão, junto à denominação, as palavras *Sociedade Anônima*, por extenso ou abreviadamente, antecedendo ou sucedendo à denominação (*S.A. Indústrias Químicas do Brasil,* ou *Indústrias Químicas do Brasil, S.A.*), ou, ainda, a palavra *Companhia*, por extenso ou abreviadamente, sempre, porém, *antecedendo à denominação* (*Companhia Indústrias Químicas do Brasil*). Nesse caso, é dispensado o acréscimo das palavras *Sociedade Anônima*, por extenso ou abreviadamente.

As sociedades limitadas quando usarem *denominação* (diz a lei que essas sociedades podem possuir rma *ou* denominação, como teremos oportunidade de ver posteriormente), empregarão sempre a palavra *limitada*, depois da denominação, ou as palavras *sociedade de responsabilidade limitada*, por extenso ou abreviadamente, e sempre *sucedendo* à denominação. Assim, ao termos a denominação de *Indústrias Químicas do Brasil, Limitada,* saberemos, logo, que se trata de um tipo especí co, classi cado como *sociedade limitada*, no qual os sócios limitam a sua responsabilidade não apenas às importâncias com que entram para a sociedade, mas ao total do capital social.

Por último, as sociedades *em comandita por ações*, em que há sócios de responsabilidade limitada e sócios que, por exercerem cargos de diretores ou gerentes, respondem *ilimitadamente* pelas obrigações sociais, diz a lei que também podem usar de rma ou denominação, mas em qualquer caso terão que acrescer a essas as palavras *Sociedade em Comandita por Ações*, ou simplesmente *Comandita por Ações*. Torna-se, assim, muito fácil para os terceiros a identi cação do tipo de sociedade pelo seu nome comercial e ao mesmo tempo o conhecimento do grau de responsabilidade das pessoas que participam do quadro de sócios dessas sociedades. A *rma* será usada por sociedades em que há sócios de *responsabilidade ilimitada*, sendo de notar que os sócios cujos nomes guram nas rmas possuem essa responsabilidade. As *denominações* serão usadas por sociedades em que os sócios possuem *responsabilidade limitada*, distinguindo-se os diversos tipos dessas sociedades pelo acréscimo de expressões que dão a identi cação de cada uma.

76. O Nome Comercial como o Nome que Obriga o Comerciante – Não se utiliza, apenas, o *nome comercial* para distinguir a responsabilidade do comerciante ou dos sócios que fazem parte das sociedades comerciais. Também tem ele a nalidade de ser o nome com o qual o comerciante ou sociedade se assina comercialmente, assumindo obrigações e exercendo direitos. Assim, se de uma sociedade fazem parte os sócios Ernesto Sobreira e Jaime Brandão, adotando a rma *Sobreira & Brandão*, todos os compromissos da sociedade serão assumidos debaixo dessa rma. Apesar de possuir o sócio Ernesto Sobreira responsabilidade *ilimitada* pelas obrigações sociais, não pode ele com o seu nome próprio assumir obrigações pela sociedade, como também a sociedade não responde pelas obrigações assumidas com o nome individual do sócio. Do mesmo modo, nas sociedades que usam *denominação*, as obrigações serão assumidas debaixo dessa denominação, não sendo facultado aos sócios ou administradores usar de expressão diversa da denominação. O comerciante individual se obrigará com a rma que usar, seja o seu nome patronímico completo, seja abreviado.

77. Registro e Proteção do Nome Comercial – A lei protege o uso exclusivo do nome comercial. Como elemento patrimonial, componente do fundo de comércio, o Código da Propriedade Industrial de 1967 garantia a exclusividade do uso do nome comercial ao comerciante que o registrasse no então Departamento Nacional da Propriedade Industrial. Nesse caso, o emprego do nome comercial competia, com exclusividade, em todo o território nacional, ao titular que o registrasse, cabendo aos que posteriormente desejassem registrar nome idêntico acrescer-lhe um termo diferenciador. Assim, se *Indústria Química Brasileira S.A.,* de São Paulo, registrasse a sua denominação no Departamento Nacional da Propriedade Industrial e, posteriormente, no Ceará, se formasse uma sociedade com igual nome, o registro desse só seria admitido se a essa denominação se acrescesse um termo diferenciador, podendo, de tal

modo, o nome ser registrado, se, por exemplo, fosse acrescentada a palavra *Ceará*, cando, assim, a segunda denominação como sendo *Indústria Química Brasileira (Ceará), S.A.*

A partir do Código da Propriedade Industrial de 1969, deixou de existir o registro do nome comercial no Departamento, hoje Instituto Nacional da Propriedade Industrial, cabendo o seu arquivamento somente no Registro de Comércio, hoje denominado Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades A ns (RPEMAA) pela Lei nº 8.934, de 1994. A Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, vulgarmente denominada Lei de Propriedade Industrial, revogou a Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971, que havia substituído o Código de Propriedade Industrial de 1969 e diversas outras leis que o sucederam, como a Lei nº 6.348, de 7 julho de 1976, os arts. 187 a 196 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, os arts. 169 a 189 do Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945.

A atual Lei da Propriedade Industrial não trata do nome comercial ou empresarial, terminologia utilizada pela Lei nº 8.934, de 1994, nem mesmo repetindo o dispositivo do art. 119 da Lei nº 5.772, de 1971, o qual estabelecia que o nome comercial e o título de estabelecimento gozariam de proteção por meio de legislação própria. A proteção ao nome empresarial encontra-se assegurada pelo art. 33 da Lei nº 8.934, de 1994, decorrendo automaticamente do arquivamento dos atos constitutivos de rma individual e de sociedades, ou das respectivas alterações, sendo vedado o arquivamento de atos de empresa mercantil com nome idêntico ou semelhante aos já existentes (art. 35, inciso V). O Dec. nº 1.800, de 30 de janeiro de 1996, que regulamentou a Lei nº 8.934, de 1994, estabeleceu que a proteção ao nome empresarial restringe-se à unidade federativa em que houver sido efetuado o arquivamento do ato constitutivo ou de alterações que impliquem mudança de nome (art. 61, § 1º), autorizando, entretanto, a extensão da proteção a outras unidades da Federação mediante requerimento (§ 2º), na forma da Instrução Normativa nº 116, de 22 de outubro de 2011, do Departamento Nacional de Registro de Comércio (atual Departamento de Registro Empresarial e Integração).

78. Processo de Registro de Firma ou Razão Social – O art. 32, inciso II, da Lei nº 8.934, de 1994, estabelece os atos que estão sujeitos a registro nas Juntas Comerciais, concedendo prazo de trinta dias da respectiva assinatura para arquivamento dos atos constitutivos, alterações contratuais e demais atos previstos em suas alíneas, a cuja data retroagirão os efeitos do registro (art. 36). Na hipótese de inobservância do prazo, o art. 36 estabelece que o arquivamento somente terá e cácia a partir do despacho que o conceder.

Os pedidos de arquivamento de atos constitutivos deverão ser instruídos na forma do art. 37 da Lei nº 8.934, de 1994, sendo obrigatório o visto de advogado devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, consoante determinação contida no Estatuto da Advocacia (art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.906, de 1994).

Nas localidades onde não existirem Juntas Comerciais, o Dec. nº 57.651, de 1966, revogado pelo Dec. nº 1.800, de 1996, estabelecia a possibilidade de criação de Delegacias Regionais, mantidas pela Lei nº 8.934, de 1994, no intuito de favorecer a desconcentração dos serviços, facultando-se a elaboração de convênios com órgãos públicos e entidades privadas sem ns lucrativos (art. 7º da Lei nº 8.934, de 1994).

Não mais subsiste o regime sumário para registro e arquivamento no Registro de Comércio, como instituído pela Lei nº 6.939, de 1981, em razão da entrada em vigor da Lei nº 8.934, de 1994, revogando, expressamente, em seu art. 67, a lei anterior.

79. Modi cação da Firma – A rma poderá ser modi cada se, por acaso, se veri car fato que justi que essa modi cação. Assim, se a sociedade se alterar, pela retirada ou morte de algum dos sócios, gurando na rma o nome do sócio que se retirou ou faleceu, a rma deverá ser alterada, pedindo-se a modi cação à Junta Comercial, que anotará no registro competente. Se o nome de uma pessoa que não for sócia gurar na rma social cará essa pessoa responsável pelas obrigações da sociedade, ainda que não tenha interesse nos lucros da mesma. Assim, se um sócio se retirar de uma sociedade e o seu nome, contudo, perdurar na rma, continuará a responder pelas obrigações assumidas até o momento em que se veri car a modi cação.

80. Cessão da Firma. Extinção – A rma, com o nome com o qual o comerciante ou a sociedade exerce o comércio e se assina nos atos a ele referentes, não pode ser cedida. No entanto, havendo a cessão do estabelecimento comercial a que ela está ligada, a rma pode acompanhá-lo, se assim concordar o seu titular. Nesse caso, porém, o novo adquirente terá que usá-la com a declaração "*sucessor de...*", antecedendo-a com a sua própria rma. Assim, L. Moreira adquire o estabelecimento comercial de F. Fagundes. Depois de registrar sua própria rma o adquirente poderá usar da rma anteriormente registrada na seguinte forma:

L. Moreira,

sucessor de
F. Fagundes.

Se a aquisição se faz *mortis causa*, poderá, igualmente, a rma continuar a ser usada, mantendo, contudo, a declaração de sucessão, para conhecimento de terceiros.

A propriedade da rma, declara o art. 10, § 2º, do Dec. nº 916, de 24 de outubro de 1890, é imprescritível e só deixará de subsistir cessando o exercício do comércio do seu titular ou dissolvida e liquidada a sociedade. Nesse caso, a inscrição da rma será cancelada. O cancelamento será feito a requerimento da parte interessada, averbando-se no registro de rmas do Registro de Empresa ou Delegacia Regional, onde a mesma foi inscrita.

b) Obrigações impostas aos comerciantes pelo Código

81. Contabilidade e Arquivo – O art. 10 do Código Comercial, revogado pelo Código Civil atual, impunha aos comerciantes, fossem pessoas físicas ou jurídicas, determinado número de obrigações referentes, sobretudo, à sua contabilidade e arquivo. Assim, segundo aquele dispositivo legal, todos os comerciantes são obrigados:

I – a seguir uma ordem uniforme de contabilidade e de escrituração e a ter os livros para esse m necessários;

II – a fazer registrar no Registro de Comércio todos os documentos cujo registro for expressamente exigido pelo Código, dentro de 15 dias úteis da data dos mesmos documentos, se maior ou menor prazo não for marcado;

III – a conservar em boa guarda toda a escrituração, correspondência e mais papéis pertencentes ao giro comercial, enquanto não prescreverem as ações que lhes possam ser relativas;

IV – a formar anualmente um balanço geral do seu ativo e passivo, o qual deverá compreender todos os bens de raiz, móveis e semoventes, mercadorias, dinheiro, papéis de crédito e outra qualquer espécie de valores, bem como todas as dívidas e obrigações passivas. Referido balanço será datado e assinado pelo comerciante.

Referiu-se o Código, como se vê, à obrigação de manter o comerciante uma contabilidade regular, a fazer no Registro de Empresa o registro dos documentos necessários e a conservar todos os papéis referentes ao seu negócio, enquanto não prescrevem as ações que lhes possam ser relativas. Tais obrigações competem não apenas ao comerciante individual como às pessoas jurídicas que exercem o comércio, ou seja, as sociedades comerciais. Por tal razão essas obrigações guram, no Código, no capítulo que trata "*das obrigações comuns a todos os comerciantes*".

Cuidou o Código Civil, a partir do art. 1.177, de insculpir a modalidade necessária ao exercício do comércio, ou da atividade de empresa, descrevendo o contabilista seus auxiliares, falando da escrituração, dos livros obrigatórios, a ponto de xar balizamento seguro.

Lamenta-se, no entanto, e de passagem, que não se disciplinou forma moderna, ligada aos meios eletrônicos, cibernéticos e informatizados, de tal sorte que, ainda na micro e pequena empresa, o avanço destes dados registram

incomparável ferramenta de controle de estoques, uxo de caixa, e adaptação da sociedade aos usos e costumes contemporâneos.

82. Contabilidade e Escrituração – A primeira obrigação inerente ao exercício da atividade comercial diz respeito à ordem uniforme de contabilidade e escrituração. Por *contabilidade* deve-se entender a ciência que tem por nalidade a orientação e o controle dos atos e feitos de uma administração econômica. A *escrituração* é a redução a escritos das operações contábeis, ou seja, a xação, metódica, nos livros apropriados, das operações efetuadas pelo comerciante. Os dois termos são, às vezes, confundidos na prática, mas, como esclarece Waldemar Ferreira, a contabilidade é o gênero e a escrituração; a espécie.[4]

Determinando a lei que o comerciante siga "*ordem uniforme de escrituração",* requer que adote o mesmo método para o registro das diversas operações do negócio comercial. Essa escrituração, nos termos do revogado Código Comercial, art. 14, atual 1.179 e segs. do Código Civil, deve ser em idioma e moeda corrente nacionais, sob forma contábil, por ordem cronológica de dia, mês e ano, sem intervalos em branco, nem entrelinhas, borrões, rasuras, emendas ou transportes para as margens (art. 1.183 do Código Civil).

A escrituração, *em forma mercantil*, pode ser feita por partidas simples ou por partidas dobradas. A escrituração por partidas simples é aquela em que se abre uma conta corrente para cada freguês, fazendo-se seguidamente os lançamentos de débitos e de créditos. Assim, haverá, na mesma folha, colunas de *deve* e de *haver*, fazendo-se os lançamentos de débito e de crédito nas mesmas, à medida que esses fatos se veri quem.

Esse método é o mais simples e, por isso mesmo, usado em pequenos estabelecimentos comerciais. O método das partidas dobradas pressupõe sempre, em cada operação comercial, um devedor e um credor, donde, num único lançamento, deverem ser assinalados esses dois elementos. As operações são escrituradas por títulos, devendo cada operação ser desdobrada em um lançamento de débito e um outro de crédito.

Além disso, exige a lei atual (Código Civil) seja feita a escrituração por ordem cronológica, contínua e exata. Assim, os lançamentos se seguirão, obedecendo à sequência das operações, representando cada lançamento a veracidade da operação feita.

Há algum tempo, normas legais especí cas foram baixadas, complementando e atualizando os dispositivos do Código Comercial sobre a escrituração dos livros mercantis. Essas normas estão contidas no Dec.-Lei nº 486, de 3 março de 1969, dispondo sobre a escrituração dos livros comerciais, sendo esse Dec.-Lei regulamentado pelo Dec. nº 64.567, de 22 de maio de 1969.

Assim, foi reconhecida a validade da escrituração mecanizada, sendo, entretanto, dispensados de escrituração os "pequenos comerciantes", como tais considerados as pessoas naturais, inscritas no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns, "que exerçam em um só estabelecimento atividade artesanal ou outra atividade em que predomine o seu próprio trabalho ou de pessoas da família'', desde que a sua renda anual não seja superior a 100 vezes o maior salário mínimo mensal vigente no país e cujo capital efetivamente empregado no negócio não ultrapasse 20 vezes o valor daquele salário mínimo (Dec.-Lei nº 486, de 1969, art. 1º, parágrafo único, combinado com o art. 1º do Dec. nº 64.567, de 1969).

A escrituração deve ser "completa, em idioma e moeda corrente nacionais, em forma mercantil, com individuação e clareza, por ordem cronológica de dia, mês e ano, sem intervalos em branco, nem entrelinhas, borraduras, rasuras, emendas e transportes para as margens", sendo, ainda, permitido o uso do código de números ou de abreviaturas, desde que estes constem de livro próprio, revestido das formalidades legais. A individuação, acima referida, "compreende, como elemento integrante, a consignação expressa, no lançamento, das características principais dos documentos ou papéis que derem origem à própria escrituração" (Dec.-Lei nº 486, art. 2º; Dec. nº 64.567, art. 2º).

A escrituração nos livros contábeis, que no sistema do Código devia ser feita por guarda-livros prepostos dos comerciantes (o art. 1.177 do Código Civil em vigor preconiza: "os assentos lançados nos livros ou chas do

preponente, por qualquer dos prepostos encarregados de sua escrituração, produzem, salvo se houver procedido de má-fé, os mesmos efeitos como se o fossem por aquele"), com a regulamentação da pro ssão de contabilista passou a ser privativa desses pro ssionais (Dec.-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, art. 25, letra *b*), assim ainda hoje acontece, mas o art. 3º do Dec.-Lei nº 486 e o art. 3º do Dec. nº 64.567 abrem exceção à regra, ao estatuir que "nas localidades onde não houver contabilista legalmente habilitado a escrituração cará a cargo do comerciante ou de pessoa pelo mesmo designada".

O uso do livro *Diário* é obrigatório e nele serão lançados, dia a dia, diretamente ou por reprodução, os atos ou as operações das atividades mercantis, ou que modi quem ou possam vir a modi car a situação resumida do *Diário*, por totais que não excedem o período de um mês, em relação a contas cujas operações sejam numerosas ou realizadas fora do estabelecimento. Entretanto, em tais casos, devem ser empregados livros *auxiliares* em que serão registradas individualmente referidas operações e conservados os documentos que permitam a sua perfeita veri cação (Dec.-Lei nº 486, art. 5º).

Se o comerciante usar escrita mecanizada poderá substituir os livros de escrituração obrigatórios ou facultativos "por chas seguidamente numeradas, mecânica ou tipogra camente", sendo que "as chas que substituírem os livros, para o caso de escrituração mecanizada, poderão ser contínuas, em forma de sanfona, em blocos, com subdivisões numeradas mecânicas ou tipogra camente por dobras, sendo vedado o destaque ou a ruptura das mesmas''. Os lançamentos nas chas "deverão satisfazer todos os requisitos e normas de escrituração exigidas com relação aos livros mercantis'', sendo que, se usar o processo de escrituração em chas, "o comerciante adotará livro próprio para a inscrição do balanço, de balancetes e demonstrativos dos resultados do exercício social''. Esse livro deve ser autenticado no órgão competente do Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns (Dec. nº 64.567, de 1969, arts. 8º, 9º, 10 e 11).

Tais são as principais inovações introduzidas pelo Dec.-Lei nº 486, de 1969, e seu regulamento, quanto à escrituração dos livros mercantis. Em se tratando do uso de chas em vez de livros, deve-se ter em conta que essas, como acontece com os livros, "somente provam a favor do comerciante quando mantidas com observância das formalidades legais" (Dec.-Lei nº 486, art. 8º).[5]

83. Livros Comerciais – A escrituração do comerciante deve ser feita em livros próprios que, hoje, podem ser substituídos por chas (art. 1.180, parágrafo único do Código Civil). A lei, mandando que o comerciante siga ordem *uniforme* na contabilidade e escrituração, determina que, para isso, deve ter ele os livros necessários.

Esses livros se denominam *livros comerciais* e se dividem em três categorias: *livros obrigatórios, livros facultativos* e *livros especiais*, estes obrigatórios apenas a certos comerciantes. Alguns não são, a rigor, verdadeiros *livros de escrituração*, porque neles o comerciante não faz lançamento de suas operações comerciais, e sim apenas *livros de prova*, que servem para atestar os lançamentos feitos. A prática, porém, não faz essa distinção e considera livros de escrituração todos aqueles que os comerciantes possuem no exercício do seu comércio. A lei tornou, ainda, obrigatório ao comerciante possuir livros outros, para o controle, por parte do Fisco, das operações mercantis sujeitas ao pagamento de impostos ou para comprovar as relações entre patrões e empregados. Assim, ao estudar os livros comerciais, nos referiremos a todos os livros de que os comerciantes se utilizam, no exercício do seu comércio, seja para ns de escrituração ou para ns de prova, obrigatória ou facultativamente.

84. Livros Obrigatórios a Todos os Comerciantes – O atual Código Civil, na esteira do revogado art. 11 do Código Comercial de 1850, determinou a obrigatoriedade dos livros, e chas, sinalizando o *Diário*, e nas sociedades que mantiverem chas de lançamento os empresários poderão substituir o *Diário* pelo livro *Balancetes Diários e Balanços*, observadas as mesmas formalidades extrínsecas. O *Diário* é o livro que retrata as atividades do comerciante e nele devem ser lançados, diariamente, todas as operações realizadas, títulos de créditos que emitir, aceitar ou endossar, anças dadas e o mais que representar elemento patrimonial nas suas atividades. Os lançamentos devem ser

feitos *com individuação e clareza*, compreendendo-se por *individuação* que cada operação deve ser lançada de *per se*, e por *clareza* que o seja de tal maneira que não possa deixar dúvidas.

No *Diário* ainda será lançado um resumo do balanço anual do comerciante, não sendo, assim, necessário que o balanço seja transcrito integralmente no livro. Como acima foi visto, hoje esse livro pode ser substituído por chas, para a escrita mecanizada; se tal acontecer, deverá haver um livro especial para o lançamento dos balanços.

Os livros obrigatórios, portanto, nos termos do antigo Código Comercial e atual Código Civil, se tornam necessários a todos os empresários, ao passo que o sistema de chas nas hipóteses de escrituração mecanizada ou eletrônica, substitui o próprio livro Diário.

A Lei n º 187, de 15 de janeiro de 1936, que regulava as vendas mercantis a prazo, determinou, no art. 24, que todos os comerciantes, pessoas naturais ou jurídicas, possuíssem, também, obrigatoriamente, dois outros livros, o *Registro de Duplicatas* e o *Registro de Vendas à Vista*. Servia o primeiro para que fossem anotadas, em forma cronológica, todas as duplicatas e triplicatas emitidas, e o segundo para que nele se lançassem as vendas à vista, tivesse ou não sido emitida fatura ou nota de venda. Esses livros deviam ser exibidos aos agentes do Fisco, quando solicitados, para as veri cações necessárias à scalização. Por tal razão, eram chamados *livros scais.*

Tendo sido revogada a Lei nº 187 pela Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968, que atualmente rege as duplicatas, não se tornou mais obrigatória a emissão desses títulos nas vendas a prazo, sendo facultado aos vendedores emiti-las ou não; desse modo, o livro de *Registro de Duplicatas* só é obrigatório, hoje, para os comerciantes que emitirem tais títulos. Por outro lado, referida lei não considera mais obrigatório o livro *Registro de Vendas à Vista*. Dessa maneira, dos dois livros que eram obrigatórios segundo a Lei nº 187, resta apenas o *Registro de Duplicatas*, e ainda assim quando o comerciante emitir esses títulos, podendo, aliás, dito livro ser substituído por qualquer sistema mecanizado, desde que sejam cumpridos os requisitos do art. 19 da lei, isto é, escrituradas, cronologicamente, todas as duplicatas emitidas, com o número de ordem, data e valor das faturas originais e data de sua expedição; nome e domicílio do comprador; anotações das reformas, prorrogações e outras circunstâncias necessárias, não devendo a escrita conter emendas, borrões, rasuras ou entrelinhas (Lei n º 5.474, de 1968, art. 19, §§ 1º e 2º).

Por outro lado, a Consolidação das Leis do Trabalho (Dec.-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943) determinou que todos os comerciantes possuíssem um registro dos seus respectivos empregados, feito em livros próprios ou em chas, de conformidade com o modelo aprovado pelo ministro do Trabalho. Nesse livro, além da quali cação civil ou pro ssional de cada empregado, devem ser anotados todos os dados relativos à sua admissão no emprego, duração e efetividade do trabalho, férias, casos de acidentes e as demais circunstâncias que interessem ao trabalhador e à empresa.

Finalmente, o regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999), determina, que, além dos livros de contabilidade previstos nas leis e regulamentos, todas as pessoas jurídicas, que possuam capital superior a deter- minada importância xada pelo Imposto de Renda, devem possuir um livro para registro do inventário das matérias-primas das mercadorias ou dos produtos manufaturados existentes na época dos balanços e um outro livro para registro das compras efetuadas. Esse dispositivo legal, como se vê, só se refere aos comerciantes "pessoas jurídicas", não estando sujeitos a ele os comerciantes individuais. Tendo sido consolidadas várias vezes as disposições legais referentes ao imposto sobre a renda, essa obrigação sempre perdurou, variando apenas o montante de capital. Também as normas regulamentadoras do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), quando regulamentado pelo Dec. nº 4.544, de 26 de dezembro de 2002, tornaram obrigatórios vários livros scais, assim como foram criados os livros de *Registro de Entrada de Mercadorias*, livro de *Saída de Mercadorias* e livro de *Registro de Inventário*.[6] Atualmente o Imposto sobre Produtos Industrializados é regido pelo Dec. nº 7.212, de 15 de junho de 2010.

85. Livros Facultativos ou Auxiliares – Além dos livros que a lei torna obrigatórios a todos os comerciantes, outros existem que poderão ser usados pelos mesmos de forma facultativa. Têm esses livros o nome de

livros *auxiliares* ou *facultativos* e a lei embora não os especi que permite o seu uso, admitindo, até, "a qualquer comerciante, em nome individual ou sociedade, solicitar a legalização dos livros não obrigatórios" (Dec.-Lei nº 305, de 1967, art. 5º). Têm por nalidade completar a escrita do comerciante, dando-lhe os detalhes necessários.

São livros facultativos:

a) Razão – Este é o livro auxiliar mais importante, e algumas legislações chegam a considerá-lo obrigatório, tais os serviços que pode prestar ao esclarecimento das atividades comerciais. Funciona como um índice do *Diário* e a sua escrituração se faz segundo os títulos dos lançamentos desse livro. Assim, a qualquer momento se poderá veri car a situação exata de cada conta constante do *Diário*, sendo, porém, que o *Razão* não contém o histórico do lançamento, como acontece com aquele. Faz-se, apenas, uma remissão ao assento do *Diário,* em que consta o histórico do lançamento.

b) Caixa – O *Caixa* é outro livro auxiliar do comerciante, destinado a registrar todas as operações realizadas a dinheiro. É, como o *Razão,* um poderoso auxiliar do comerciante, facilitando grandemente a escrituração do *Diário*. Alguns comerciantes chegam, mesmo, a registrá-lo na Junta Comercial, como se fosse um livro obrigatório, e nas atividades comerciais tem papel importantíssimo.

c) Conta-Corrente – Este livro tem por nalidade escriturar, separadamente, as contas de cada freguês do estabelecimento comercial. É um desdobramento do título *Conta Corrente* do *Razão*. Existe uma sequência lógica na escrituração do *Diário, Razão* e *Conta-Corrente.* Enquanto no primeiro são lançadas, cronologicamente, todas as operações realizadas pelo comerciante, qualquer que seja a sua origem ou modalidade, o *Razão* distribui os diversos títulos dessas contas, escriturando-as de *per se*. O *Conta-Corrente* faz o desdobramento do título *Con-tas-Correntes do Razão*, estampando as operações de cada freguês do estabelecimento. Serve, assim, este livro para mostrar a situação individual de cada pessoa que possui relações com o estabelecimento.

d) Borrador, Costaneira ou Memorial – Neste livro os comerciantes lançam as operações realizadas a cada momento, com a nalidade de servir esse registro como base para a escrituração dos outros livros. É, assim, um apanhado geral das atividades diárias do comerciante e pode ser reti cado a qualquer momento, pois, na realidade, serve apenas de *borrão*.

e) Livro de Estoque – Serve este livro para a anotação das mercadorias ou material que entram e saem do estabelecimento. É um livro de controle do comerciante, que tem a utilidade de dar-lhe, a qualquer momento, a situação exata das mercadorias e de outros bens que possui no estabelecimento.

f) Livro de Obrigações – O *Livro de Obrigações,* que pode ser subdividido em *Livro de Obrigações a Pagar* e *Livro de Obrigações a Receber*, destina-se no assento das obrigações ativas ou passivas que o comerciante tem a cumprir. É, também, um livro de controle do comerciante, servindo para lembrar as datas em que deve satisfazer os seus compromissos ou receber importâncias que lhe são destinadas, resultantes de operações comerciais. Pelo *Livro de Obrigações* o comerciante pode saber, em dado momento, qual a sua verdadeira situação, em face dos compromissos assumidos e das disponibilidades com que pode contar para a satisfação dos mesmos.

Esses são os principais livros *auxiliares* que o comerciante usará de acordo com as necessidades do seu comércio, podendo, assim, deixar de utilizar algum ou alguns se isso lhe convier. Os livros auxiliares não servem de meio de provas para os comerciantes, mas constituem elementos de esclarecimento dos livros obrigatórios, facilitando, desse modo, as provas que os mesmos produzirem.

O Código Civil em vigor, nesta parte, dimensiona o uso de chas, cogita do livro *Balancetes Diários e Balanços*, simpli cando a resenha do antigo Código Comercial, cuja primeira parte fora toda ela formalmente revogada pelo atual diploma.

86. Livros Especiais, Obrigatórios a Determinados Comerciantes – Existem, ainda, alguns livros que determinadas espécies de comerciantes devem possuir obrigatoriamente, sendo, porém, desnecessários para os demais. Esses livros especiais, sobre os quais teremos oportunidade de falar quando nos referirmos a esses comerciantes, são:

•Para os *leiloeiros – Diário de Entrada, Diário de Saída, Contas Correntes, Protocolo, Diário de Leilões* e *Livro-Talão* (Código Comercial, art. 71;[7] Dec. nº 21.981, de 19 de outubro de 1932, art. 32).

•Para os *corretores de mercadorias – Cadernos Manuais* e *Protocolo* (Código Comercial, arts. 47 e 48;[8] Dec. nº 20.881, de 30 de dezembro de 1931, art. 32, letra *f*).[9]

•Para as *sociedades corretoras – Razão* e *Livro Diário Copiador de Operações* (Res. nº 1.655, de 27 de outubro de 1989, do Banco Central).

•Para os *armazéns gerais – Registro de Entrada e de Saída de Mercadorias* (Código Comercial, art. 88;[10] Decreto nº 1.102, de 21 de novembro de 1903, art. 7º).

•Para as *sociedades por ações – Registro de Ações Nominativas, Transferência de Ações Nominativas, Registro de Partes Bene ciárias Nominativas, Transferência de Partes Bene ciárias Nominativas*, se emitidas, *Atas das Assembleias Gerais, Presença de Acionistas, Atas das Reuniões do Conselho de Administração*, se houver, *Atas de Reuniões de Diretoria e Atas e Pareceres do C*onselho Fiscal (Lei nº 6.404, de 1976, art. 100). Naturalmente, os livros relativos aos valores mobiliários só serão obrigatórios quando a sociedade emitir esses títulos.

87. Formalidades Necessárias aos Livros Obrigatórios – Os livros obrigatórios a todos os comerciantes, de escrituração, de prova e scais, ou seja, o *Diário* e o *Registro de Duplicatas*, devem estar revestidos de determinadas formalidades, rigorosamente impostas pelo Código Comercial e por leis posteriores, sem as quais não terão força probante. Esses requisitos se referem não apenas à forma de apresentação externa e autenticação dos livros como, igualmente, à maneira de serem escriturados. Daí serem divididas tais formalidades necessárias aos livros obrigatórios em *extrínsecas* ou externas e *intrínsecas* ou internas.

Como formalidades extrínsecas requer o Código Civil antes de postos em uso: autenticação no Registro Público de Empresas Mercantis, preconizando-se sejam encadernados, numerados, selados e rubricados em todas as suas folhas por um dos membros do Registro, contendo, ainda, termos de abertura e encerramento, subscritos pelo secretário e assinados pelo presidente. Autenticam-se assim os livros para que, utilizados regularmente pelos comerciantes, possam constituir e ciente meio de provas. Somente os livros obrigatórios deverão, por força da lei, ser revestidos dessas formalidades extrínsecas; alguns comerciantes, no entanto, apresentam ao Registro Público, para autenticação, certos livros auxiliares, como o *Razão* e o *Caixa*, com o to de servirem para comprovação de direitos. A autenticação não é obrigatória.

Como *formalidade intrínseca*, pois, exige o Código Civil, art. 1.183, que esses livros obrigatórios *sejam escriturados com individuação e clareza, em forma mercantil e ordem cronológica, sem rasuras, entrelinhas, borraduras, raspaduras ou emendas*. Se algum dos livros obrigatórios for encontrado com os vícios acima mencionados, não merecerá fé, na parte viciada, em favor do comerciante a que pertencer, ou no seu todo, se os vícios forem tantos que o tornem suspeito. Igualmente, não merecerá fé, no seu todo, o livro que não estiver revestido das formalidades extrínsecas.

Além do mais, o livros obrigatórios, para serem admitidos em juízo, devem estar escritos em língua nacional. Se, por acaso, pertencerem a estrangeiros e esses os escriturarem em sua língua de origem, para serem apresentados em juízo deverão, preliminarmente, ser traduzidos na parte em questão. A tradução se fará por meio de tradutor público ou, não o havendo na localidade, por intérprete juramentado, escolhido a aprazimento de ambas as partes, secundado pelo antigo Código Comercial, art. 16.

Esses requisitos se exigem no atual sistema do Código Civil. O Dec.-Lei nº 305, de 28 de fevereiro de 1967, dispondo sobre a legalização dos livros de escrituração das operações mercantis quanto às formalidades *extrínsecas*,

suprimindo a rubrica das folhas e determinando que, para a legalização dos livros, recebam esses, em furação própria, ao longo do dorso e em sentido vertical, um o e selo metálicos, que deverão ser colocados por um funcionário do Registro de Empresa.

Como acontece no sistema do Código, os livros deverão ser encadernados e suas folhas numeradas, havendo, na primeira e na última páginas úteis, respectivamente, termos de abertura e encerramento. Divergem esses termos dos preconizados pelo Código Civil porque serão eles datados e assinados pelo comerciante, pelo responsável de sua escrituração e por um funcionário do Registro de Empresa. Além disso, os termos de abertura e encerramento mencionados no Dec.-Lei nº 305 indicarão a rma individual ou o nome comercial da sociedade a que os livros pertencerem, local da sede ou do estabelecimento, número e data do registro da rma ou do arquivamento dos atos constitutivos da sociedade no Registro do Comércio, o m a que os livros se destinam, o número de ordem e o número de páginas. Nas localidades onde não houver sede do Registro de Empresa ou de suas Delegacias, as formalidades de legalização poderão ser preenchidas pelo Juiz de Direito a cuja jurisdição estiver sujeito o comerciante ou sociedade comercial.

Permite, também, o Dec.-Lei nº 305 o uso de chas para a escrituração mecanizada, devendo, em tal caso, as chas ser numeradas seguidamente e autenticadas, de forma mecânica, no Registro do Comércio, recebendo a de número um, no anverso, o termo de abertura, e a última, no verso, o termo de encerramento. A série de chas compreende, também, as chas-guias; nestas deverão ser anotadas as chas eventualmente inutilizadas em virtude de erro, borradura ou qualquer outro motivo, que deverá ser registrado na cha-guia.

Ainda levando em consideração o crescente desenvolvimento tecnológico, o Departamento Nacional de Registro de Comércio (atual Departamento de Registro Empresarial e Integração) passou a permitir a escrituração mercantil por meio de processamento eletrônico, mediante "micro chas geradas através de micro lmagem de saída direta do computador", conforme hoje dispõe a Instrução Normativa nº 11, de 5 de dezembro de 2013.

Essas as modi cações inseridas pela legislação quanto ao preenchimento de formalidades extrínsecas para a legalização de livros comerciais. Note-se que os livros autenticados de conformidade com o vetusto Código Comercial e atual Código Civil continuaram em uso até o exaurimento, com toda a validade (Dec.-Lei nº 486, de 1969, art. 15). Quanto às formalidades *intrínsecas*, isto é, as que dizem respeito à escrituração dos referidos livros, veja-se o que acima foi escrito, na parte referente à escrituração dos livros.

88. Força Probante dos Livros Obrigatórios – Os livros *obrigatórios* que estiverem revestidos das formalidades extrínsecas e intrínsecas, e em plena harmonia uns com outros, fazem prova plena *contra os seus proprietários*, sejam esses originários ou por sucessão; *contra os comerciantes* com quem os proprietários, por si ou por seus antecessores, houverem mantido transações e *contra os não comerciantes*, se os assentos dos mesmos livros forem comprovados por documentos que por si sós não possam constituir prova plena. Se, porém, o Código Civil exigir expressamente, para determinado caso, a prova por documento público ou particular, os livros comerciais não servirão de meio de prova já que essa terá que ser feita exclusivamente por meio daqueles documentos (Código Civil arts. 1.191 e segs.; Novo CPC arts. 417 e 418, Súmula 260 do STF).

89. Inviolabilidade dos Livros Comerciais – Os livros comerciais, encerrando, em resumo, as atividades dos comerciantes, não podem ser manuseados por terceiros, já que nos negócios mercantis existem particularidades que não devem ser conhecidas por outras pessoas que não os próprios comerciantes. A regra do Código Civil (art.1.190) não permite diligência para veri car se o empresário ou a sociedade empresária observam, ou não, em seus livros ou chas, as formalidades prescritas em lei. Nessas condições, por regra geral, não poderão os livros comerciais ser violados por particulares ou por autoridades, já que os elementos neles contidos constituem segredo privativo dos seus proprietários.

Essa regra, porém, foi quebrada pelas leis scais, que determinaram que os comerciantes são obrigados a exibir os seus livros comerciais aos agentes do Fisco, para a scalização da aplicação dos selos (Lei nº 202, de 2 de março de 1936, art. 18; Dec.-Lei nº 4.655, de 3 de setembro de 1942, art. 58),[11] para a scalização do imposto do consumo (Dec.-Lei nº 385, de 22 de abril de 1938, artigo único) e do imposto de renda (Dec.-Lei nº 4.178, de 13 de março de 1942, art. 140, § 1º). Derrogou-se, assim, o princípio cerrado contido no antigo art.17 do Código Comercial e atual 1.190 do Código Civil, com a permissão de terem os agentes scais acesso aos livros comerciais.

Deve-se ter em conta que o *exame* feito nos livros pelos agentes do Fisco não é a mesma coisa que a *exibição* dos mesmos livros, feita pelos comerciantes, em determinados casos. A *exibição* é judicial, só pode ser processada em juízo, a requerimento das partes e observadas determinadas circunstâncias. O *exame* é um ato de scalização, por parte do Fisco e por intermédio dos seus agentes, devendo, ainda, esses agentes guardar segredo funcional do resultado de sua scalização, não lhes sendo permitido, assim, se utilizarem do conhecimento das atividades do comerciante para outro m que não o que a lei lhes incumbe.

90. Exibição dos Livros Comerciais – Casos existem, entretanto, em que os livros comerciais poderão ser exibidos, judicialmente, mediante ordem do juiz, a requerimento das partes litigantes ou mesmo *ex of cio*, se, nessa hipótese, a autoridade judicial julgar imprescindível a adoção dessa medida para o esclarecimento do fato litigioso.[12] A exibição poderá ser de todo o livro, donde se dizer *exibição por inteiro*, ou apenas de um determinado trecho, sobre o qual verse a questão, donde se ter a *exibição parcial*. A exibição por inteiro só poderá ser ordenada nos termos precisos do art. 1.191 do Código Civil, na esteira da Súmula 260 do STF, a favor dos interessados em questões relativas à sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem, ou em caso de falência. O novo Código de Processo Civil parece limitar os casos de exibição integral ao enumerar, no art. 420 , quando essa pode ocorrer; entretanto, declarando o item III desse artigo, a exibição será ordenada "*quando e como determinar a lei*", cando em vigor os casos enumerados no art. 1.191 do Código Civil. Pela atual Lei das Sociedades Anônimas, "a exibição por inteiro dos livros da companhia pode ser ordenada judicialmente sempre que, a requerimento de acionista que representem, pelo menos, cinco por cento do capital social, sejam apontados atos violadores da lei ou do estatuto, ou haja fundada suspeita de graves irregularidades praticadas por qualquer dos órgãos da companhia" (art. 105).

A exibição *parcial* será ordenada, na pendência da lide, e o exame da parte exibida deverá ser feito em presença do comerciante a quem os livros pertencerem ou na de pessoa por ele nomeada para assistir à veri cação. Desse modo, não poderão os peritos, que fazem a veri cação na exibição parcial, reportar-se a outras partes dos livros que não as mencionadas na questão, a não ser que haja uma correlação íntima entre a parte mencionada para exame e uma outra não mencionada. Se os livros do comerciante, que deverão ser examinados, encontrarem-se em outro local que não em que se desenrola a questão, o juiz desse outro local, a pedido do primeiro, mandará proceder à veri cação sob as vistas do proprietário dos livros, não podendo estes ser transferidos do domicílio do comerciante para o foro onde a questão se processa. A lei é rigorosa nesse sentido e não admite o transporte dos livros comerciais para fora do domicílio do comerciante, *ainda que ele nisso convenha*.

Se, por acaso, o comerciante, nas questões relativas à sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão mercantil e falência, se recusar a fazer a exibição *por inteiro* dos livros, que lhe for ordenada, será compelido a fazê-lo sob pena de prisão; se se recusar a fazer a *exibição parcial* que lhe for determinada, a recusa servirá de prova a favor das alegações da parte contrária.

91. Exibição dos Livros Comerciais em Caso de Falência – Previa a vetusta legislação – Decreto-Lei nº 7.661/45, no seu art. 1º, § 1º, I – veri cação judicial dos livros de comerciantes, a m de ser extraída conta do devedor para legitimar falência deste, a pedido do credor, perante o juiz competente para a quebra, cuja jurisdição seria do principal estabelecimento ou casa lial de outra situação fora do Brasil (art. 3º da Lei nº 11.101/05). A veri cação poderá ser feita nos livros do devedor ou do credor, e para efetuá-la o juiz nomeará dois peritos. Se se tratar de credor

domiciliado em comarca diversa daquela em que será processada a falência, o juiz expedirá carta precatória para que, no domicílio do credor, seja realizada a veri cação, com nova roupagem – ditada pela Lei nº 11.101/05.

Em se tratando de veri cação em *livros do credor*, requerida por este, ditos livros deverão estar revestidos das formalidades legais, extrínsecas e intrínsecas e as contas comprovadas por documentos. Se, porém, a veri cação for requerida nos *livros do devedor*, este será citado para, em dia e hora marcados, exibi-los em juízo, devendo estar presente à exibição ou designar pessoa para esse m.

Se houver recusa de exibição ou se nos livros do devedor forem encontradas irregularidades, essas provarão contra ele, salvo, porém, se houver destruição ou perda dos mesmos livros, em virtude de força maior.

Feita a veri cação pelos peritos, estes apresentarão um laudo da mesma, no prazo de três dias. Julgado por sentença o exame, os autos serão entregues ao requerente, independentemente de traslado. Da sentença que julga a veri cação não caberá recurso algum.

As contas veri cadas por exibição judicial dos livros dos comerciantes consideram-se vencidas desde a data da sentença que julgou o exame e constituem *obrigação líquida*, legitimando a falência do devedor (Lei de Falências, Dec.-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 1º, § 1º – Revogado pela Lei nº 11.101/05).

c) Outras obrigações impostas por lei aos comerciantes

92. Obrigação de Registrar Documentos no Registro de Empresas – Também se constitui obrigação a todos os empresários e sociedades empresariais, além da de seguir uma ordem uniforme de contabilidade e escrituração, possuindo os livros necessários para isso, registrar no Registro de Empresas todos os documentos que o Código ou leis posteriores determinarem.

Tanto o Código Civil (arts. 1.150, 1.152 e 1.181) como as leis especiais (Dec. nº 93, de 20 de março de 1935, art. 1º, inc. I, letra *b*; Dec.-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, art. 50, repetido pelo art. 95 da atual Lei sobre as Sociedades por Ações) mencionavam certos documentos que deveriam ser registrados no Registro de Empresas para que pudessem produzir efeitos legais. A Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, uniformizou o conceito relativo ao ato de registrar, utilizando apenas a expressão arquivamento para designar os procedimentos de registro, anotação e averbação de documentos nos Registros de Empresas. De acordo com as normas regulamentares desse diploma legal, que se estribam no art. 32, II, da Lei nº 8.934, estão sujeitos a *arquivamento* (art. 32, II, do Dec. nº 1.800, de 30 de janeiro de 1996):

a) Os atos constitutivos, alterações e extinções de rmas mercantis individuais.

b) As declarações de microempresas e de empresas de pequeno porte.

Esse tipo de procedimento na lei atual caiu em desuso, podendo-se invocar o título monitório, cuja decisão fará efeito no sentido de aplicar liquidez ao requerimento de quebra.

c) Os atos constitutivos e as atas das sociedades anônimas, bem como os de sua dissolução e extinção.

d) Os atos constitutivos e respectivas alterações das demais pessoas jurídicas organizadas sob a forma empresarial mercantil, bem como os de sua dissolução e extinção.

e) Os documentos relativos à constituição, alteração, dissolução e extinção de cooperativas.

f) Os atos relativos a consórcio e grupos de sociedades.

g) Os atos relativos à incorporação, cisão, fusão e transformação de sociedades mercantis.

h) Comunicação, segundo modelo aprovado pelo Departamento de Registro Empresarial e Integração – DREI (antigo Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC), de paralisação temporária das atividades e de empresa mercantil que deseja manter-se em funcionamento, no caso de, nessa última hipótese, não ter procedido a qualquer arquivamento no Registro de Empresas no período de dez anos consecutivos.

i) Os atos relativos a sociedades mercantis estrangeiras autorizadas a funcionar no país.

j) Das decisões judiciais referentes a empresas mercantis registradas.

l) Dos atos de nomeação de trapicheiros, administradores e éis de armazéns-gerais.

m) Dos demais documentos que, por determinação legal, sejam atribuídos ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades A ns ou daqueles que possam interessar ao empresário ou à empresa mercantil.

Por último, faz-se, nos Registros de Empresas, a matrícula e seu respectivo *cancelamento* de leiloeiros o ciais, tradutores públicos e intérpretes comerciais, administradores de armazéns-gerais e trapicheiros, consoante preceitua o art. 32, inciso I, da Lei que instituiu o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades A ns.

Conforme determina o art. 36 da Lei nº 8.934, o prazo para apresentação, no Registro de Empresas, dos documentos mencionados no art. 32, inciso II, é de 30 dias (o Código Comercial, art. 10, nº 2, marcava o prazo de 15 dias), contados da sua assinatura, a cuja data retroagirão os efeitos do arquivamento. Na hipótese de inobservância deste prazo, ou nos cancelamentos e demais atos não previstos na enumeração do inciso II, o arquivamento somente produzirá efeitos a partir da data do despacho que o deferir, rompendo o legislador com a anterior disciplina legal, em que não se fazia distinção quanto aos atos mencionados no art. 32 da atual legislação.

Os documentos de interesse do empresário ou da empresa mercantil serão levados a arquivamento mediante requerimento do titular, sócio, administrador ou representante legal (art. 46 do Dec. nº 1.800, de 1996), estabelecendo o art. 38 da Lei nº 8.934, de 1994, que os Registros de Empresas deverão organizar um prontuário para cada empresa mercantil, em procedimento a ser disciplinado por instrução normativa do DREI (art. 60, parágrafo único, do Dec. nº 1.800, de 1996). Instruirão, obrigatoriamente, o pedido de arquivamento os documentos referidos no art. 37, I a V, da Lei nº 8.934, de 1994, regulamentado pelo art. 34 do Dec. nº 1.800, de 1996, estabelecendo o legislador, por igual, diversas hipóteses em que não poderão ser arquivados os documentos apresentados no Registro de Empresas, de acordo com os arts. 35 da Lei nº 8.934 e 53 do Dec. nº 1.800.

93. Obrigação de Conservar o Comerciante o Arquivo de suas Atividades – Também preconiza o Código Civil que o comerciante conserve toda sua escrituração, correspondência e papéis relativos ao giro de seu comércio, "enquanto não prescreverem as ações que lhes possam ser relativas" (art. 1.194 do Código Civil).

A prescrição disciplinada pelo Código Civil estabelece, como regra geral, o prazo de dez anos, conforme o artigo 205, se não houver a estipulação de menor prazo.

Quanto aos títulos cambiais, a prescrição das ações relativas aos mesmos ocorre no m de três anos, contados da data do protesto ou, na falta deste, da data do vencimento. A ação cambial contra o endossador e respectivo avalista prescreve em 12 meses (Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, art. 70).

94. Obrigação de Formar o Comerciante Balanço Anual – Por último, determinou o Código, como obrigação comum a todos os comerciantes, a formação anual de um balanço geral, compreendendo todo o seu ativo, conste esse de dinheiro, bens ou créditos, e todo o seu passivo, dívidas ou obrigações. Referido balanço deverá ser datado e assinado pelo comerciante e um resumo lançado no *Diário* (art. 1.179 do Código Civil) ou numa cha especial, em caso de escrita mecanizada ou eletrônica (art. 1.180). As demonstrações nanceiras das sociedades anônimas, que serão organizadas mediante regras especiais, deverão ser publicadas no jornal o cial e em outro jornal até cinco dias antes da realização da assembleia geral ordinária, que deverá tomar contas dos administradores, examinar, discutir e votar as demonstrações nanceiras.

95. Requisitos para o Exercício da Atividade Comercial – A atividade comercial, como acima cou dito (*supra*, nº 74), poderá ser exercida por pessoas naturais ou jurídicas. Há, assim, duas espécies de comerciantes: as pessoas físicas e as pessoas jurídicas, ou sociedades comerciais. Para qualquer uma delas ser considerada comerciante, necessário é que esteja revestida de certas qualidades: prática de atos negociais, com pro ssionalidade e intuito de

lucro, prestação de certos serviços considerados comerciais, obediência à lei quanto à formação das pessoas jurídicas, obrigação de possuir certos livros para a escrituração de seus atos etc.

Assim, não basta constituir-se uma pessoa jurídica dentro de certas regras ou possuir uma pessoa física capacidade para praticar validamente atos de comércio para que possam os mesmos iniciar sua atividades como comerciantes. A lei lhes fornece os elementos que garantem a sua qualidade de comerciante, mas o Estado impõe, ainda, o cumprimento de determinar medidas para que possam, regularmente, iniciar sua atividades.

Várias são as leis que obrigam o comerciante ao preenchimento de formalidades preliminares para que possa iniciar suas atividades. Essas leis são de caráter federal, estadual e municipal e, se algumas disposições se aplicam a todos os comerciantes, outras fazem restrições apenas quanto ao exercício de determinada atividade que, pela sua peculiaridade, merece maiores atenções por parte do poder público.

Assim, antes de começar suas atividades comerciais regulares, devem os comerciantes, pessoas naturais ou jurídicas, cumprir essas restrições legais, sob pena de exercerem irregularmente as atividades mercantis, algumas vezes cando mesmo sujeitas a certas penalidades. Cabe, portanto, aos comerciantes providenciar, dentre outros trâmites exigidos pela legislação, a inscrição no Cadastro Geral dos Contribuintes (CGC), instituído pelo Ministério da Fazenda, inscrições como contribuinte estadual ou municipal, obtenção de alvará de licença para funcionamento e matrícula na Previdência Social. Existem ainda outras formalidades a cargo de empresas que têm objeto especial de atividade, estabelecidas na legislação de acordo com a natureza desta atividade.

d) Privilégios dos comerciantes

96. Regalias Legais – Embora sejam muitos os deveres impostos pela lei aos comerciantes, as regalias legais a eles dispensadas não são em larga escala. O Código Civil, determinando o registro obrigatório dos empresários e sociedades, mantinha alguns privilégios, mantendo prerrogativas aos registrados.

Entretanto, o registro do empresário e da sociedade comercial se faz dispensável ao pequeno empresário a que se refere o artigo 970 do Código Civil, havendo uma variante que não prioriza a forma do registro para o exercício da atividade, ainda na hipótese de serem sócios do negócio sem a gura de comerciantes (empresários). As regalias concedidas aos empresários registrados, de tal modo, são aquelas usufruídas por qualquer pessoa que exercite a atividade, esteja ela registrada. Constam como regalias passar procuração do próprio punho, a exemplo do que acontece no modelo do Código Civil, art. 1◦, sendo que os maiores e capazes poderão outorgar procuração do próprio punho. A interpretação das regras do Código Civil e Comercial, não revogado, permite dizer que a regra é extensiva aos não comerciantes, regulamento que somente dizia respeito aos empresários registrados. E simplesmente assinar procurações por outros escritas já não compete apenas aos comerciantes matriculados, mas a todos os que exercem a pro ssão comercial, sendo de notar que a lei já aceita a simples assinatura dos outorgantes nas procurações para ns judiciais (novo Código de Processo Civil, art. 105).

Igualmente, o Código Civil preconiza o fato de terem fé contra quem os houver assinado os escritos de obrigações relativas a transações mercantis, para as quais não se exija escritura pública, qualquer que seja o seu valor. Essa prerrogativa diz respeito a todos os comerciantes, fato que se soma ao modelo do Código Civil em vigor.

Por último, como regalia privativa dos comerciantes registrados, o Código sinaliza que os livros, uma vez revestidos das formalidades legais, fazem prova plena contra os seus proprietários, contra os comerciantes que tivessem relações com os proprietários, e contra os não comerciantes. Não mais se exige, contudo, a matrícula, atual registro. Devem todos os comerciantes possuir *obrigatoriamente* certos livros; necessário será que esses estejam revestidos das formalidades legais e que o comerciante tenha rma registrada para que se possa bene ciar daquele meio de prova.

Restaria, como vantagem própria do comerciante matriculado, o fato de só os que se acharem nessas condições poderem ser eleitos deputados junto aos Registros de Empresas, como requeria o art. 2º do Dec. nº 1.597, de 1855.

Essa regalia, entretanto, não era geralmente observada, já que a organização dos Registros de Empresas passou a cargo dos Estados, com a extinção dos Tribunais de Comércio. Hoje, nos termos do art. 10 da Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994 (com redação dada pela Lei nº 10.194, de 14 de fevereiro de 2001), o Registro de Empresas têm como órgão deliberativo superior o Plenário, composto por um mínimo de 11 e um máximo de 23 vogais e respectivos suplentes, de acordo com a legislação da unidade federativa a que pertencer o Registro de Empresas. Para o exercício das funções de vogais (que fazem o papel dos deputados na antiga denominação), é necessário, segundo o art. 11 da Lei nº 8.934, de 1994, que os candidatos estejam em pleno gozo de seus direitos civis e políticos, não estejam condenados por crime de prevaricação, falência fraudulenta, peita ou suborno, concussão, peculato, contra a propriedade, a fé pública e a economia popular, estejam quites com o serviço militar e o serviço eleitoral e sejam, ou tenham sido, por mais de cinco anos, titulares de rma mercantil individual, sócios ou administradores de sociedade mercantil, valendo como prova, para esse m, certidão expedida pelo Registro de Empresas.

Metade do número de vogais e seus suplentes de cada Registro de Empresas será designada mediante a indicação, em tríplice, pelas entidades patronais de grau superior e pelas Associações Comerciais, com sede na jurisdição do Registro. Da outra metade, entretanto, participarão 1 vogal e respectivo suplente, representando a União, por indicação do Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, e 4 vogais e respectivos suplentes representando as classes dos advogados, economistas, contadores e a dos administradores, mediante a indicação em lista tríplice apresentada pelos Conselhos Seccionais ou Regionais dessas categorias pro ssionais (art. 12, com redação determinada pela Lei nº 9.829, de 2 de setembro de 1999). Os representantes da União e os das classes dos advogados, dos economistas e dos contadores estão dispensados da satisfação do requisito do inciso III do art. 11, da Lei nº 8.934, de 1994, exigindo a lei, em contrapartida, a comprovação do efetivo exercício da pro ssão por um período de cinco anos (art. 12, § 1º). Por aí se vê que não constitui privilégio exclusivo dos comerciantes a participação nos Registros de Empresas, se bem que pelo menos a metade dos vogais e dos suplentes sejam escolhidos entre aqueles que se dedicam efetivamente às atividades mercantis.

Por último, assinale-se como vantagem própria dos comerciantes o fato de só eles estarem sujeitos ao processo falimentar ou poderem propor recuperação judicial ou extrajudicial. Note-se, entretanto, que em várias legislações a falência se estende, também, aos não comerciantes, como ocorre, v.g., na inovadora legislação francesa que instituiu a recuperação e a liquidação das empresas, em substituição aos institutos da falência e da recuperação judicial ou extrajudicial.

97. Matrícula do Comerciante – Conquanto pondere Waldemar Ferreira ser "um instituto obsoleto'', não trazendo qualquer vantagem para os comerciantes em geral, a matrícula, de acordo com a legislação até há bem pouco em vigor, continuou a existir, e os comerciantes que quisessem poderiam matricular-se, tendo até o Dec. nº 93, de 1935, editado normas especí cas a respeito da mesma.

No sistema atual, somente estão sujeitos à matrícula no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades A ns os auxiliares de comércio, assim entendidos pela nova lei os leiloeiros, os tradutores públicos e intérpretes comerciais, trapicheiros e administradores de armazéns gerais (art. 32, I, da Lei nº 8.934, de 1994).

Segundo o art. 63 do Decreto nº 1.800, de 1996, a matrícula e seu respectivo cancelamento de leiloeiros, tradutores e intérpretes comerciais, trapicheiros e administradores de armazéns-gerais terão a disciplina que lhes der o Departamento de Registro Empresarial e Integração, via instrução normativa. A matrícula e cancelamento de leiloeiro encontra-se disciplinada pela Instrução Normativa nº 113, de 28 de abril de 2010, enquanto a Instrução Normativa nº 84, de 29 de fevereiro de 2000, tratou da habilitação, nomeação, matrícula e cancelamento de tradutor público e intérprete comercial, o mesmo ocorrendo em relação aos trapicheiros e administradores de armazéns gerais na Instrução Normativa nº 70, de 28 de dezembro de 1998.

98. Vantagens Próprias da Qualidade de Comerciante – Se, na verdade, a lei não mais concede grandes regalias aos comerciantes, é inegável que aqueles que exercem a pro ssão comercial têm certas vantagens que não são concedidas, em geral, aos não comerciantes. Assim, em primeiro lugar, só aos que exercem o comércio faculta a lei a formação de prova com os seus próprios livros, desde que estes estejam revestidos das formalidades legais.[13] Também, nas relações comerciais os meios de provas são mais rápidos, uma vez que o exercício do conteúdo exige procedimentos acelerados. Igualmente, as transações comerciais são sempre, em regra, admitidas de boa-fé, já que o crédito é uma das colunas mestras do comércio. Por último, só os empresários podem requerer sua própria falência e propor a recuperação, nos termos dos arts. 1º e 105 da atual Lei nº 11.101/05.

Com vantagens menores, reconhece-se que os empresários podem constituir procuradores por meio de documentos particulares por eles escritos e assinados, ou simplesmente assinados, sem que suas rmas sejam reconhecidas por tabeliães, e que possam celebrar contratos, por escrito particular, qualquer que seja o valor da transação, salvo se a lei expressamente requerer para o ato escritura pública.

Por último, a inteligência antiga permitia apenas aos comerciantes requerer a própria quebra e impetrar a concordata, consoante os arts. 8º, 114, 156 e 177 da revogada Lei de Quebras (Dec.-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945), hoje diferentemente disciplinada pela Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

3É costume fazer-se a sinonímia de *rma* com sociedade comercial. A própria legislação brasileira várias vezes usa o nome de *rma* para indicar *sociedade,* o mesmo acontecendo, recentemente, não só na legislação como na doutrina estrangeira. Entretanto, o Decreto nº 916, de 1890, de nia muito bem a *rma* como sendo o *nome comercial* do comerciante individual ou de sociedade em que haja sócio de responsabilidade ilimitada.

4Waldemar Ferreira, *Instttuições,* vol. I, 1º tomo, p. 140.

5A autenttcação dos livros e outros instrumentos de escrituração mercanttl pelas Juntas Comerciais, na forma do art. 39, I, da Lei nº 8.934, de 1994, e do art. 78, I, do Dec. nº 1.800, de 1996, encontra-se disciplinada pela Instrução Normattva nº 107 do Departamento Nacional do Registro de Comércio, publicada no *D.O.* de 23 de maio de 2008.

6a) Em 1970, um convênio celebrado entre o Ministério da Fazenda e as Secretarias Estaduais de Fazenda autorizou os comerciantes a emittrem "nota scal-fatura" com efeitos comerciais e tributários.

b) A Lei nº 8.137, de 1990, ao modi car a redação do art. 172 do Código Penal, pune o crime de duplicata simulada quando a sua emissão não corresponde à mercadoria vendida em quanttdade e qualidade com o escopo de resguardar os direitos dos consumidores.

7O arttgo 71 do Código Comercial foi revogado pelo Código Civil de 2002.

8Os artigos 47 e 48 do Código Comercial foram revogados pelo Código Civil de 2002.

9O Dec. nº 20.881, de 30 de dezembro de 1931, foi revogado pelo Dec. nº 003, de 25 de abril de 1991.

10O arttgo 88 do Código Comercial foi revogado pelo Código Civil de 2002.

11A Lei nº 202, de 2 de março de 1936, e o Dec.-Lei nº 4.655, de 3 de setembro de 1942, foram revogados pelo art. 15 da Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966, a qual disciplina atualmente a matéria.

12O novo Código do Processo Civil assim se exprime:

"Art. 420. O juiz pode ordenar, a requerimento da parte, a exibição integral dos livros empresariais e dos documentos do arquivo:

I – na liquidação de sociedade;

II – na sucessão por morte de sócio;

III – quando e como determinar a lei.

Art. 421. O juiz pode, de offcio, ordenar à parte a exibição parcial dos livros e dos documentos, extraindo-se deles a suma que interessar ao littgio, bem como reproduções autenttcadas.”

13Aliás, para o efeito de prova no Imposto sobre a Renda de certos gastos feitos e que podem ser deduzidos, a lei já permite que os pro ssionais liberais escriturem e se uttlizem de livros de escrituração, o que equivale à prova produzida pelos comerciantes com os seus livros comerciais.

XI

AUXILIARES DOS COMERCIANTES. PREPOSIÇÃO

99. Sistema Legal – Estabelece o Código Civil em vigor, reportando-se, em parte, ao Código Comercial de 1850, em linhas gerais, a radiogra a dos agentes auxiliares do comércio, de modo enumerativo, pois, abrangendo os encarregados de atividades prestadoras de negócios. Dentre eles temos os corretores, agentes de leilões (leiloeiros), gerentes, comissários de transportes etc. Dessa situação, portanto, enquadram-se como auxiliares dos comerciantes os intitulados feitores (gerentes), guarda-livros e caixeiros, ao passo que os demais fazem parte da categoria jurídica distinta.

Na realidade, com o surgimento da legislação social trabalhista muitos dispositivos foram modi cados. A maioria das relações vem disciplinadas pela Consolidação das leis do Trabalho (Dec.-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), embora alguns aspectos possam ter berço no Código Comercial, no que tange aos atos de responsabilidade da empresa.

Cumpre dizer que a lei que instituiu o Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns, ao se referir à matrícula dos auxiliares do comércio, menciona tão somente os leiloeiros, tradutores e intérpretes comerciais, trapicheiros e administradores de armazéns gerais, com exclusão de outras categorias, a teor da norma do arts. 1º, inciso III, e 32, inciso I.

100. Contrato de Trabalho e Preposição – O *contrato de trabalho* é aquele em que uma pessoa se obriga a prestar serviços, de natureza não eventual, a uma outra, sob a dependência desta e mediante salário. Assim, o comerciante, pessoa natural ou jurídica, que admite um auxiliar, pagando-lhe determinado salário e se obrigando esse a prestar serviço não eventual, realiza um *contrato de trabalho*, cando o empregado na dependência daquele.

Admitindo um auxiliar para o seu estabelecimento, o comerciante pode des-tiná-lo a várias funções, de acordo com as suas necessidades. Em algumas dessas funções, contudo, o empregado terá oportunidade de tratar com terceiros, em nome do comerciante, e realizar transações de que resultam obrigações para o empregador. Nesse sentido, o empregado se torna verdadeiro *preposto* do comerciante.

Esse fato tem, evidentemente, natureza jurídica diversa da do simples contrato de trabalho, pois neste o empregado apenas loca os seus serviços ao comerciante, desempenhando tarefas que estejam dentro de suas possibilidades ou habilitações. Quando, porém, age em nome da empresa o empregado, além de dar a sua contribuição própria, está representando o comerciante, e as obrigações assumidas são de responsabilidade deste e não do empregado individualmente. Por tal razão, tem o contrato entre o comerciante e os empregados que o representam o nome de *preposição*.

A preposição comercial se diferencia da simples prestação de serviços, porque envolve o comerciante, ou seja, o preponente, a quem o preposto responsabiliza. Não se confunde, porém, com o contrato de mandato, porque neste os serviços prestados são de natureza eventual, enquanto na preposição a *não eventualidade* é uma característica essencial.

Participa, no entanto, a preposição comercial dos contratos de prestação de serviços e do mandato, visto como o preposto obrigando-se a prestar serviços, de caráter permanente, ao preponente, *representa-o*, em determinados momentos, como se fora simples mandatário. Tem, desse modo, a preposição comercial natureza jurídica própria, participando do contrato de prestação de serviços e do de mandato, sem contudo, deixar-se absorver por qualquer desses contratos.

101. Obrigações do Preponente para com Terceiros – O auxiliar do comerciante que exerce as funções de preposto nas relações mantidas com terceiros obriga ao preponente, no caso o empregador. Estabelece o art. 1.170 do Código Civil:

> "O preposto, salvo autorização expressa, não pode negociar por conta própria ou de terceiro, nem parttcipar, embora indiretamente, de operação do mesmo gênero da que lhe foi comettda, sob pena de responder por perdas e danos e de serem rettdos pelo preponente os lucros da operação".

Extrai-se o conceito do artigo 75 do vetusto Código Comercial contendo norma nesta dicção. Fundamental que o ato seja praticado e tenha condição essencial, qual seja, dentro das funções no estabelecimento, representando o comerciante.

O respectivo ato fora dos limites estabelecidos, com dolo ou má-fé, não obriga ao preponente, ressalvando-se a boa-fé do terceiro que tomou parte em referido ato. Na prática de ato fora do lugar estabelecido, para obrigar, necessária a presença de mandato e seu arquivamento na Junta Comercial.

A teoria da aparência tem sido muito discutida e aplicada, mas é interessante sua interpretação em consonância com os termos do mandato conferido e nos limites da boa-fé incidente, notadamente na proteção de terceiro em relação aos atos empresariais, de conteúdo negocial.

Muito comum na venda e compra mercantil a alegação da não entrega das mercadorias conforme o pedido, ou quem as recebeu estaria desprovido de poderes para tanto, mas tudo comporta análise no âmbito da própria negociação.

Se de um lado a aparência visa proteger a dinâmica dos atos empresariais e da própria realidade de se consultar, ato a ato, a representação, de outro ângulo não pode desbordar os lindes do aspecto de poderes inerentes.

102. Classi cação dos Auxiliares do Comerciante – Estabelecida a regra geral que deita raízes na formação dos atos de comércio, o Código, ao se referir aos auxiliares do comerciante, enumerou os feitores, guarda-livros e caixeiros. Essa enumeração tem, hoje, outra denominação, que necessita ser enxergada a lume do Código Civil e legislação esparsa. *Feitores* são os *gerentes* dos estabelecimentos comerciais, ou seja, as pessoas que administram os estabelecimentos, ocupando um lugar hierarquicamente superior aos demais empregados. *Guarda-livros* são os *contadores*, técnicos especializados, incumbidos da escrituração dos livros comerciais do estabelecimento. *Caixeiros* são os que exercem funções subalternas aos gerentes, tomando, hoje, vários nomes, de acordo com as atividades a que se dedica a empresa: em se tratando de estabelecimento comercial, os caixeiros se dizem *comerciário*; de empresas industriais, *industriários*; de empresas de transportes aéreos, *aeroviários*; de empresas de transportes por estradas de ferro, *ferroviários*. A lei não estabeleceu essa divisão, que é fruto do uso comum; no entanto, as denominações já foram aceitas pelo legislador, que estabeleceu, há tempos, Caixas de Aposentadorias e Pensões para os *Ferroviários*, Institutos dos *Comerciários*, dos *Bancários*, dos *Industriários* etc., hoje suprimidos, já que os assuntos previdenciários foram concentrados no Instituto Nacional da Previdência Social, subordinado ao Ministério da Previdência Social.

Assim, ao falar em *feitores* (gerentes), *guarda-livros* (contadores) e *caixeiros* (empregados da empresa), o Código quis se referir apenas aos auxiliares *dependentes* do empresário, ou seja, os assalariados, que mantêm um contrato de emprego na empresa. Mas a verdade é que, além de alguns desses auxiliares poderem, hoje, deixar de ser empregados na empresa (no caso dos *guarda-livros* ou contadores, que podem realizar suas tarefas sem relação de emprego, como simples prestação de serviços), o Código insere, na mesma categoria, os *corretores*, os *agentes de leilões* ou *leiloeiros,* os *trapicheiros* e *administradores de armazéns de depósito* e os *comissários de transportes* (gura hoje desaparecida, substituída que foi por agências que se encarregam de providenciar os transportes), que atualmente têm situação jurídica diversa, podendo, *ou não*, ser colaboradores das empresas, mas jamais sendo considerados *dependentes* do empresário.

E mais ainda: existem certas pessoas que podem colaborar com as empresas, sem ser seus auxiliares no sentido, que aqui se dá, de *dependentes* do empresário. Assim, há a distinguir os auxiliares *diretos* das empresas, integrantes das mesmas e dependentes dos empresários, e os auxiliares ou colaboradores das atividades comerciais, que o Código chamava de "agentes auxiliares do *comércio*" (e não *do comerciante* ou *empresário*), que em regra não participam diretamente da empresa por não estarem ligados ao empresário por um contrato de emprego.

Estudaremos, logo adiante, alguns dos auxiliares *diretos* das empresas.

103. O Gerente Administrativo – Uma certa confusão geralmente é feita entre os *gerentes administrativos* e os *gerentes-órgãos* das sociedades comerciais. *Gerentes administrativos* são auxiliares da empresa que lhe prestam serviços na qualidade de *empregados*, sendo, também, *prepostos*, isto é, seus representantes na prática dos atos de administração realizados no interesse da empresa.

De ne o atual Código Civil ser gerente o preposto permanente que responde pelos encargos de representação da própria empresa, ao passo que o sócio passa a ser denominado como administrador ou diretor. Existe o liame de emprego que caracteriza o exercício da gerência, sujeito ao administrador ou titular da empresa, sobressaindo uma outorga, cujos poderes constam do instrumento registrado e balizam a atividade *interna corporis*.

Uma empresa pode ter um ou mais gerentes, de acordo com a sua organização. Pode existir um *gerente geral* e vários outros gerentes que, segundo os poderes recebidos, atuarão em áreas especí cas. Poderão, igualmente, existir *subgerentes* que, na escala administrativa, cam colocados abaixo dos gerentes e acima dos demais empregados. Trata-se, em suma, de mera divisão racional de atribuições para o bom andamento da empresa. Em regra, os estatutos ou o contrato social não regulam essa divisão administrativa; esse é assunto de organização própria da empresa, podendo car a depender de um regulamento interno ou simplesmente de decisões da diretoria ou dos gerentes-órgãos, ouvidos, naturalmente, nas sociedades contratuais, os demais sócios. Nada impede, entretanto, que do contrato ou dos estatutos, já conste essa divisão administrativa dos trabalhos. Aliás, quando a posição do gerente-órgão se confunde com a de gerente administrativo, ou estatutos ou o contrato especi cam logo as atribuições que os gerentes-órgãos poderão ter como administradores.

Os gerentes-órgãos, como se disse, não são empregados da sociedade. Nada impede, contudo, que um empregado seja eleito diretor de uma sociedade anônima; apenas, enquanto perdurar sua permanência na diretoria, ca suspensa, mas não extinta, sua qualidade de empregado. Mas o seu tempo de serviço será contado, e a remuneração que o mesmo tem como diretor não se confunde com o seu salário. O assunto é interessante porque, na prática, muitos são os casos que ocorrem nesse sentido.[14]

Têm em geral os gerentes-órgãos os nomes de diretores, nas sociedades anônimas, mas nada impede que entre eles haja um *diretor-gerente*, que é o que se dedica especialmente à organização administrativa da empresa. Nas sociedades não anônimas, ou seja, nas sociedades em que há sócios de responsabilidade ilimitada, somente um ou alguns desses sócios podem ser gerentes-órgãos; esse ou esses são os que agem pela sociedade, obrigando-a ou exercendo os seus direitos, não como *representantes* da sociedade, já que não têm mandato da mesma, mas como que encarnando a pessoa jurídica. E a sociedade, além de seus gerentes-órgãos, pode ter, obviamente, gerentes *administrativos* ou *prepostos*, que agem por *representação*.

Dada a sua situação preponderante na administração da sociedade, o gerente, em regra, é o empregado mais categorizado do organismo da empresa. Nas grandes empresas, os principais administradores são atualmente denominados, nos meios empresariais, de *"executivos";* os dicionaristas modernos já registram a palavra executivo como "diretor ou alto funcionário que atua na área nanceira, comercial, administrativa ou técnica de uma empresa" (Aurélio Buarque de Holanda, *Novo Dicionário*, verb. "executivo").

Há que se distinguir o simples exercício da gerência que é decorrente do mandato da circunstância da gerência delegada, que se lhe atribui poderes inerentes à qualidade de sócio, mas com amplitude e maior espaço de liberdade na prática dos negócios.

No Direito Comparado, em particular na Itália, se tornou muito frequente a gerência ou administração delegada, que se consubstancia amiúde nas empresas internacionais, donde o controlador escolhe seu representante junto à lial para o desempenho das funções adjetivadas na outorga.

Esta descentralização de poderes sucede como instrumento imprescindível à vida normal da empresa, inclusive para registro perante as entidades, órgãos públicos e provados, na segurança de terceiros e nos poderes de comando conferidos.

104. Guarda-Livros, Contadores e Auditores – Na esteira do Código Comercial de 1850, pois, constam entre os agentes auxiliares do comércio os guarda-livros. Sabe-se a necessidade das empresas manterem certos livros escriturados "em forma mercantil", e seguida por aquela cronológica de dia, mês e ano, sem intervalo em branco, nem entrelinhas, borraduras, raspaduras ou emendas", referente ao conjunto de todos os fatos econômicos relacionados à sua atividade. Para tanto é essencial a utilização de conhecimentos técnicos, nada impedindo, no entanto, que, nas localidades onde não houver contabilistas, a escrituração seja feita pelo próprio comerciante ou por pessoa por ele designada (Dec. nº 64.567, de 22 de maio de 1969, art. 3º). Ficam desobrigados de manter livros comerciais os pequenos e microempresários, como tais considerados legalmente.

A escrituração deve ser realizada por pro ssional quali cado, nos termos da legislação especí ca (Dec.-Lei nº 486, art. 3º). Esse pro ssional quali cado é o *contador*, a que o Código chamava de *guarda-livros*, e que pode ser empregado *ou não* na empresa. Hoje, regulamentada a pro ssão dos contadores, devem os mesmos, para poder desempenhar suas funções, ser inscritos nos Conselhos Regionais de Contabilistas.

Como se disse, os contadores podem ser ou não empregados na empresa; o mais comum é que não o sejam, o que os possibilita a prestar seus serviços em várias empresas (algumas empresas, entretanto, possuem seções ou departamentos de contabilidade, che ados por um contabilista, quase sempre empregado nas mesmas). Note-se que, da escrita feita pelo contador à vista dos documentos fornecidos pelo comerciante, resulta responsabilidade para este.[15] Assim, ca o contador isento de responsabilidade por atos fraudulentos praticados pelo comerciante, desde que a escrituração tenha sido feita em face dos documentos fornecidos por este.

Além desses auxiliares técnicos, podem as empresas valer-se de *auditores*, pessoas físicas ou jurídicas especializadas em fazer análise da situação econômica e nanceira das empresas de que, em regra, não são empregados. Esses técnicos examinam com profundidade a situação da empresa e emitem parecer sobre a mesma, em face dos documentos que lhes são apresentados. O trabalho do auditor é de simples análise, não de escrituração; e o seu parecer tem grande importância para as pessoas que negociam com as empresas. Comumente, o parecer dos auditores é publicado juntamente com o balanço levantado pela empresa.

No momento atual, o registro e o exercício da atividade de auditoria independente no âmbito do mercado de valores mobiliários, assim como os deveres e responsabilidades destes auditores, encontram-se regulamentados pela Instrução Normativa nº 308, de 14 de maio de 1999, da Comissão de Valores Mobiliários.

105. Viajantes, Vendedores e Pracistas – Também como auxiliares do comerciante guram os *viajantes, vendedores* e *pracistas*, pessoas que podem ou não ser empregadas da empresa mas que a representam em virtude de um contrato especí co que lhes limita as atribuições.

Os *viajantes* ou *caixeiros-viajantes*, guras até há bem pouco bastante populares nas cidades do interior do país, que seguidamente visitavam para angariar negócios para seus preponentes, são, na realidade, prepostos dos comerciantes com uma função especí ca, a de visitar lugares distantes do estabelecimento para realizar negócios em proveito da empresa. Podem, como cou dito, ser empregados ou estar ligados à empresa por um contrato de prestação de serviços, com cláusulas especiais; neste caso nada impede que o viajante transacione em favor de mais de uma empresa. O seu salário pode consistir, como realmente acontece, em uma porcentagem sobre o volume dos negócios

realizados, mas nada importa que haja também uma parte xa. Igualmente, as despesas com sua locomoção podem ser pagas pelo preponente ou correr por conta própria, dependendo do ajuste entre as partes.

Pracistas são pessoas que, por um contrato com a empresa, se incumbem de angariar negócios apenas em determinadas localidades ou *praças*. Assim, nos contratos que os ligam à empresa, os pracistas têm sua área de ação determinada e só nessa devem agir.

Vendedores são pessoas que, empregadas ou não das empresas, se encarregam da venda de produtos que constituem o objeto comercial das mesmas. Em regra, os vendedores são pessoas de conhecimentos especializados que podem demonstrar, com mais acuidade, as qualidades dos produtos ofertados. Comumente os vendedores estão localizados na sede do estabelecimento que os contrata, mas pouco importa que seja determinada sua atuação em outra praça. De um certo modo, os vendedores se confundem com os pracistas, se bem que estes, em regra, atuem em lugares diversos da sede do estabelecimento.

Viajantes, pracistas e vendedores não se confundem com os *representantes comerciais*, se bem que com eles tenham muitos pontos de contato.

106. Representantes Comerciais, Concessionários e Correspondentes – Uma das atividades mais difundidas dentre as que procuram dinamizar as transações comerciais e que só há relativamente pouco tempo mereceu, entre nós, regulamentação legal é a dos *representantes comerciais*, pessoas naturais ou jurídicas que, amparadas por um contrato com uma ou várias empresas, procuram angariar negócios em proveito das mesmas. Em 1965, a Lei nº 4.886, de 9 de dezembro, regulamentou as atividades dos representantes comerciais *autônomos* (naturalmente, os representantes *não autônomos* ou *dependentes* são empregados na empresa), criando, inclusive, um Conselho Federal e Conselhos Regionais dos Representantes Comerciais, incumbidos da scalização do exercício da pro ssão de representantes. Segundo a lei, "exerce a representação comercial autônoma a pessoa, física ou jurídica, *sem relação de emprego*, que desempenha em *caráter não eventual*, por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios" (art. 1º). A lei, como se vê, é bastante explicativa ao mostrar que o representante não é um empregado na empresa (*"sem relação de emprego"*) e que a representação comercial deve ter caráter permanente (*"em caráter não eventual")*. Não é o representante comercial, apesar do nome, um mandatário do representado; mas é comum que do contrato de representação conste uma cláusula de mandato, donde esclarecer a lei que, "quando a representação comercial incluir poderes atinentes ao mandato, serão aplicáveis, quanto ao *exercício deste*, os preceitos próprios da legislação comercial" (art. 1º, parágrafo único).

A representação comercial passou, assim, a partir da Lei nº 4.886, de 1965, e com as modi cações do diploma 8.420/92, a ser uma atividade regulamentada. Para exercê-la os representantes comerciais devem ser obrigatoriamente registrados nos Conselhos Regionais de Representantes Comerciais, que, mantendo o cadastro dos representantes registrados, lhes fornecem as carteiras pro ssionais assecuratórias do exercício regular da pro ssão (Lei nº 4.886, art. 17). Para a pessoa, física ou jurídica, registrar-se como representante comercial, deve solicitar o registro ao Conselho Regional que compreende a localidade onde está sediado o representante, prova de quitação com o serviço militar, quando é exigida, folha-corrida de antecedentes, expedida pelos cartórios criminais das comarcas em que o registrante houver sido domiciliado nos últimos 10 anos e quitação como o imposto sindical, estando os estrangeiros isentos da apresentação de prova de quitação com o serviço militar e de prova de estar em dia com a legislação eleitoral. Em se tratando de pessoa jurídica, deve ser feita prova de sua existência legal (art. 3º, §§ 1º e 3º). Não podem ser registrados como representantes comerciais os que não podem ser comerciantes; os falidos não reabilitados; as pessoas que tenham sido condenadas por infração penal de natureza infamante, tais como falsidade, estelionato, apropriação indébita, contrabando, roubo, furto, lenocínio ou crimes também punidos como a perda de cargo público e os que estiverem com o seu registro comercial cancelado como penalidade (art. 4º).

Podem os representantes comerciais, como cou dito, ser pessoas físicas ou jurídicas; pode também o contrato de representação comercial ser feito com uma ou mais empresas.[16] As empresas que se dedicam exclusivamente à representação comercial em regra são chamadas de *"escritórios de representação*", com isso signi cando que a sua atividade especí ca é a de representação comercial.

Esses os chamados *representantes autônomos*. Nada impede, contudo, que uma empresa comercial, que tenha objeto próprio, seja também representante de uma outra empresa com atividades conexas ou divergentes da sua. Nesse caso, a representação comercial funciona apenas como um acessório da atividade principal da empresa.

Casos existem em que a representação comercial é dada *com exclusividade*, o que signi ca que, em quaisquer negócios relativos ao objeto da representação, nas zonas de atuação do representante, ainda mesmo que realizados por terceiros, os representantes comerciais têm direito à percepção de sua comissão, ou seja, têm direito ao recebimento da importância que lhe caberia se as transações fossem realizadas por seu intermédio (arts. 5º e 31).

Uma modalidade interessante de representação comercial, não regulada na lei brasileira mas muito em uso, é a chamada *concessão* comercial. O *concessionário* é, em regra, um representante exclusivo, mas podem existir vários concessionários na distribuição ou venda de um produto em uma mesma praça. Normalmente, a concessão traz obrigações acessórias para o concessionário, principalmente prestação de serviços (vendas de automóveis + assistência técnica, vendas de eletrodomésticos + reparos na conservação de aparelhos). A concessão comercial resulta de um contrato com cláusulas especí cas sobre as atribuições dos concessionários. Esses em regra respondem pela prestação de serviço e as suas atribuições se restringem quase sempre à venda e/ou reparação dos produtos relativos à concessão.

Ainda existem casos em que os concessionários têm atuação em um ou mais Estados ou regiões. Para agir nesses locais os concessionários podem fazê-lo através de liais ou sucursais.

Uma modalidade especial de negociação é a que se faz utilizando o contrato de *franquia (franchising),* pelo qual uma empresa concede, mediante condições especiais, a uma outra o direito desta comercializar marcas ou produtos da primeira sem que, contudo, entre franqueado e franqueador haja vínculo de subordinação. "O franqueado, além dos produtos que vai comercializar, receberá do franqueador permanente assistência técnica, inclusive no que se refere à publicidade dos produtos".

"Para obter a franquia, em regra o franqueado paga ao franqueador uma taxa inicial, obrigando-se, ainda, a pagar-lhe importâncias suplementares consistentes em porcentagens sobre os produtos vendidos. Por seu lado, o franqueador em regra assegura ao franqueado exclusividade em certo *território*, sendo considerado esse o lugar ou a região (cidade, grupo de cidades, Estado, grupo de Estados) em que o franqueado terá atuação" (nosso *Contratos e Obrigações Comerciais*, nº 435).

O contrato de franquia, atualmente disciplinado pela Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, ganhou bastante importância prática nos dias de hoje, tendo em mira sua enorme utilização nos mais diversos segmentos de atividades comerciais, de serviços, e a ns.

Finalmente, dentro dessa classe de auxiliares dos comerciantes, temos os chamados *correspondentes*. Esses existiram em larga escala no Brasil, na época em que as comunicações eram difíceis, mas hoje estão desaparecendo. Por *correspondente* entendia-se uma pessoa, natural ou jurídica, que praticava em praças diferentes certos atos no interesse do comerciante. Havia os *correspondentes comerciais* e os *correspondentes bancários*. Os últimos ainda se encontram no comércio bancário internacional e em menor escala do interestadual ou no comércio interno. O correspondente bancário presta serviços a outro banco, principalmente para a cobrança de títulos ou transferência de dinheiro. Isso se faz, comumente, mediante convênios rmados entre os bancos, sendo que o banco que prestar serviço, como correspondente, cobra uma taxa por esses serviços. Normalmente, os bancos abrem contas em nome dos correspondentes, nas quais são anotadas as operações realizadas por seu intermédio.

A operação de correspondente se mostra comum e usual em relação às agências bancárias estrangeiras que não possuem liais, ou sucursais, mas que contam com intermediários que facilitam a feitura dos negócios e prestam os serviços exigidos pelo consumidor de uma maneira geral.

Antigamente, existiam mesmo pessoas físicas que eram correspondentes em localidades distantes de bancos que não tinham liais na região. Hoje, como o comércio bancário só pode ser feito por instituições nanceiras, não é mais possível que uma pessoa, física ou jurídica, que não seja instituição nanceira, realize serviços de correspondente bancário.

Por último, ainda há, em pequena escala, os chamados *correspondentes comerciais.* Esses são pessoas físicas ou jurídicas que, em praças diversas, prestam serviços gerais a um comerciante, realizando tarefas em proveito do mesmo, encaminhando negócios, recebendo ou adiantando importâncias de acordo com as ordens de seu representado. As relações entre o representante e o representado não constam, em regra, de contratos expressos, mas de simples correspondência, às vezes até mesmo de entendimentos pessoais.

Tais os principais auxiliares ou colaboradores das empresas, nos dias atuais.

107. Nomeação dos Auxiliares Dependentes do Comerciante – No sistema do Código, os auxiliares dependentes do comerciante deviam, *antes* de entrar no exercício de suas funções, receber dos seus preponentes ou patrões uma nomeação por escrito, que seria inscrita no Tribunal de Comércio, sob pena de carem eles privados dos favores concedidos pelo Código. Essa disposição legal quase nunca foi cumprida, não tendo o uso consagrado a mesma; as nomeações de gerentes, contadores e caixeiros eram feitas as mais das vezes verbalmente, cando, assim, letra morta o dispositivo legal. Tanto que o Dec. nº 5.571, de 13 de novembro de 1928, revogou aquele dispositivo do Código Comercial, esclarecendo que as vantagens outorgadas pela lei aos auxiliares do comerciante não dependiam da nomeação por escrito destes auxiliares.

A Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, regulou o assunto, estabelecendo que "o contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado" (art. 443). No entanto, para o exercício de qualquer emprego, o empregado deverá possuir, obrigatoriamente, uma carteira pro ssional (art. 13), que deverá ser anotada, também obrigatoriamente, pelo empregador, na qual se especi carão a data de admissão, a natureza dos serviços, o número no registro legal do empregado e sua remuneração.

108. Garantias e Vantagens do Auxiliar Dependente do Comerciante – O Código Comercial não concedia muitas seguranças aos auxiliares dependentes do comerciante. Por ele, não havendo prazo determinado para a prestação de serviços por parte dos prepostos, estes ou os preponentes poderiam rescindir o contrato, a qualquer tempo, desde que o aviso de rescisão fosse dado com um mês de antecedência. O preposto, despedido desse modo, qualquer que fosse o seu tempo de serviço, teria direito a um mês de salário (art. 81). Mesmo havendo tempo certo do contrato, o preponente poderia despedir o preposto sempre que este demonstrasse incapacidade, fraude ou abuso de con ança ou praticasse negociação própria ou alheia sem permissão do preponente (art. 84). Quanto aos acidentes veri cados no trabalho, impedindo o preposto do exercício da sua função, não interrompiam o vencimento do salário, contanto que a inabilitação não excedesse de três meses.

Com o advento da legislação social trabalhista, os auxiliares do comerciante passaram a gozar de muitas garantias e vantagens, que o Código Comercial não lhes outorgava. Assim, entre outros benefícios, cou-lhes assegurado:

a) a percepção de um *salário mínimo,* xado pelo poder público e repetidamente revisto, a m de fazer face ao encarecimento da vida; o salário mínimo era xado de acordo com as condições de cada região, atendendo às necessidades normais do trabalhador e de sua família;

b) a proibição da diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;

c) a remuneração do trabalho noturno superior ao diurno;

d) o prazo de oito horas para a duração do trabalho, salvo nos casos e condições especiais, previstos em lei;

e) o repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos;

f) a obrigatoriedade às férias anuais remuneradas;

g) a higiene e segurança do trabalho;

h) férias anuais remuneradas;

i) a proibição de trabalho aos menores de 12 anos, e, nas indústrias consideradas insalubres, a mulheres e menores de 18 anos, bem como a proibição do trabalho noturno aos menores de 18 anos;

j) o direito à gestante a um descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário;

l) a indenização por despedida, depois de um certo período, do exercício de funções, tomando-se por base para a indenização o salário de um mês por ano de trabalho;

m) estabilidade na empresa, depois de 10 anos de serviço, não podendo, nessa situação, ser o empregado despedido sem que preceda inquérito administrativo para apurar suas faltas;

n) o seguro obrigatório, por parte do empregador, contra os acidentes do trabalho;

o) o direito de associação pro ssional;

p) o direito de greve;

q) o seguro-desemprego.

Essas e outras garantias são asseguradas ao auxiliar do comerciante, como empregado do mesmo, nos termos da legislação trabalhista e nas precisas disposições da Constituição Federal de 1988, arts. 7º e segs.

109. Condições Especiais do Trabalho – Além do mais, a legislação social trabalhista dispôs normas especiais sobre as condições dos trabalhos especializados, por parte do homem, do trabalho do menor e do trabalho das mulheres. O comerciante já não tem a liberdade de determinar as funções dos seus auxiliares, devendo obedecer às regras estabelecidas pela lei para que cada um exerça o seu trabalho dentro dos princípios por essa estatuídos. Por outro lado, a mulher casada e o menor podem tornar-se auxiliares do comerciante sem a autorização prévia do marido ou do pai e, em caso de oposição marital ou paterna, podem recorrer à Justiça, requerendo o suprimento da autorização (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 446).[17]

110. Rescisão do Contrato de Trabalho – O contrato de trabalho pode ser rescindido, em qualquer tempo, por mútuo consenso do empregador e do empregado. Antes de expirado o prazo certo do contrato, ou se for por prazo indeterminado, o empregador poderá rescindir o contrato de trabalho, ocorrendo alguma destas circunstâncias (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 482):

a) atos de improbidade por parte do empregado;

b) incontinência de conduta ou mau procedimento;

c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalhe o empregado ou for prejudicial ao serviço;

d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;

e) desídia no desempenho das respectivas funções;

f) embriaguez habitual ou em serviço;

g) violação de segredo da empresa;

h) ato de indisciplina ou insubordinação;

i) abandono de emprego;

j) ato lesivo da honra ou da boa fama, praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

l) prática constante de jogos de azar.

Por outro lado, o empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a indenização que lhe couber (art. 483), quando:

a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;

b) for tratado pelo empregador ou por superiores hierárquicos com rigor excessivo;

c) correr perigo manifesto de mal considerável;

d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;

e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;

f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no sicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

Na perspectiva da economia globalizada e dotada de ampla tecnologia, a justa causa reduz o seu peso no ambiente de trabalho, haja vista dispensa voluntária e normas coletivas de proteção, cuja possibilidade de reintegração judicial sempre existe.

A exibilização das normas trabalhistas e da própria jornada leva a encarar de modo menos ortodoxo as regras concernentes às garantias e privilégios trabalhistas.

14Para melhor esclarecimento da situação jurídica do empregado diretor de uma sociedade anônima, v. Wilson de Sousa Batalha, *Sociedades Anônimas e Mercado de Capitais*, Forense, 1973, vol. II, pp. 636 e segs.; e o interessante estudo do Prof. Célio Goyatá, catedráttco da Universidade Federal de Minas Gerais, *"Os executtvos e o Direito do Trabalho"*, publicado na *LTr.*, *Revista de Legislação do Trabalho*, junho de 1974, pp. 493 e segs.

15Entenda-se: a responsabilidade pelos resultados da escrituração é da *empresa;* mas quanto à observação dos requisitos necessários a uma boa escrituração a responsabilidade é do contador, nos termos do art. 3º do Dec.-Lei nº 486. Esse fato, entretanto, não prejudica os interesses de terceiros, donde responder o contabilista perante o comerciante e não perante terceiros, que, uma vez prejudicados, acionarão o comerciante e não o contador.

16Sobre o contrato de representação comercial, v. nosso *Contratos e Obrigações Comerciais*, Forense, pp. 206 e segs.

17O arttgo 446 da CLT foi revogado pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989.

XII

COMERCIANTE OU EMPRESÁRIO INDIVIDUAL

111. Requisitos para o Exercício do Comércio – O comércio, como vimos, pode ser exercido por uma pessoa isoladamente ou por uma sociedade comercial. Tanto o comerciante individual como a sociedade comercial, para que possam ser reputados comerciantes, necessitam praticar pro ssionalmente atos de intermediação, com intuito de lucro. O comerciante individual, porém, tem necessidade de possuir outro requisito, sem o qual a prática do comércio, por ele exercida, é irregular. Esse requisito é a *capacidade*.

Necessitamos com a disposição do Código Civil vislumbrar os aspectos que con guram o regular exercício da atividade empresarial, isoladamente, ou por meio das sociedades, no contexto mais inerente às regras estabelecidas.

112. Capacidade Jurídica do Comerciante Individual – A teor do artigo 972 do atual Código Civil Brasileiro, a atividade de empresário, antigo comerciante, diz respeito a todos aqueles que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.

A disposição se reporta em grande sentido ao Código Comercial de 1850, art. 1º, nº 1, encerrando as considerações essenciais ao exercício da atividade empresarial.

Nestas condições, para que uma pessoa possa ter a situação de empresária (comerciante) é fundamental que:

a) esteja na livre administração de sua pessoa e bens;

b) que essa livre administração de sua pessoa e bens seja regulada pela lei nacional;

c) que, mesmo nessas condições, não esteja a pessoa expressamente proibida, por lei, de praticar o comércio.

O primeiro desses itens, determinando que para o indivíduo exercer o comércio deve estar na livre disposição de sua pessoa e bens, signi ca que deve ser ele *capaz*. E essa capacidade, nos termos do item *b*, deve ser regulada pela lei brasileira, fato que deve ser lembrado porque a capacidade, *em regra geral*, é regulada pela lei nacional da pessoa.

Ainda sendo considerado capaz pela legislação brasileira, não poderá a pessoa exercer o comércio se houver proibição expressa, consoante previsão normativa.

113. A Capacidade para Comerciar é Regulada pela Lei Brasileira – Conforme esclarecemos acima, a capacidade civil é, em regra, regulada pela lei nacional da pessoa. Para que uma pessoa possa comerciar no Brasil, entretanto, a sua capacidade deve ser regida pela *lei brasileira.*

Esse fato merece atenção, porque a lei não distingue, no Brasil, nacionais dos estrangeiros para o exercício do comércio. Contudo, o atual Código Civil, no art. 1.134, determina, em relação à sociedade estrangeira, a necessidade de autorização do Poder Executivo, nada impedindo, de qualquer forma, venha a ser acionista de sociedade anônima brasileira.

A integração das normas civis e comerciais, em atenção ao comércio ou exercício individual empresarial, não manifesta empeços legais, cuidando de forma isonômica entre ambos, não havendo distinção entre os nacionais e estrangeiros. Prevalece a tal ponto a regra de capacidade análoga à legislação civil, para efeito da atividade empresarial.

114. Capacidade para Comerciar Segundo a Lei Brasileira – *A capacidade é regulada pela lei civil* e não pela comercial. Esta apenas faz restrições àquela, quando declara que não poderão comerciar as pessoas, mesmo capazes, que forem proibidas pelo Código Comercial.

Conforme o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), a capacidade é regra, a incapacidade exceção, ao preconizar que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil; daí decorre a possibilidade da prática de atos jurídicos dentro destes princípios.

A incapacidade pode ser *absoluta* (art. 3º) ou *relativa* (art. 4º). A incapacidade absoluta torna a pessoa privada do exercício pessoal de atos válidos na vida civil, sendo, desse modo, considerados nulos os atos por ela praticados. A incapacidade relativa se refere apenas ao impedimento da prática de certos atos, que serão anuláveis se tal acontecer. Enquanto que os *absolutamente incapazes* são *representados* por outras pessoas, que praticarão os atos por eles, os *relativamente incapazes* são *assistidos* na prática dos seus atos por um curador especial.

115. Pessoas Absolutamente Incapazes – O Código Civil, art. 3º, declara que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Sobreditas pessoas não podem ser comerciantes ou empresários individuais porque não estão na livre administração de suas pessoas, sendo os atos a elas referentes na vida civil praticados por outros, quer sejam pais, tutores ou curadores. A Lei Comercial pede uma capacidade plena, de pessoas e bens para que possa o indivíduo exercer o comércio. Este deve ser exercido no próprio nome do comerciante, sendo considerados nulos todos os contratos celebrados por pessoas inábeis para contratar (art. 471 do Código Civil).

A partir de janeiro de 2016, com entrada em vigor da Lei nº 13.146/2015, não existe mais qualquer disciplinada ao estado de incapacidade dos *surdos-mudos*.

O legislador considerou apenas absolutamente incapazes os menores de 16 anos.

Aqueles que por enfermidade ou de ciência mental não tiverem o discernimento para a prática do ato, e ainda qualquer causa transitória que possa impedir de exprimir sua vontade, passam a ser relativamente incapazes, de acordo com a nova redação do art. 4º do Código Civil.

116. Pessoas Relativamente Incapazes – O artigo 4º do Código Civil estampa os casos de incapacidade, elencando:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV – os pródigos.

Os atos dos relativamente incapazes são praticados com a assistência de um curador especial, representante legal, não se encontrando na livre disposição de suas pessoas, realçando-se os menores. Os pródigos cessam a incapacidade quando nda a prodigalidade, mas o legislador contempla a responsabilidade do legalmente impedido pelas obrigações contraídas (art. 973 do Código Civil).

117. Menores – A atual legislação estabelece parâmetro entre 18 e 16 anos de idade referentes à capacidade e o grau de incapacidade. No entanto, cessa a menoridade pelo aspecto da emancipação, mediante escrito público.

Conforme dita o legislador, a menoridade cessa aos 18 anos completos, quando a pessoa ca habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Entretanto, a incapacidade cessará para os menores:

I – pela concessão dos pais, ou de um deles na falta de outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II – pelo casamento;

III – pelo exercício de emprego público efetivo;

IV – pela colação de grau em curso de ensino superior;

V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

A regra do artigo 5º e seu parágrafo único irradia efeitos no âmbito da empresa, no caso do estabelecimento, mediante economia própria.

De forma geral se manteve a regra do Código Civil de 1916 e as percepções do Código Comercial; a emancipação não é revogável, e, sendo concedida, o emancipado adquire a qualidade de maior, perdurando mesmo que ele interrompa o exercício da atividade empresarial; contudo, a condição de emancipado deve ser levada a registro na Junta Comercial, bem antes do início do exercício das atividades comerciais.[18]

118. Mulheres Casadas – Até a promulgação da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, as mulheres eram consideradas relativamente incapazes para certos atos da vida civil, inclusive atividades comerciais, durante a vigência da sociedade conjugal. Bem assim, desfeita a sociedade por meio do desquite ou separação, não existia à época o divórcio, a mulher casada adquiria capacidade plena, e podia praticar o comércio, pois o casamento a emancipara. Contudo, a mulher casada necessitava da autorização marital para o exercício do comércio; porém, desfeito o vínculo matrimonial, não se fazia mais preciso (art. 233, IV, do Código Civil de 1916).

Reporta o Código Comercial de 1850 à possibilidade de exercício da atividade, "as mulheres casadas, maiores de 18 anos, com autorização de seus maridos para comerciarem em seu próprio nome, provada por escritura pública". Na conformidade da lei comercial se exigia para a mulher exercer o comércio:

a)ter idade mínima de 18 anos completos;

b)ser autorizada pelo marido.

O atual Código Civil, no artigo 979, determina o arquivamento e averbação no Registro Público de Empresas Mercantis dos pactos e declarações antenupciais do empresário, a título de doação, herança, ou legado, de bens clausulados de incomunicabilidade ou inalienabilidade.

No entanto, não faz qualquer censura ou proibição à capacidade de comerciar da mulher casada.

119. Revogação da Autorização – A concessão de emancipação, como vimos, é irrevogável, considerando-se apto o menor, para todos os atos da vida civil, depois que for a emancipação efetivada.

A autorização marital para a mulher comerciar era contudo revogável a qualquer momento. O marido, com os poderes que a lei lhe deu de che ar a sociedade conjugal, poderia revogar o ato que autorizava a mulher a comerciar sempre que isso lhe parecesse conveniente. O art. 28 do Código Comercial esclarecia que a revogação "só surtirá efeito, relativamente a terceiro, depois que for inscrita no Registro de Comércio e tiver sido publicada por editais e nos periódicos do lugar e comunicada por cartas a todas as pessoas com quem a mulher tiver a esse tempo transações comerciais". Esta situação veio a ser completamente modi cada, com a plena capacidade de comerciar da mulher, sem a necessidade da outorga marital, como garantia da isonomia e princípio constitucional, consagrado pelo Código Civil.

120. A Capacidade Plena para a Mulher Casada Comerciar – Tal era a situação do nosso Direito até o advento da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, que modi cou vários dispositivos do Código Civil. A incapacidade relativa da mulher casada era tradição não só do Direito brasileiro mas dos Direitos latinos; também dispunham sobre o mesmo assunto o Código de Comércio francês (art. 4º), o antigo Código de Comércio italiano (art. 13), e, em regra, os Códigos que seguiram a orientação do francês.

Com as conquistas obtidas pela mulher no campo político-social, essa incapacidade relativa está sendo suprimida em diversos países. Na Inglaterra, onde a mulher, no século XIX, obteve grandes vitórias em inúmeros setores de atividade, o *Married Women's Property Act*, de 1882, acatando um costume londrino, deu-lhe capacidade plena para

comerciar. O mesmo aconteceu com o Código Civil alemão (arts. 1.363 e segs.). Na Itália, para recompensar os esforços despendidos pelas mulheres na Guerra de 1914 a 1918, o governo, pela Lei nº 1.176, de 17 de julho de 1919, ab-rogou o art. 14 do Código de Comércio, dando à mulher casada capacidade para exercer pro ssão, inclusive a comercial, independentemente de autorização do marido. E na França, a lei de 18 de fevereiro de 1938, completada pela de 22 de setembro de 1942, também adotou igual medida, permitindo à mulher exercitar atividade mercantil, desde que o marido não se oponha formalmente.

No Brasil, a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, dispondo sobre a situação jurídica da mulher casada, revogou parte do item IV do art. 233, do Código Civil de 1916, que impunha aquela autorização, bem como o nº 7 do art. 242, que tratava do mesmo assunto. Desapareceu, assim, a incapacidade relativa da mulher casada para o exercício de pro ssão lucrativa, podendo, de tal modo, a mesma comerciar ou participar de sociedade comercial sem autorização do marido. Contudo, pelas obrigações assumidas como comerciante ou sócia de sociedade comercial, respondem apenas os bens particulares da mulher e os comuns ao casal até o limite de sua meação, segundo expressamente dispõe o art. 3º de citada lei.

Tem sido muito comum na defesa de sua meação a consorte ingressar com embargos de terceiro, no sentido de excluir da constrição e da própria alienação judicial os referidos bens que constam da sociedade conjugal; daí por que o legislador, no artigo 979, visando dar transparência, obriga ao Registro o pacto antenupcial do empresário, e qualquer ato, a título de doação, herança, legado de bens clausulados, incomunicáveis ou inalienáveis.

Em certas circunstâncias, tem a jurisprudência considerado ser necessário a prova que inocorreu o benefício, a exemplo da concessão de avais, em títulos de crédito, mas o ônus probatório repercute sobremodo na disposição do nexo causal patrimonial de afetação do próprio casal.

Dependendo do regime de bens, compete à mulher casada, por meio de embargos de terceiro, excluir qualquer constrição à sua meação, podendo o juízo, a m de não inviabilizar o certame, manter a reserva de 50% em prol da embargante, a ser levantado na ocasião da formalização do negócio judicial.

121. Proibidos de Comerciar – Afora os incapazes, que não poderão exercer o comércio, a lei determina que várias pessoas não podem, em virtude de função exercida ou por outro motivo ponderável, praticar, igualmente, atividades comerciais. A própria Constituição Federal de 1988 recepcionou tais restrições, ao dispor que o exercício de pro ssão sujeita-se ao atendimento das quali cações pro ssionais estabelecidas pela legislação ordinária (art. 5º, XIII). No âmbito da legislação comercial, o Código Comercial previa a proibição de exercício do comércio aos falidos, enquanto não fossem legalmente reabilitados (art. 2º, nº 4). Também a condenação, por juízo criminal, na pena de vedação do exercício do comércio impede, como prevê o art. 35, II, da Lei do Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns, o arquivamento no Registro de Empresas dos atos constitutivos de empresa em que gure como titular ou administrador o nome de pessoa sujeita a esta pena. Igualmente, restringia-se o exercício do comércio aos corretores (art. 59, nº 1, do Código Comercial) e leiloeiros (art. 68 do Código Comercial; Dec. nº 21.981, de 19 de outubro de 1932, art. 36), cabendo ressaltar que os corretores e leiloeiros são, na realidade, comerciantes. A proibição contida nas leis especiais é de que exerçam outra espécie de comércio que não as que constituem as suas atividades normais.

No âmbito do Direito Público surgem outras hipóteses de proibição do exercício do comércio. A mais importante encontra-se no art. 117, X, da Lei nº 8.112, de 1990, o qual veda aos funcionários públicos a prática de atividades comerciais, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário. Também a Lei nº 8.212, de 1991, estabelece a proibição do exercício do comércio aos devedores do INSS (art. 95, § 2º, letra *d*).

122. Funcionários Públicos – A lei estatui que os funcionários públicos não poderão exercer o comércio, a não ser como *acionistas, comanditários* ou *quotistas* e se, nessas sociedades, não exercerem cargos de administração, direção ou gerência (Lei nº 8.112, de 1990, art. 117, X). Há evidente impropriedade de linguagem e incompreensão do

que seja comerciante no texto legal. Na realidade, os sócios comanditários, quotistas ou os acionistas das sociedades anônimas *não são comerciantes*; comerciante será a sociedade de que eles fazem parte. Por possuírem os sócios comanditários, quotistas ou acionistas responsabilidade limitada – os comanditários e os acionistas à importância com que entraram para a sociedade e os quotistas ao total do capital social – a lei admite que os funcionários públicos façam parte dessas sociedades. Quando, porém, em uma sociedade assumir responsabilidade ilimitada, o funcionário público não poderá ser sócio; não poderá, igualmente, ser comerciante individual porque este possui sempre responsabilidade ilimitada pelas obrigações que assumir no exercício das suas atividades comerciais.

Tal o sentido da proibição encontrada no Estatuto dos Funcionários Públicos.

123. Estrangeiro Comerciante – Nada impede que o cidadão estrangeiro exerça, individualmente, o comércio no Brasil. Necessário é apenas que sua situação de permanência no país esteja regular, do que deverá fazer prova quando registrar sua rma.

Naturalmente, há certas atividades mercantis que a lei, terminantemente, proíbe aos estrangeiros. Havendo uma proibição legal quanto ao objeto a ser explorado, certamente o estrangeiro não pode exercer atividade mercantil nesse setor. Daí dizer o art. 55 do Dec. nº 1.800, de 1996, em seu inciso I, que o Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), atual Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI) consolidará, através de instruções normativas, as hipóteses de restrição legal da participação de estrangeiros em empresas mercantis brasileiras.

124. Pequeno Comerciante e Artesão – O Dec.-Lei nº 486, de 3 de março de 1969, dispondo sobre a escrituração dos livros mercantis, estatuiu, no art. 1º que:

> "*Todo comerciante* é obrigado a seguir uma ordem uniforme de escrituração, mecanizada ou não, uttlizando os livros e papéis adequados, cujo número e espécies cam a seu critério".

O parágrafo único desse art. 1º dispensou dessa obrigação (de possuir e escriturar regularmente os livros comerciais) "o pequeno comerciante, tal como de ni-do em regulamento, à vista dos seguintes elementos, *considerados isoladamente ou em conjunto*:

a) natureza artesanal da atividade;

b) predominância do trabalho próprio e de familiares, ainda que organizado em atividade;

c) capital efetivamente empregado;

d) renda bruta anual;

e) condições peculiares da atividade, reveladoras da exiguidade do comércio exercido".

O Dec. nº 64.567, de 22 de maio de 1969, regulamentando dispositivos do Dec.-Lei nº 486, elucidou a característica do pequeno comerciante, ao dispor, no art. 1º:

> "Considera-se pequeno comerciante, para os efeitos do parágrafo único do art. 1º do Dec. -Lei nº 486, de 3 de março de 1969, a pessoa natural, *inscrita no registro do comércio*:
>
> I – que exercer em um só estabelecimento *attvidade artesanal* ou outra attvidade em que predomine o seu próprio trabalho ou de pessoas da família, respeitados os limites estabelecidos no inciso seguinte;
>
> II – que auferir receita bruta anual não superior a cem vezes o maior salário mínimo vigente no país e cujo capital efettvamente empregado no negócio não ultrapassar 20 (vinte) vezes o valor daquele salário mínimo".

Estatuiu, ainda, o Regulamento que o Ministro da Indústria e do Comércio poderá *ex of cio* ou mediante requerimento do interessado incluir na categoria de pequeno comerciante o executante de atividade cujas condições peculiares, respeitados os critérios previstos no Regulamento, recomendem tal inclusão. Se isso acontecer, o

interessado encerrará, por termo, a escrituração dos livros que mantiver, submetendo-os à autenticação do órgão competente; perdendo, entretanto, o pequeno comerciante essa qualidade, serão imediatamente exigidas as obrigações decorrentes do Regulamento, quanto à posse e escrituração dos livros comerciais, sendo admitida, se for o caso, a reabertura dos livros anteriormente encerrados (Dec. nº 64.567, de 1969, art. 1º, §§ 1º, 2º e 3º).

De tudo se conclui que a lei criou a categoria de *pequeno comerciante*, que é aquele que preenche os requisitos acima citados. É ele, na realidade, um comerciante como os demais, sujeito às obrigações que a lei estatui para os comerciantes em geral, devendo, assim, ter firma devidamente registrada no Registro de Empresa e gozando, como os outros comerciantes, dos benefícios da lei comercial, inclusive da falência. Apenas, dada a exiguidade dos seus negócios, fica dispensado de possuir os livros comerciais e escriturá-los como manda a lei.

O estranho, nessa regulamentação do pequeno comerciante, é que a lei inclui entre as atividades desses as puramente artesanais. Ora, *artesão* é a pessoa que executa, manualmente, sozinho ou com o auxílio de seus familiares, peças que destina à venda, ou presta serviços de reparação, ou mesmo executa pessoalmente certos serviços. Essa atividade tem sido sempre considerada como atividade *não comercial*,[19] razão pela qual o artesão não se submete às normas da lei comercial (registro de firma etc.), nem goza dos benefícios da mesma, inclusive não pode ser declarado falido (*v.* acórdão em Waldemar Ferreira, ob. e vol. cits., nos 28 e segs.).

Assim sendo, a atividade artesanal não deve ser confundida com a atividade comercial, como o fizeram o Dec.-Lei nº 486 e o Dec. nº 64.657, de 1969. Enquanto o pequeno comerciante *é um comerciante*, ficando apenas dispensado de possuir e escriturar os livros comerciais, o artesão é um *não comerciante*, afastado, assim, das obrigações comerciais. No Brasil as atividades artesanais não foram, ainda, satisfatoriamente reguladas; em outros países, se bem que seja difícil distinguir o pequeno comerciante do artesão,[20] a regulamentação da profissão artesanal tem recebido atenção especial do legislador.[21]

O artesão, em regra, trabalha sozinho ou com pessoas de sua família, podendo, em alguns casos, ter um número reduzido de auxiliares (aprendizes e companheiros). O seu trabalho é geralmente manual, normalmente beneficiando matéria-prima (esculturas em madeira, cerâmica, pequenos objetos caseiros) ou prestando serviços (barbeiro, alfaiate). A atividade conta com grande número de participantes, que às vezes se congregam em associações. Os *hippies* se caracterizaram pela atividade artesanal, fabricando pequenos objetos, colares, peças ornamentais, por eles mesmos vendidos. Mas pode-se considerar como artesão, à maneira do que tem sido aceito em outros países, padeiros, pasteleiros, costureiras, cabeleireiros, até mesmo proprietários de automóveis que, autonomamente, fazem serviços de transportes de pessoas.[22]

No Brasil, a jurisprudência tem trazido alguma luz sobre a categorização dos artesãos como não comerciantes.[23]

Incongruentemente, ao conceituar o *pequeno comerciante*, o Dec.-Lei nº 486 e o seu Regulamento consideraram como tal pessoa que se dedica à *atividade artesanal*, mesmo que haja predominância do trabalho próprio e o de familiares. Esses comerciantes só ficarão isentos de possuir e escriturar os livros comerciais se não auferirem renda bruta anual superior a cem vezes o maior salário mínimo mensal do país e se o capital empregado no seu negócio ultrapassar vinte vezes o valor daquele salário mínimo.

A atual disciplina do Código Civil (arts. 970, 1.179, § 2º) confere ao micro e pequeno empresário, inclusive rural, tratamento preferencial, fato é existir uma preocupação na desburocratização da atividade, no regime fiscal, e na tradução do seu encerramento, para dispor de meios direcionados à consecução do negócio empresarial simplificado.

125. Comerciante Ambulante – Dispunha a revogada lei de quebras (nº 7.661/45), no seu art. 7º, § 1º, que:

"A falência dos *comerciantes ambulantes* e empresários de espetáculos públicos pode ser decretada pelo juiz do lugar onde sejam encontrados".

Referido dispositivo legal não foi reproduzido pelo atual diploma em vigor, a Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.

Os *ambulantes* não constituem uma categoria especial de comerciantes; na realidade, exercendo regularmente a sua atividade, devem eles declarar a sede do seu estabelecimento ao fazer o registro da rma na Junta Comercial. Apenas, como a declaração de rma não requer especi cação da zona de atuação do comerciante, eles passam a exercer suas atividades não no lugar designado como sede do seu estabelecimento, mas em lugares outros. Pela regra geral, contida no art. 3º da Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, a falência deverá ser declarada pelo juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento; mas, dada a circunstância de o ambulante exercitar o seu comércio em praças diferentes, permite a lei seja a falência do mesmo declarada no lugar em que se encontrar, em virtude de dever ser o falido citado pessoalmente do requerimento de quebra[24] (art. 98 da Lei nº 11.101/05).

O Dec.-Lei nº 2.041, de 27 de dezembro de 1940, regulou o exercício do comércio ambulante, "de vendedores ou compradores, por conta própria ou de terceiros, em logradouros públicos ou locais de acesso franqueado ao público" (art. 1º). Foram estabelecidas normas sobre o exercício legal da pro ssão, com referências especiais ao comércio ambulante feito por estrangeiros ou por menores, jornada de trabalho, trabalho noturno etc. A Lei nº 6.586, de 6 de novembro de 1978, classi cou o comerciante ambulante para ns trabalhistas e previdenciários, conceituando-o como "aquele que, pessoalmente, por conta própria e a seus riscos, exerce pequena atividade comercial em via pública, ou de porta em porta" (art. 1º). A lei equipara o comerciante ambulante ao pequeno comerciante, caracterizado no art. 1º do Dec.-Lei nº 486, de 1969.

Não devem os comerciantes ambulantes ser confundidos com os *mascates* ou *biscateiros*, pessoas que percorrem cidades do interior ou mesmo atuam em determinada cidade vendendo mercadorias, em regra adquiridas a outros comerciantes. Esses são, na verdade, comerciantes de fato, não de direito. A eles, entretanto, já que é admitida a falência do comerciante de fato, é aplicável o disposto no art. 3º da Lei de Recuperação e Falências.

Na realidade, a concentração urbana, somada ao desemprego e forte recessão, todos esses ingredientes zeram com que a atividade empresarial se constituísse mais fortemente, em larga escala, na economia informal.

De fato, a excessiva carga tributária, aliada aos encargos sociais e trabalhistas, movimentam uma quantidade incomum de pessoas que são empurradas ao comércio marginal, e várias delas com produtos e mercadorias concorrenciais, sem o devido registro e selo de qualidade.

A regra que se estabelece, de natureza falimentar, apenas descortina a regra de competência para o lugar no qual o ambulante esteja exercendo sua atividade.

Contudo, por ser ambulante, e de certa forma nômade em relação ao comércio, no lugar em que for encontrado, portanto, poderá advir o decreto de quebra.

Trata-se de regra excepcional e praticamente em desuso, eis que a maioria dos empresários tem registro e seu estabelecimento comercial, quando exercem regularmente a atividade, donde os ambulantes fazem parte de um negócio transitório, e de oportunidade, em certos espetáculos, eventos e determinadas circunstâncias que privilegiem o livre comércio de forma geral.

126. Comerciante Individual Irregular ou de Fato – Como propalado em epígrafe, existem categorias de comerciantes, aqueles de fato, exercendo o comércio habitualmente, mas sem preencher requisitos legais exigidos para o regular negócio.

O vetusto Código Comercial, do ano de 1850, de seu turno, não de niu o signi cado da expressão comerciante; enumerou apenas aqueles que podem comerciar no Brasil (art. 1º) e os proibidos e impedidos (arts. 2º e 3º). O artigo 4º impôs ao Código dois requisitos para que a pessoa fosse reputada comerciante e pudesse assim usufruir os benefícios concedidos pela lei comercial: a matrícula no Tribunal de Comércio e a prática de mercancia como pro ssão habitual.

Entretanto, no ano de 1875 foram abolidos os Tribunais de Comércio, pela Lei nº 2.662, de 9 de setembro, e além disso a matrícula obrigatória, daí por que somente caracterizava o comerciante tão somente o exercício pro ssional da atividade comercial.

Depois disto, no ano de 1890 se exigiu para o exercício regular da pro ssão comercial o registro da rma na Junta Comercial; mas, ainda assim, sem o seu registro, a pessoa não deixa de ser comerciante, passando apenas a comerciante irregular, já que não pode possuir os livros obrigatórios a todos os comerciantes.

Reconhece-se nesta tessitura a qualidade de comerciante aos irregulares ou de fato, expressões sinônimas; em idêntica categoria podem ser incluídos os proibidos ou impedidos de comerciar.[25]

O Código Civil em vigor, nos arts. 1.150 e seguintes, estabelece a regra obrigatória de registro tanto para o empresário como ainda para as sociedades empresárias, enquanto a sociedade simples se vale do registro civil das pessoas jurídicas, punindo aquele que se omitir ou retardar a sua consecução.

Dentro do pensamento estabelecido, o art. 1.151, § 3º, insere o seguinte:

> "As pessoas obrigadas a requerer o registro responderão por perdas e danos, em caso de omissão ou demora".

A regra se mostra inovadora e muito atraente; no entanto, a tipologia de fato ou irregular, cuja nomenclatura ressaltamos, continua a participar do modelo na velha origem e tradição do Código Comercial de 1850.

18Autores existem que sustentam que a autorização do pai ao menor para comerciar não se confunde com a emancipação e, assim, pode ser revogada. Esposamos ponto de vista contrário e, conosco, a maioria da doutrina. No nosso entender, se o pai autoriza o menor a comerciar, está, na realidade, emancipando-o. De tal forma, não poderá ser revogada essa autorização, pois a emancipação é irrevogável.

O Anteprojeto primittvo do Código Civil declarava que, completando o menor a idade de 18 anos, podia ser autorizado pelo juiz a assumir a direção da empresa, tendo essa autorização "*o efeito de emancipação*". Estranhamente, entretanto, logo a seguir o Anteprojeto estatuía que essa autorização podia ser revogada pelo juiz, o que equivalia a dizer que a emancipação se tornava *revogável* (Ant. prim. do Código Civil, art. 1.035, §§ 1º e 2º).

O Anteprojeto Revisado, entretanto, corrigiu essa anomalia, estatuindo que os incapazes, por meio de seus *representantes* ou *assistentes legais*, poderão conttnuar a empresa que ttver sido exercida por seus pais, desde que haja autorização prévia do juiz, após o exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência de conttnuá-la. Em tal hipótese, a autorização pode ser revogada.

Se, entretanto, o menor ttver 18 anos completos, pode o juiz, ouvidos o pai ou, na sua falta, a mãe ou o representante legal, autorizar o menor a assumir a direção da empresa. Nesse caso, "*a autorização implica emancipação*", o que signi ca que, seguindo o Anteprojeto a boa doutrina, torna a emancipação irrevogável.

V. Anteprojeto Revisado do Código Civil, de 1973, art. 1.017, §§ 1º e 3º.

19Cf. Georges Ripert, *Tr. Élém. de Droit Commercial*, LGDJ, 2ª ed., 1951, pp. 182 e segs.; Hamel e Lagarde, ob. cit., pp. 321 e segs.; G. Ferri, *Manuale di Diritto Commerciale*, 3ª ed., Utet, Torino, 1872, p. 37; Goré, ob. cit., vol. 1, pp. 74 e segs. Sobre a empresa artesanal, v. Jean Ettenne, *L'Arttsan et l'Entreprise Artesanale*, SEPTO, Paris, 1973.

20Cf. Ripert, ob. cit., nº 184.

21Cf. França, Código de 1952 e lei de 1962; Alemanha, lei de 1981 sobre "a proteção dos artesãos" e leis de 26 de julho de 1900 e 29 de novembro de 1933; Noruega, lei de 25 de julho de 1913; Suécia, lei de 11 de outubro de 1940.

22Cf. Ripert, ob., vol. e nºs cits.

23Cf. Waldemar Ferreira, *Tratado*, vol. 2º, p. 281, citando, entre outros, os seguintes acórdãos:

Tribunal de Justtça de S. Paulo, em 24.01.1909: "A costureira como a chapeleira, a coleteira e o alfaiate não podem ser declarados falidos porque não são comerciantes e *sim artesãos*".

24O Juiz da Comarca de Uberlândia decretou a falência de um comerciante ambulante que, procurado e não encontrado na Comarca, teve a representá-lo um curador nomeado. A decisão foi cassada pelo Tribunal de Apelação de Minas Gerais, acórdão de 17 de janeiro de 1944, sob o fundamento legal de que, tratando-se de um comerciante ambulante, deveria a falência do

mesmo ser declarada no lugar em que se encontrasse, nos termos do § 1º do art. 7º da Lei de Falências. Ac. cit. por Waldemar Ferreira, *Tratado*, vol. II, nº 28. V. *Revista dos Tribunais*, de S.

Paulo, vol. IX, 1944, p. 25. Sobre ambulantes, v. *Revista de Direito Mercanttl*, 1ª fase, vol. IX, 1959, coment. do Prof. Waldemar Ferreira.

25Cf. acs. do Tribunal de Justtça do Distrito Federal, de 10 de outubro de 1941, rel. Des. Afrânio

Costa, e de 17 de julho de 1951, rel. Des. Eduardo Espínola Filho; Tribunal de Justtça de S. Paulo, Ac. de 25 de janeiro de 1933. Na doutrina, v. Waldemar Ferreira, *Tratado*, vol. II, p. 212, e vol.

IV, p. 1.477.

XIII

MICRO E PEQUENAS EMPRESAS – ESTATUTO E REGULAMENTAÇÃO

127. Atividade Econômica e Garantia Constitucional – A Constituição Federal de 1988, em vigor há duas décadas, procurou con gurar, no seu Título VII, capítulo dedicado à ordem econômica e nanceira, abrangendo os princípios gerais da referida atividade, buscando tratamento diferenciado para pequenas e microempresas.

Consubstanciada a premissa, a Emenda Constitucional nº 06/1995, retirando o atraso do legislador, deu novo alento às atividades de pequeno porte, as quais representam 80% da nossa economia pujante e encontram sérias di culdades de nanciamento, a par do excelente trabalho do BNDES, uxo de caixa e, fundamentalmente, de liquidez.

Ao tratar do assunto, disciplinando-o, a Emenda Constitucional nº 06/1995 preconizou a seguinte regra, verdadeira cláusula pétrea, da ordem econômica como um todo, a saber:

> "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciattva tem por m assegurar, a todos, existência digna, conforme os ditames da justtça social, observados os seguintes princípios:
>
> IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, constttuídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País".

Galvanizou o legislador na Emenda Constitucional forte e séria preocupação de tratamento privilegiado às empresas, sob a ótica do número de empregados, do faturamento e da facilitação da escrituração e do regime tributário especí co.

Quadra destacar que as micro e pequenas empresas ressoam imprescindíveis no cenário econômico, aparecem na lista das contratações de mão de obra, presença constante em licitação, fortalecendo o crescimento das regiões sazonais ou não, representando parcela signi cativa do produto interno bruto.

Entretanto, para melhor compreensão do tema a ser desenvolvido, tratou-se da criação do estatuto da microempresa, Diploma nº 9.841/99, e, antes, adveio regime tributário simpli cado, havendo regulamentação posterior por meio do Decreto nº 3.474/2000, considerando a Lei nº 9.841/99.

Essencial assimilar no trato da atividade empresarial a sinalização do legislador na direção de facilitar a constituição, o desenvolvimento e o próprio encerramento da atividade empresarial, sem maiores entraves e com menor burocracia possível.

Na distinção estabelecida, atualmente, a demora na constituição da empresa é extremamente desgastante, minimamente de 180 dias, quando no Direito Comparado, principalmente na Espanha, a legislação consagra abertura de empresas em prazo recorde, inferior a 30 dias.

A série de exigências que se oferece ao pequeno empreendedor, consoante dados das entidades representativas e do próprio Sebrae, não comungam do pensamento da ordem constitucional, mostrando-se refratário ao dinamismo e ao espírito criativo do empresário.

Balizada a matéria, quando o legislador ordinário cuidou da recuperação de pequenas empresas, também de modo pouco animador, deu-lhe tratamento no mínimo insustentável, qual seja, sem qualquer privilégio, concedendo prazo de três anos para soerguimento da atividade, impondo juros de 12% ao ano, em resumo, nada de especial para arrebanhar o grande volume de negócios centrados em atividades dessa natureza.

Com efeito, a disciplina tocante à recuperação de pequenas e microempresas, sem sombra de dúvida, veio tratada do art. 70 até o art. 72 da Lei nº 11.101/05, mais grave ainda, resvalando apenas e tão somente nos credores quirografários, quando na maioria das vezes as dívidas tributárias e scais representam a grande massa prejudicial ao pequeno empreendedor.

128. Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte – Concebeu o legislador dicotomia que diferencia a atividade de microempresas daquelas de pequeno porte, por intermédio de critérios objetivos, alinhando-se à premissa do estatuto, buscando conceitos diretos relativamente ao faturamento, número de empregados e também as regiões geográ cas do território nacional.

Forte nesse aspecto, a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, representou verdadeiro marco regulador do tema, eis que revogou a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e também o Diploma Normativo nº 9.841, de 5 de outubro de 1999, respectivamente, hoje totalmente disciplinada pela LC nº 147/14.

A disputa geral se destacou na abrangência do Estatuto Nacional da Microempresa e aquela considerada empresa de pequeno porte, sob a ótica da regulamentação e das alterações necessárias para simpli cação do sistema e recolhimento dos tributos.

Corpori cada a espécie, passado tempo razoável da vigência do diploma legal, ainda não se chegou a um denominador comum, tanto que o Congresso Nacional busca formas alternativas de enquadramento, isto porque algumas atividades, ao contrário do que se esperava, saíram prejudicadas, na perspectiva de aumento da tributação.

Descontentes da legislação elaborada, os empresários e órgãos representativos da classe zeram questionamento acerca do diploma legal e do prazo estabelecido para novo reenquadramento, ou seja, submissão, pura e completa, ao tema da Lei Complementar nº 123/064, atual LC nº 147/14.

A di culdade maior diz respeito à legislação ordinária, da qual tratam os Estados, em disciplinar a tributação, a respectiva incidência e todas as operações realizadas pela empresa e suas liais, daí a necessidade de submissão ao convênio e também à regulamentação pormenorizada de cada atividade desempenhada.

As normas gerais quiseram dar tratamento diferenciado, favorecendo as microempresas e também aquelas denominadas empresas de pequeno porte, de forma ampla, nas esferas da União, dos Estados, do Municípios e do Distrito Federal, por meio da criação de regime único de arrecadação, aglutinando obrigações principal e acessória.

Critica-se, no entanto, a demora na regulamentação e, principalmente, a disciplina das atividades englobadas, mormente o propalado acesso ao crédito e as condições de mercado, em tese, não consolidadas, haja vista as exigências e di culdades do sistema nanceiro na concessão de recursos ou no repasse daqueles empenhados pelo BNDES.

Contudo, a ótica não pode ser descaracterizada, louvável o esforço de se conseguir um estatuto moderno, independente e que facilite o dinamismo das atividades de menor porte, seguindo os princípios do direito empresarial e os preceitos do Código Civil em vigor, isto porque revogada a parte primeira do vetusto Código Comercial de 1950.

O entrelaçamento das relações interdisciplinares do Direito Empresarial, Societário, Econômico, com as regras da tributação, da scalização e das obrigações do empresário, tudo isso, sem a menor dúvida, desacelerou a expectativa da regulamentação do diploma legal, trazendo inquietação e, sobretudo, dúvida na regra de transição.

Nota-se o prazo de vigência, extremamente exíguo, salientando-se que o diploma legal data de 2006, a demonstrar a impossibilidade, num país de dimensões continentais, de seguir regras rígidas e estabelecidas de modo indeterminado, fundamental a exibilização e adoção de modelo que permita, em cada Estado da Federação, prever as próprias economias e seus recursos inerentes.

Com o advento da Lei Complementar nº 147/2014, veio a ser alterada aquela outra de nº 123, de 14 de dezembro de 2006, estruturando, essencial e fundamentalmente, os tipos societários, micro e pequena empresa, enquadramento na legislação scal e, com destaque, o aparecimento do Supersimples, catalogando diversas atividades englobadas.

Contabilizam-se hoje mais de 9 milhões de pequenos empreendedores, submetidos à legislação, na forma simpli cada do MEI, da EIRELI, da microempresa e, também, da empresa de pequeno porte, com repercussão no próprio faturamento obtido.

Foram criadas vantagens e permitidas alterações escriturais, na forma eletrônica, com dispensa de burocracias, uni cação das entidades de scalização, com escopo de sair da informalidade e trazer para o registro milhares de atividades, as quais antes não dispunham de mecanismos e cientes.

Bem importante ainda realçar a criação de uma Secretaria a nível do governo federal, exatamente voltada para micro e pequenas empresas, desburocratização das atividades, compartilhamento de dados e virtualização do comércio por intermédio de dados eletrônicos, inclusive de registro.

Avança-se, de forma crescente, no mapeamento e no alargamento da atividade empresarial, com benefício do regime do Simples, inclusive para ns de exportação e regulamentação, mais ágil e dinâmica, da execução de suas atividades.

129. De nição Legal e Código Civil – Ao se elaborar o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, com substanciais alterações emergentes, coube ao legislador respeitar preceitos e conceitos estrati cados no Código Civil em vigor, referindo-se ao art. 966 do Diploma Legal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, tratando de observar a necessidade do registro de empresa, na Junta Comercial, ou do registro civil de pessoas jurídicas.

Efetivamente, o art. 966 do Código Civil em vigor, ao traçar singularmente a atividade empresária, pede espaço para sua análise concreta e observação prática, quando considera empresário aquele que exerce atividade pro ssional, de conteúdo econômico, organizada, visando à produção ou à circulação de bens ou de serviços.

Basicamente, toda atividade econômica pressupõe conotação de lucro, na esfera produtiva, ou se dedica à produção de serviços, con gurando-se idêntico per l do Código Civil italiano de 1942. Assim, nosso legislador buscou no Direito Comparado inspiração.

O conceito empresarial ditado promana do Código Civil, no entanto, as particularidades da microempresa e daquela de pequeno porte derivam do Estatuto, conforme de nição assimilada pelo legislador e encontrada na regra legal do art. 3º e seus respectivos incisos.

Ao se conceituar microempresa, referiu-se o legislador à gura do empresário, pessoa jurídica, ou correspondente, auferindo no ano-calendário receita bruta igual ou inferior a R$ 360.000,00, o que implicaria, grosso modo, um ganho mensal em torno de R$ 30.000,00, bastante propício e adequado à realidade econômica nacional.

No tocante às Empresas de Pequeno Porte – EPP, o empresário, considerando a pessoa jurídica, ou a que se equipare, assim se de nirá pelo ganho em cada ano-calendário, de receita bruta superior a R$ 360.000,00 e igual ou inferior a R$ 3.600.000,00, mostrando-se bastante perceptível destacar as receitas operacionais e também trazer à baila o per l da atividade negocial.

Exige-se, para efeito de enquadramento, algumas regras rígidas que não permitem participação no capital de outra pessoa jurídica, lial, sucursal, agência ou representação, com sede no Brasil ou no exterior, vedando-se também a participação de pessoa física, a qual consta inscrita como empresário; proíbe-se ainda a participação do titular ou sócio com mais de 10% do capital de outra empresa não bene ciada pela citada lei complementar, sem tratamento algum para as cooperativas, exceto aquelas de consumo, igualmente para as sociedades por ações.

Percebe-se, de antemão, o crescimento da atividade econômica, patamar e parâmetro do desenvolvimento nacional, sustentabilidade, a enorme di culdade da aplicação de conceitos e regras para a de nição da atividade do microempresário e da empresa de pequeno porte, principalmente naquilo que se refere à catalogação tributária.

Fundamental mencionar que o enquadramento empresarial se apresenta distinto daquele de natureza scal, assim, os valores e ganhos auferidos, sem sombra de dúvida, terão outra modalidade e importância de numerário correspondente a cada atividade.

Estabeleceu-se ainda, em alguns Estados da Federação, criação de Juizados Especiais voltados exclusivamente para solucionar os litígios das pequenas e microempresas, com facilitação do acesso à Justiça, conciliação e mediação, e também no aspecto de protesto de títulos.

Na vertente preconizada, o Diploma Normativo nº 123/06, reunido em 89 artigos, representa verdadeiro marco que veio com atraso, em atenção à Constituição de 1988, revigorado pela Emenda Constitucional nº 06, de 2005; assim, o pensamento se consolida para melhorar a comunicação e o diálogo entre pequeno empresário, fornecedor,

cadeia produtiva e, fundamentalmente, na percepção do consumidor, cujo diploma normativo hoje se rege pela LC nº 147/14.

A proibição de ingresso no regime tributário do Simples Nacional veio de nida a partir do art. 17 e seus incisos da mencionada legislação, impedindo a formação de regime único, a qual se endereça, exclusivamente, aos empresários liados aos preceitos e predicados da norma cogente.

130. O Registro da Atividade Empresarial – Desenhando intenso interesse de facilitar a vida da pequena e microempresa, o legislador trouxe inovação no campo especí co, em atenção ao registro dos atos constitutivos, alterações no que concerne tanto ao registro público de empresas quanto ao registro de títulos e documentos.

O escopo foi, sobretudo, de buscar norte que incrementasse a atividade empresarial e reduzisse o prazo de registro e as burocracias inerentes à documentação exigida, donde o caráter inovador do legislador em trazer robusta experiência do Direito Comparado.

Priorizando os atos constitutivos, modi cativos e de quaisquer outras simbologias, o legislador dispensou cumprimento das obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas, principais ou acessórias, em relação ao empresário, à sociedade, aos sócios e administradores, sem prejudicar a responsabilidade pelas obrigações que forem apuradas antes ou depois do ato da extinção.

Na linha de pensar, o teor do art. 9º, § 1º, e seus incisos, conferiu legitimidade ao legislador para descartar a necessidade da exibição de certidão criminal, bastando mera declaração do titular ou administrador, não se exigindo ainda prova de quitação, regularidade ou inexistência referente a tributo ou contribuição de qualquer natureza, impedindo-se ainda documentos adicionais, aqueles de propriedade, contrato de locação, regularização de prepostos, ou qualquer matéria de natureza documental, formal, restritiva ou condicionante, tanto na abertura quanto no fechamento das empresas.

Andou bem o legislador neste ponto especí co ao querer impedir inovações e exigências desnecessárias, não apenas na abertura e constituição da microempresa e daquela de pequeno porte, mas também considerando as diversidades regionais e territoriais do Brasil.

Bem por tudo isso, ensejou-se facilitação na concretização da abertura da empresa e na apresentação de documentos, censurando-se qualquer adicional ou complementaridade àquela prevista pelo legislador na sua disciplina e visão geral do contexto.

Não é fato recente aquele tormentoso processo de abertura de empresa, quando os registros cam paralisados à espera de formalidades e outras burocracias que impedem a legalização da atividade empresarial, tornando mais di cultosa ainda a etapa de procedimento de encerramento.

Não nos esqueçamos também que os registros públicos de empresas encerram sérias di culdades na consecução de processos eletrônicos, regularização dos assentos, compreendendo-se, também, falta de investimento e adoção de técnicas eletrônicas que permitam rápido manuseio de acesso no interesse do empresário e da sociedade.

É emblemático a rmar que em alguns países desenvolvidos o registro se faz em nível nacional, em questão de uma semana, com a simples exibição de cartão eletrônico que permite acesso e consultas a todas as fontes, da mesma forma se procedendo quando do encerramento da empresa, sem quaisquer burocracias ou formalidades inócuas.

O contexto geral revela, em suma, norma complementar dependente de regulamentação e da harmonia entre os Estados da Federação, mais do que isso, a colaboração e compreensão dos municípios, para que, em conjunto com a União, vivamente se consiga o fortalecimento da atividade empresarial dessas entidades.

Impõe-se mencionar que a referida lei complementar está sujeita à regulamentação e recebeu modi cação pelo Diploma nº 127, de 14 de agosto de 2007, no que concerne à Seguridade Social, mencionando enquadramento no Simples Nacional, fazendo expressa referência à prestação de serviço e dando elenco preciso a respeito do enquadramento e recolhimento de tributos, entrando em vigor no dia 1º de janeiro de 2008.

Sinteticamente, o advento da Lei Complementar nº 127/07 representou discussão acalorada e inúmeras controvérsias estabelecidas em razão da disciplina prevista no Diploma nº 126/06, o qual permanece em vigor, com as alterações subsequentes da legislação mencionada.

A concatenação entre ambos os diplomas legais proclama a di culdade de interpretação e integração do empresário, para efeito de opção, diante da regra de transição e, sobretudo, aplicação do princípio do Simples Nacional, ou seja, única arrecadação, cujo bolo seria dividido entre a União, os Estados e os Municípios, proporcionalmente.

Entretanto, dado o centralismo exacerbado federativo, cumpre dizer ser difícil ou quase impossível a elaboração de um diploma simpli cado tributário, mesmo da almejada reforma, porquanto o que temos visto corrobora a tese de um Estado tributário completamente desestimulante da atividade empresarial propriamente dita.

130-a. Re exos da Atividade Empresarial na Ordem Econômica – Ao se propor, visto o calcanhar de Aquiles, às pequenas e microempresas a reforma do estatuto especí co, buscou-se norte correspondente ao dinamismo da atividade, encerrando mecanismo instrumental de reduzir a burocracia, permitir a lucratividade e a menor incidência tributária.

Dentro do campo de sinergia, otimização de recursos, com ergonomia, ocorre, porém, que as empresas, pequenas ou micro, todas elas se ressentem de problemas estruturais, conhecimentos especí cos e, principalmente, de recursos disciplinadores de metas, com *spread* e juros bancários à altura do porte da empresa.

Nota-se, por tal ângulo, que a introdução da Lei Complementar nº 126/06, com a reforma da Lei Complementar nº 127/07, ambos os diplomas legais foram extensivamente analíticos na questão tributária, no enquadramento e na opção empresária, ou seja, deixou-se em segundo plano o próprio incentivo e incremento à abertura de empresas e criação de novos negócios.

Enquanto se busca caminho seguro de reduzir ao máximo a informalidade dessas atividades, preocupando-se com o custo-benefício compatível com o porte do negócio empresarial, seguro torna-se a rmar que a simpli cação somente pode ser acompanhada mediante documentos eletrônicos, eliminação de papéis, descontinuidade de rotinas diárias e outras exigências feitas pelo Poder Público.

Acolhe-se, positivamente, a inserção do Estatuto voltado para gerar ambiente favorável no tocante à microempresa e às empresas de pequeno porte, as quais representam, diga-se de passagem, 80% do parque empresarial nacional, sendo as que mais contratam e oferecem oportunidades na prestação de serviços ou na cadeia produtiva; porém, resta identi car a transformação legal com a realidade empresarial.

É certo que o legislador conferiu às referidas empresas declaração eletrônica, contendo os dados dos serviços prestados, ou tomados de terceiro; porém, a complexidade do regime tributário, a incidência em cascata de impostos, contribuições e obrigações acessórias, tudo isso vai de encontro à expectativa e gera desestímulo à atividade do pequeno empreendedor.

O mencionado acesso ao crédito e, diretamente, ao mercado decorre da oportunidade, da capitalização e da premissa aceita pelo consumidor, na direção da boa-prestação, no regime concorrencial e no seu respectivo custo-benefício.

Empreendida a reforma normativa consoante desenhado no per l do diploma complementar, alcançada a primeira etapa, cumpre agora, em termos de regulamentação, disciplina especí ca e preceitos concretos, aprimoramento e aperfeiçoamento dos conceitos, a m de que consigam os empresários enquadrados na legislação recursos su cientes e trabalho na direção de metas, reduzindo o con ito sempre presente entre o pequeno e o grande capital, em termos de desenvolvimento nacional e justiça social.

XIV

CORRETORES E LEILOEIROS

131. Sistema do Código – O Código Comercial considerava os *corretores* e *leiloeiros* como agentes auxiliares do comércio, ao lado dos *feitores* (gerentes), dos *guarda-livros* e *caixeiros*, dos *trapicheiros* e *administradores de armazém de depósito* e dos *comissários de transporte* (art. 35). Na realidade, *os corretores e os leiloeiros eram comerciantes de categoria especial*, que não podiam dedicar-se a outras atividades que não as que lhes eram próprias, razão pela qual o Código lhes proibiu o exercício do comércio (arts. 59, nº 1, e 68), devendo-se entender, entretanto, por *exercício do comércio* o exercício de atividades comerciais outras que aquelas que a lei taxativamente lhes impunha. Ademais, para justi car essa proibição do exercício *geral* do comércio, os *corretores* e *leiloeiros*, além de intermediários em transações comerciais, exerciam ofício público, que lhes era outorgado pelo Estado. Assim, contrariamente ao que acontecia com os comerciantes comuns, as certidões passadas pelos corretores teriam fé pública (Código Comercial, art. 52), e tanto esses como os leiloeiros seriam nomeados, os primeiros pelo Governo e os segundos pelas Juntas Comerciais, requerendo o exercício de suas atividades o preenchimento de requisitos especiais, não exigidos para os demais comerciantes.

Nessas condições, não eram os corretores e leiloeiros meros agentes auxiliares do comércio, como estatuiu o Código Comercial, mas comerciantes de uma categoria especial submetidos a um estatuto particular, exercendo, além de uma atividade de ordem privada, um ofício público.

a) Corretores

132. Conceito. Espécies. Classes – São denominados *corretores* as pessoas que se interpõem entre duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, para a realiza- ção de transações comerciais. Caracterizam-se, assim, os corretores pelos *atos de intermediação* praticados para a realização de uma operação comercial, nda a qual cessa a sua atuação. São eles, portanto, *mediadores*, promovendo a realização de contratos e auferindo do seu trabalho um pagamento chamado *corretagem*. Algumas operações de venda só podem ser realizadas por intermédio de corretores, sendo, por lei, privativas de suas funções.

Existem duas espécies de corretores: os *livres* e os *o ciais*. A primeira é constituída por quaisquer pessoas que, tendo capacidade jurídica, procurem servir de intermediárias entre vendedores e compradores, aproximando-os e facilitando a realização de negócios. Na realidade, a lei não reconhece essas pessoas como corretores, pois para a lei existem apenas os corretores o ciais. Na prática, porém, são por demais encontradiças e às vezes até mesmo sociedades procuram realizar contratos de corretagem, ou seja, a mediação entre partes para a realização de negócios, consoante o pagamento de uma importância pelo serviço prestado. Mesmo nas transações civis, são muito comuns os corretores de imóveis,[1] que servem de intermediários entre os proprietários e os compradores, procurando aproximá-los para a efetivação da operação de venda.

Corretores o ciais são, pelo contrário, pessoas que exercem, segundo os preceitos da lei, a função de mercadores, devendo, inclusive, determinadas operações comerciais ser realizadas sempre por seu intermédio. Desempenham os corretores o ciais, como já foi dito, ofício público: são investidos nos seus cargos por nomeação

governamental e estão obrigados a prestar ança pelo exercício de suas funções. Devem, igualmente, possuir livros especiais e ser matriculados como corretores nos Registros de Empresas ou em outros órgãos governamentais. Seus livros têm fé pública e as certidões por eles passadas possuem o mesmo valor dos documentos públicos.

Os corretores o ciais de natureza comercial são as duas classes diversas: *corretores de mercadorias* e *corretores de navios.*

Até bem pouco tempo, existia uma outra classe de corretores, a de *corretores de fundos públicos*, cuja função especí ca consistia na compra e venda de fundos públicos, ou seja, títulos federais, estaduais e municipais, ações de sociedades, debêntures, negociações de letras de câmbio, ou ainda, compra, venda ou cotação dos metais preciosos. Essas operações, realizadas nas Bolsas de Valores, eram efetuadas obrigatoriamente por seu intermédio, em público pregão.

Regulava as operações dos corretores de fundos públicos o Dec.-Lei nº 1.344, de 13 de junho de 1939. Mas a Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, chamada *Lei do Mercado de Capitais* por regular esse mercado, suprimiu a classe dos corretores de fundos públicos, ao estabelecer, no art. 8º, que "a intermediação dos negócios nas Bolsas de Valores será exercida pelas *sociedades corretoras*, cujo capital mínimo será xado pelo Conselho Monetário Nacional". Entretanto, para não prejudicar os corretores então existentes, o § 6º, do art. 8º da Lei nº 4.728, estatuiu que "o Conselho Monetário Nacional assegura aos atuais corretores de Fundos Públicos a faculdade de se registrarem, no Banco Central, para intermediar a negociação nas Bolsas de Valores, sob a forma de rma individual, observados os mesmos requisitos estabelecidos para as sociedades corretoras previstas neste artigo, "*e sob a condição de extinção da rma, por morte do respectivo titular, ou pela participação deste em sociedade corretora*".

Nestas condições atualmente os antigos corretores de fundos públicos só poderão operar se se constituírem como comerciantes com rma individual, devendo, contudo, ser extinta essa classe nas condições citadas na lei. Em seu lugar foram criadas as *sociedades corretoras*.

Os *corretores de mercadorias* têm como atribuições a compra e venda de mercadorias negociadas nas Bolsas, a xação das lotações dos preços das mesmas e a sua classi cação e avaliação para a emissão de *warrants* ou bilhetes de mercadorias. Também se encarregarão os corretores de mercadorias, à escolha dos interessados, das vendas públicas realizadas nas salas anexas aos armazéns gerais, podendo essas vendas ser realizadas, igualmente, por leiloeiros, se os participantes das mesmas assim desejarem. Regula as atividades dos corretores de mercadorias o Dec. nº 20.881, de 30 de dezembro de 1931.[2]

Por último, os *corretores de navios* têm por atribuições intervir nos fretamentos, cotações e engajamentos de cargas, agenciar seguros marítimos e outros negócios concernentes à entrada, desembaraço e saída das embarcações nas repartições competentes, traduzir manifestos e outros documentos, tais como as listas de sobressalentes e certidões consulares, e diligenciar para a arqueação de navios. As funções desses corretores são reguladas pelo Dec. nº 19.009, de 27 de novembro de 1929,[3] com as alterações constantes do Dec. nº 54.956, de 6 de novembro de 1964.[4]

Na de nição do Código Civil, artigo 722, o contrato de corretagem compreende uma pessoa, não ligada a outra, em virtude de mandato, ou de prestação de serviços, ou qualquer outra relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, de acordo com as instruções recebidas.

Obriga-se o corretor a agir com diligência e prudência conforme o negócio reclamar, prestando os informes sobre o risco, da alteração de valores, sob pena de responder por perdas e danos, a teor do art. 723 do Código Civil Brasileiro.

133. Nomeação dos Corretores – O Código Comercial estatuía que, para ser nomeado corretor, necessário era ter a pessoa 25 anos de idade e ser domiciliada no lugar por mais de um ano (art. 36). A idade mínima da nomeação foi alterada pelas leis posteriores, sendo bastante, hoje, que a pessoa tenha 21 anos para poder ser nomeada corretor (Lei nº 2.146, de 29 de dezembro de 1953, art. 3º). Outros requisitos, porém, tornam-se necessários para que os corretores sejam nomeados, tais como atestados de boa conduta e de habilitação para o cargo. Para entrar no exercício

de suas funções, devem prestar ança, que servirá de garantia para o bom desempenho das mesmas. Igualmente, o corretor nomeado deverá matricular-se como corretor e possuir livros especiais necessários às suas atividades.

A nomeação é feita por solicitação do candidato a corretor, juntando-se ao requerimento os documentos necessários. Não poderão ser nomeados corretores os que não puderem ser comerciantes, os que houverem sido anteriormente destituídos dessas funções, os falidos não reabilitados. Os estrangeiros, para serem nomeados corretores, devem, antes, naturalizar-se e apresentar o título de sua naturalização (Dec. nº 20.881, de 30 de dezembro de 1931, arts. 20 e 21).[5] O Dec. nº 19.009, de 27 de novembro de 1929,[6] permitia (arts. 3º e 4º) que o estrangeiro naturalizado fosse corretor de navios; pelo Dec. nº 54.956, de 6 de novembro de 1964,[7] para a nomeação de corretor de navios é necessário que o candidato apresente prova de que é brasileiro nato (art. 4º, I).

Preceitua o Código Civil em vigor, no art. 729, que os ditames sobre a corretagem constantes do diploma não excluem a aplicação de outras normas da legislação especial.

134. Matrícula dos Corretores – Até o advento da Lei nº 8.934, de 1994, estabelecia a legislação relativa ao Registro de comércio (Lei nº 4.726, de 18 de junho de 1965, regulamentada pelo Dec. nº 57.651, de 19 de janeiro de 1966) a necessidade de matricularem-se os corretores de mercadorias e os corretores de navios nos Registros de Empresas (arts. 50 e 51, do Dec. nº 57.651, de 1996). Atualmente, a Lei do Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns, ao estabelecer os atos pertinentes ao Registro (art. 32), não traz qualquer previsão acerca da matéria, assim como o Dec. nº 1.800, de 1996, nada prevê a respeito, levando à conclusão, por conseguinte, de que foi abolida a matrícula dos corretores de mercadorias e de navios, ao menos a esse título, nos Registros de Empresas.

A percepção a qual se chega é no sentido de sinalizar a faculdade de inscrição, conforme a Lei nº 8.934/94, em vigor há mais de uma década, cuja questão de validade não cogita da obrigatoriedade da inscrição, basta a mera nomeação como corretor.

135. Livros Obrigatórios dos Corretores – Na qualidade de comerciantes especiais, os corretores possuem livros para a escrituração de suas operações e para o fornecimento das certidões necessárias. Tais livros são os *cadernos manuais*, destinados a conter os assentos das operações em que intervenham, e o *Protocolo*, no qual serão transcritas, diariamente, por cópia literal, sem emendas, rasuras e entrelinhas e por extenso, todas as operações constantes dos *cadernos manuais.*

Concernente à remuneração do corretor, estabelece o Código Civil, no artigo 724, que se não estiver xada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais.

A falta de estipulação preceitua "usos e costumes", mas visa sobretudo ter um parâmetro que seja utilizado visando um "viés" compatível com a intermediação.

Têm sido comuns as demandas propostas pelos corretores, os quais não recebem suas remunerações dos envolvidos na operação, resultando na consolidação de mera aproximação, na qualidade de obrigação de meio e não de resultado, qual seja de concretizar o negócio a ser entabulado entre os interessados.

136. Restrições Impostas aos Corretores – Sendo comerciantes de categoria especial, exercendo um ofício público ao lado de atividades privadas, os corretores estão sujeitos a restrições nas suas atribuições. Assim, não podem realizar nenhuma outra espécie de negociação que não as de seu ofício, fazer cobranças ou pagamentos por conta alheia, nem, igualmente, adquirir bens cuja venda esteja a seu cargo. Igualmente, não podem os corretores exercer qualquer outro ofício ou função pública, sob pena de perda do cargo.

137. Juntas de Corretores – Os atos dos corretores de mercadorias são superintendidos por uma *Junta*, composta de um síndico, nomeado entre os corretores, e três adjuntos de síndicos, igualmente escolhidos entre os

dessa pro ssão, sendo o cargo de síndico incompatível com o exercício da corretagem. Além das funções de superintendência das atividades dos corretores, as Juntas terão ainda por objetivo formular pareceres sobre o número dos corretores, dirimir as dúvidas e contestações que entre eles se suscitarem, conceder-lhes licença até três meses, censurar os seus atos condenáveis, organizar a tabela de designação, contendo o nome, tipo e unidade das mercadorias negociáveis na Bolsa, organizar modelos de contratos, memorandos, notas de preços correntes e demais fórmulas necessárias à uniformidade dos serviços, ordenar a guarda e conservação dos livros e arquivos dos corretores que tiverem deixado a função, exercer a scalização para que as funções de corretores não sejam desempenhadas por pessoas que não possuam o título legal, scalizar os trabalhos da Bolsa, uniformizar os usos e praxes relativos à pro ssão e fornecer atestados de qualidade e de classi cação de qualquer espécie de mercadorias (Dec. nº 20.881, de 30 de dezembro de 1931, art. 5º).[8]

É importante destacar que no mundo dos negócios, pois, existem corretores de produtos, a exemplo do milho, soja, trigo, café, e tantos outros, que por meio de operações no mercado à vista ou futuro podem lançar títulos *comodities* a serem negociados, motivo pelo qual precisam comprovar habilitação e sujeição à regra do procedimento, principalmente na Bolsa de Mercadorias.

138. Fiscalização das Sociedades Corretoras – Para exercer a intermediação da compra e venda de valores mobiliários, as sociedades corretoras se constituirão com autorização do Banco Central e, uma vez constituídas, poderão ser admitidas como membros de uma ou mais Bolsas de Valores, desde que adquiram títulos patrimoniais das mesmas. Para tanto, estão as sociedades corretoras sujeitas "à permanente scalização da Bolsa de Valores e, no âmbito das respectivas competências, à da Comissão de Valores Mobiliários e do Banco Central do Brasil" (Res. nº 1.655, do Banco Central, art. 18), dependendo o exercício de suas atividades de prévia autorização da Comissão de Valores Mobiliários (Lei nº 6.385, de 1976, art. 16).

As atividades dos corretores de navios serão scalizadas pelas *Inspetorias das Alfândegas*, competindo-lhes superintender as operações dos corretores, velando pela boa ordem dos trabalhos de sua pro ssão e el execução das leis e instruções a que estão sujeitos, decidir dúvidas e constestações suscitadas nos serviços dos corretores, censurá-los, impor-lhes multas e suspendê-los até três meses, propondo ao Ministro da Fazenda penas mais graves; mandar coligir dados estatísticos relativos às operações realizadas por intermédio dos corretores de navios, além de enviar às repartições interessadas a relação nominal dos corretores, e propor ao Ministro da Fazenda as medidas concernentes à boa execução dos serviços a cargo dos mesmos corretores (Dec. nº 19.009, de 27 de novembro de 1929, art. 20). Essas atribuições não foram alteradas pelo Dec. nº 54.956, de 6 de novembro de 1964,[9] que modi cou o Dec. nº 19.009.[10]

139. Prepostos e Adjuntos de Corretores – Os corretores poderão possuir prepostos, que os auxiliarão no exercício de suas funções, respondendo, entretanto, o corretor pelas faltas cometidas pelos mesmos. Para ser nomeada preposto, necessário será que a pessoa possua as qualidades requeridas para ser corretor; os prepostos substituem os corretores em seus impedimentos e têm preferência para ser nomeados corretores, ocorrendo vagas com a morte, abandono de cargo ou destituição dos mesmos.

Os corretores de mercadorias poderão ter um preposto, por eles designado com aprovação da Junta de Corretores (Dec. nº 20.881, de 30 de dezembro de 1931, art. 41);[11] os de navios poderão ter até três prepostos, de sua indicação e nomeação dos inspetores das Alfândegas (Dec. nº 54.956, de 6 de novembro de 1964, art. 7º, § 1º).[12]

140. Contrato de Corretagem – Conforme aludimos, a de nição é aquela ditada pelo artigo 722 do Código Civil em vigor, caracterizando-se pela mediação entre o vendedor e comprador. Assumem os corretores responsabilidade pelas operações em que participam, quando as ordens recebidas não são executadas convenientemente ou quando aproveitem, em benefício próprio, as operações que realizam, agindo com má-fé para

com os seus comitentes. O contrato de corretagem é *consensual*, já que se aperfeiçoa mediante o mútuo consenso das partes contratantes; *oneroso*, pois o corretor percebe emolumentos pela execução do mesmo, e não está sujeito a formalidades, podendo ser realizado mediante acordo escrito ou verbal. É, contudo, um contrato autônomo, que difere do mandato, pois os corretores realizam as operações em seu próprio nome, omitindo o dos comitentes, contra os quais, entretanto, lhes cabe ação.

141. Corretores de Seguros – O Dec.-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, regulou a pro ssão de corretor de seguros esclarecendo que o mesmo, seja pessoa física ou jurídica, é o intermediário legalmente autorizado a angariar e a promover contratos de seguro entre as Sociedades Seguradoras e as pessoas físicas ou jurídicas de Direito Privado (art. 122), dispositivo que repete a redação do art. 1º da Lei nº 4.594, de 29 de dezembro de 1964. Para exercer a pro ssão de corretor de seguros, é necessária a obtenção de prévia habilitação junto à Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, mediante prova de capacitação técnico-pro ssional (art. 123), sendo que somente aos corretores que estiverem devidamente habilitados junto à autarquia podem ser pagas as comissões de corretagem relativas aos seguros contratados (art. 124).

Os corretores de seguros poderão ter prepostos de sua livre escolha, os quais serão registrados junto à SUSEP. Tendo mais de um preposto, o corretor indicará o que o substitui nas faltas e impedimentos. De acordo com o art. 125 do Dec.-Lei nº 73, de 1966, é vedado aos corretores e seus prepostos aceitar ou exercer empregos de pessoa jurídica de Direito Público, bem como manter relação de emprego ou de direção com Sociedade Seguradora, sendo esses impedimentos extensivos aos sócios e diretores de empresas de corretagem (art. 125, parágrafo único).

No que tange às penalidades, o corretor de seguros responde civilmente perante os segurados e Sociedades Seguradoras pelos prejuízos que causar, por omissão, imperícia ou negligência no exercício da pro ssão, como estabelece o art. 126 do Dec.-Lei nº 73, de 1966, o qual prevê, por igual, a responsabilização pro ssional dos corretores de seguro junto à SUSEP, caso deixem de cumprir as normas pertinentes à pro ssão ou causem prejuízos, dolosa ou culposamente, às Sociedades Seguradoras ou aos segurados (art. 127), sujeitando-se à imposição das penas disciplinares de multa, suspensão temporária e cancelamento do registro (art. 128).

É fundamental dizer que todas as entidades sujeitas à disciplina da SUSEP sofrem os procedimentos relativos à supervisão, scalização e também de intervenção para efeito de liquidação.

De fato, cabe à SUSEP fazer o levantamento especí co do inventário dos bens e administrar a carteira, na hipótese do cometimento de irregularidades, e se for o caso direcionar o processo visando a quebra.

Com razão, muitas entidades subordinadas ao crivo da SUSEP elaboraram seus balanços e tem escrituração própria; contudo no setor existe uma forte presença reguladora do Estado, que se manifesta mais fortemente na circunstância da intervenção e posterior intervenção, sendo necessária.

b) *Leiloeiros*

142. Conceito – Como acontece com os corretores, os *leiloeiros* foram incluídos no Código Comercial como agentes auxiliares do comércio (art. 35), sob o nome de *agentes de leilão*. Contudo, são eles comerciantes de uma categoria especial, que, como os corretores, exercem um ofício público, estando sujeitos a um estatuto especial. Têm por pro ssão a venda, mediante oferta pública, de mercadorias que lhes são con adas para esse m. Caracterizam-se por serem mandatários ou comissários que cumprem as ordens de terceiros apregoando, em público pregão, as mercadorias que lhes forem entregues para a venda. Ao contrário do que acontece com os corretores, os leiloeiros devem ser sempre autorizados, por escrito, pelos seus comitentes.

Como os corretores, os leiloeiros exercem um ofício público, possuindo livros especiais e tendo fé pública as certidões ou contas extraídas desses livros, caso estejam eles revestidos das formalidades legais (Dec. nº 21.981, de 19 de outubro de 1932, art. 35).

O exercício da pro ssão de leiloeiro era regulado pelos arts. 68 a 73 do Código Comercial. Hoje, o Dec. nº 21.981, de 19 de outubro de 1932, regula a pro ssão de leiloeiro, em todo o território nacional, vigorando, assim, do Código Comercial apenas os dispositivos que não foram expressamente revogados por esse decreto.[13]

143. Natureza Jurídica do Leilão – O leilão não é um contrato, mas apenas um ato utilizado para que se realize um contrato. "É um convite a pessoas indeterminadas para fazerem em público e na presença dos concorrentes ou competidores ofertas para a compra", esclareceu Carvalho de Mendonça.[14] Em tais condições, o contrato, ou seja, a compra, só é concluído quando a pessoa oferece o maior lanço e o leiloeiro não recebe mais propostas. Cada oferta que se faz só tem efeito se uma outra maior e posterior não é feita. A nalidade do leilão é, assim, xar o preço da mercadoria, só se tornando esse conhecido depois do último lanço.

Por intermédio do certame existe uma publicidade e uência de pessoas interessadas na aquisição da coisa, dando-se o lance especí co, sendo que em determinadas localidades tudo isso se faz pela rede de informática (*internet*), o que evita o deslocamento do proponente até o local de venda.

144. Licitantes – As pessoas que participam do leilão, oferecendo preços, têm o nome de *licitantes*. Procurando o leilão realizar um contrato, isto é, a venda da mercadoria a quem maior preço oferecer, para licitar necessário será que a pessoa seja capaz de contratar. Nessas condições, os menores e os incapazes não podem, pessoalmente, fazer licitações, pois não possuem capacidade para se obrigar. Para serem válidos os atos dos incapazes, deverão ser praticados ou assistidos por seus representantes legais, aplicando-se, assim, a regra geral aos leilões.

O licitante poderá, por ocasião da arrematação, ser obrigado a entregar ao leiloeiro determinada importância, por esse xada, importância essa que tem o nome de *sinal*. Se assim acontecer, essa importância será considerada como caução ou começo de pagamento, perdendo o licitante direito a ela, no primeiro caso, se se arrepender da compra (Código Comercial, art. 128);[15] sendo, porém, a importância entregue como adiantamento de pagamento, não será possível o arrependimento de nenhuma das partes (Código Comercial, art. 218).[16] Em regra geral, entretanto, as vendas em leilão público são feitas a dinheiro de contado. Não pagando o arrematante o preço oferecido, o dono da coisa tem o direito de rescindir o contrato ou de demandar o preço, acrescido dos juros da mora (Código Comercial, art. 204).[17]

Acaso o licitante descumpra alguma regra e porventura não pague o preço da coisa oferecido, poderá sofrer punição, no sentido de não poder mais participar do certame por determinado período, e com tal sanção se evita frustrar a venda da coisa no certame.

Com razão, nos leilões judiciais, a falta de complementação do preço e o simples depósito do sinal acarretam o desfazimento da alienação, e consequentemente punição ao faltoso que ca inibido de tomar assento por lapso temporal xado.

Se é certo que hoje se permite, com maior exibilidade, negociação a prazo, o nanciamento poderá ser feito por instituição nanceira, ou por intermédio do agente interessado, a m de se permitir maior agilidade, expedindo-se carta somente mediante a integralização do valor.

145. Exercício da Pro ssão de Leiloeiro – A lei requer condições especiais para o exercício da pro ssão de leiloeiro. Assim, só poderá desempenhar esse ofício aquele que provar:

a) ser brasileiro nato em pleno gozo dos seus direitos civis e políticos;

b) ser maior de 25 anos de idade;

c) ser domiciliado há mais de cinco anos no lugar em que pretenda exercer a pro ssão;

d) possuir idoneidade, comprovada com a apresentação da caderneta de identidade e por folha corrida. Igualmente, deve a pessoa apresentar certidões de que não lhe foram movidas ações ou execuções nos cinco anos anteriores à sua nomeação.

A nomeação dos leiloeiros é feita pelos Registros de Empresas, de acordo com o estabelecido na lei ou nos seus Regimentos Internos.[18]

Uma vez habilitado pelo Registro de Empresas, o leiloeiro deverá, antes de entrar em suas funções, prestar ança, em dinheiro ou em apólices, que responderá pelas suas dívidas, e responsabilidades, originadas de multas, infrações de disposições scais, impostos relativos à pro ssão, saldos e produtos de leilões ou sinais por ele recebidos, bem como pelas vendas efetuadas de qualquer natureza. Essa ança substituirá até 130 dias após haver o leiloeiro deixado o exercício da pro ssão, seja por exoneração voluntária, seja por destituição ou falecimento. A ança deve ser aprovada pelos Registros de Empresas para que possa o leiloeiro entrar no exercício de sua função.

As funções de leiloeiro serão executadas pessoalmente; no entanto, poderá o leiloeiro possuir um preposto, de sua indicação, que deverá satisfazer os requisitos necessários para ser nomeado leiloeiro, ao qual este poderá delegar as suas funções nos casos especiais de moléstia ou impedimento. Fora dessas circunstâncias, o preposto não fará leiloamentos e, se funcionar juntamente com o leiloeiro, sujeita-se à pena de demissão, sendo aquele multado. Sendo o preposto de indicação do leiloeiro, sua demissão depende de simples comunicação deste ao Registro de Empresas.

146. Dos que não Podem ser Leiloeiros – Não podem ser leiloeiros os que não possuem a condição de comerciantes; as pessoas que, tendo antes exercido a função, hajam sido destituídas, exceto se o foram a pedido, e os falidos não reabilitados.

Consequentemente, sendo uma atividade de natureza empresária, a sua pressuposição, como *conditio sine qua non* signi ca ter a mesma plausibilidade para o exercício da atividade empresarial.

A nalidade negocial subjacente é de realizar, com responsabilidade, o ato jurídico e dar o maior número de informes, com transparência, visibilidade e acima de tudo com a imparcialidade natural que preside o certame.

147. Das Funções dos Leiloeiros – Aos leiloeiros compete, em caráter pessoal privativo, a venda, em público pregão, dentro de suas próprias casas ou fora delas, de tudo o que, por autorização dos seus donos, forem encarregados, assim como a de bens, móveis ou imóveis, pertencentes às massas falidas ou liquidantes, quando gravados de hipoteca. Nestas condições, poderão eles vender em leilões bens móveis, imóveis, mercadorias, utensílios e semoventes, bastando, para isso, que tenham a devida autorização daqueles a quem esses bens pertencerem.

Excetuam-se, entretanto, da competência dos leiloeiros, as vendas de bens imóveis nas arrematações por execuções de sentenças ou execuções hipotecárias, as vendas dos bens pertencentes a menores sob tutela ou interditos, dos que estejam gravados por disposições testamentárias, dos títulos da dívida pública federal estadual ou municipal e dos bens que estiverem excluídos por disposição legal. Para que os leiloeiros procedam a venda, por oferta pública, dos bens ou mercadorias, necessário se torna que tenham, dos seus comitentes, uma autorização por carta, ou relação que especi que referidos bens, com as ordens e instruções referentes às vendas. Os comitentes poderão, se assim quiserem, xar um preço mínimo para as vendas (Dec. nº 21.981, de 19 de outubro de 1932, arts. 19 e 20).

Em casos de maior complexidade, poderá o juízo solicitar a indicação a ser feita pelo Registro de Empresas, no sentido de viabilizar o encaminhamento de proposta e ter segurança na dicção da lisura do certame, notadamente quando extrapola os lindes territoriais a circunstância de alienação.

Existem hipóteses de alienações extrajudiciais, com a disciplinada na legislação que cuida do gravame hipotecário, e se faz pelo agente nanceiro, mediante constituição em mora, e marcação do dia da hasta pública.

En m, o leiloeiro desempenha um papel de relevo e zela pela complexidade dos atos tendentes à negociação, cuja publicidade é fundamental, atrelada às condições estabelecidas no edital.

148. Publicidade dos Leilões – Os leilões, por serem vendas públicas, deverão ser cercados de uma publicidade especial, a m de chegarem as condições das vendas ao conhecimento geral. Desse modo, antes de terem início os leilões, compete aos leiloeiros tornar conhecidas as condições das vendas, forma de pagamento, entrega dos objetos

que vão ser apregoados, estado, qualidade, peso, medida e quantidade dos mesmos. As vendas não poderão ser efetuadas a crédito ou a prazo, a não ser por expressa autorização, por escrito, dos comitentes. Nenhum leilão será realizado sem que haja pelo menos três publicações, em um só jornal, sobre o mesmo, devendo a última dessas publicações ser pormenorizada, relacionando as mercadorias ou bens que devem ser apregoados e as principais características.

149. Comissão do Leiloeiro – Pelos seus serviços, os leiloeiros percebem uma *comissão*, que deverá ser convencionada com o comitente por escrito. Na falta dessa estipulação, terão direito a uma taxa de comissão na base de 5% sobre mercadorias, móveis, joias e outros bens, e de 3% sobre imóveis. Os compradores pagarão, obrigatoriamente, a importância de 5% sobre os bens arrematados, de qualquer natureza (Dec. nº 21.981, de 19 de outubro de 1932, art. 24, modi cado pelo Dec. nº 22.427, de 1º de fevereiro de 1933).

Com efeito, no leilão, ainda que a prazo, o pagamento da comissão é feito imediatamente, e deve constar do edital o respectivo percentual, a eliminar qualquer tipo de dúvida.

Os leiloeiros que organizam os certames, na eventual situação de desfazimento, não importa o motivo, mantêm o valor da comissão, exceto se comprovada culpa ou dolo na negociação.

150. Prestação de Contas – O leiloeiro é obrigado a fornecer ao comitente, dentro de cinco dias, depois de realizado o pregão, da entrega da mercadoria ou da assinatura da escritura da venda, conforme o caso, uma *conta de venda*, devidamente autenticada, na qual serão demonstrados os preços alcançados nos pregões. O pagamento das importâncias respectivas deverá ser efetuado nos cinco dias seguintes, respondendo o leiloeiro pelo atraso ou falta da entrega das importâncias obtidas nos leilões. O mesmo acontecerá nos leilões judiciais, de massas falidas ou de liquidações, devendo os leiloeiros pôr à disposição do juízo competente ou representantes legais as importâncias respectivas, dentro daquele prazo (art. 27).

A nalidade da prestação de contas, antes de mais nada, é de assegurar absoluta transparência no certame, e permitir, notadamente naquele judicial, um conteúdo de compreensão de sua realidade, haja vista o preço, os lances feitos, e a melhor proposta que teve o condão de ser aceita, lavrando-se ata sumária para conhecimento dos interessados, e mais de perto do juízo.

151. Livros Obrigatórios – Os leiloeiros são obrigados a possuir livros especiais para a escrituração das suas operações, que deverão ser revestidos de formalidades legais para que possam ter validade. Esses livros são:

1 – *Diário de Entrada*, em que serão escriturados, diariamente, todas as mercadorias, móveis, objetos ou outros bens remetidos para venda em leilão no armazém do leiloeiro de acordo com as relações fornecidas pelos comitentes. Esse livro será escriturado em ordem cronológica, sem entrelinhas, emendas ou rasuras.

2 – *Diário de Saída*, no qual serão escrituradas as mercadorias efetivamente vendidas ou saídas do armazém do leiloeiro, com a menção da data do leilão, nomes dos vendedores e dos compradores, preços obtidos por lotes e total da venda de cada leilão. Esse total é extraído do *Diário de Leilões.*

3 – *Contas Correntes*, que se destinam ao lançamento de todos os produtos líquidos apurados para cada comitente, de acordo com as *contas de vendas* fornecidas a esse pelos leiloeiros.

4 – *Protocolo*, com a nalidade de registrar a entrega das *contas de vendas* e da correspondência do leiloeiro.

5 – *Diário de Leilões*, que poderá ser desdobrado em mais de um livro, de acordo com as necessidades, e no qual serão escriturados, à tinta, sem emendas ou rasuras que possam levantar dúvidas, todos os leilões que o leiloeiro realizar.

6 – *Livro-Talão*, de cópia carbônica, para a extração das faturas destinadas aos arrematantes dos lotes, trazendo a indicação, por inteiro, de cada um deles e seus endereços.

Todos esses livros trarão número de ordem e poderão ser exibidos em juízo, a requerimento da autoridade competente, cabendo, ainda, ao Registro de Empresas, sempre que julgar necessário, ordenar o exame dos mesmos a m de veri car se estão devidamente escriturados. Os três primeiros são livros de *escrituração*, enquanto que os demais são chamados *livros de scalização* (arts. 31, 32, 33).

152. Restrições Impostas aos Leiloeiros – Incide na pena de destituição, não podendo os leiloeiros comerciar direta ou indiretamente, em seu próprio nome, ou em nome alheio, constituir sociedade de qualquer espécie ou denominação ou encarregar-se de pagamentos ou cobranças judiciais.

Incide na pena de multa, não podendo adquirir para si ou para pessoas de sua família coisas de cuja venda estejam incumbidos, ainda mesmo que a pretexto de ser para o seu próprio consumo.

Além disso, não poderão os leiloeiros, sob pena de nulidade do ato, exercer a pro ssão em domingos, feriados, delegar a terceiros os pregões nem, igualmente, realizar mais de dois leilões no mesmo dia, em locais diversos, a não ser que se trate de imóveis juntos ou de imóveis existentes no mesmo prédio, considerando-se, nesta hipótese, como um só leilão os dois pregões (art. 36).

Em suma, as restrições são mais diretamente aplicáveis aos leilões extrajudiciais, eis que naqueles judiciais, em termos de quantidade, data e outros aspectos, as determinações são ditadas pelo juízo, sob conveniência e oportunidade, presidindo o serviço público e as condições especí cas da alienação judicial.

A pro ssionalização do leiloeiro faz com que o mercado, notadamente imobiliário, em forte crise, tenha criatividade e imaginação, a m de que se permita conseguir o maior número de interessados, sem desvalorizar a coisa, e positivar mais rapidamente sua alienação.

1A pro ssão de Corretores de Imóveis foi regulamentada pela Lei nº 4.116, de 27 de agosto de 1962, cujo art. 1º reza:

"O exercício da pro ssão de Corretor de Imóveis só será permittdo às pessoas que forem registradas nos Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis, de acordo com esta lei".

Poderão ser corretores de imóveis pessoas ffsicas ou jurídicas. De acordo com o art. 7º de citada lei, "somente os corretores de imóveis e as pessoas jurídicas regularmente habilitadas poderão receber remuneração como mediadores na venda, compra, permuta ou locação de imóveis, sendo, para isso, obrigados a manter escrituração dos negócios a seu cargo". (Revogada pela Lei nº 6.530/78)

2O Dec. nº 20.881, de 30 de dezembro de 1931, foi revogado pelo Dec. nº 003, de 25 de abril de 1991.

3O Dec. nº 19.009, de 27 de novembro de 1929, foi revogado pelo Dec. nº 003, de 25 de abril de 1991.

4O Dec. nº 54.956, de 6 de novembro de 1964, foi revogado pelo Dec. s/nº, de 15 de fevereiro de 1991.

5O Dec. nº 20.881, de 30 de dezembro de 1931, foi revogado pelo Dec. nº 003, de 25 de abril de 1991.

6O Dec. nº 19.009, de 27 de novembro de 1929, foi revogado pelo Dec. nº 003, de 25 de abril de 1991.

7O Dec. nº 54.956, de 6 de novembro de 1964, foi revogado pelo Dec. s/nº, de 15 de fevereiro de 1991.

8O Dec. nº 20.881, de 30 de dezembro de 1931, foi revogado pelo Dec. nº 003, de 25 de abril de 1991.

9O Dec. nº 54.956, de 6 de novembro de 1964, foi revogado pelo Dec. s/nº, de 15 de fevereiro de 1991.

10O Dec. nº 19.009, de 27 de novembro de 1929, foi revogado pelo Dec. nº 003, de 25 de abril de 1991.

11O Dec. nº 20.881, de 30 de dezembro de 1931, foi revogado pelo Dec. nº 003, de 25 de abril de 1991.

12O Dec. nº 54.956, de 6 de novembro de 1964, foi revogado pelo Dec. s/nº, de 15 de fevereiro de 1991.

13A Lei nº 4.021, de 20 de dezembro de 1961, criou a pro ssão de leiloeiro rural, com competência privattva de vender, em público pregão, estabelecimentos rurais, semoventes, produtos agrícolas, veículos, máquinas, utensílios e outros bens pertencentes aos pro ssionais da

agricultura (art. 4º). Somente, entretanto, onde houver leiloeiros rurais nomeados é que lhes cabem essas atribuições privattvas, excetuando-se das mesmas a venda de bens imóveis nas arrematações por execuções de sentenças ou hipotecárias, dos bens pertencentes a menores sob tutela e a interditos e dos que estejam gravadas por disposições testamentárias.

14Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. II, p. 410.

15O arttgo 128 do Código Comercial foi revogado pelo Código Civil de 2002.

16O arttgo 218 do Código Comercial foi revogado pelo Código Civil de 2002.

17O arttgo 204 do Código Comercial foi revogado pelo Código Civil de 2002.

18A Instrução Normattva nº 83, de 07 de janeiro de 1999, do Departamento Nacional de Registro do Comércio, dispõe sobre a matrícula e seu cancelamento de leiloeiro e dá outras providências.

Capítulo Quinto

SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

XV
NOÇÕES GERAIS

153. Conceito de Sociedade Empresária – Denomina-se sociedade empresária a organização proveniente de acordo de duas ou mais pessoas, que pactuam a reunião de capitais e trabalho para um m lucrativo. A sociedade pode advir de contrato ou de ato correspondente; uma vez criada, e adquirindo personalidade jurídica, a sociedade se autonomiza, separando-se das pessoas que a constituíram.

O Código Civil descortina o mesmo espírito, conforme o artigo 982 do diploma normativo, porém só reconhece o caráter empresarial por meio de registro; sem a respectiva feitura ditas sociedades são consideradas em comum, a teor dos artigos 986 e seguintes do citado Códex.

Diante da natureza do contrato plurilateral, típico das companhias, o Código intitula as sociedades anônimas empresárias, e as simples, ao lado das cooperativas, frente à natureza e sem a perspectiva especí ca do lucro, conquanto possam revestir forma comercial.

154. Sociedades Unipessoais – O conceito de sociedade em geral, acima mencionado, sofreu recentemente, no Direito francês, uma profunda alteração que certamente terá re exo em outros sistemas jurídicos, inclusive no brasileiro. Dispondo sobre as sociedades (*por quotas*) de responsabilidade limitada, o legislador francês, por Lei nº 85.697, de 11 de julho de 1985, permitiu que essas sociedades se constituíssem *pela vontade de uma só pessoa*, para tanto alterando a redação do art. 1.832 do Código Civil, que dá o conceito geral de sociedade, para permitir a chamada *"Empresa Unipessoal de Responsabilidade Limitada"* (EURL), ou seja, a *sociedade* de responsabilidade limitada *com um só sócio*. A nova redação dada ao art. 1.832 do Código Civil francês, que regula o *contrato* de sociedade em geral, passa a ser a seguinte:

"*A sociedade* é instituída por duas ou várias pessoas que convêm por um contrato afetar a uma empresa comum bens ou sua indústria tendo em vista repartir o lucro ou aproveitar a economia que dela poderá resultar.

Ela pode ser instituída nos casos previstos pela lei, *por ato de vontade de uma só pessoa*.

Os sócios se obrigam a contribuir para as perdas".

Nessas condições, seguindo, de modo mais explícito, o disposto na lei alemã de 4 de julho de 1980, que permitiu a criação da sociedade (*por quotas*) de responsabilidade limitada por *uma* ou várias pessoas (art. 1º), o legislador francês modi cou, mesmo, a de nição do *contrato de sociedade* para admitir que a sociedade quando autorizada por lei seja *instituída* por uma só pessoa (Lei nº 85.697, de 11.07.1985, art. 1º; Cód. Civil modi cado, art. 1.832).

A lei francesa e o art. 1.832 do Código Civil, modi cado, consagram a sociedade não mais como apenas um *contrato* mas como uma *instituição*, para isso bastando que haja uma lei dando permissão a que a sociedade seja *instituída* por *uma só pessoa*.

A legislação nacional não consagrou e portanto deixou de abraçar a tipologia societária individual, na medida em que exige nas sociedades de forma geral a presença de pelo menos dois (2) sócios, possibilitando que na hipótese de retirada, morte ou transformação em rma individual, se obedeça ao prazo de um ano para regularização do contrato societário.

Refere-se o legislador ao contrato societário ao negócio transitório ou de continuação permanente (art. 981, parágrafo único, do CC), no entanto a maioria das empresas tem constituição por prazo indeterminado.

155. Sociedade e Ato Constitutivo. Contrato e Ato Institucional – Em geral, na prática se costuma confundir a sociedade empresária, pessoa jurídica de Direito Privado, com o ato que a constitui. No entanto, são duas coisas diferentes: o ato, *que pode ser um contrato ou não*, e o elemento necessário para a formação da sociedade, sem o qual ela não existe. Pode esse ato ser *um contrato*, na acepção clássica do termo, ou seja, o acordo de duas ou mais pessoas com a nalidade de constituir, modi car ou extinguir obrigações, ou *um ato semelhante* ao *contrato*, que se chama *ato institucional*, para a realização do qual são exigidos alguns requisitos característicos dos contratos. A sociedade é o resultado desse acordo de vontades, uma entidade que, adquirindo personalidade jurídica, se torna independente e autônoma e vai realizar atos de comércio segundo o objeto escolhido.

Mencione-se, de passagem, que a sociedade empresária pode resultar de contrato ou ato correspondente, denominado ato institucional. Na realidade, a doutrina clássica admite que as sociedades empresárias são invariavelmente formadas por um contrato. A distinção entre contrato e ato institucional não é, assim, geralmente aceita, se bem que tenha lógica.

De fato, até mesmo a noção clássica de contrato não se ajusta perfeitamente ao ato que dá lugar à formação das sociedades comerciais. Segundo as regras clássicas dos contratos, entre as partes contratantes sempre existe *antagonismo de interesses* que o acordo de vontade visa a disciplinar; a compra e venda, contrato básico do comércio, serve de exemplo. Assim, quando se realiza uma compra e venda, uma das partes contratantes, o comprador, tem interesse antagônico ao da outra, o vendedor, pois aquela deseja *adquirir* a coisa, enquanto essa deseja *vender*. Forma-se o acordo de vontades quanto à coisa, ao preço e às condições, e a esse ato se dá o nome de *contrato*; mas o interesse das partes continua antagônico, uma *entregando* a coisa, mediante o pagamento do preço, e a outra *recebendo* o preço, em troca da entrega da coisa.

No contrato de *sociedade* assim não acontece, pois os interesses, em vez de serem *antagônicos*, são *paralelos*; quem a outrem se associa com a nalidade de constituir uma sociedade não está embuído de um interesse contrário ao seu sócio. Têm, ambos, o mesmo interesse na partilha dos lucros líquidos da sociedade. Não estão, assim, as partes em oposição, mas ambas se caracterizam por terem pontos de vista idênticos.

Esse fato dá lugar a várias teorias sobre a natureza jurídica do ato que constitui as sociedades comerciais. Chamaram-no de *ato complexo* (Gierke), de *ato coletivo* (Duguit), de *contrato plurilateral* (Tullio Ascarelli). Hauriou fez a diferença entre as sociedades que se formam mediante contrato, que são aquelas que têm vida limitada, temporal e aquelas cuja duração não está subordinada à vontade subjetiva de indivíduos determinados. A estas últimas sociedades, para as quais as pessoas dos sócios têm diminuta importância, deu Hauriou o nome de *sociedades institucionais*. O ato criador será, assim, um ato institucional e não um contrato.

Efetivamente, a teoria de Hauriou, hoje aceita por muitos comercialistas, tem um fundamento lógico. Porque, em alguns tipos de sociedades, muito embora o ato constitucional divirja das características clássicas do contrato, por não terem os sócios interesses *antagônicos* e sim *paralelos*, as pessoas dos mesmos têm realmente importância preponderante, tanto que a incapacidade ou morte de qualquer deles se re ete na pessoa jurídica, provocando em regra a sua dissolução; também nessas sociedades os sócios estão de tal forma ligados pelo acordo prévio de vontades que cam subordinados a esse acordo: normalmente, as suas participações na sociedade não poderão ser cedidas a terceiros, a não ser com o consentimento dos demais, o que evidencia a existência, de qualquer forma, de um contrato.

Já em outros tipos de sociedades a retirada de um sócio não se re ete, de modo algum, na estrutura social; as suas participações no capital social podem ser cedidas livremente, sem que seja necessário o consentimento dos outros sócios; a incapacidade de um sócio, que nas primeiras sociedades seria motivo de nulidade ou anulação do ato constitutivo, nessas segundas não é levada em consideração, pois não tem a entidade nenhuma dependência da pessoa dos sócios. Isso tudo evidencia que a noção clássica do contrato não é cabível, para o ato que constitui tais sociedades.

Trata-se, evidentemente, de algo diferente de um contrato, e a esse ato se dá o nome de *ato institucional*, considerando-se a sociedade uma *instituição* e não o resultado de um contrato.

Aceitando essas razões, aqui fazemos a distinção. Em geral, diz-se que a sociedade comercial resulta de um *contrato* de duas ou mais pessoas, o que não é verdade, por exemplo, nas sociedades anônimas em que falta a característica de contrato entre os subscritores de capital. Ademais, como veremos adiante, ao ser estudada a sociedade limitada, a tendência atual é a da criação dessas sociedades *por uma só pessoa*, o que fez com que o legislador francês modi casse o conceito de *sociedade* dado pelo art. 1.832 do Código Civil daquele país que pela nova redação declara poder a *sociedade* ser criada por *ato unilateral da vontade de uma só pessoa* (*infra,* nº 228).

156. Sócios – As sociedades empresárias podem ter como elementos formadores pessoas físicas ou jurídicas. Cuidando-se de pessoas físicas, deverão possuir capacidade; conforme a lei civil, a validade do ato jurídico determina agente capaz (art. 104, I, Código Civil), donde serem tidos como nulos os atos praticados por pessoas absolutamente incapazes, e anuláveis os praticados por pessoas relativamente incapazes. Quando uma pessoa jurídica integra a formação da sociedade, os atos referentes à mesma devem ser praticados pelos respectivos representantes legais.

Uma vez constituída e arquivados os seus atos constitutivos no registro competente (Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns), a sociedade adquire *personalidade* e *autonomia*, podendo ser sujeito de direitos, já que possui patrimônio próprio. Desse momento em diante, os sócios terão o seu patrimônio separado do das sociedades, não respondendo, em princípio, pelas obrigações das mesmas. Em alguns tipos, entretanto, os sócios podem se obrigar a responder, de *forma subsidiária*, pelas obrigações sociais, assumindo uma responsabilidade solidária e ilimitada. Essa responsabilidade, porém, convém mais uma fez frisar, é *subsidiária*, precipuamente; os sócios, em qualquer tipo de sociedade, respondem apenas pelas importâncias com que se comprometeram para a formação do capital das mesmas, constituindo-se seus devedores desde o momento em que rmaram o ato constitutivo da sociedade.

Devem, igualmente, as sociedades empresárias possuir, conforme a legislação, objeto lícito. A licitude do objeto, a capacidade do agente e o consentimento manifestado por esse são requisitos imprescindíveis à validade do ato jurídico (art. 104, Código Civil). Constituem, destarte, requisitos necessários a todos os atos que tenham por nalidade criar, restringir ou resguardar direitos. Representam, assim, regra geral da validade dos atos jurídicos.

Como elementos especí cos caracterizadores das sociedades empresárias, requer-se a cooperação efetiva entre os sócios, a que se chama *affectio societatis*, isto é, o liame de estarem os sócios juntos para a realização do objeto social, a contribuição dos sócios para o capital social e a participação dos mesmos nos lucros e perdas. O primeiro desses elementos se encontra nas sociedades *contratuais* ou *de pessoas*, em que realmente os sócios se unem por um *contrato especial* para a constituição de uma pessoa jurídica capaz de realizar um objetivo comum. O mesmo, entretanto, não ocorre nas sociedades *institucionais* ou de capitais; na realidade, quando uma pessoa entra para uma dessas sociedades pode ignorar quais sejam os outros sócios, não havendo, assim nenhum elo pessoal a ligá-los. Esse fato robustece a ideia de que essas sociedades *institucionais* ou de capitais divergem grandemente das sociedades *contratuais* ou de pessoas, não se podendo dizer que haja verdadeiro contrato a unir todos os sócios, já que esses não são escolhidos de comum acordo como nas sociedades *contratuais*.

A nova roupagem do atual Código Civil, ao distinguir entre sociedades empresárias e não empresárias, alista muito bem a conotação de pessoalidade notadamente nas cooperativas e sociedades simples, mas é inegável se reconheça na modernidade a maior participação das empresas na consecução dos lucros.

Independente da celebração do ato societário, apenas a obtenção de receita compatível é que permitirá a sobrevivência do negócio, no escopo do seu objeto social e nos limites da capacidade operacional.

De qualquer modo e por toda a sorte, os princípios seculares societários hoje são raros, principalmente se notarmos a grande presença de pessoas jurídicas sócias de outras, a estabelecer mero pro ssionalismo, e o desiderato

de menor exposição das pessoas físicas, inclusive em termos de responsabilidade e na visão da solidariedade empresarial.

157. Forma e Prova dos Atos Constitutivos das Sociedades Empresárias – As sociedades empresárias, regra geral, se constituem por escrito, seja por instrumento público ou particular, a teor do artigo 997 do Código Civil. No entanto, a legislação brasileira admitia e reconhecia a existência de sociedade sem o instrumento especí co, desde que os interessados tivessem meios de provar por todos os gêneros de provas admitidos na lei comercial, consoante artigos 122 e 304 do Código Comercial, havendo presunção sempre que alguém praticasse atos societários próprios.

Sobreditas sociedades, conquanto provadas, são consideradas de fato e não de direito, motivo pelo qual o Código Civil as denomina sociedade em comum (art. 986), desprovida de personalidade jurídica, por não se coadunar com a formação da sociedade empresária. Cuida-se de comunhão de interesses, e por tal motivação todos os participantes respondem ilimitadamente pelas obrigações assumidas.

158. Requisitos dos Atos Constitutivos das Sociedades Empresárias segundo a Legislação – As sociedades empresárias personi cadas se constituem, conforme a sua categoria, por um contrato ou por um ato institutivo equivalente ao contrato.

Nas sociedades contratuais, também chamadas sociedades de pessoas, em virtude de nelas haver papel relevante ligado aos sócios, in uenciando em toda a sua vida, que dessa forma depende deles, a legislação exige o preenchimento de alguns requisitos, sem os quais a pessoa jurídica não se formará. Os requisitos essenciais têm disciplina no artigo 997 do Código Civil, estipulando deva o contrato conter:

a) nome, nacionalidade, estado civil, pro ssão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a rma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas;

b) denominação, objeto, sede e prazo da sociedade;

c) capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;

d) a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la;

e) as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços;

f) as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições;

g) a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas;

h) se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

Além dessas cláusulas, exigidas para *todos* os contratos de sociedades, facultou, ainda, o Código que os sócios incluíssem nos contratos "todas as cláusulas e condições necessárias para se determinarem com precisão os direitos e obrigações dos sócios entre si e para com terceiro" (art. 302, nº 7).

Nem todas as cláusulas exigidas pelo Código são, contudo, essenciais, podendo algumas delas deixar de gurar no contrato sem que ele seja considerado nulo. Assim, se não constarem os nomes dos gerentes, o contrato não será prejudicado, pois o próprio item 3 do art. 302 do Código declara que, não gurando no instrumento os nomes dos gerentes, todos os sócios serão considerados como tais. Neste caso, a ausência da especi cação dos gerentes equivale à indicação de todos os sócios para essa função, podendo, portando, ser arquivado o contrato que não contiver a cláusula instituidora da gerência da sociedade.

Igualmente, a determinação da lei de que conste do contrato uma cláusula sobre a participação dos sócios nos lucros e nas perdas da sociedade não é obrigatória, pois o revogado art. 330 do Código esclarecia que os ganhos e perdas serão proporcionais à parte de cada sócio no capital social *se de modo contrário não fosse estipulado no contrato*. Nestas condições, não havendo estipulação sobre a participação dos sócios nos lucros e nas perdas da sociedade, entende-se que essa participação seria proporcional à quota com que cada um concorreu para o capital, segundo a regra do citado art. 330.

Ainda: a indicação de árbitros para dirimir as questões sociais deixou de ser necessária nos contratos desde 1867, quando pelo Dec. nº 3.900, de 26 de junho, foi suprimido o juízo arbitral obrigatório.

Por último, não constando do contrato a forma de liquidação e partilha, serão para essas fases da vida social seguidas as regras constantes dos arts. 1.102 e 1.103, parágrafo único, do Código Civil de 2002, que regulam o modo de extinção da sociedade, quando não há estipulação a respeito.

Por outro lado, o Código Civil de 1916, não mencionou diretamente que do contrato social constasse o montante do capital, o que foi requerido por lei posterior (Dec. nº 93, de 20 de março de 1935, art. 27, letra *d*).

Nestas condições consideram-se *obrigatórias*, de acordo com o art. 997 do Código Civil de 2002, nos contratos constitutivos de sociedades empresárias cláusulas contendo o *nome e naturalidade* dos sócios, a *rma social*, a designação do *objeto,* as *quotas* de cada sócio, o *capital* e o *prazo de duração* da sociedade, não sendo esta por tempo indeterminado.

As sociedades institucionais ou *de capitais*, em que as pessoas dos sócios não interferem na estrutura social, têm os seus atos constitutivos regidos por princípios constantes da lei especial que as regula. Sobre eles falaremos oportunamente quando nos referirmos a essas sociedades.

159. Cláusulas Essenciais aos Contratos. Cláusulas Padronizadas – O Dec. nº 93, de 20 de março de 1935, secundado pelas regras do art. 997 do Código Civil de 2002, alterou algumas cláusulas exigindo outras para a validade dos contratos de sociedades comerciais. Contudo, tanto esse decreto como o de nº 596, de 19 de julho de 1890, que tratava das atribuições dos Registros de Empresas, foram revogados pelo art. 63 da Lei nº 4.726, de 13 de julho de 1965, relativa aos serviços do Registro do Comércio e atividades a ns.

Com o advento da Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, e de seu Regulamento, baixado com o Dec. nº 1.800, de 30 de janeiro de 1996, não há mais menção expressa na legislação acerca das cláusulas que devam gurar nos atos constitutivos das sociedades comerciais, assim como já não ocorria sob o regime da Lei nº 4.726, de 1965, hoje revogada. Entretanto, o Dec. nº 1.800, de 1996, regulamentando o art. 35, III, da Lei nº 8.934, declara, no art. 53, nº III, que não podem ser arquivados "os atos constitutivos e os de transformação de sociedades mercantis, se deles não constarem os seguintes requisitos, além de outros exigidos em lei:

(a) o tipo de sociedade mercantil adotado;

(b) a declaração precisa e detalhada do objeto social;

(c) o capital da sociedade mercantil, a forma e o prazo de sua integralização, o quinhão de cada sócio, bem como a responsabilidade dos sócios;

(d) o nome por extenso e quali cação dos sócios, procuradores, representantes e administradores...;

(e) o nome empresarial, o município da sede, com endereço completo e foro, bem como os endereços completos das liais declaradas;

(f) o prazo de duração da sociedade mercantil e a data de encerramento de seu exercício social, quando não coincidente com o ano civil".

Já o § 2º do art. 53 do Dec. nº 1.800, de 1996, esclarece que "entende-se como preciso e detalhadamente declarado o objeto da empresa mercantil quando indicado o seu gênero e espécie".

Se os atos constitutivos das empresas comerciais não podem ser arquivados se não contiverem esses requisitos, conclui-se que os mesmos devem gurar *obrigatoriamente* naqueles atos. Isso não signi ca que alguns requisitos dos contratos, constantes do art. 997 do Código Civil de 2002, deixem de ser obrigatórios. É o que acontece, por exemplo, com a nomeação dos gerentes, que em certos tipos de sociedades, como a em comandita simples, obrigatoriamente deve constar do contrato, sob pena de serem todos os sócios considerados gerentes, o que desnaturaria a sociedade, já que os comanditários não podem gerir a mesma (Código Civil de 2002, arts. 997 e 1.047).

Em tais condições, para a feitura dos contratos de constituição de sociedades empresárias, devem ser considerados, hoje, o disposto no art. 997 do Código Civil e o constante do art. 35, III, da Lei nº 8.934, de 1994, e do

art. 53, III, do Dec. nº 1.800, de 1996, que, esclarecendo e complementando aquele primeiro inciso legal, determinaram as cláusulas que devem ser adotadas como obrigatórias para a validade contratual.

O Código Civil em vigor não disciplina normas especí cas para a constituição de sociedades empresariais ou comerciais. As normas devem ser as mesmas para a constituição de sociedade simples ou civis, sendo que a conotação comercial, isto é, o de sociedade empresária é dado pelo objeto da empresa, ditado pelo exercício pro ssional de "atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (art. 966), desde que o empresário esteja inscrito no Registro das Empresas (art. 984), sendo dispensados o pequeno e o empresário rural; este último, se adotar a forma societária empresarial, poderá requerer sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis (art. 984).

Visando a simpli car a constituição das sociedades, especialmente no que se refere à microempresa, a Lei nº 7.292, de 19 de dezembro de 1984, estatuiu que é facultado ao Departamento Nacional de Registro do Comércio, atual Departamento de Registro Empresarial e Integração "estabelecer, em ato normativo, modelos e cláusulas padronizadas de contrato de sociedade, que as partes contratantes poderão livremente adotar". Desses modelos e cláusulas, que "obedecerão às normas legais aplicáveis à espécie de sociedade a que visem regular, deverão constar:

I – o nome, a quali cação completa e a assinatura de todos os sócios;

II – o nome comercial da sociedade (razão ou denominação);

III – o objeto, o local da sede e o capital da sociedade;

IV – a forma e o prazo da integralização do capital social e a sua distribuição entre os sócios;

V – o uso do nome social pelos sócios com poderes de gerência;

VI – o número e a data do ato normativo que aprovou as cláusulas padronizadas" (art. 2º).

Os sócios, obedecida a legislação pertinente, poderão alterar ou complementar os modelos e cláusulas padronizados, ou acrescer outras no instrumento contratual. Os modelos e cláusulas padronizados não se aplicarão às sociedades anônimas.

160. Arquivamento do Contrato Social – O contrato formador do modelo das sociedades empresárias e não empresárias, além do atinente às sociedades anônimas, deve ser obrigatoriamente levado para arquivo no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns, devendo a respectiva apresentação ser feita perante o Registro de Empresa, no prazo de 30 dias da lavratura, para cuja data retroagirão os efeitos do arquivamento. Fora do prazo de apresentação, o arquivamento somente produzirá efeito a partir da data do despacho deferindo o pedido (art. 36 da Lei nº 8.934 de 1994 e art. 998 do Código Civil de 2002); interessante dizer que o Registro das Pessoas Jurídicas se amolda a alguns modelos societários.

Para que se processe o arquivamento do contrato social é necessário que o pedido esteja instruído com o instrumento original, particular, certidão ou publicação de autorização legal, datado e assinado; certidão negativa de condenação por crime cuja pena vede o acesso à atividade mercantil; a cha do Cadastro Nacional de Empresas Mercantis – CNE, segundo modelo aprovado pelo Departamento de Registro Empresarial e Integração; a prova da identidade do titular da rma mercantil individual e do administrador de sociedade mercantil e de cooperativa; e mais os comprovantes de pagamento dos preços do serviço de arquivamento (art. 34 do Dec. nº 1.800, de 1996). Além desses requisitos, o art. 55 do decreto que regulamenta a Lei nº 8.934, de 1994, dispõe que o Departamento Nacional de Registro de Comércio (atual Departamento de Registro Empresarial e Integração) deverá consolidar, através de instruções normativas, as hipóteses de restrição legal à participação de estrangeiros em empresas mercantis brasileiras, os casos em que for necessária a aprovação prévia de órgão governamental para o arquivamento de atos de empresa mercantil ou a autorização de funcionamento ou nacionalização de sociedade mercantil estrangeira no Brasil, quando então será necessária a prova da nacionalidade, no primeiro caso, e a competente autorização, nos demais (art. 35, VII, da Lei nº 8.934, de 1994).

Ainda, caso conste do contrato social ou de sua alteração por instrumento público ou particular a incorporação de imóvel à sociedade, estabelece a Lei nº 8.394, de 1994, em seu art. 35, VII, a necessidade de o instrumento conter:

"a) a descrição e identi cação do imóvel, sua área, dados relativos à sua titulação, bem como o número da matrícula no Registro Imobiliário;

b) a outorga uxória ou marital, quando necessária".

Por último, é necessário o visto de advogado, consoante exigido pelo art. 1º, § 2º, do Estatuto da OAB. É importante frisar que o art. 67 da Lei nº 8.934, de 1994, pretendia eliminar essa exigência, revogando o art. 71, § 4º, da Lei nº 4.215, de 1963, o antigo Estatuto. Ocorre que o atual Estatuto (Lei nº 8.906, de 1994) já estava em vigor quando sancionada a Lei do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades A ns, daí por que subsiste a formalidade do visto do advogado como condição para arquivamento do contrato social (art. 36 do Dec. nº 1.800, de 1996).

No intuito de evitar a excessiva burocratização do registro, preveem os arts. 37, parágrafo único, da Lei nº 8.934, de 1994, e 34 do Dec. nº 1.800, de 1996, parágrafo único, que não se exigirá nenhum outro documento das rmas mercantis individuais e sociedades mercantis, salvo expressa determinação legal, presumindo-se verdadeiras, até prova em contrário, as declarações feitas perante os órgãos do RPEMAA. Por igual, o art. 39 do Dec. nº 1.800 dispensa o reconhecimento de rma nos instrumentos levados a arquivamento, exceto quando se tratar de procuração por instrumento particular ou de documentos oriundos do exterior, se, nesta última hipótese, tal formalidade não houver sido cumprida no consulado brasileiro.

O arquivamento no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns dos atos constitutivos das sociedades marca o início das pessoas jurídicas. As sociedades que não arquivarem os seus atos constitutivos serão consideradas sociedades de fato, não possuindo personalidade.

161. Sociedades de Fato e Irregulares – Confundem-se na prática ambos os institutos, atribuindo a mesma denominação aos tipos societários. Entretanto, as sociedades de fato são aquelas que contêm alguma eiva de nulidade, apresentando-se ao público como se fossem sociedades, sem, no entanto, terem as formalidades dessas. Irregulares são as sociedades constituídas dentro das prescrições legais, mas que deixam de cumprir as obrigações impostas legalmente, conquanto mantenham personalidade. As sociedades de fato não são dotadas de personalidade jurídica, embora não haja distinção, confundido-se com as irregulares, ao ver de Waldemar Ferreira (*Tratado*, vol. III, p. 418).

Provavam-se as sociedades de fato conforme o revogado artigo 122 do Código Comercial, alinhado com artigos 304 e 305. As sociedades irregulares, nesta percepção, são provadas mediante certidão extraída do Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns.

Cuidou o legislador de disciplinar as sociedades em comum, de nindo-as:

> "Art. 986. Enquanto não inscritos os atos constttuttvos reger-se-á a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compattveis, as normas de sociedade simples".

Veja-se que no Código Civil há um espaço para as sociedades não personi cadas, que seguem subsidiariamente o modelo das simples, porém respondem os sócios solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído o benefício de ordem, previsto no art.1.024, aquele que contratou em nome da sociedade (art. 990 do Código Civil).

162. Publicidade das Sociedades Empresariais – O arquivamento dos atos constitutivos de sociedades empresárias tem o caráter de publicidade legal delas. Uma vez arquivados esses documentos, presume-se que terceiros tenham conhecimento sobre a constituição das sociedades, não podendo alegar ignorância dos mesmos.

Junta-se a tal publicidade outra por intermédio de publicação na imprensa ou por meio de outros veículos. A lei requer, na hipótese de sociedades empresárias, que os atos constitutivos sejam, igualmente, publicados na imprensa.

As sociedades não empresárias não cam adstritas à publicidade pela imprensa, motivo pelo qual inocorre obrigação a respeito da divulgação.

163. Alterações nos Atos Constitutivos das Sociedades – Os atos constitutivos das sociedades poderão ser alterados na vigência das mesmas, sem que se interrompa a vida da pessoa jurídica. Conforme a classe da sociedade, para que se veri quem essas alterações necessária será a ocorrência de fatos especiais.

Destarte, em se cuidando de sociedade empresária ou não empresária (de capital ou de pessoas), qualquer modi cação irá necessitar da aprovação dos respectivos sócios. Compreende-se tal fato em virtude da natureza do contrato societário, unindo as vontades visando exclusivamente a realização daquilo entabulado no negócio jurídico. Modi cando-o, os sócios que acordaram a criação da sociedade deveriam aprovar a mudança, ou seja, prestar novo consentimento para que a alteração fosse introduzida. Sem tal consentimento, não poderia o contrato ser modi cado, exceto com a saída do sócio divergente. A regra de unanimidade incide em algumas hipóteses, mas na maioria das vezes as deliberações são tomadas por maioria ou *quorum* quali cado.

A sociedade limitada, prevista no Código Civil, cuidando de sua disciplina, a partir do artigo 1.071, para efeito de votação em deliberação assemblear, ao inserir as matérias, preconiza como serão aprovadas, no art. 1.076:

"I – pelos votos correspondentes, no mínimo, a três quartos do capital social, nos casos previstos nos incisos V e VI do art. 1.071;

II – pelos votos correspondentes a mais de metade do capital social, nos casos previstos nos incisos II, III, IV e VIII do art. 1.071;

III – pela maioria de votos dos presentes, nos demais casos previstos na lei ou no contrato, se este não exigir maioria mais elevada."

Consequentemente, referiu-se o legislador a três quartos do capital social nas hipóteses de modi cação do contrato social, incorporação, fusão e dissolução da sociedade, ou cessação do estado de liquidação, adotando mais de metade nas demais circunstâncias, e maioria dos presentes em razão de previsão contratual ou legal, se não de dispuser de *quorum* mais elevado.

Dispõe o Dec. nº 1.800, de 1996, que não existindo restrição, a deliberação majoritária abrange também as circunstâncias de destituição da gerência, exclusão de sócio, dissolução e extinção de sociedade, com a observação do dispositivo acima mencionado, sendo que os motivos da exclusão e de sócio precisam ser transparentes e a destinação de sua participação no capital social (art. 54, *caput* e parágrafo único).

Muitas vezes, ao contratar a constituição de uma sociedade, os sócios podem, de antemão, declarar que aceitarão futuras modi cações no contrato sem que, na ocasião em que essas se realizem, seja necessário outro consentimento. Essa cláu- sula é muito usada quanto à continuação da sociedade com os lhos ou sucessores dos sócios que falecerem. Em tal caso, novo consentimento, na ocasião em que o fato ocorrer, é desnecessário porque os sócios que constituem a sociedade o prestaram antecipadamente. A entrada do novo sócio, herdeiro ou sucessor do sócio falecido, não é, porém, *para este*, obrigatória, pois, tendo a sociedade por base um contrato, ninguém pode consentir por essas pessoas que serão futuros sócios. Assim, caso não desejem continuar na sociedade com a participação que tinha o sócio premorto, os seus herdeiros ou sucessores poderão recusar a faculdade que lhes foi dada de ingressar no lugar dele. Nesse caso, os haveres do sócio falecido serão apurados e a sociedade continuará apenas com os demais sócios.

Em princípio, sendo a sociedade constituída apenas de *dois sócios*, deveria a mesma extinguir-se, adotando-se a concepção clássica de que a sociedade é um contrato: esse foi o ponto de vista que esposamos nas 12 primeiras edições deste livro. Mas como foi dito, o direito das sociedades tem-se alterado bastante, nos últimos anos, com a tendência de afastar o *contrato* como base da sociedade, substituindo por um *ato institucional*, que pode ser praticado pela vontade de *uma só pessoa*, como dispuseram as leis alemã e francesa sobre as sociedades por quotas, e o próprio art. 1.832 do Código Civil francês, que foi reformulado para estabelecer que a sociedade pode ser *constituída* por duas ou mais pessoas ou *instituída por uma só*. Em sendo assim, se a sociedade é constituída por apenas duas pessoas,

falecendo uma, a sociedade na França já não mais se extinguirá, pois as leis daquele país admitem a *sociedade impessoal* desde que haja um dispositivo legal a respeito. No Brasil, ainda não temos lei regulando a matéria de modo geral, mas a Lei das Sociedades Anônimas já permite a *criação* de sociedade com um só sócio *(subsidiária integral*, art. 251). Isso tudo mostra que caminhamos, a passos largos, para o reconhecimento integral da *sociedade unipessoal*.

Deve-se, ainda, considerar que essas regras são relativas apenas às cláusulas essenciais do contrato, sobre as quais se manifesta o consentimento dos sócios. A gestão da sociedade, ou seja, os casos de pura administração, não se inclui nessas normas sendo regulada pela manifestação da maioria dos sócios.

Nas sociedades institucionais ou de capitais a norma é diferente. Nessas, por regra geral, a maioria dos sócios impõe à minoria a sua vontade, porque não se trata evidentemente de um *contrato*, mas de uma *instituição* que reuniu capitais para a realização de um m especí co. Não tendo as pessoas dos sócios importância quanto à estrutura da sociedade, apenas o capital prevalece para a vida da mesma. Desse modo, os sócios que possuem maiores capitais impõem a sua vontade aos demais. Casos, porém, existem, que requerem a aprovação de uma maioria quali cada dos membros dessas sociedades, para que possam ser realizados. Assim, por exemplo, a *extinção* da sociedade: só por votos de acionistas que representem a metade, no mínimo, de ações com direito a voto, se considera a sociedade dissolvida de pleno direito (Lei nº 6.404, arts. 136, X, e 206, I, alínea *c*). Se o estatuto prevê outras causas que deem motivo à extinção da sociedade, essa ocorrerá, surgindo as causas, ainda que os sócios não se manifestem favoravelmente, porque houve, na constituição da sociedade, acordo unânime sobre esse fato e os sócios que, posteriormente à sua constituição, a ela se associaram estão obrigados a manter esse acordo já que a sua entrada na sociedade representa a aceitação das normas anteriormente estipuladas para o funcionamento da mesma.

Fundamental observar que a dinâmica empresarial e a agilidade dos negócios societários não priorizam, no mais das vezes, embates nas assembleias, desgastando o espírito de união entre os sócios, daí porque a imposição de *quorum* elevado ou quali cado somente incide em matérias relevantes que alterem substancialmente a empresa e projetem mudanças atinentes aos sócios.

XVI

PERSONALIDADE JURÍDICA DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

164. Conceito de Pessoa Jurídica – É a pessoa jurídica o ente incorpóreo que, como as pessoas físicas, pode ser sujeito de direitos. Não se confundem, assim, as pessoas jurídicas com as pessoas físicas, as quais deram lugar ao seu nascimento; ao contrário, delas se distanciam, adquirindo patrimônio autônomo e exercendo direitos em nome próprio. Em razão disso, as pessoas jurídicas têm nome particular, como aquelas físicas, domicílio, nacionalidade; podendo estar em juízo, como autoras, ou na qualidade de rés, sem que isso re ita na pessoa daqueles que as constituíram. Por último, têm vida autônoma, muitas vezes superior às das pessoas que as formaram; em alguns casos, a mudança de estado dessas pessoas não irradia efeitos na estrutura das pessoas jurídicas, de molde a variar as pessoas físicas que lhes deram origem sem que tal fato incida no seu organismo. É o que ocorre via de regra com as sociedades ditas institucionais ou de capitais, cujos sócios podem mudar de Estado ou ser substituídos sem que se altere a estrutura social.

A legislação que embasa o atual Código Civil dedica uma série de direitos e prerrogativas na dicção da formação válida e regular da personalidade jurídica, mediante o registro próprio da empresa, ou pessoa jurídica, na distinção entre sociedade empresária e não empresária.

Existe inclusive entendimento jurisprudencial no sentido de que, uma vez encerrada irregularmente, a empresa não é dotada de legitimidade para efeito de poder exercer o direito de ação.

165. Teorias Justi cativas da Existência das Pessoas Jurídicas – Várias teorias existem para justi car a vida das pessoas jurídicas. As mais importantes são: a que as considera como uma criação arti cial da lei, e a que as dá como preexistindo à lei, ou seja, que as reputa, não como uma cção, mas como uma realidade a que a lei apenas traça normas para o funcionamento.

A primeira dessas teorias, chamada *teoria da cção*, foi defendida por Ihering, Savigny, Laurent e outros, declarando Ihering que "as pessoas jurídicas são seres ctícios criados arti cialmente pelo Direito Positivo, pois a ideia natural da pessoa coincide com a do indivíduo".[1] Nessas condições, a existência da pessoa jurídica depende da vontade do legislador, sendo ela mera criação da lei.

Zittelmann combateu essa concepção de Savigny, declarando que a "realidade da pessoa social não está nos indivíduos e sim na ideia transcendental de que eles são manifestação efêmera".[2] Essa ideia de que a pessoa jurídica existe antes que a lei a regule tem fundamento no conceito do Direito subjetivo. Assim, é a vontade o ato fundamental do direito: "onde exista uma vontade capaz de se determinar, existe um direito e, portanto, um sujeito de direitos, isto é, uma pessoa. Pela mesma razão por que se reconhece a pessoa natural, de existência visível, há de se reconhecer a pessoa jurídica, distinta das pessoas físicas que a formam, tendo uma vontade própria".[3]

De qualquer modo, aceite-se a teoria da pessoa jurídica como uma *cção de direito* ou como *uma pessoa real, preexistindo à lei*, de há muito foi reconhecida a sua existência. São elas de Direito Público e de Direito Privado. As primeiras compreendem a União, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios, os Municípios, as autarquias e as demais entidades de caráter público criadas por lei; as de Direito Privado são as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada (Código Civil, arts. 41 e 44).

166. A Personalidade Jurídica das Sociedades Empresárias no Direito Brasileiro – Textualmente, o Código Comercial parte do princípio de não reconhecer a personalidade jurídica das sociedades comerciais, sobressaindo alguns tópicos nesta direção. O art.1039 do Código Civil, antigo 315 do vetusto Código Comercial de 1850, aduz que

somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais. De seu turno, o art. 1.041 do Código Civil em vigor assinala que cabe ao contrato destacar a rma social, isso quer signi car uma entidade de comunhão de interesses de bens, o que não implica uma pessoa jurídica.

No entanto, vamos encontrar ainda no Código Civil que disciplinou as sociedades comerciais (empresárias) dispositivos que atestam a exigência da pessoa jurídica, ainda que não se admita expressamente. É a hipótese da sociedade limitada, cujo artigo 1.052 sinaliza a responsabilidade até o valor da quota integralizada, fazendo a separação entre o patrimônio das pessoas física e jurídica.

Foi, contudo, o Decreto nº 1.102, de 21 de novembro de 1903, que instituiu regras para o estabelecimento de empresas de armazéns gerais, determinando os direitos e obrigações dessas empresas, a primeira lei comercial do Brasil que reconheceu expressamente as sociedades empresárias como pessoas jurídicas de Direito Privado. O art. 1º dessa lei declara textualmente que "as pessoas naturais *ou jurídicas*, aptas para o exercício do comércio, que pretenderem estabelecer empresas de armazéns gerais, tendo por m a guarda e conservação de mercadorias e a emissão de títulos especiais, que as representem, deverão declarar ao Registro de Empresas do respectivo distrito...". Nestas condições, estava, a partir de 1903, reconhecida, por lei, a existência das sociedades empresárias como pessoas jurídicas, deixando, assim, de ter razão as vacilações do Código.

O Código Civil, ao entrar em vigor no ano de 2003, revogando aquele de 1916 (Clóvis Beviláqua), espancou qualquer dúvida. Ao enumerar as pessoas jurídicas de Direito Privado (art. 44), faz remissão às sociedades contidas no Livro II – Parte Especial do mesmo Código.

Nem todas as sociedades empresárias, reconhecidas pelo Direito brasileiro, são, contudo, pessoas jurídicas, apesar da referência do Código Civil; conquanto comercial, a sociedade em conta de participação (art. 991 do CC) é desprovida de personalidade. A regra da lei civil incide, no entanto, sobre as demais. E sendo pessoas jurídicas têm capacidade de agir para defesa dos seus ns, recorrendo a indivíduos, que são os seus órgãos, tendo patrimônio autônomo daqueles dos sócios, sendo capazes de assumir obrigações ativas e passivas em seu próprio nome, podem estar em juízo como autores ou rés, têm nome próprio, domicílio certo e nacionalidade, como as pessoas físicas.

167. A Personalidade Jurídica das Sociedades Empresárias no Direito Estrangeiro – A personalidade jurídica de todas as sociedades empresárias não é aceita integralmente pelo Direito estrangeiro. Assim, na Inglaterra, que possui um sistema de Direito diverso do sistema continental, ou seja, do Direito dos países que seguiram a orientação do Código francês, as sociedades que correspondem às nossas sociedades em nome coletivo, denominadas *partnerships*, não são dotadas de personalidade jurídica. Todos os sócios se consideram possuidores do patrimônio comum e respondem diretamente pelas obrigações assumidas pelas sociedades. A personalidade jurídica das sociedades inglesas é adquirida mediante o registro das mesmas na repartição competente; as *partnerships* não são registráveis.[4]

Também na Alemanha as sociedades em *nome coletivo* e *em comandita simples* não são dotadas de personalidade jurídica, considerando-se os bens das mesmas como um condomínio dos sócios e estes respondendo diretamente pelas obrigações sociais. No entanto, essas sociedades podem possuir rma e obrigar-se mediante essa rma. Aliás, na Alemanha os termos *sociedade* e *associação* têm signi cados diversos daqueles que lhes damos: *sociedade* é a entidade que *não é* dotada de personalidade jurídica, enquanto a *associação* é a entidade *dotada de personalidade*. Assim, a sociedade anônima, que possui personalidade jurídica, na sistemática do Direito alemão, é uma *associação* e não uma sociedade empresária; *sociedades* serão apenas as *em nome coletivo* e as *em comandita simples*, que *não têm personalidade jurídica*.

Houve, por sinal, grande balbúrdia nos meios jurídicos alemães quando foi promulgada a Lei de Sociedades Anônimas (*Aktiengesellschaft*), de 30 de janeiro de 1937, porque essa lei, no art. 1º, declarava que a sociedade anônima era uma *sociedade* empresária, o que realmente não acontece, pois na nomenclatura do Direito alemão a

sociedade anônima é uma *associação*, já que possui patrimônio diverso do dos seus sócios componentes.[5] As sociedades alemães de responsabilidade limitada (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*), que correspondem às nossas sociedades limitadas, apesar de não ser declarado na primitiva lei que as instituiu, são *associações*, possuindo, assim, personalidade jurídica.

A teoria que faz essa diferença, no Direito alemão, entre sociedades e associações, tem o nome de *teoria dualista*.

Essa visualização permite distinguir o contrato plurilateral na sociedade anônima e sua nalidade institucional, ao passo que a personalidade jurídica em nada interfere com a regra associativa que preside sua constituição e o desenvolvimento dos próprios negócios.

O simples fato de não haver personalidade jurídica, em sua nalidade institucional, não prejudica a pluralidade de direitos que se lhe concernem na atividade a ela inerente.

Hoje com a economia globalizada ca mais evidente o per l institucional, mediante operações societárias especí cas, de fusão, cisão, incorporação, tudo planejando aumento de patrimônio e seguramente a incursão por territórios mais distantes, na percepção do mercado e resultado do próprio lucro.

168. A Personalidade Jurídica das Sociedades em Comum – A questão da personalidade jurídica das sociedades em comum tem ocupado a atenção dos juristas brasileiros, tendo alguns, como Carvalho de Mendonça, defendido a tese de que essas sociedades possuem personalidade, enquanto outros, como Waldemar Ferreira, defendem ponto de vista contrário. Comparando-se, pois, o conceito de personalidade jurídica com o antigo texto do Código Comercial (arts. 301, 304 e 305), e com o atual Código Civil (art. 44), as chamadas sociedades de fato não possuem personalidade jurídica. A lei reconhece, evidentemente, a existência dessas sociedades, já que admite a sua prova mesmo por presunção, mas a condição essencial para que a pessoa jurídica tenha existência legal é o arquivamento dos atos constitutivos das mesmas no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns ou no registro competente, em se tratando de uma sociedade civil (Cód. Civ., art. 44). As sociedades em comum não possuem os seus atos constitutivos arquivados, donde logicamente não poderem ser consideradas pessoas jurídicas. As ações que terceiros moverem a essas sociedades serão, na realidade, movidas contra os seus sócios, e não contra entidades separadas dos mesmos, pois essas entidades só têm vida legal com o arquivamento dos atos que as formarem no registro comercial.

O atual Código Civil disciplinou a sociedade não personi cada, atribuindo responsabilidade solidária e ilimitada ao sócio, a partir do artigo 986, procurando com isso eliminar rusgas doutrinárias entre as teorias da sociedade de fato e aquela dita irregular.

169. Nascimento da Pessoa Jurídica – O Código Civil, no artigo 45, de forma clara, destaca que "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".

O Código Comercial (art. 301) previa o arquivamento no Registro Comercial dos contratos de sociedades de pessoas ou contratuais, na sede do estabelecimento em 15 dias, da data do contrato. O Código Civil menciona a inscrição do empresário (art. 968) e da sociedade (art. 985) fazendo essa última remissão aos artigos 45 e 1150, enquanto o prazo é de 30 dias, por força do art. 36 da Lei nº 8.934, de 1994.

As sociedades anônimas, reguladas por lei especial, também devem ter os seus atos constitutivos arquivados no Registro de Comércio. Só, portanto, a partir do arquivamento, as sociedades comerciais, sejam *contratu*ais, sejam *institucionais* ou de capitais, serão tidas como pessoas jurídicas do Direito Privado, adquirindo autonomia patrimonial e desligando-se das pessoas dos sócios.[6]

170. Os Atos Preliminares para a Constituição das Sociedades Anônimas – Nas sociedades anônimas, antes de serem realizadas as assembleias de constituição, os *fundadores* praticam vários atos, já lançando ao público estatutos e prospecto, dando conhecimento de sua intenção de constituir uma sociedade anônima e convidando todos os que queiram fazer parte da mesma a subscrever o capital, já recebendo importâncias em favor da futura sociedade, já, en m, mandando avaliar imóveis que deverão entrar para a sociedade como contribuição ao seu capital.

Tem sido muito discutida qual a natureza jurídica desses atos praticados pelos fundadores das sociedades anônimas, opiniões havendo de que se trata de um contrato e outras de uma estipulação a favor de terceiros, no caso, a sociedade a ser criada. O problema, entretanto, não encontrou ainda solução unânime por parte dos mestres, podendo-se, até, aventar a ideia de que a existência real das sociedades anônimas se inicia com os atos preliminares exercitados pelos fundadores, à semelhança do que acontece com as crianças concebidas e não nascidas, que desde o momento da concepção começam a ser sujeitos de direito, de conformidade com a regra *infans conceptus pro nato habetur*. O assunto, porém, é muito delicado, requerendo estudo aprofundado.[7]

Efetivamente, na sociedade anônima, por ações, o aspecto de sua constituição e respectiva formação perpassa o simples contrato de conotação bilateral, ante sua tipicidade institucional e os meios adequados ao responsabilizar os administradores e o abuso do controlador.

171. Extinção da Pessoa Jurídica – Conforme disciplina o Código Civil, termina a existência das pessoas jurídicas: a) pela dissolução, deliberada pela maioria absoluta (prazo indeterminado) ou vencimento do prazo (determinado); b) nas hipóteses de dissolução previstas em lei; c) extinção na forma da lei, a autorização para funcionar; d) falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias; e) consenso unânime dos sócios.

A regra estabelecida pela lei civil, dispondo que a existência da pessoa jurídica *termina* com a sua dissolução, merece ser devidamente compreendida. Na realidade, a *extinção* das sociedades empresárias compreende períodos distintos: um período em que se paralisam todas as atividades externas da sociedade, a que se dá comumente o nome de *dissolução*; um período em que a sociedade realiza o seu ativo e liquida o passivo, ou seja, transforma todo o seu patrimônio em dinheiro e satisfaz os compromissos assumidos, a que se dá o nome de *liquidação*; e um período nal, que em verdade não in ui na extinção da sociedade, em que se faz a distribuição entre os sócios, convencional ou proporcionalmente, se não houve acordo no contrato social, dos lucros obtidos pela sociedade, tendo este o nome de *partilha*. Deverá, assim, para se extinguir, em primeiro lugar, a sociedade transformar todo o seu ativo em dinheiro, ou seja, realizar esse ativo e solver os compromissos assumidos. Depois de satisfeitos esses requisitos e arquivados os documentos relativos à liquidação no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades A ns (Lei nº 8.934, de 1994, art. 32, II, alínea *a*) é que, na verdade, a sociedade se extinguirá, deixando de ser sujeito de direito.

A dissolução das sociedades comerciais vem tratada no artigo 1.033 do Código Civil, evidenciando, em primeiro lugar, os motivos, logo em seguida falando sobre o modelo de dissolução. Cogita também da liquidação do patrimônio, em seguida à partilha. Refere o art.1.036 que, feita a dissolução, imediatamente os administradores providenciarão a investidura do liquidante, para efeito dos negócios apontados como inadiáveis.

Na lógica da doutrina é natural que a liquidação venha antes da dissolução, pois a pessoa jurídica, durante o período de sua liquidação, continua a existir. Em síntese, para a extinção das sociedades empresárias devem ser obedecidos os seguintes parâmetros: em primeiro lugar, a ocorrência de um fato que sirva de *causa* para a dissolução da sociedade, suspendendo-se as operações ativas desta quando esse fato se apresentar (*causa de dissolução*); em seguida, a realização do ativo e liquidação do passivo, ou seja, a transformação de todo o patrimônio da sociedade em dinheiro para o pagamento dos compromissos sociais. Feito isso, a sociedade poderá dissolver-se, deixando de existir a pessoa jurídica. O remanescente do patrimônio social será distribuído equitativamente entre os sócios, seja de acordo com o que foi pactuado entre eles ao constituir-se a sociedade, seja proporcionalmente à contribuição de cada um para o capital social.

172. Problemas Relativos à Extinção da Pessoa Jurídica – Como ocorre com relação ao nascimento da pessoa jurídica, sua data exata de extinção pode originar dúvidas, em razão da disciplina legal. Na técnica do revogado art. 352 do Código Comercial, os livros deveriam ser guardados e conservados, mesmo depois de liquidada e feita a partilha de nitiva da sociedade. A expressão guarda sintonia com o art. 1.194 do Código Civil, ao determinar a boa guarda enquanto não houver prescrição ou decadência no tocante aos atos neles consignados. Nesse sentido também se manifestou a jurisprudência, através de uma sentença famosa do juiz Macedo Soares, proferida em 8 de março de 1888, que declara que a guarda dos livros e documentos dos comerciantes, uma vez extinta a sociedade, tem por nalidade "pô-los ao alcance e disposição de quem neles tenha necessidade de veri car direitos que lhe compitam ou obrigações que lhe incumbam".

Ora, esses *direitos* e *obrigações* serão reclamados *depois de extinta a pessoa jurídica*, já que a extinção se veri ca com a integral liquidação do patrimônio social. Se, porém, tais direitos e obrigações podem ser reclamados depois da *dissolução da sociedade*, é evidente que a pessoa jurídica não desapareceu completamente. As ações que porventura sejam movidas contra os ex-sócios o serão em função da sua antiga qualidade, o que demonstra que a pessoa jurídica não se extingue com a dissolução da sociedade, mas apenas quando prescreverem todas as ações que contra a mesma possam ser intentadas. Só aí, realmente, a pessoa jurídica está inteiramente livre de compromissos; a *dissolução*, assim, marca apenas a cessação de nitiva das atividades sociais, a sua morte aparente, continuando essa, porém, a responder, através dos antigos sócios, pelas ações que lhe possam ser opostas, ações essas que só deixarão de ser oponíveis uma vez decorrido o prazo estatuído pela lei.

O assunto, como se vê, é delicado, e não tem sido tratado devidamente pelos nossos comercialistas.

173. Consequências da Personalidade Jurídica das Sociedades Empresárias – Como zemos alusão (nº 171), a sociedade adquire personalidade jurídica, quando efetua o arquivamento dos seus atos constitutivos no registro competente. A partir deste momento, a sociedade separa-se dos sócios, passando a constituir uma pessoa capaz de, em seu próprio nome, exercer direitos e assumir deveres. Diversas consequências brotam da personalidade jurídica das sociedades. Dentre as principais, destacam-se:

a) Patrimônio próprio

Constituída a pessoa jurídica, passa ela a ter patrimônio próprio. Esse patrimônio é, na sua fase inicial, formado pela contribuição que cada sócio efetuou ou prometeu efetuar para a sociedade. Em regra, dá-se a essa contribuição dos sócios para a formação do capital social o nome de *quota*, se bem que *quota* seja chamada especi camente a contribuição do sócio para um determinado tipo de sociedade, a sociedade *por quotas*, de responsabilidade limitada, a que o Código Civil de 2002 chama simplesmente, como o zeram os Projetos de Inglês de Sousa e Florêncio de Abreu, de *sociedades limitadas*. O conjunto das contribuições dos sócios forma o *capital social*, elemento básico do patrimônio da sociedade. Lógico que esse patrimônio social não é formado apenas pelo capital: entrando em negociações ou instalando-se, a sociedade adquire bens móveis e imóveis, pode sofrer a valorização desses bens, pode reservar parte dos lucros para a garantia de suas operações. É ao conjunto de todos esses bens que se dá o nome de *patrimônio*.

Esse patrimônio pertence à sociedade e não aos sócios; é justamente a totalidade do patrimônio que vai responder, perante terceiros, pelas obrigações assumidas pela sociedade. Daí concluir-se que qualquer tipo de sociedade responde *ilimitadamente*, isto é, com todo o seu patrimônio, pelas obrigações por ela assumidas. Os sócios é que, segundo o tipo social, podem limitar suas responsabilidades perante terceiros.

O patrimônio social será administrado pelos *órgãos* da sociedade, que não são os seus gerentes e diretores. Mas, enquanto existir, esse patrimônio pertence à pessoa jurídica e não aos sócios; estes têm apenas direitos de crédito eventual contra a sociedade pelas partes com que contribuíram para a formação do capital social. Dado o caráter

especial do contrato de sociedade, ao contribuírem para o capital os sócios se sujeitam, em troca do direito da percepção de lucros, a não recebê-lo de volta, caso a sociedade venha a ter prejuízos em vez de lucros. Daí a razão de ser do artigo 1.008 do atual Código Civil, tratando ser nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas.

Referida previsão constava do art. 302, do antigo Código Comercial, e se encontra disciplinada no Código Civil em vigor, na medida em que relaciona a participação do quotista, integralização e a responsabilidade (art. 1.055).

b) Nome empresarial

Como pessoa formada, diversa do sócio, a sociedade terá um nome próprio, sob o qual, por meio dos seus órgãos, assumirá obrigações ou exercerá direitos. Esse nome poderá ser uma rma ou uma denominação, de acordo com o tipo social: para a sua formação existem regras próprias (nº 75).

O nome empresarial (art. 1.155 do Código Civil) identi ca a sociedade, do mesmo modo que o nome civil radiografa as pessoas físicas. E como o nome civil, que deve ser inscrito no Registro Civil, o empresarial necessita ser registrado no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns. O nome empresarial não é privativo apenas das sociedades empresárias que adquirem personalidade jurídica; também as sociedades que não se organizam devidamente na forma da lei, aquelas em comum (de fato), podem possuir um nome empresarial, ou a legislação até permite que a existência sirva de prova ao seu reconhecimento. O que acontece é que o nome utilizado por tal sociedade não goza de prestígio e proteção legais, por causa de não haver constituição regular e registro do seu nome no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns.

c) Domicílio

Como pessoa jurídica, a sociedade tem um domicílio próprio, diverso do domicílio dos sócios; a esse domicílio (sede do estabelecimento principal) se dá o nome de *sede social* e esse é o lugar onde a sociedade tem sua administração.

d) Nacionalidade

Como acontece com as pessoas físicas, as sociedades possuem também uma *nacionalidade*. O interesse em relação à nacionalidade será o de saber-se qual a lei aplicável à constituição ou ao funcionamento da sociedade.

São *brasileiras* as sociedades, formadas de acordo com a lei brasileira, que tenham sua sede no território nacional. Não importa, assim, a nacionalidade dos sócios para que a sociedade tenha nacionalidade brasileira. Naturalmente, para certos tipos de atividades sociais, isto é, de acordo com o seu objeto, pode a lei restringir ou mesmo proibir a participação de estrangeiros como sócios. Isso depende, entretanto, de lei especí ca, vigorando como regra geral o princípio de que, quanto ao exercício das pro ssões, nacionais e estrangeiros têm direitos iguais.

Estrangeiras são as sociedades que, formadas sob a lei de outros países, desejam funcionar no Brasil. Para isso essas sociedades necessitam de autorização especial do Governo, além do preenchimento de outros requisitos, tais como a tradução, para o vernáculo, de seus atos constitutivos, a nomeação de um representante para responder pelos atos praticados no país e a adição, junto ao nome social, da expressão "*do Brasil*" ou "*para o Brasil*". Além do mais, uma vez instaladas no país, cam essas sociedades no dever de praticar os atos obrigatórios a sociedades semelhantes do Direito brasileiro. Os atos constitutivos, alterações nos mesmos ou outros atos das sociedades estrangeiras devem ser arquivados no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns (Lei nº 8.934, de 1994, art. 32, II, alínea *c*).

174. A Desconsideração da Pessoa Jurídica – A admissão, pelas sociedades, do princípio da personalidade jurídica, deu lugar a indivíduos desonestos que, utilizando-se da mesma, praticassem, em proveito próprio, atos fraudulentos ou com abuso de direito, fazendo com que as pessoas jurídicas respondessem pelos mesmos. Numerosos desses fatos ocorreram nos Estados Unidos e na Inglaterra, sendo frequentemente levados aos tribunais.

Estes passaram, então, quando assim ocorria, a *desconhecer* a personalidade jurídica das sociedades para responsabilizar os culpados. Nos Estados Unidos chegou-se a falar em *lifting the veil*, ou seja, *levantar o véu da pessoa jurídica* para serem atingidos diretamente os sócios. Na Alemanha, o professor Rolf Serick apresentou, na Universidade de Tubingen, a tese sobre "*Aparência e Realidade nas Sociedades Mercantis. Do abuso de direito por intermédio da pessoa jurídica*". O assunto interessou grandemente aos círculos jurídicos europeus, destacando-se, entre os que trataram do mesmo, o Prof. Piero Verrucoli, da Universidade de Pisa, na Itália, que escreveu a respeito o livro "*Superamento da Personalidade Jurídica das Sociedades de Capitais na Common Law e na Civil Law*".

Constatado o fato de que a personalidade jurídica das sociedades servia a pessoas inescrupulosas que praticassem em benefício próprio abuso de direito ou atos fraudulentos por intermédio das pessoas jurídicas, que revestiam as sociedades, os tribunais começaram então a *desconhecer* a pessoa jurídica para responsabilizar os praticantes de tais atos. Esse procedimento chegou ao Brasil, tendo a jurisprudência várias decisões a respeito, como se vê do estudo do Prof. Rubens Requião (o primeiro jurista a tratar do assunto no Brasil), inserto no seu livro *Aspectos Modernos do Direito Comercial* (Ed. Saraiva, 1977, pp. 67 e segs.). Isso ocorria apenas na jurisprudência, mas recentemente o Código de Proteção ao Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) tratou, na seção V do capítulo IV, da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, dispondo que "o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da Lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social". Acrescenta o dispositivo legal que "a desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocada por sua administração" (Lei nº 8.078, de 1990, art. 28). E acrescenta o dispositivo legal: "Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores".

Vê-se, desse modo, que, no Brasil, depois de ter a jurisprudência, em casos excepcionais, como acontece no Direito estrangeiro, admitido a desconsideração da pessoa jurídica da sociedade, para evitar a fraude e o abuso de direito em proveito do sócio, a própria lei passou a consagrar o princípio, o que não acontece em outros sistemas jurídicos.

O acenar da responsabilidade societária traz mais em voga o princípio da desconsideração, ou ainda desestimação, de tal forma a permitir um caminho que possibilite a incidência pessoal dos sócios pelos atos cometidos.

Foi assim que o Código Civil atual, no seu artigo 50, passou a disciplinar o tema, encarando a nalidade do uso da pessoa jurídica, tipi cando o norte:

> "Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de nalidade, 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 parttculares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

Efetiva-se com isso a possibilidade de ser descaracterizada a pessoa jurídica, retirando dela o véu de sua personalidade, nas circunstâncias previstas, do desvio de nalidade, ou confusão patrimonial, mas quando sobrevier pedido da parte interessada ou do próprio Ministério Público.

Entendemos que, em certas hipóteses, poderá o juiz decretar a descaracterização da personalidade jurídica, no propósito de comprovar sua fraude, abuso, desvio e confusão patrimonial, a m de se proteger interesse coletivo, do consumidor ou indeterminado.

Nas situações de crise da empresa, vindo à quebra, pode acontecer a confusão patrimonial e o uso abusivo da personalidade; assim, ainda que o credor não peça, ou se trate de simples pedido de recuperação, convolado em

falência, ao juiz se lhe permite, descrevendo pormenorizadamente os fatos, apontando os atos, desestimar a pessoa jurídica, com intuito de alcançar bens particulares dos sócios.

---

1 Ihering, *Sistema do Direito Romano*, cf. José L. Benito, *La Personalidad Jurídica de las Compañias y Sociedades Mercanttles*, Madri, p. 33.

2 Zittelmann, *Conceito e Natureza das Chamadas Pessoas Jurídicas*, cit. por José L. Benito, ob. e p. cits.

3 Waldemar Ferreira, *Sociedades Comerciais Irregulares*, São Paulo, 1947, p. 33.

4 Cf. *Partnership Act* de 1890 e *Limited Partnership Act* de 1907; v. André Tunc, *Le Droit Anglais des Sociétés*, Dalloz, 1971, nos 6 e 24.

5 A lei alemã de 1937 sobre as sociedades anônimas (*Akttengesellscha*) foi revogada pela lei de 6 de setembro de 1965, que introduziu muitas modi cações na legislação anterior e in uiu, inclusive, na França, no tocante às sociedades anônimas, tendo o Código de Sociedades de 1967 se inspirado, em grande parte, quanto a essas sociedades na lei alemã. A nova lei alemã conservou a personalidade jurídica dessas sociedades (art. 1º) e conttnuou a considerar a sociedade anônima como uma *sociedade* comercial, "mesmo que o objeto da empresa não seja consttuído por um estabelecimento comercial" (art. 3º).

6 Deve-se, contudo, considerar que a lei que instttuiu o RPEMAA (Lei nº 8.934, de 1994), ao estabelecer o prazo de 30 dias para o arquivamento dos contratos sociais, estatui (art. 36) que os efeitos do arquivamento efetuado observando-se este prazo retroagirão à data da assinatura e, caso contrário, o ato somente terá e cácia a parttr do despacho que o conceder.

7 Parece-nos ser essa, em princípio, a tese aceita pela Lei nº 8.934, de 1994, fazendo retroagir os efeitos do arquivamento à data da assinatura dos atos consttuttvos das sociedades comerciais.

Sobre a regra do *infans conceptus* e sua rejeição pelo atual Código das Sociedades da França, v. Claude Champaud, *Crônica, in Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, nos 3 e 4, 1974, pp. 524 e segs. Sobre o assunto, v.g., Lamarttne Correia de Oliveira, *A Ampla Crise da Pessoa Jurídica*, Ed. Saraiva, 1979, pp. 144 e segs.

XVII
CLASSIFICAÇÃO DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

175. Sociedades Empresárias Reconhecidas pela Lei Brasileira – A lei brasileira destaca seis modalidades de sociedades empresárias, sendo quatro delas reguladas pelo Código Civil e duas pela lei de sociedades por ações.[8] As sociedades disciplinadas pelo Código Civil são a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comandita simples, sociedade em conta de participação, sociedade limitada. Vêm reguladas por lei especial a sociedade anônima, a em comandita por ações, Lei nº 6.404/76.

A rma o legislador no art. 982 do Código Civil, em resumo, ser empresária a sociedade que tem por objeto o exercício da própria atividade de empresário sujeito a registro, sendo simples as demais.

As sociedades em nome coletivo de que tratam os artigos 1.039 a 1.044 do Código Civil têm responsabilidade solidária e ilimitada pelas obrigações sociais. As sociedades em comandita simples, na ótica dos artigos 1.045 a 1.051 do mencionado diploma normativo, guram como categoria de sócios os comanditados, pessoas físicas responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, e os comanditários obrigados pelo valor de sua quota. A sociedade em conta de participação, artigos 991 a 996 do Código Civil, é exercida pelo sócio ostensivo, participando os demais dos resultados correspondentes; perante terceiro se obriga tão somente o sócio ostensivo. Nas sociedades limitadas, as quais encontram-se tratadas nos artigos 1.052 a 1.087 do CC, a responsabilidade é inerente à integralização da quota do capital social, podendo ser supletivamente regida pela anônima.

As sociedades anônimas disciplinadas na legislação especial (6.404/76 com alteração da Lei nº 10.303/01 e da Lei nº 11.638/07) são reportados nos artigos 1.088 e 1.089 do Código Civil em vigor, e nos casos omissos a elas se aplica.

As *sociedades anônimas* eram, primitivamente, reguladas pelo Código Comercial, arts. 295 a 299; essa parte do Código foi, entretanto, substituída pela Lei nº 3.150, de 4 de novembro de 1882, que passou a reger a constituição e funcionamento dessas sociedades, cando revogados os dispositivos do Código Comercial que dispunham sobre as anônimas; por esse mesmo Dec. nº 3.150, de 4 de novembro de 1822 (arts. 35 a 42), foram introduzidas entre nós as *sociedades em comandita por ações*, de que já cogitara o Código francês de 1808.

A partir desse momento, sempre a mesma lei passou a regular as *sociedades anônimas* e as *em comandita por ações*, como acontece com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que atualmente rege a sua constituição e funcionamento.

Caracterizam-se as *sociedades anônimas* por terem o capital dividido em partes iguais, denominadas *ações*, títulos negociáveis livremente, e por ser a responsabilidade dos sócios limitada apenas à importância das ações pelos mesmos subscritas ou adquiridas. Nas sociedades *em comandita por ações* o capital é, igualmente, dividido em partes iguais, sendo os sócios responsáveis pelas ações que subscrevem ou adquirem; os sócios, porém, que ocupam as funções de diretores ou gerentes, respondem, de forma subsidiária, ilimitada e solidariamente, pelas obrigações sociais.

Por m, nas sociedades limitadas, que advieram do antigo Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919, agora integralmente revista pelo atual Código Civil, os sócios respondem, perante terceiros, pelo total do capital social.

176. Sociedades e Companhias – Ao ser promulgado em 1850, o Código Comercial dedicou um título especial, o Título XV, às *companhias e sociedades*, traçando, em primeiro lugar, regras gerais concernentes às mesmas (Cap. I, *Disposições Gerais*, arts. 287 a 294),[9] e em seguida normas especí cas sobre as *companhias de comércio ou sociedades anônimas* (arts. 295 a 299)[10] e sobre *as sociedades comerciais* (arts. 300 a 353).[11] Fez assim o Código uma distinção entre as sociedades comerciais, chamando de *companhias* as sociedades anônimas e de *sociedades* propriamente ditas as demais. Essa distinção no momento se conserva, em face da lei que regula o

funcionamento das sociedades anônimas. Nos termos dessa lei é conservada a sinonímia entre *sociedades anônimas* e *companhias*.

Deve-se levar em consideração que os dispositivos do Código Comercial que se refere às *sociedades* não são aplicáveis às anônimas e sim apenas aquelas outras reguladas pelo Código com o nome geral de *sociedades comerciais*. O estatuto legal das sociedades anônimas, e das sociedades em comandita por ações, é objeto de lei especial. O Código Comercial trata apenas das chamadas *sociedades de pessoas*, ou *contratuais*.

Com a entrada em vigor do Código Civil é mais correto distinguir a sociedade personi cada daquela não personi cada, ou a empresária da não empresária, eis que as sociedades de pessoas e a sociedade de capital, com a modernidade empresarial, deixa de lado a expressão meramente contratual e passa a adjetivar pontos de conotação substancial na compreensão do novo modelo.

177. Sistemas de Classi cação das Sociedades Empresárias – Diversos sistemas têm-se reportado à classi cação em grupos das sociedades empresariais. Fundam-se eles ou na in uência das pessoas dos sócios na sociedade, ou na responsabilidade assumida quanto às obrigações sociais.

a) Classi cação das sociedades empresárias tendo em consideração a pessoa dos sócios

Tomando-se em consideração a in uência que a pessoa dos sócios possui nas sociedades comerciais, estas podem ser classi cadas em *sociedades de pessoas e sociedades de capitais. Sociedade de pessoas* são aquelas em que a pessoa do sócio tem papel preponderante, não apenas na constituição como durante a vida da pessoa jurídica. Assim, constituindo-se uma dessas sociedades, cará, na sua existência, subordinada à pessoa dos sócios: a morte ou incapacidade de um re etirá na pessoa jurídica, provocando a sua dissolução.

Como sociedades de pessoas temos, no Direito pátrio, as sociedades em nome coletivo, comandita simples, e a sociedade limitada. Faz-se a abstração da sociedade em conta de participação por ser esse um tipo especial que existe apenas entre os sócios, aparecendo, diante de terceiro, somente um, que age como se fosse um empresário individual ou sociedade empresária.

Sociedades de capitais são as em que a pessoa do sócio não é levada em consideração para seu funcionamento, não sofrendo, assim, nenhuma alteração a pessoa jurídica com a mudança ou incapacidade dos sócios. Para essas sociedades a importância principal está na contribuição do sócio para o capital; a sociedade não indaga quem é o possuidor dessa contribuição, que pode ser pessoa física ou jurídica, menor ou maior, incapaz ou capaz. Existindo o capital social regularmente, tais sociedades podem funcionar mesmo sem a colaboração individual dos sócios. A sua administração poderá ser con ada a terceiros, bem como a scalização dessa administração. Os sócios apenas scalizarão e tomarão as contas da administração, vigorando a lei da maioria do capital: as decisões sociais serão tomadas, não pelo maior número de sócios, mas pelo maior número de *ações*, ainda que essa maioria pertença a apenas uma pessoa.

Como sociedade de capitais temos *as sociedades anônimas* e as *em comandita por ações*. Apesar de possuírem os gerentes ou diretores dessas últimas responsabilidades solidária e ilimitada, de forma subsidiária, pelas obrigações sociais, trata-se apenas de uma responsabilidade *de função*: esses sócios-gerentes ou diretores só responderão além de sua contribuição para a formação do capital da sociedade enquanto desempenharem as funções de gerentes ou diretores, sendo, no mais, a sua responsabilidade idêntica à dos outros sócios.

b) Classi cação das sociedades tendo em vista a responsabilidade dos sócios

Uma outra classi cação das sociedades comerciais é feita tendo em vista a responsabilidade assumida pelos sócios em relação às obrigações sociais. Deve-se considerar, entretanto, que qualquer que seja a espécie de sociedade

comercial, o sócio tem como obrigação precípua responder, para com a mesma, pela importância prometida para a formação do capital. Essa é uma obrigação *principal* do sócio e quando se fala em classi cação das sociedades, tendo em consideração a responsabilidade assumida pelos sócios, deve-se compreender que essa responsabilidade é uma responsabilidade *subsidiária*, isto é, uma responsabilidade perante terceiros, pelos compromissos sociais, caso o patrimônio da sociedade seja insu ciente para satisfazer os compromissos assumidos por esta.

Segundo foi visto quando se mencionou as espécies de sociedades comerciais reconhecidas pelo Direito brasileiro, existem sociedades comerciais em que *todos* os sócios respondem, de forma subsidiária, pelos compromissos sociais, sociedades em que *alguns* sócios respondem ilimitadamente, de forma solidária e de modo subsidiário, pelas obrigações, enquanto outros sócios respondem apenas pelas importâncias com que entraram para a formação do capital social; e, nalmente, sociedade em que *todos os sócios limitam a sua responsabilidade*, seja à importância que subscreveram para a formação do capital, seja ao total desse capital. Encarando essas diversas modalidades de responsabilidade dos sócios nos vários tipos de sociedades, procurou-se classi car as mesmas em *sociedades de responsabilidade ilimitada, sociedades de responsabilidade* e *sociedades mistas*.

Como *sociedades de responsabilidade ilimitada*, teremos as sociedades *em nome coletivo*, em que *todos* os sócios se comprometem a responder, subsidiária e ilimitadamente, de forma solidária, pelas obrigações sociais. São *sociedades de responsabilidade limitada* as *sociedades anônimas* e as *limitadas*, sendo que, nestas, os sócios respondem não apenas pelas importâncias com que entram para a formação do capital, como nas anônimas, mas pelo total do capital social (art.1.052 do Código Civil Brasileiro). Finalmente, como *sociedades mistas*, em que há sócios de responsabilidade ilimitada e sócios que limitam a sua responsabilidade, teremos as sociedades em comandita simples, as sociedades em comandita por ações e as sociedades de capital e indústria, visto como nessas os sócios que entram apenas com o trabalho não se responsabilizam, perante terceiros, pelos compromissos sociais.

178. Responsabilidade das Sociedades e Responsabilidade dos Sócios – Muitas vezes, nesta última classi cação, confunde-se a responsabilidade da sociedade com a responsabilidade dos sócios. Deve-se, contudo, ter em mente que as sociedades empresárias, qualquer que seja a sua espécie, respondem sempre, *ilimitadamente*, pelas obrigações que assumirem. Equivale a sociedade comerciante ao comerciante individual; como este, todas as obrigações que assumir serão garantidas pelo seu patrimônio, não existindo, assim, sociedade que limite a sua responsabilidade.

Quando se fala em responsabilidade *ilimitada*, essa se refere à responsabilidade *dos sócios*. Este é que, ao entrar para a sociedade, assumindo, portanto, a obrigação de concorrer para o capital social com determinada importância (obrigação precípua a todos os sócios das sociedades comerciais, excetuando-se, apenas, os sócios de indústria, que, em vez de concorrerem com dinheiro, se comprometem a entrar simplesmente com o seu trabalho para a sociedade), podem comprometer-se a responder, *de modo subsidiário*, ilimitada e solidariamente, pelas obrigações assumidas pela sociedade. Nestas condições, os sócios é que garantem, subsidiariamente, as obrigações sociais, e por tal razão as sociedades se chamam de *responsabilidade ilimitada (dos sócios)*. Em si, a sociedade responde ilimitadamente pelas obrigações assumidas, como comerciante que é, semelhante ao comerciante individual e, por isso mesmo, sujeita à regra segundo a qual a pessoa responde com todo o seu patrimônio pelas obrigações que assumir. Somente se o patrimônio social for insu ciente para saldar as obrigações é que os sócios serão chamados a solvê-las com o seu patrimônio particular.

179. Sociedades Contratuais e Sociedades Institucionais – A classi cação das sociedades empresárias, levando em consideração a pessoa dos sócios, mostra que, alguns tipos sociais, a pessoa jurídica ca a depender deles, dissolvendo-se, se, por acaso, um desses sócios morre ou se retira. Em outros tipos, entretanto, a incapacidade, a morte ou a retirada de um dos sócios não afeta a pessoa jurídica, que continua a existir, mesmo que haja uma mudança constante nos que nela têm participação.

Para que nas primeiras sociedades os sócios tenham papel tão saliente, forçoso é reconhecer que existe um contrato a uni-los. E como a vida da sociedade está subordinada ao prazo estabelecido nesse contrato, a pessoa jurídica tem sempre vida menor do que as pessoas que a organizam, podendo, a qualquer momento, ter encurtada a sua existência se a um dos sócios sobrevier a incapacidade ou a morte. Por tal razão essas sociedades podem ser chamadas de *contratuais*, muito embora saibamos que o conceito clássico do contrato não se ajusta perfeitamente a elas. Mas, se não há interesses contrários entre os que se unem para formar essas sociedades – interesses antagônicos que caracterizam os contratos comuns – essa in uência das pessoas dos sócios se faz sentir durante toda a vida social, subordinando a pessoa jurídica às condições jurídicas dos sócios.

Já em outros tipos de sociedade assim não acontece. As pessoas que se reúnem para constituir a sociedade, uma vez criada a pessoa jurídica, não representam para ela mais que meros contribuintes para o capital, com direito à participação nos lucros pela mesma obtidos. Não interessa a essas sociedades saber quem são os detentores dos títulos de participação do seu capital. Podem essas pessoas mudar de Estado como igualmente podem as participações mudar de proprietários: a pessoa jurídica continua inalterada, desde que as regras essenciais ao seu funcionamento sejam mantidas. Não há, em verdade, subordinação da mesma ao Estado dos sócios, donde a morte, incapacidade ou retirada de um ou alguns destes não terem repercussão na vida da sociedade.

Tais sociedades são chamadas de *capitais*, porque, diz-se, a elas só interessa o capital com que se construíram. Na verdade, melhor se diria que essas sociedades divergem das outras porque o Estado dos sócios não tem para elas a mesma importância que tem naquelas. Assim, a vida das sociedades não ca a depender da vida dos que as formaram; sendo constituídas por prazo indeterminado, a vontade de um ou de alguns dos sócios não é su ciente para extinguilas, como acontece com as outras; nalmente, não existe, na realidade, um contrato a unir essas pessoas que contribuem para a formação do capital e que possuem, assim, o direito de participar dos lucros por elas obtidos. Enquanto que nas primeiras requer-se o consentimento dos sócios para que um novo sócio seja admitido, já que de um contrato só podem participar pessoas que sejam aceitas por todos os contratantes, nessas sociedades os sócios não podem impedir que um terceiro se venha pôr em situação idêntica a eles. Falece, em tal caso, o poder do consentimento, essencial na formação dos contratos. E, por assim acontecer, pode-se seguramente a rmar que tais sociedades não funcionam à base de um contrato, não podendo nenhum sócio e cazmente opor-se à entrada ou retirada de outro.

Têm sido essas sociedades chamadas de *institucionais*, constituindo a pessoa jurídica uma *instituição*, subordinada à maioria das participações dos sócios no capital social, mas, evidentemente, não tendo a sua existência sujeita à dos sócios. Igualmente, a questão de capacidade não tem importância nessas sociedades: qualquer pessoa, capaz ou incapaz, pode a elas associar-se, não porque à sociedade interesse apenas o capital, mas porque as condições jurídicas das pessoas dos sócios não in uem na validade do organismo social. E não in uem justamente porque, sendo a capacidade exigida sempre para a validade do contrato, o ato em que essas sociedades se fundamentam não é um contrato, mas apenas um *ato institucional, estatutário*, que não requer agente capaz, muito diverso do contrato, portanto.

A tendência moderna do Direito Comercial é considerar as sociedades em geral como *instituições* e não *contratos*. Essa tendência se solidi cou com a atual lei francesa sobre *sociedades* (por quotas) *de responsabilidade limitada* que, para permitir que essas sociedades se constituam com *uma só pessoa*, alterou o art. 1.832 do Código Civil francês, que de nia a sociedade com um *contrato*, declarando que a sociedade pode ser *instituída por uma só pessoa* (v., *infra*, nº 228).[12]

180. Sociedades não Personi cadas e Sociedades Personi cadas – De tudo sinalizado sobre a personalidade das sociedades empresárias, observa-se que alguns tipos adquirem personalidade jurídica e outros não, nada obstante serem as sociedades até mesmo reguladas em lei (sociedade em conta de participação) (arts. 991 a 996 do CC).

Destarte, dividem-se as sociedades empresárias em dois grandes grupos, aquelas personi cadas e não personi cadas. Não se cuida, à sabença, de uma classi cação, mas de simples divisão, para melhor exame da matéria.

O Código Civil assimilou esta tendência, no que concerne ao Subtítulo I (da sociedade não personi cada) e no Subtítulo II (da sociedade personi cada), alinhando um espírito de levar em conta a própria essência da pessoa jurídica, fruto do seu registro obrigatório.

8O Código Civil, além das sociedades personi cadas, a sociedade em comum e a em conta de parttcipação, regula como sociedades personi cadas, a sociedade simples, em nome colettvo, em comandita simples, a limitada, a comandita por ações e a cooperattva. Consoante o art. 982 do CC, salvo as exceções expressas, consideram-se empresárias as sociedades que têm por objeto o exercício de attvidade própria de empresário sujeito a registro, e simples, as demais. Entretanto, "independente do seu objeto, consideram-se empresárias as sociedades anônimas e simples as cooperattvas". O Anteprojeto usava no lugar da palavra "simples" a palavra "civis".

9Os artigos 287 a 294 do Código Comercial foram revogados pelo Código Civil de 2002.

10Os artigos 295 a 299 do Código Comercial foram revogados pelo Decreto-Lei nº 2.627, de 26.09.1940, que, por sua vez, foi revogado pela Lei nº 6.404/76.

11Os artigos 300 a 353 do Código Comercial foram revogados pelo Código Civil de 2002.

12Recentemente (1994) a França criou uma nova forma de sociedade anônima, denominada "*sociedade por ações simpli cada*", que é formada por duas ou mais pessoas jurídicas e tem

regulamentação especial. V. Lei francesa nº 94-1, de 03 de janeiro de 1994. "*Lamy – Sociétés Commercialles*" nº 1.542, mise-à-jour de janeiro de 1994 (no original: p. 117).

XVIII
DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS SÓCIOS

181. Posição dos Sócios nas Sociedades Empresárias – As sociedades empresárias, como anotamos, são pessoas jurídicas constituídas por outras pessoas jurídicas ou físicas. Em se tratando de pessoas físicas, para que possam elas formar a sociedade, terão necessidade de ser juridicamente capazes; o ato de constituição é um negócio jurídico que obedece à regra do Direito Comum, segundo a qual não tem validade o ato que não for realizado por agente capaz, tendo objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (Código Civil, art. 104). Nestas condições, mesmo em se tratando de uma sociedade de capital ou institucional, *o ato de sua constituição requer que os fundadores sejam capazes* para que a pessoa jurídica possa ser formada. Observe-se, entretanto, que os *fundadores* podem ser sócios ou *não* da sociedade.

Uma vez constituída a sociedade, adquirindo personalidade jurídica pelo arquivamento dos seus atos constitutivos no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns, desliga-se das pessoas dos sócios, criando autonomia. Se, porém, tratar-se de uma sociedade de pessoas, em que os sócios acordaram em, durante toda a vida da sociedade, responder subsidiariamente pelas obrigações por esta assumidas, o requisito da capacidade perdura, na concepção clássica de sociedade como um *contrato*, in uindo essencialmente na vida da entidade. É que o acordo de vontades visou não apenas à sociedade, mas a terceiros que vão com ela contratar, garantindo-lhes o cumprimento, por parte dos sócios, das obrigações assumidas pela pessoa jurídica, caso esta não possa satisfazer seus compromissos. Tornando-se, assim, incapaz, na vigência da sociedade, um desses garantidores dos compromissos assumidos pela pessoa jurídica, os terceiros poderiam ser prejudicados no momento de requererem dos sócios a efetivação de sua responsabilidade, pois o incapaz não pode praticar atos que dani quem o seu patrimônio. Por tal razão, nas sociedades de *pessoas* ou *contratuais*, ocorrendo a incapacidade de algum dos sócios durante a vida social, terá a pessoa jurídica que se extinguir, a m de não serem lesados os terceiros. Do mesmo modo, a entrada ou retirada de um sócio requer, em princípio, o consentimento de todos os outros, dado que a responsabilidade subsidiária que os mesmos assumem é *solidária*, podendo, portanto, ser efetivada por qualquer dos sócios. Estes, porém, terão o direito de reaver dos outros, proporcionalmente, as importâncias despendidas; e nestas condições será levada em consideração a situação pessoal de cada sócio. Como preteritamente se explicou, as sociedades limitadas podem sofrer alteração do contrato por, no mínimo, ¾ do capital social (arts.1.071, V, c/c 1.076, I, ambos do Código Civil) sem a necessidade do ditame da unanimidade. Isto se deve pelo fato de ser a sociedade limitada um modelo no qual respondem os sócios até o limite do capital social integralizado.

Nas sociedades de *capitais* ou *institucionais* assim não acontece. Uma vez constituída a pessoa jurídica, libertando-se essa das pessoas dos sócios, a entrada ou retirada de qualquer um deles não se re ete nos outros, pois cada um se comprometeu apenas com a sociedade, assumindo a obrigação de concorrer com determinada importância para a formação do capital. Não estando os sócios ligados por um contrato, não havendo entre eles vínculo de solidariedade, não se tendo nenhum comprometido, perante os terceiros, garantir os compromissos porventura assumidos pela sociedade, esta não está sujeita à pessoa dos sócios. Em tais condições, um incapaz pode associar-se, durante a vida social, a uma dessas sociedades, sem que o fato se re ita na estrutura da mesma. Os terceiros, ao contratar com a sociedade, sabem que a garantia dos compromissos assumidos por essa reside apenas no seu patrimônio; o capital dessas sociedades deve manter-se íntegro, pois é ele o termômetro para as transações operadas com terceiros. Por tal razão, essas sociedades são chamadas de *capital*, enquanto que as outras são *contratuais*. Possuindo o seu capital devidamente integralizado, não inquirem tais sociedades sobre a condição jurídica daqueles que concorreram para a formação do mesmo, pois nas suas atividades vão jogar apenas com esse capital, não havendo garantia *subsidiária dos sócios*.

182. Os Sócios não são Empresários – Os sócios de sociedades empresárias não são, portanto, empresários, e sim formadores das empresas e, uma vez constituídas estas, possuidores de um direito de crédito eventual contra as sociedades, no caso da obtenção de lucros nas suas negociações. Tem-se discutido muito, na doutrina, sobre a verdadeira posição do sócio perante a sociedade, não se chegando, ainda, a uma caracterização exata. Não são os sócios, evidentemente, *proprietários* da sociedade, pois essa é uma pessoa jurídica autônoma, tendo o seu próprio patrimônio e podendo exercer direitos independentemente dos sócios. Não são, igualmente, *credores* da sociedade, pois não lhe zeram um empréstimo, tanto que, tendo a sociedade prejuízos nas suas atividades, não ca a dever aos sócios, já que esses se comprometeram a concorrer para o capital social com a condição de auferir lucros, em caso de os haver, ou responder pelas perdas que se veri carem. O sócio tem, perante a sociedade, uma posição especial, que se resume em um direito de crédito eventual, só exequível se a sociedade obtiver lucros nas transações que opera.

Não sendo, assim, os sócios proprietários ou credores da sociedade não são, igualmente, empresários. O comércio, no caso, será exercido pela sociedade e não pelas pessoas que concorrerem para a sua formação. Nos países em que algumas sociedades empresárias não constituem pessoas jurídicas, como, por exemplo, na Alemanha e na Inglaterra, os sócios dessas sociedades adquirem o caráter de empresários, estando, portanto, sujeitos aos requisitos necessários à caracterização do empresário individual.[13] No Brasil, no entanto, as sociedades empresárias regularmente constituídas são exceção feita à sociedade em conta de participação, pessoas jurídicas (Código Civil, art. 44, II), e por tal razão os sócios são considerados empresários, não se sujeitando, portanto, aos pressupostos estabelecidos pela lei referente aos empresários individuais.

183. Os Sócios de Responsabilidade Ilimitada são Empresários? – Tem-se debatido, na doutrina brasileira, sobre se os sócios de responsabilidade ilimitada são ou não empresários. A questão parece não oferecer dúvidas, em face do Direito Positivo brasileiro: a responsabilidade *ilimitada* que os sócios assumem em algumas sociedades é apenas uma garantia dada aos terceiros para maior segurança destes, garantia que é feita de forma *subsidiária*, o que mostra o seu caráter secundário. Primacialmente, como condição essencial à existência de todas as sociedades, os sócios se comprometem a concorrer para o capital das mesmas com uma importância em dinheiro ou bens avaliáveis em dinheiro. A obrigação de responder ilimitadamente pelos compromissos sociais é uma obrigação *subsidiária*, estranha à obrigação principal, e como tal não serve para dar ao sócio a qualidade de comerciante.

Em nosso Direito, não pode os sócios que assumem responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais ser considerados empresários; empresários serão as sociedades, pessoas jurídicas de Direito Privado, com patrimônio autônomo, próprio e independente do patrimônio dos sócios e, por tal razão, com nome, domicílio, nacionalidade e capacidade de exercer direitos diversos dos sócios.

A lei, aliás, faz muitas vezes confusão entre a capacidade das pessoas para ser empresários e a para associar-se em sociedades empresárias. Os funcionários públicos, por exemplo, são proibidos de exercer o comércio individual, acrescentando a lei que não poderão, igualmente, ser sócios de sociedades empresárias, a não ser como *comanditários, quotistas* ou *acionistas* de sociedades anônimas, não exercendo, nestas últimas, função de gerente ou de diretor. A lei, como se viu, teve em mira evitar que o funcionário público se obrigasse ilimitadamente por compromissos assumidos no comércio, donde lhe proibir exercer o comércio individual, já que o empresário individual responde com todo o seu patrimônio pelas obrigações relativas à pro ssão comercial. Determinando, também, que o funcionário não seja sócio de sociedade de responsabilidade ilimitada, só podendo ser comanditário, quotista ou acionista de sociedades anônimas, nestas últimas não exercendo cargos de gerência ou de direção, não quis dizer a lei que o funcionário, ao fazer parte das sociedades empresárias, seja empresário; quis, apenas, evitar que, entrando para uma sociedade empresária, venha a assumir responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais, seja como sócio da *sociedade em nome coletivo*, seja como sócio *comanditado* da *sociedade em comandita simples*, seja como *gerente* ou *diretor* das *sociedades limitadas* ou *anônimas*, em que, em decorrência da função exercida, poderia responder com o seu patrimônio particular pelos atos praticados com abuso de poder. Não serão, contudo, os

funcionários comerciantes pelo simples fato de se associarem a sociedades empresárias: empresários são, nesses casos, as *sociedades.* O que a lei deveria ter deixado claro era que os funcionários não podem ser empresários individuais ou *assumir, subsidiariamente, responsabilidade ilimitada nas sociedades* empresárias, pois o a que ela visa é justamente fazer com que o patrimônio particular dos funcionários não sirva de garantia ilimitada a obrigações decorrentes de atividades comerciais, seja no exercício do comércio individual, seja no exercício do comércio por sociedades empresárias.

184. Obrigações dos Sócios nas Sociedades Empresárias – Ao participar de uma sociedade empresária, o sócio assume a obrigação fundamental de concorrer para o capital social, seja com dinheiro, bens ou títulos de crédito; em casos especiais pode entrar para a sociedade, não com o dinheiro, mas com patrimônio que será contabilizado e escriturado para todos os efeitos legais.

Esta obrigação de todo essencial nos diversos tipos de sociedades, sejam elas de pessoas ou contratuais, ou de capitais ou institucionais. A esse propósito o artigo 287 do antigo Código Comercial, de conotação ampla, consagrava o seguinte princípio, estipulando:

> "É da essência das companhias e sociedades comerciais que o objeto e m a que se propõem seja lícito, *e que cada um dos sócios contribua para o seu capital com alguma quota, ou esta consista em dinheiro ou em efeitos e qualquer sorte de bens, ou em trabalho ou indústria*".

Destarte, regra geral, somente pode a pessoa integrar uma sociedade se concorrer para seu capital com uma importância em dinheiro ou bem avaliável em pecúnia. A obrigação se denomina principal ou fundamental, sendo a obrigação de responderem os sócios ilimitadamente pelas obrigações sociais secundária ou subsidiária. Ao se comprometer a entrar para o capital da sociedade, com uma soma em dinheiro, ou em bens conversíveis em valor pecuniário, o sócio se constitui devedor dessa importância, podendo, em tal caso, a sociedade acioná-lo para o recebimento da mesma; interpelado para efeito da mora, a maioria deliberará a indenização, exclusão do sócio remisso, ou redução da quota ao montante já realizado, incidindo nas hipóteses o § 1º do art. 1.031, no que se acha a disciplina no art. 1.004, parágrafo único, do Código Civil.

Também constitui *obrigação* dos sócios das sociedades empresárias *concorrer para as perdas nas mesmas havidas.* Essa obrigação, contudo, é aplicável apenas às sociedades de *pessoas* ou *contratuais*, já que é decorrente da responsabilidade subsidiária assumida pelos sócios quanto às obrigações sociais. Contribuindo para o capital das sociedades com uma determinada importância, o sócio se desapossa dessa importância, que ca pertencendo à sociedade. Se, por acaso, a sociedade tiver prejuízos tais que consumam todo o capital, o sócio nada pode reclamar pois ao desapossar-se de porte do seu patrimônio, entregando-o à sociedade, estava ele se sujeitando a não mais reaver essa importância, se a sociedade por acaso a perdesse em prejuízos.

Mas, quando a lei fala que os sócios são obrigados a concorrer para as perdas sociais na proporção estipulada ou proporcionalmente ao seu capital, se não tiver sido antes estabelecida uma quota certa (art. 1.001 do Código Civil), está se referindo, especialmente, aos sócios que se comprometem subsidiariamente a garantir os compromissos sociais. Os outros, que limitam sua responsabilidade apenas à importância com que entram para a sociedade (sócios *comanditários*, nas sociedades em comandita simples, e *acionistas*, nas sociedades anônimas) ou a importância total do capital social (*quotistas*, nas sociedades limitadas), já declararam, ao entrar para as sociedades, até onde ia a responsabilidade assumida nas mesmas: não poderão, desse modo, ser compelidos a contribuir para as perdas por acaso veri cadas nessas sociedades e os terceiros não terão ação contra eles, pois os terceiros não ignoravam que, ao entrar para essas sociedades, ditos sócios estavam, também, limitando sua responsabilidade.

Igualmente, constitui obrigação dos sócios de todas as sociedades empresárias não aplicar os fundos sociais nos seus interesses particulares. O Código Civil edita essa norma em referência à sociedade de pessoas (art. 1.006, CC), mas é evidente que ela se aplica a todas as sociedades, porque os bens dessas sociedades pertencem a elas próprias e

não aos sócios. Em tais condições, não poderão os sócios dispor de referidos bens, que constituem o patrimônio da pessoa jurídica, garantia de terceiros pelas obrigações assumidas pela sociedade.

Não podem, ainda, os sócios mudar o objeto essencial da sociedade ou ceder a terceiros a sua parte social, a não ser com o consentimento unânime de todos os demais (Código Comercial, arts. 331 e 334). Essas regras são aplicadas às sociedades de pessoas e não às de capitais, pois decorrem da natureza contratual daquelas. Constituindo-se referidas sociedades em virtude de um contrato, o que foi pactuado nesse contrato tem vigência durante toda a vida social. Para ser modi cado, portanto, necessário é que haja o consentimento de *todos* os sócios, fazendo-se, na verdade, um outro contrato, que substitui o primeiro, já que houve novo consentimento unânime dos sócios.

Nas sociedades de capitais ou institucionais tal não acontece porque, como já vimos, uma vez constituídas as sociedades, deixam as pessoas dos sócios de ter in uência nas mesmas, vigorando a lei da maioria de capital. Por essa razão, qualquer sócio pode ceder a estranhos, nas sociedades de capitais, a sua parte social ou *ação*, sem que os demais tenham o direito de opor-se a essa cessão; e o objeto da sociedade pode, igualmente, ser modi cado, mediante a aprovação, em assembleia geral, de acionistas com um *quorum* especial.

Essas são as *obrigações* dos sócios que decorrem da lei. Entretanto, o ato constitutivo da sociedade pode estipular outras, passando as normas contratuais ou estatutárias a constituir obrigações para os sócios.

185. Direitos dos Sócios – Assim como assumem obrigações contratuais, estatutárias ou legais, ao entrar para as sociedades comerciais, os sócios também possuem *direitos*. O primeiro deles, decorrente da especialidade de sua posição na sociedade, é o de participar dos lucros auferidos pela mesma. Os lucros, em essência, pertencem *à sociedade*, pessoa jurídica, e em princípio deveriam ser distribuídos apenas quando essa encerrasse as suas atividades, extinguindo-se pela decorrência do prazo para que foi constituída ou por outra razão. No entanto, ao contribuir para o capital da sociedade com uma determinada importância, o sócio o faz na condição de participar dos lucros obtidos pela mesma, proporcionalmente à quantia com que entrou ou em outra proporção, se assim for convencionado. E, dado que as sociedades podem ser constituídas por tempo indeterminado, faz-se a distribuição desse lucro periodicamente, para o que é levantado um balanço patrimonial e o de resultado econômico, no encerramento do exercício, segundo previsão do art. 1.186, II, do Código Civil.

186. Distribuição dos Lucros aos Sócios – A distribuição dos lucros, periodicamente, aos sócios, antes de terminado o prazo de vigência da sociedade, não tem sido estudada convenientemente pelos tratadistas, dela se ocupando apenas, e ainda assim ligeiramente, entre outros, Paul Pic,[14] Houpin et Bosvieux[15] e, entre nós, Trajano de Miranda Valverde.[16] É evidente, entretanto, que os lucros pertencem *à sociedade* e não aos sócios, que só terão direito aos mesmos, em princípio, depois que a sociedade realizar o seu objeto social, decorrido o prazo de sua duração. Assenta-se esse princípio na noção de pessoa jurídica: esta tem patrimônio próprio, diverso do dos sócios, realiza operações sob o seu próprio nome e exerce direitos patrimoniais sem envolver a pessoa dos sócios.

A distribuição periódica dos lucros não afeta, contudo, o princípio geral. Nas sociedades de pessoas, os sócios de responsabilidade ilimitada, incorporando os lucros anuais ao seu patrimônio particular, não prejudicam, com isso, os terceiros, pois esse patrimônio particular, que foi enriquecido com os lucros antecipadamente distribuídos pela sociedade, continua a garantir os que com essa contratam. Há, assim, sempre, uma garantia para os terceiros pelos compromissos assumidos pelas sociedades, não podendo estes alegar que foram prejudicados com a distribuição de lucros que na verdade pertenciam à sociedade, já que a sociedade não se extinguiu.

Nas sociedades de capitais essa distribuição dos lucros só se faz mediante um balanço em que são reservadas importâncias destinadas a satisfazer todos os compromissos sociais assumidos; só o *líquido*, ou seja, o que sobrar, em cada exercício, é que será distribuído aos sócios, retiradas, ainda, as reservas que a lei impõe. De tal maneira, sendo essas sociedades constituídas de forma que apenas o patrimônio – capital, lucros, valorização – responda pelos compromissos sociais, não poderão os terceiros opor-se à distribuição anual dos lucros, visto como para que esses

sejam distribuídos a sociedade terá que levantar um balanço mostrando que todos os compromissos assumidos estão garantidos. Dá-se, assim, no m de cada exercício, um levantamento exato da situação social, como se a sociedade fosse extinguir-se; separadas as importâncias destinadas a satisfazer todos os compromissos assumidos, a sociedade, se obteve lucros, os distribui aos seus sócios, como o faria em caso de extinção. O balanço anual das sociedades anônimas representa uma espécie de liquidação que não se efetua porque a sociedade continua a funcionar, mas expressa a situação exata da sociedade para com os seus credores, só sendo distribuídos os lucros se, por acaso, houver no ativo o su ciente para atender a todo passivo, importâncias essas que são separadas, rateando-se apenas o restante.

Na hipótese do lucro apurado, uma parte poderá reverter para a própria empresa, e a outra ser distribuída entre os sócios, conforme suas respectivas participações na sociedade, cando obrigados à restituição quando suceder a circunstância em razão do prejuízo do capital (art. 1.059 do Código Civil).

187. Outros Direitos dos Sócios – Afora esse direito à percepção de lucros, na proporção de sua contribuição para o capital, ou de outro modo convencionado, os sócios possuem, ainda, o direito de participar da administração da sociedade, de scalizar os negócios sociais, ter acesso aos livros e, sendo o caso, de dar nome à rma da mesma. Nesta última hipótese, para poder usufruir tal direito, o sócio terá que se comprometer a responder, subsidiariamente, pelas obrigações assumidas pela sociedade, pois o nome na rma social signi ca justamente que o sócio que nela gura possui responsabilidade ilimitada, salvo as exceções estatuídas pela própria lei, como no caso das sociedades limitadas, em que o sócio pode dar nome à rma sem se responsabilizar ilimitadamente pelas obrigações sociais. E também poderão ainda os sócios convencionar, no ato constitutivo da sociedade, outros direitos, que não deverão, contudo, prejudicar terceiros nem representar privilégios para sócios isolados, como seria o caso de um sócio receber todos os lucros da sociedade, com prejuízo dos demais. Uma cláusula assim não seria admissível por constituir um pacto leonino.

Na realidade o *status socii* tem o condão de de nir o conjunto de direitos inerentes aos sócios nas respectivas sociedades, dentro do âmbito de participação, de transparência, maior acesso às informações e um quadro seguro da atividade.

Seguro dizer que embora o sócio não participe diretamente da administração, a ele é facultado o exame dos livros e o conhecimento sobre o estado patrimonial da empresa.

O con ito entre maioria do capital e minoria de sócios acaba conferindo um grau de entrechoque de interesses nas sociedades empresárias, daí por que a estrita lealdade e o aspecto de credibilidade para que os sócios não usurpem, abusem ou se desviem das verdadeiras condições assumidas no pacto contratual societário.

13A atual lei francesa das sociedades comerciais considera os sócios das sociedades em nome colettvo e das sociedades em comandita simples como comerciantes, não reconhecendo, assim, a personalidade jurídica dessas sociedades.

14Paul Pic, *Des Sociétés Commerciales*, Paris, 1908, tomo I, nº 43.

15Houpin & Bosvieux, *Traité Général des Sociétés Civiles et Commerciales*, Paris, 1929, vol. II, p. 1.399.

16Trajano de Miranda Valverde, *Sociedade por Ações*, 2ª ed., 1953, vol. II, p. 677.

Capítulo Sexto

SOCIEDADES NÃO PERSONIFICADAS

XIX
SOCIEDADES EM COMUM OU DE FATO

188. O Reconhecimento da Existência das Sociedades de Fato – As sociedades de fato podem ser de nidas como aquelas que funcionam no desempenho de suas atividades negociais, sem contudo terem organização nos moldes legais, signi cando o não arquivamento dos atos constitutivos no Registro. Essas sociedades podem usar de um nome social, ter domicílio certo, atribuir um título ao seu estabelecimento, no entanto são desprovidas de personalidade jurídica, uma vez que os atos constitutivos não foram arquivados no Registro Público das Empresas Mercantis e A ns, porquanto, na conformidade da legislação, as sociedades empresárias somente adquirem personalidade, mediante o arquivamento (art. 982, CC).

As sociedades de fato, no exercício dos atos empresariais, subordinam-se à falência (art. 105, IV, da Lei nº 11.101/05). Os sócios respondem, ilimitadamente, pelas obrigações sociais; essa responsabilidade é solidária (art. 990, CC).

189. As Sociedades de Fato ou em Comum no Código Comercial. Legislação Anterior – O Código Comercial não traçou normas especiais para as sociedades de fato, como o fez, por exemplo, em relação às sociedades em conta de participação (arts. 326 a 328), mas dispunha de regras sobre a maneira de como a existência de tais sociedades podia ser provada. Assim, no revogado artigo 304, estatuiu o Código:

"A existência da sociedade (*de fato* ou *em comum*), quando por parte do sócio não se apresenta instrumento, pode provar-se por todos os gêneros de prova admitidos em comércio (art. 122), e até mesmo por presunções fundadas em fato de que existe ou existiu sociedade".

Quanto às presunções da existência das sociedades de fato, dispunha o Código (art. 305):

"Presume-se que existe ou existiu sociedade sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade, e que regularmente não se costumam praticar sem a qualidade social.

Dessa natureza são especialmente:

1 – Negociação promíscua e comum;

2 – Aquisição, alheação, permutação ou pagamento em comum;

3 – Se um dos associados se confessa sócio, e os outros o não contradizem por uma forma pública;

4 – Se duas ou mais pessoas propõem um administrador ou um gerente comum;

5 – A dissolução da associação como sociedade;

6 – O emprego do pronome *nós* ou *nosso* nas cartas de correspondência, livros, faturas, contas e mais papéis comerciais;

7 – O fato de receber ou responder cartas endereçadas ao nome ou rma social;

8 – O uso de marca comum nas fazendas ou volumes;

9 – O uso do nome com a adição – *e companhia*.

A responsabilidade dos sócios ocultos é pessoal e solidária, como se fossem sócios ostensivos (art. 316)".

Esses dispositivos legais provêm do Código Comercial português de 1833, cujos arts. 565 a 569 tratavam da *sociedade tácita.* O nosso art. 305 era quase que uma reprodução integral do art. 569 do Código Comercial português de 1833, que rezava:

> "Art. 569. São presunções legais da sociedade tácita: 1º, a negociação promíscua e comum; 2º, a obrigação e pagamento comum das dívidas da associação; 3º, o recebimento comum de dinheiro; 4º, a alheação e permutação em comum; 5º, a aquisição em comum; 6º, se um dos associados se confessar sócio; 7º, se duas ou mais pessoas propusessem um instttor;[1] 8º, a dissolução da associação como sociedade; 9º, o emprego do pronome *nós* ou *nosso* nas cartas de correspondência, nos livros, nas faturas e nos demais papéis comerciais; 10º, o fato de receber cartas endereçadas a nomes, ou rma social; 11º, o uso da marca comum nas fazendas e volumes; 12º, o uso de um nome com a adição – *e companhia*."

Sobre a prova da presunção da existência das sociedades de fato dispunham os arts. 137, 138, 184, 186, 187 e 188 do Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850. Referiram-se ainda, expressamente, às sociedades de fato o Dec. nº 917, de 24 de outubro de 1890 (relativo à falência), art. 5º, letra *d*, e o Lei nº 859, de 16 de agosto de 1902 (também relativo à falência), art. 8º. A Lei nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908, ainda relativa à falência, falava em *sociedades irregulares* (art. 8º, letra *c*). A revogada Lei de Falências, Dec.-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, bem como a anterior, Dec. nº 5.746, de 9 de dezembro de 1929, não se referiram mais, de modo *expresso*, às *sociedades de fato*, se bem que admitam que a falência das mesmas seja declarada, matéria hoje disciplinada pela atual Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. O assunto voltou à baila no Anteprojeto de Código de Obrigações de 1964, que regulou as *sociedades em comum* (*ou de fato*) nos arts. 19 a 23, o que foi mantido pelo Projeto de 1965, arts. 1.123 a 1.127. O atual Código Civil regulou essas sociedades, com o nome de sociedades em comum (arts. 986 a 990). Na realidade o nome dado pelo Anteprojeto e Projeto do Código de Obrigações e pelo Código Civil, de sociedades em comum, foi o que, a essas sociedades, deu o Código Comercial (art. 304: "São, porém, admissíveis, sem dependência de dito instrumento (contrato), as ações que terceiros possam intentar contra a *sociedade em comum* ou contra qualquer dos sócios em particular").

Carvalho de Mendonça e Waldemar Ferreira procuram fazer a distinção entre *sociedades irregulares* e *sociedades de fato.* O último, contudo, as chama de "sociedades em comum", frase que bem exprime o estado de comunhão em que ela se resolve por falta de registro.[2]

190. Sociedades de Fato e Sociedades Irregulares – Como já foi dito, autores procuram fazer a distinção entre as sociedades de fato e as sociedades irregulares: as primeiras seriam as que funcionam sem quaisquer documentos em que baseiem a sua atuação, e as segundas as que, tendo um contrato escrito, deixam de arquivá-lo no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns.

Também partilhamos dessa opinião (*Curso*, 4ª ed., nº 230), mas um estudo mais demorado nos levou a pensar de maneira diversa. Para nós, quer a sociedade tenha os atos constitutivos escritos e não arquivados, que resulte apenas de atividade comercial em comum, com ânimo societário, teremos uma *sociedade de fato* e não uma *sociedade irregular*. Esta será a sociedade que se organiza legalmente, arquiva os seus atos constitutivos no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns, mas, posteriormente, pratica atos que desnaturam o tipo social (por exemplo: uma sociedade em comandita simples por prazo determinado ultrapassa esse prazo sem renovar o contrato social; continua nesse caso a sociedade a funcionar *irregularmente*, perdendo os sócios que limitaram sua responsabilidade, ou seja, os sócios comanditários, esse benefício, tornando-se ilimitadamente responsáveis); ou que funciona sem cumprir as obrigações impostas por lei (não possui livros obrigatórios, não levanta o balanço anual). Já a sociedade *de fato* não chegou a possuir personalidade jurídica, por não ter arquivado os seus documentos constitutivos no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns. A circunstância de terem algumas sociedades chegado a lavrar um contrato especi cando objeto, capital, atribuições e responsabilidade dos sócios etc. serve apenas de elemento de

prova *entre os sócios*, nenhum re exo tendo em relação aos terceiros que são aqueles que contratam com a sociedade. O Código Civil em vigor se coaduna com tal ponto de vista (arts. 986 e segs.).

O que provocou uma nova percepção no tema foi a incidência da aplicação da teoria da aparência:[3] às sociedades de fato, assim, apresentando-se aos terceiros como sociedade empresária, estes, estando de boa-fé, são protegidos pela aparência de sociedade e em consequência disso poderão agir contra os sócios na defesa dos seus direitos, uma vez que para as sociedades irregulares, como vislumbramos hoje, não se aplica o princípio da aparência, pois os terceiros poderão a qualquer instante certi car-se da existência da sociedade, por meio de consulta ao Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns.

Consequência prática dessa orientação é que as *sociedades de fato não possuem personalidade jurídica*, pois não arquivaram os seus atos constitutivos no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns; já as *sociedades irregulares* têm sempre personalidade, uma vez que uma pessoa jurídica só deixa de existir quando extinta a sociedade, mas mesmo assim subsistirá para ns de liquidação, até que se conclua (art. 51 do CC). Se bem que, esgotado o prazo social (no caso da sociedade em comandita simples em que, havendo prazo determinado, não se renova o contrato), a sociedade entra em dissolução na técnica de liquidação, essa dissolução é um procedimento que mantém a personalidade jurídica enquanto não forem liquidadas as obrigações e partilhado o remanescente entre os sócios (art. 51, § 3º, CC). Enquanto não práticos referidos atos, perdura a pessoa jurídica.

191. Direitos de Terceiros em Relação às Sociedades de Fato – Os terceiros que realizam negócios com as sociedades de fato, ou em comum, podem intentar ação contra a sociedade, valendo-se de quaisquer meios de provas para justi car a sua existência, ou podem agir contra os sócios isoladamente, os quais respondem de forma ilimitada e solidária (art. 987 e 989 do CC). Também a falência da sociedade pode ser requerida não apenas por ela própria (art. 105 da Lei nº 11.101/05) como por terceiros que preencham os requisitos legais (art. 97, IV, da Lei nº 11.101/05).

192. Relações entre os Sócios – Compreende a sociedade em comum ou de fato a comunhão de interesses entre os sócios; esses terão o direito de partilhar do acervo social, quando da extinção da sociedade, conforme aquilo pactuado (art. 994, § 1º, do CC).

Em relação aos terceiros, os sócios são solidariamente responsáveis, de forma ilimitada pelas obrigações sociais (art. 990 do CC).

Conferiu o legislador do Código Civil em vigor a possibilidade, na perspectiva, de constituição da sociedade sem personalidade jurídica, na tendência de ser em comum, sob a ótica da conta em participação, mas a incidência é bastante reduzida.

Na situação de momento e do mercado, a inclinação, pelo que se vislumbra, portanto, é no sentido de ser restringida a responsabilidade e minorados os efeitos do percalço societário.

A dimensão do negócio e os compromissos sociais servem como amparo à xação de uma formação societária menos onerosa, e com mais atividade voltada à proteção dos respectivos sócios.

1"*Instttor*: termo de Direito Comercial: chama-se assim aquele que é nomeado pelo preponente para administrar ou dirigir um negócio de banco ou de mercancia, mas que contrata e administra por conta do mesmo negócio". Ferreira Borges, *Dicionário Jurídico-Comercial*, Pernambuco, 1843, p. 214.

2Waldemar Ferreira, *Tratado*, vol. II, p. 416, últtmo parágrafo.

3Cf. Jean Calais-Auloy, *Essai sur la Notton d'Apparence en Droit Commercial, nouvelle ttrage, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence*, Paris, 1961, pp. 111 e segs.

XX
SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

193. Conceito – Forma-se a sociedade em conta de participação quando duas ou mais pessoas, com identidade de propósitos, e qualidade comum, sendo uma delas empresária, desenvolve uma ou mais atividades, cuja responsabilidade cabe ao sócio ostensivo. Efetivamente, disciplinada anteriormente nos artigos 325 a 328 do Código Comercial, hoje regrada no Código Civil, a partir do art. 991 a 996.[4]

194. Exame dos Dispositivos Legais – O artigo 991 do Código Civil estampa a sociedade em conta de participação e a de ne como sendo exercida exclusivamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual, cuja responsabilidade lhe é exclusiva; os demais participam dos resultados decorrentes.

Desprovida de personalidade jurídica, a sociedade em conta de participação apresenta a peculiaridade no que diz respeito à gura do sócio, sendo instituição bem antiga que vinha estabelecida no Direito francês e demais sistemas universais. De conformidade com a circunstância, a associação em conta de participação passou a se chamar em sociedade em conta de participação.

Com razão, se trata de um tipo no qual a designação societária é "acidental, momentânea ou anônima"; referido destaque de sociedade anônima era próprio do Direito francês, existindo quatro tipos delas: a atual em conta de participação, a formada por vários comerciantes para a importação e venda de certos gêneros em circunstâncias excepcionais, só um aparecendo perante o público para realizar as operações comerciais; a que se formava nas feiras, entre comerciantes que convencionavam não aumentar os lanços das mercadorias arrematadas pelos outros, dividindo-as depois numa proporção anteriormente estabelecida; e as convencionadas entre comerciantes que, tendo açambarcado vários produtos, pactuavam não vendê-los, a não ser por preço de monopólio, anteriormente entre eles combinado.[5]

Denominavam-se essas sociedades de *anônimas* porque não conheciam os terceiros a sua existência; a designação das sociedades em que os sócios limitam a sua responsabilidade às importâncias com que entram para o capital como *sociedades anônimas* foi dada pelo Código de Comércio francês, sendo de notar, porém, a impropriedade dessa designação, pois na verdade as atuais sociedades anônimas, ao contrário das em conta de participação, possuem nomes próprios e são conhecidas de todos.

195. Histórico – As sociedades em conta de participação provêm das antigas sociedades em comandita, com as quais se confundiam, até que a Lei de Florença, de 30 de novembro de 1408, regulou detalhadamente as comanditas, caracterizan-do-as como sociedades que possuem patrimônio diverso do patrimônio particular dos sócios. Nos contratos de comenda, era normal que o comanditário (*commentator*) casse oculto, sendo toda a negociação feita em nome e sob a responsabilidade do sócio comanditado (*tractator*). Instituindo-se o costume de serem depositados os nomes dos sócios no registro do município ou da corporação, para que não pudessem os mesmos fraudar os terceiros, dele resultou o nascimento da sociedade *em comandita*, que passou a ter o caráter de pessoa jurídica. No entanto, persistiram os contratos de comenda sem que os nomes dos sócios fossem depositados nos registros; essas sociedades eram conhecidas apenas entre sócios, não aparecendo perante terceiros e não tendo, assim, personalidade jurídica. Os sócios desconhecidos dos terceiros tiveram a denominação de *sócios ocultos*; ainda hoje uma das características de tais sociedades é que os sócios ocultos não respondem perante terceiros pelas obrigações sociais; se tal acontecer, a sociedade perderá o caráter de participação. Compreenda-se, porém, que *sócio oculto*, juridicamente, não é aquele de nome desconhecido para os terceiros; é o que não age em nome da sociedade, não realiza as transações, não assume compromissos.

A Ordenança francesa de 1673 acolheu a sociedade em conta de participação com a designação de *sociedade anônima*. Daí passou ela para o Código francês de 1808, com a denominação de *associação em conta de participação*. Ferreira Borges, o autor do primeiro Código Comercial português, de 1833, que já a havia estudado, em 1830, no livro intitulado *Do Contrato Mercantil de Sociedade*, a incluiu naquele diploma legal, com o título de *associação em conta de participação*. Do Código português foi ela introduzida no brasileiro, chamando-a a seção que dela trata de *sociedade em conta de participação*, mas designando-a o art. 325, que a de ne, como uma *associação*.

196. Natureza e Características da Sociedade em Conta de Participação – A sociedade em conta de participação não constitui pessoa jurídica e, desse modo, se for constituída por contrato, não poderá ser esse arquivado no Registro de Comércio. A sociedade, por sua natureza, é *oculta*, existindo apenas entre os sócios; perante os terceiros, aparece somente o sócio comerciante, chamado sócio *ostensivo* ou *gerente*, que realiza a operação ou as operações, em seu próprio nome, assumindo, assim, pessoalmente, a responsabilidade dos compromissos sociais. Os credores da sociedade não poderão acionar, em nenhuma hipótese, os sócios ocultos, pois juridicamente esses nenhum compromisso tomaram para com eles. Também os sócios ocultos comerciantes não poderão ser declarados falidos por obrigações assumidas pela sociedade, já que somente os sócios ostensivos guram nas relações desta com terceiros.

A sociedade, igualmente, não pode possuir uma rma social, visto como esta é denunciadora da existência de uma pessoa jurídica, e na em conta de participação o sócio ostensivo age em seu próprio nome. Possuindo esse sócio ostensivo sua rma individual, é com essa rma que a sociedade se obrigará. Mas a rma do sócio ostensivo, seja pessoa física ou jurídica, denunciará sempre esse comerciante, não a sociedade em conta de participação. Os sócios criam obrigações apenas entre si; para com terceiros responde sempre o sócio ostensivo, e todas as obrigações assumidas por este serão a sua própria rma ou denominação, conforme o caso.

A sociedade em conta de participação em geral é formada para uma ou algumas transações comerciais. Se bem que possa existir em caráter permanente, o comum é que se organize para determinadas operações. Por tal razão foi essa sociedade chamada de *momentânea*, desaparecendo logo que desapareça o negócio para que foi formada.

Não possui, igualmente, a sociedade em conta de participação livros comerciais próprios. Não constituindo uma pessoa jurídica, existindo apenas entre os sócios, será nos livros do sócio comerciante ou ostensivo que se farão os lançamentos a ela referentes. Alguns autores, como Cunha Gonçalves,[6] admitem que a sociedade em conta de participação possua uma rma, que não deve ser conhecida por terceiros, apenas para a nalidade de serem escrituradas nos livros do sócio ostensivo as operações realizadas pela sociedade oculta. Não se trata, evidentemente, de uma *rma*, pois essa, segundo a de nição da lei brasileira, "é o nome sob o qual o comerciante ou sociedade *exerce o comércio e assina-se nos atos a ele referentes*" (Dec. nº 916, de 24 de outubro de 1890, art. 2º). Ora, a sociedade em conta de participação exerce o comércio e se assina nos atos a ele referentes por intermédio do sócio ostensivo, usando esse o seu próprio nome comercial. A rma, a que o douto publicista português se refere, não pode, na realidade, existir, mesmo internamente; os lançamentos serão feitos nos livros do comerciante, que é sócio ostensivo ou gerente da participação, mediante um título diferente. Será, assim, esse *título* e não uma rma social que irá identi car as transações feitas na participação.

Em sumária análise, a sociedade em conta de participação se reveste de uma espécie na qual apenas a gura do sócio ostensivo comporta conhecimento, na medida em que a ele se atribui toda a responsabilidade pelo negócio, enquanto os denominados ocultos cam sem a perspectiva de virem à baila ou preocupação com o resultado ou o fracasso do empreendimento.

A legislação passa agora a intitular o outro sócio como participante, no sentido de lhe trazer conotação societária, não fugindo à regra de acesso à escrituração, livros e ao todo do negócio jurídico, porém com aspectos próprios e vantagens incidentes.

Na tradição do Direito europeu, portanto, a sociedade em conta de participação nasce com o per l de se prestar à prática determinado ato ou múltiplos que desenvolvem a atividade, porém sob a ótica de não agregar personalidade jurídica e exibir o ostensivo na dimensão da sua de nição de responsabilidade.

197. Constituição – A sociedade em conta de participação, dado o seu caráter especial, de existir apenas entre sócios, não está sujeita, para constituição às formalidades exigidas para as demais sociedades empresárias, ou seja, a ter um contrato escrito, quer por instrumento público ou particular, e arquivado no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns. Pode ela, na verdade, constituir-se mediante contrato, mas esse não deverá ser arquivado no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns, sob pena de deixar de ser a sociedade uma participação, já que com o arquivamento do seu ato constitutivo adquire ela personalidade jurídica. Não se constituindo mediante contrato, consoante art. 992 do CC, a sociedade pode ser provada por qualquer dos meios admitidos em Direito, quer por documento público ou escrito particular, por notas ou certidão dos corretores, por correspondência epistolar, pelos livros do sócio ostensivo, e até mesmo por meio de testemunhas.

198. Sócios – Na sociedade em conta de participação existem duas categorias de sócios: os sócios ostensivos e os sócios participantes, a rigor conhecidos como ocultos. Para atingir o to empresarial, os sócios ostensivos devem ser empresários, uma vez que as transações da sociedade se fazem por intermédio deles, só a eles obrigando para com terceiros pelas mesmas. Os sócios participantes (ocultos) podem ou não ser empresários, não assumindo obrigações para com terceiros e sim para com o sócio ostensivo ou gerente.

Os sócios participantes possuem suas responsabilidades limitadas à importância posta à disposição dos gerentes para a realização da ou das transações negociais. Não têm eles, por conseguinte, mesmo para com os sócios ostensivos, responsabilidade ilimitada. Os sócios ostensivos, no entanto, assumem, perante terceiros, responsabilidade ilimitada em virtude de realizar as operações sociais em seu nome empresarial e ser a responsabilidade do empresário sempre ilimitada.

199. Nome Empresarial – A sociedade em conta de participação, como vimos, não sendo uma pessoa jurídica, não possui nome social. Agirá, em suas relações com terceiros, mediante a rma ou denominação do sócio ostensivo, seja esse empresário individual ou sociedade empresária.

200. Gerentes – A gerência da sociedade será sempre exercida pelo sócio ostensivo, que agirá em seu próprio nome. Não podem, assim, os sócios ocultos (participantes) obrigar-se em nome da sociedade. Na hipótese do sócio participante tomar parte na relação do ostensivo para com terceiros, poderá responder com este pelas obrigações em que intervier, segundo se depreende da dicção do art. 993, parágrafo único, do Código Civil.

201. Conta de Participação em Caráter não Empresarial – Nada inibe que a conta de participação seja constituída em caráter não empresarial; basta que o sócio ostensivo, que vai, em seu nome, agir pela sociedade e obrigar-se junto a terceiros, não tenha o condão de empresário.

Malgrado tenha sido prevista no vetusto Código Comercial de 1850 e resenhada no atual Código Civil, a sociedade em conta de participação pode se revestir dessa modalidade não empresária, por tal motivação é que o legislador não condicionou sua estruturação na imprescindibilidade da gura do empresário, na situação de sócio ostensivo, na diretriz de sujeição a registro ou sociedade empresária.

Bem se percebe que a modalidade societária é muito mais exível e atende à nalidade transitória ou plural dos atos negociais, mas sempre na ótica de não possuir personalidade jurídica e atribuir toda a responsabilidade na pessoa do sócio ostensivo, subordinando-se à lei de quebra.

Correto a rmar que a falência do sócio ostensivo, por corolário, provoca a dissolução da sociedade, com a liquidação da conta respectiva, cujo saldo será considerado quirografário, nos estritos termos do art. 994, § 2º, da atual norma do Código Civil.

Vantagens cercam o modelo societário simpli cado e a incidência subsidiária da regra vivenciada em outra espécie; contudo a sociedade em conta de participação se apresenta com bastante conotação temporária, para facilitar empreendimento ou a realização de algum negócio, donde não queira o participante ser conhecido e, mantendo-se na retaguarda, acompanhar o desdobramento de todo o contexto realizado, sob a responsabilidade do ostensivo.

Na liquidação de sociedade em conta de participação, a disposição, cumpre observar, segue a prestação de contas, nos termos da legislação processual (art. 996 do Código Civil).

4O Projeto de Código de Obrigações de 1965 regulava a sociedade em conta de parttcipação nos arts. 1.128 a 1.138, não exigindo, entretanto, que o sócio ostensivo fosse comerciante. Aplicava--se, nesse caso, o disposto no art. 1.120 do Projeto que dizia comercial a sociedade que ttvesse por objeto attvidade própria de empresário comercial.

O Código Civil em vigor manda que as sociedades em conta de parttcipação tenham regras subsidiárias, e no que forem compattveis, com as sociedades simples (art. 996).

5Cf. Lévy-Bruhl, *Histoire Juridique des Sociétés Commerciales en France, aux XVII et XVIII siècles*, pp. 40 e segs.

6Cunha Gonçalves, *Da Conta em Parttcipação*, Coimbra, 1914, pp. 24-25.

Capítulo Séttmo

SOCIEDADES DE PESSOAS OU CONTRATUAIS

XXI
SOCIEDADE EM NOME COLETIVO

202. Conceito – Enraizada no vetusto Código Comercial de 1850, artigos 315 e 316, a sociedade em nome coletivo é formada por duas ou mais pessoas, que respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais.

Cuidou o atual Código Civil de disciplinar o modelo, pois, nos artigos 1.039 a 1.044, cabendo ponderar que a nalidade poderá ser não empresária, isto é, sem o escopo de lucro, cujas alterações serão objeto de análise para efeito de melhor compreensão.

203. Compreensão dos Arts. 315 e 316 do Código Comercial – Visando depurar mais profundamente o cerne da sociedade em nome coletivo, trouxemos à baila sua concepção a partir do per l consolidado no Código Comercial (arts. 315 e 316). O art. 315 do Código Comercial, ao de nir a sociedade em nome coletivo, denominava-o também de sociedade com rma. Na verdade as sociedades em comandita simples fazem uso igualmente da rma e a intitulada sociedade limitada. Enquanto as sociedades em conta de participação são desprovidas de personalidade jurídica, e de nome empresarial, daí porque apenas as sociedades por ações (anônimas) não poderão usar de rma ou razão social. Nota-se na origem que a intenção era de fazer uma simbiose entre a sociedade em nome coletivo e aquela com rma.

De seu turno, o art. 315 do Código estatuía que, para a constituição de uma sociedade em nome coletivo, seria mister a presença de pelo menos um sócio comerciante. Conceito esse descabido atualmente, eis que com a personalidade jurídica aceita, quem é empresária é a sociedade e não os seus sócios.[1] A norma havia no Código, uma vez que ao ser elaborado não estava bem de nido o princípio da personalidade jurídica das sociedades ditas comerciais (empresárias).

Consagra o mesmo artigo que os sócios "*se unem para comerciar em comum, debaixo de uma rma social*". Dá, assim, o Código a entender que na sociedade em nome coletivo há uma comunhão de interesses e não uma pessoa jurídica. Na realidade, não são os sócios que vão *comerciar em comum,* mas a sociedade é que exercitará atos de comércio pro ssionalmente. Os sócios das sociedades em nome coletivo, como das demais sociedades empresárias brasileiras, não são comerciantes.

Por último, estabelece esse artigo que "*não podem fazer parte da rma social nomes de pessoas que não sejam sócios comerciantes*". Ainda aqui merece compreensão o disposto no Código. Todos os sócios das sociedades em nome coletivo poderão dar o seu nome à rma social, porque na rma guram nomes de sócios de responsabilidade ilimitada e nas sociedades em nome coletivo todos possuem tal responsabilidade. Não existem, obrigatoriamente, nessas sociedades, sócios comerciantes, como estabelece a lei; existem, sim, sócios de responsabilidade ilimitada e solidária, de modo subsidiário; e como é da essência das sociedades em nome coletivo que todos os sócios assumam responsabilidade ilimitada, solidária subsidiária, conclui-se que qualquer sócio poderá dar o seu nome à rma.

Visto o artigo 316 do Código Comercial se veri ca que os sócios-gerentes só poderão usar da rma social quando no contrato forem autorizados para tal nalidade. Na verdade, uma das prerrogativas dos sócios-gerentes é poderem usar da rma social; não é necessário que o contrato mencione isso. O que o contrato pode mencionar é quais os sócios que serão gerentes da sociedade, compreendendo-se que os não enunciados não têm poderes de gerência. Se

zer essa distinção, só os gerentes poderão usar da rma social; se não o zer, *todos os sócios* poderão usar da rma porque todos os sócios serão, nesse caso, considerados gerentes.

O espírito trazido no Código Civil atual, portanto, espelha a formação da sociedade com pessoas físicas, tendo o contrato a obrigação de mencionar a rma social, cuja administração é exclusiva dos sócios.

Fundamental observar que se encontra fortemente em desuso o modelo societário, sendo espécie raramente utilizada, não se justi cando sua disciplina na época dos grandes conglomerados e transformações societárias, anotando-se que, durante um século, apenas houve registro de um caso jurisprudencial referentemente aos irmãos Spengler, no ano de 1975, cuidando de dissolução sociedade.

204. Origem e Evolução das Sociedades em Nome Coletivo – As sociedades em nome coletivo tiveram sua origem na Idade Média. Quando o comércio começou a desenvolver-se nas cidades italianas, as sociedades em nome coletivo, substituindo as antigas sociedades familiares, em que o patrimônio da família respondia pelas obrigações assumidas pelos seus membros, principiaram a constituir-se em larga escala. Não é, no dizer dos mestres, a em nome coletivo o tipo mais antigo das sociedades empresárias: a sociedade em comandita simples lhe é anterior, pois data do começo do desenvolvimento do comércio marítimo, fato que antecedeu o desenvolvimento do comércio terrestre. No entanto, a sociedade em nome coletivo teve as suas normas registradas pelos estatutos das cidades italianas antes da sociedade em comandita. Sob esse ponto de vista existiu, portanto, anteriormente à sociedade em comandita simples, se bem que esta, *de fato*, se tenha antecipado à sociedade em nome coletivo.

Ao ser feita a primeira regulamentação legal das sociedades empresárias, com a Ordenança de Comércio francesa, baixada em 1673 por Luís XIV, a sociedade em nome coletivo foi acolhida, com o nome de *sociedade geral* (Tít. IV, art. 7º). Mais tarde, o Código de Comércio francês, entrado em vigor em 1808, regulamentou-a com a designação de *sociedade em nome coletivo*, de nindo-a como a "*que contrata duas pessoas, ou maior número, e que tem por objeto fazer o comércio sob uma razão social"* (art. 20). Do Código de Comércio francês a sociedade em nome coletivo passou para os demais Códigos que se formaram sob a sua in uência. O Código Civil Brasileiro, ambientado ao Código Comercial, tendo como fonte os Códigos espanhol de 1829 e português de 1833, e mais diretamente o italiano, disciplinou o assunto nos artigos 1.039 a 1.044.

No Direito inglês, a sociedade que corresponde à em nome coletivo é a *partnership*. Essa, porém, como dissemos, não possui personalidade jurídica.

205. Caracterização das Sociedades em Nome Coletivo – Caracteriza a sociedade em nome coletivo a responsabilidade solidária e ilimitada de todos os seus sócios pelas obrigações sociais. Trata-se de uma sociedade de pessoas ou contratual, na qual se considera a pessoa do sócio pela responsabilidade assumida. Visível a necessidade da capacidade do sócio para contratar, nos termos da lei civil. A morte ou a incapacidade do sócio poderá ensejar sua dissolução, ou levar à modi cação. A entrada de qualquer sócio exige o consentimento de todos, eis que a sociedade tem origem num acordo de vontades.[2]

206. Constituição – As sociedades em nome coletivo são constituídas por meio de acordo de vontades, mediante escrito particular ou público. O acordo deverá conter os fundamentos do art. 968 (empresária) ou 997 combinado com 1.041 (não empresária) do Código Civil, dentre os quais: nome, domicílio, nacionalidade, rma ou razão social, nomes dos sócios-gerentes, capital, sede da empresa. Na ausência de indicação dos gerentes, todos exercem a função; conterá ainda o objeto social, a participação dos sócios nos lucros e perdas, proporcional à importância com que cada um entrou para o capital social se o contrato nada dispuser a respeito, o prazo de duração e a forma de liquidação e partilha, conforme previsão do Código Civil, se nada mencionar o contrato. A esses predicados deverão ser acrescidos os exigidos pelo Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns (Lei nº 8.934, de 1994, art. 35, III).

Poderão os sócios convencionar o que for melhor para os negócios, inclusive restrição de suas responsabilidades. O objeto da sociedade, de livre escolha, sempre será lícito, exequível e não contrário à moral e aos bons costumes.

207. Gerência e Fiscalização dos Negócios Sociais – Preceitua o art. 1.042 do Código Civil:

"A administração da sociedade compete exclusivamente a sócios, sendo o uso da rma, nos limites do contrato, privattvo dos que tenham os necessários poderes".

Consequentemente, na sociedade em nome coletivo, a gerência cabe aos sócios, e, se não houver expressa disposição, todos eles serão considerados gerentes. Deve-se entender que essa gerência de que fala a lei não é a gerência administrativa da sociedade, que pode ser ocupada por qualquer pessoa, sócio ou não, desde que seja autorizada, mediante procuração, pela sociedade. Esses gerentes são prepostos da sociedade e os seus poderes decorrem do mandato que recebem, podendo, assim, ser revogados a qualquer momento. Os gerentes contratuais são os *órgãos da sociedade*; são as pessoas que irão atuar pela pessoa jurídica em todas as relações, como se fosse a própria sociedade que agisse. Em tais condições, sendo designados pelo contrato social, tais gerentes só poderão ser sócios e a sua destituição não se veri cará, a não ser que haja modi cação do pacto social. Essa distinção na prática é muito fácil de ser feita, pois os gerentes administradores da sociedade são empregados da mesma, agindo mediante procuração, quando lhes for permitido o uso da rma social; os *gerentes-órgãos* das sociedades são sócios da mesma e não agem por procuração, mas em virtude da cláusula contratual que fez a sua designação.

Os gerentes-órgãos têm poderes para agir em nome da sociedade em tudo que disser respeito à boa marcha dos negócios; têm o privilégio de usar da rma social, com a qual obrigam a pessoa jurídica. Os atos que não sejam de mera administração e que envolvam a vida da sociedade necessitam, contudo, de aprovação dos demais sócios, sendo as deliberações tomadas por voto da maioria de sócios, computando-se os votos, porém, em relação ao capital de cada um. Nessas condições, para a apuração dos votos toma-se por base a contribuição de menor valor, valendo essa por um voto; faz-se, então, uma proporção dessa contribuição com as demais, valendo as outras tantos votos quantas vezes comportem as contribuições de menor valor. Em resumo, a apuração dos votos é feita tendo em vista o capital de cada sócio. A lei se refere à maioria dos sócios, mas na realidade determina que se apure por força de regra que se reporta ao capital social.

A rma social, assinada por qualquer gerente, obriga todos os sócios solidariamente para com os terceiros e estes para com a sociedade, nos limites do contrato (art. 1.042 do Código Civil de 2002). Esse dispositivo legal deve ser compreendido em termos: a rma, na verdade, obriga a *sociedade*, e não os sócios pessoalmente, pois a sociedade é pessoa jurídica diversa das pessoas dos sócios. Como, porém, é da essência das sociedades em nome coletivo que os sócios respondam subsidiária, ilimitada e solidariamente pelas obrigações sociais, de qualquer modo os sócios respondem pelas obrigações assumidas pelos gerentes, donde a lei declarar, de modo impreciso, mas, em última análise, certo, que a rma assinada por qualquer dos gerentes obriga todos os sócios, solidária e ilimitadamente.

Responderão, contudo, os gerentes por abuso de poder, não podendo obrigar a sociedade em transações estranhas ao seu objeto social. Em tais casos, os sócios-gerentes serão responsáveis pelos seus atos, mas a ação cabe somente aos sócios, já que não são admitidas restrições, em relação aos terceiros, do uso da rma por sócio que tem o direito de empregá-la.

A scalização dos negócios sociais será feita pelos sócios, não havendo qualquer restrição nessa direção. Não haverá qualquer limitação do contrato que, para permitir a dinâmica dos negócios, poderá dispor da oportunidade visando exames de livros e documentos, numa determinada época. Cuidando-se de deliberação societária e consensual, não contraria a regra normativa. O contrato é a manifestação da vontade coletiva dos sócios e faz lei entre as partes, desde que não haja oposição à matéria. Existe fundamento jurídico para a interpretação.

208. Firma – As sociedades em nome coletivo adotam o nome empresarial a rma ou razão social com a qual se obrigam nas relações com terceiros. A rma cuida de estabelecer a responsabilidade ilimitada, podendo conter os

nomes de um, de alguns ou de todos os sócios, porquanto todos possuem igual qualidade. Contendo apenas o nome de um sócio, a rma se comporá desse nome acrescido das palavras e Companhia ou & Companhia, por extenso ou abreviadamente. Por exemplo, numa sociedade de que façam parte os sócios Antonio Manoel, Paulo Augusto e Júlio Francisco, se apenas o nome de Antonio Manoel gurar na rma, essa se apresentará dentro desse contexto:

Antonio Manoel e Companhia

ou

Antonio Manoel e Cia.

ou

Antonio Manoel & Companhia

ou

Antonio Manoel & Cia.

Poderá ser abreviado o nome do sócio que gura na rma (A. Manoel & Cia) ou reduzido apenas ao sobrenome (Manoel & Cia).

Poderá, ainda, a razão social conter o nome de alguns sócios, nesse caso acrescida das palavras & Cia. (Antonio Manoel, Paulo Augusto & Cia, ou Manoel, Augusto & Cia) ou de todos os sócios, quando não será empregado o aditivo e Cia. (Manoel, Augusto & Francisco). O aditivo só será usado quando algum ou alguns dos sócios não tiverem os seus nomes na rma.

A rma será usada pelo sócio que tiver poderes para isso, seguindo-se ao lançamento da rma o nome individual da pessoa que a emprega. Na prática costuma-se apenas empregar a rma, sem acrescentar o nome de sócio que a assina, mas esse hábito é irregular, porque não identi ca o sócio que age como órgão da sociedade. Tendo esta apenas um gerente, admite-se que o emprego da rma não traga o seu nome, pois já se sabe que qualquer uso da rma só poderá ser feito por aquela pessoa. No entanto, quando a sociedade possui vários gerentes, e todos naturalmente podem usar da rma social, não se quali cando aquele que empregou a rma, torna-se difícil identi cá-lo quando, por acaso, a rma for usada indevidamente. Por tais razões, o sócio-gerente, ao assinar a rma social, em seguida deve opor o seu nome individual (Manoel, Augusto & Cia – A. Manoel). O sócio não assina a rma, contudo, por procuração; esta só será assim assinada quando o for por pessoa que, não sendo gerente contratual da sociedade, receber poderes para essa nalidade (p.p., Manoel, Augusto & Cia – Carlos Eduardo).

Efetivamente, o legislador que traçou as diretrizes da sociedade em nome coletivo não teve a oportunidade de fazer a necessária avaliação a respeito de sua aparente desnecessidade no panorama que representa o cenário de limitação da responsabilidade e a quebra dos princípios antigos societários.

Desse ponto de vista, a nalidade essencial da empresa, na categoria de pessoa jurídica regular e formalmente constituída, está na direção de restringir a responsabilidade e limitar o seu alcance.

Explica-se o preceito, tanto que o legislador se viu na contingência de, para aparar as arestas, trazer a incidência da desconsideração da personalidade jurídica, na dicção do artigo 50 do Código Civil.

A inadaptação da sociedade em nome coletivo à realidade do século XXI é tamanha que, sob a ótica do leigo, se trata de um tipo societário estritamente encerrado e sem a menor perspectiva de relevo, na medida em que, ao contrário do que se propala, busca-se segurança e menor grau de responsabilidade.

Na realidade, transposto, em linhas gerais, o fundamento do Código Civil italiano de 1942 para as luzes do atual Código Civil, a desatualização é irreversível e a desadaptação completa, restando na eventual reforma uma absorção compatível com o senso das empresas.

1No Direito francês e no alemão os sócios das sociedades em nome colettvo são considerados comerciantes (Código francês das Sociedades, Lei nº 66.537, de 24 de julho de 1966, art. 10; Código Comercial alemão art. 5º), pois essas sociedades não possuem personalidade jurídica.

2Fiel à tradição do art. 1.176 do Código de Obrigações de 1965, o Código Civil, nos arts. 1.039 e seguintes, disciplina a sociedade em nome colettvo, formada por pessoa ffsica, sem prejuízo da responsabilidade ilimitada e solidária, perante terceiros, terão a possibilidade, no ato constttuttvo, ou por convenção unânime posteriormente tomada, limitar entre si a responsabilidade de cada um.

XXII
SOCIEDADES EM COMANDITA SIMPLES

209. Conceito – Sociedade em comandita simples é de nida como sendo a entidade constituída por sócios que têm responsabilidade ilimitada e solidária e aqueles que limitam essa responsabilidade à importância com que entram para o capital. Os sócios que assumem a responsabilidade ilimitada se denominam comanditados; os que possuem responsabilidade limitada à importância da contribuição são conhecidos por comanditários.

Foram as sociedades em comandita simples disciplinadas no Código Comercial, artigos 311 a 314. E atualmente passam a fazer parte do Código Civil, artigos 1.045 a 1.051.

Conquanto resida uma perfeita matéria de sociedade fora do seu tempo e sua realidade, em desuso, não mediu esforços o legislador para sua consecução legal.

210. Compreensão dos Dispositivos do Código Civil – Expressa a legislação em vigor, o Código Civil, no seu artigo 1.045, a disciplina da sociedade em comandita simples, na qual tomam parte duas categorias de sócios: os comanditados e os comanditários; esses últimos se obrigam tão somente pelo valor de suas respectivas quotas.

No contrato existe a obrigação de identi car tanto um como outro tipo de sócio, com o escopo de mostrar perante terceiros o grau de responsabilidade e o registro da sociedade para efeito de projetar sua personalidade jurídica.

A gura dos sócios de responsabilidade limitada pode ser equiparada aos simples prestadores de capitais, fato previsto no antigo Código Comercial, mas revisto no atual modelo do Código Civil, por serem igualmente sócios com direitos e obrigações.

Inocorre necessidade de ser pelo menos um sócio empresário, uma vez que, como explicamos, a sociedade é empresária pela consecução de sua atividade em direção ao seu objeto social especí co.

De se ressaltar a incidência, em grau de compatibilidade, das normas que regem a sociedade em nome coletivo, à dicção das sociedades em comandita simples.

Vimos que o legislador padronizou sempre a possibilidade de norma supletiva, às vezes sociedades simples, outras em nome coletivo, e ainda as anônimas, fazendo com que não houvesse uma lacuna interpretativa do ato contratual societário.

É vedado o exercício da gestão pelos comanditários, de modo expresso, nem o uso da rma ser-lhes-á possível; em caso de violação se subordinam à responsabilidade do sócio comanditado.

Havendo morte do comanditário, prossegue a sociedade com os demais, na hipótese os sucessores, que designarão o representante.

Não sendo indicado no prazo de cento e oitenta dias, e se tratando de sociedade com dois sócios, ela se dissolverá, conforme artigo 1.051, inciso II, do Código Civil.

Cogita-se de gura nova e de conotação singular, eis que, na ausência de indicação de representante do sócio comanditado falecido, poderá haver a nomeação pelos comanditários de um administrador provisório, sem que usufrua da qualidade de sócio.

Consequentemente, por 180 dias o administrador provisório praticará os atos na representação do falecido sócio, e no interesse direto da empresa e indireta dos sucessores, mas para tanto será remunerado.

211. Origem e Evolução da Sociedade em Comandita – A sociedade em comandita é a mais antiga das sociedades empresárias; sua origem se prende ao desenvolvimento do comércio marítimo, quando as cidades do litoral mediterrâneo começaram a fazer o trá co por via marítima.

Provém ela do antigo contrato de *comenda*, que era aquele em que na Idade Média as pessoas abastadas, principalmente os nobres, não querendo exercer o comércio individualmente, pois as atividades mercantis, desde os tempos romanos, eram consideradas infamantes, passaram a fazê-lo indiretamente, con ando aos capitães dos navios determinadas importâncias para que eles mercadejassem, em seus próprios nomes, convencionando-se que, se houvesse lucros nas expedições, esses lucros seriam repartidos entre aqueles e os prestadores de capital; em caso de prejuízos os prestadores de capitais se sujeitariam a perder apenas até o montante das importâncias dadas em comenda. Esse contrato deu origem, além das sociedades em comandita, às sociedades em conta de participação; enquanto naquelas, com a evolução dos tempos, os sócios que prestavam os capitais revelavam os seus nomes, nos registros comerciais, cando, apenas, com a responsabilidade limitada à importância com que entravam para as sociedades, nestas perdurou o caráter oculto dos sócios, fato esse que ainda hoje caracteriza as sociedades em conta de participação.

O contrato de comenda era, primitivamente, praticado apenas em expedições marítimas, mas depois, com a evolução do comércio terrestre, passou a ser exercitado em terra também. Muito comuns eram as comendas de animais, a comenda de mercadorias, também chamada *contrato de pacotilha*, e a comenda de dinheiro.

A sociedade em comandita generalizou-se, mas logo principiaram a surgir inconvenientes para os credores, pois muitas vezes, em casos de insucesso, os comanditários, de comum acordo com o gerente da sociedade, ou sócio comanditado, mudavam a sua posição de prestadores de capital para credores, a m de fugir aos riscos assumidos.

Para acautelar os interesses de terceiros, foi adotada a medida de serem as comanditas inscritas no registro dos Municípios ou das Corporações, especi cando-se os nomes dos comanditários e dos comanditados, bem como o montante das quotas de cada um. A Lei Florentina, de 30 de novembro de 1408, foi a primeira a exigir essas formalidades, conservando, porém, o mesmo grau de responsabilidade para os sócios. Com essa lei, entretanto, caracteriza-se a comandita como uma pessoa jurídica diversa da pessoa dos sócios, havendo um patrimônio autônomo a responder pelas obrigações assumidas pela sociedade. "*Então* – diz Vivante – *a sociedade em comandita tomou rumo próprio, destacando-se para sempre da forma da associação em conta de participação, com a qual até ali havia se confundido"*.[3]

A Ordenança de Comércio francesa, de 1673, regulou a sociedade em comandita, anteriormente, como a sociedade em conta de participação, também conhecida por *sociedade anônima,* passando ela, da Ordenança, para o Código de Comércio de 1808, e deste para os demais Códigos que seguiram a sua orientação. No Direito inglês a sociedade que se assemelha à sociedade em comandita simples é a *limited partnership* que, como a *partnership*, não possui personalidade jurídica. Igualmente no Direito alemão a sociedade em comandita, regulada pelos arts. 161 a 177 do Código de Comércio, não possui personalidade jurídica, sendo, por tal razão, dentro da sistemática do Direito alemão, considerada uma *sociedade* e não uma *associação*.

O Código das Sociedades da França, baixado com a Lei nº 66.537 de 24 de julho de 1966, regula as sociedades em comandita simples nos arts. 23 a 33. Também na França essas sociedades não constituem pessoa jurídica.

A Lei argentina sobre Sociedades, nº 19.550, de 3 de abril de 1972, dispõe sobre as sociedades em comandita simples nos arts. 134 a 140. Na Argentina as sociedades em comandita simples constituem pessoas jurídicas. O Código de Comércio da Colômbia de 1971, entrado em vigor em 1º de janeiro de 1972, regula as sociedades em comandita simples nos arts. 337 a 342; esse Código permite que do contrato social não conste a assinatura do sócio comanditário mas sua simples indicação (artigo 337). A sociedade constitui uma pessoa jurídica (art. 98).

212. Natureza Jurídica e Caracteres – A sociedade em comandita simples tem natureza contratual ou de pessoas, vez que se forma em razão das pessoas dos sócios pela responsabilidade ilimitada que alguns assumem.

Diante dessas condições, a incapacidade ou morte de qualquer dos sócios não acarreta a imediata dissolução da sociedade.[4] A entrada ou retirada antes do prazo decorrido de duração da sociedade é feita mediante o consentimento

unânime dos sócios, exceto no que é pertinente à retirada, se for por prazo indeterminado, eis que, qualquer sócio, por justa causa, poderá se afastar da empresa.

Re exo da responsabilidade assumida pelos sócios, a sociedade em comandita simples apresenta natureza mista, eis que nela coexistem sócios de responsabilidade limitada, aqueles que respondem conforme o capital e outros de característica ilimitada.

213. Constituição – A exemplo das sociedades em nome coletivo, aquelas em comandita simples são constituídas por meio de contrato, requerendo, de conseguinte, pessoas capazes juridicamente de se obrigarem. Deve-se considerar que, nestas sociedades, algumas pessoas se encontram impedidas de exercer o comércio, por responderem os empresários individuais com seus patrimônios particulares, pelas obrigações assumidas no exercício pro ssional, podem ser sócios comanditários, por terem limitada a responsabilidade adstrita às importâncias com que entraram para o capital. Bem assim, os funcionários públicos, que não podem exercer individualmente o comércio nem tomar parte em sociedades empresárias como sócios de responsabilidade ilimitada, poderão ser sócios comanditários. Muito embora a participação do comanditário nas sociedades em comandita simples seja diversa da do acionista na sociedade anônima, pois aquele está ligado aos demais sócios por um contrato, enquanto que nas anônimas os acionistas não têm ligação entre si, mas simplesmente com a sociedade, a limitação da responsabilidade que ambos têm permite a lei admitir que os funcionários sejam comanditários.

O contrato social conterá, como o da sociedade em nome coletivo, as cláusulas constantes do art. 997 do Código Civil, e mais os requisitos exigidos pelo Reg. do Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns. A cláusula relativas à indicação dos gerentes, porém, que era *facultativa* nas sociedades em nome coletivo, pois se o contrato não a trouxesse todos os sócios seriam considerados gerentes, nas sociedades em comandita é *obrigatória*, já que os sócios comanditários não podem exercer cargos de gerência. Assim, ao estipularem-se as cláusulas do contrato social, deve constar uma nomeando os gerentes, sendo de notar que a escolha desses não poderá recair em sócios comanditários, pois, se assim acontecer, esses perderão o benefício da limitação da responsabilidade e se tornarão ilimitadamente responsáveis, como os comanditados. E a sociedade perde, também, a sua natureza de sociedade em comandita, uma vez que todos os seus sócios passam a ter responsabilidade ilimitada e solidária, pelas obrigações sociais.

No que concerne à constituição, deve-se ter em mente que os nomes dos sócios comanditários e comanditados devem constar expressamente do contrato social, sendo o registro obrigatório para que a sociedade possa existir legalmente, como pessoa jurídica, mas tal registro somente se consolida com a identi cação de ambos os sócios.

214. Sócios – Nas sociedades em comandita simples, como analisamos, existem duas categorias de sócios: aqueles que têm a responsabilidade ilimitada e solidária pelas obrigações sociais, chamados comanditados, e os que limitam as respectivas responsabilidades, comanditários.[5]

Os direitos dessas duas classes de sócios não são idênticos. A lei considera o sócio comanditário como um simples prestador de capital e, ainda sob a in uência histórica da natureza da participação desses sócios nas sociedades em comandita, restringe-lhes bastante os direitos.

Assim, o sócio comanditário não pode ter o nome na rma social, restrição que tem sua justi cativa pelo fato de, em regra geral, a rma expressar, para os terceiros, os sócios que assumem responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais. Dessa maneira, tendo o sócio comanditário responsabilidade limitada, o seu nome naturalmente não pode gurar na rma da sociedade. Se, por acaso, tal acontecer, perderá ele a limitação da responsabilidade, tornando-se ilimitadamente responsável, do mesmo modo que os sócios comanditados. Conserva-se, portanto, o princípio geral de que os sócios que possuírem nome nas rmas de sociedades são sócios de responsabilidade ilimitada, regra, aliás, que tem recebido exceções, pois nas sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, que

tanto podem possuir *rma* como *denominação*, os sócios cujos nomes gurem naquela não possuem responsabilidade ilimitada, conforme teremos ocasião de ver oportunamente.

Igualmente, não podem os sócios comanditários ser gerentes da sociedade ou mesmo seus procuradores[6] e, desse modo, não podem usar da rma social. A proibição visa a não acarretar para os comanditários obrigação maior do que a assumida por eles, ao entrarem para sociedade, ou seja, a de responderem apenas pela importância com que concorrem para o capital da sociedade. Nas sociedades anônimas, os acionistas, que possuem, como os sócios comanditários, responsabilidade limitada, poderão ser diretores, mas nessas sociedades *todos os sócios* possuem responsabilidade limitada, donde o exercício da gerência ou direção da sociedade não trazer, para os demais sócios, responsabilidade superior às importâncias com que cada um entrou para o capital, respondendo os diretores ou gerentes, solidariamente, pelos atos abusivos praticados nessas funções. Nas sociedades em comandita, havendo sócio de responsabilidade limitada e sócios de responsabilidade ilimitada, estes responderão, perante terceiros, pelos compromissos sociais, com os seus patrimônios particulares. E sendo os gerentes as pessoas por meio de quem a sociedade regularmente se obriga, já que lhes cabe, privativamente, o emprego da rma social, veda-se a gerência aos sócios comanditários para que estes, na administração da sociedade, não possam praticar atos que se re itam no patrimônio particular dos outros sócios. Caso um sócio comanditário realize algum ato de gestão da sociedade, mesmo como procurador, cará equiparado aos sócios de responsabilidade ilimitada, ou seja, aos comanditados, perdendo, assim, os benefícios da limitação da responsabilidade que a lei lhe reconhece (art. 1.047).

Como *direito* dos sócios comanditários, a lei prescreve o de tomar parte nas deliberações sociais e o de scalizar os negócios da sociedade. Tendo esses sócios concorrido para a formação da pessoa jurídica com certa importância, com a nalidade de se bene ciar dos lucros obtidos pela mesma, é natural que, apesar de não poderem dirigir a sociedade, tomem parte nas deliberações e scalizem as operações que ela realiza. Assim, os livros comerciais e os demais documentos comprobatórios da marcha dos negócios sociais podem ser examinados pelos sócios comanditários, de acordo com a regra geral estatuída no Código Civil. Esse é um direito que cabe aos sócios de todas as sociedades e a nenhum deles será negado, a não ser que o contrato social ou os estatutos determinem prazo certo para o exame dos livros por parte dos sócios.

Têm, igualmente, os sócios comanditários o direito de requerer ao Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns que os seus nomes não gurem nas publicações feitas por este, a respeito da sociedade, nem nas certidões fornecidas sobre a mesma. A lei continua a considerar o sócio comanditário como o sócio oculto que ele foi no início da comandita, e que continua a ser na sociedade em conta de participação, com que a comandita se confundiu durante alguns séculos. Agora, porém, só conservará esse caráter oculto o sócio comanditário que assim desejar; e de qualquer maneira, não apenas o seu nome deve gurar no contrato social, mas, igualmente, deve a sua assinatura constar do mesmo, sem o que não será o contrato arquivado no Registro Público das Empresas mercantis e Atividades A ns.

215. Firma Social – As sociedades em comandita simples usarão, como nome empresarial, uma rma ou razão social,[7] do mesmo modo que acontece com as sociedades em nome coletivo, porque nelas existem, também, sócios de responsabilidade ilimitada. Segundo o princípio geral de que da rma ou razão social só poderão constar os nomes dos sócios que assumem, perante terceiros, responsabilidade ilimitada e solidária pelas obrigações sociais, os comanditários não poderão ter os seus nomes nas rmas. Estas, em tal condição, deverão ser formadas com o nome ou os nomes dos sócios de responsabilidade ilimitada, ou comanditados, acrescidos, sempre, das palavras & Cia., ou e Cia, ou por extenso.

Destarte, formando-se uma sociedade em comandita, em que são sócios comanditados, e, portanto, de responsabilidade ilimitada, José Antonio e Pedro Alexandre, e sócio comanditário, de responsabilidade limitada, Marcelo Freire, a rma ou razão social será composta de uma das seguintes maneiras:

José Antonio & Cia.

ou

José Antonio, Pedro Alexandre & Cia.

ou

Antonio, Alexandre & cia.

Note-se que a adição das palavras *& Companhia* ou *e Companhia*, por extenso ou abreviadamente, é *obrigatória* nas sociedades em comandita, o que não ocorre nas sociedades em nome coletivo, em que todos os sócios podem gurar na rma social. As palavras *& Cia.* denunciam, para os terceiros, que na sociedade existem *outros sócios* além daqueles cujos nomes guram na rma. Estes serão os sócios de responsabilidade ilimitada, podendo as palavras *& Cia.* ocultar sócios de responsabilidade ilimitada ou limitada, conforme seja a sociedade em nome coletivo ou em comandita. Os terceiros certamente não poderão saber, pela simples leitura da rma social, se se trata de uma sociedade em nome coletivo ou em comandita; mas saberão que aquelas pessoas cujos nomes guram na rma são sócios de responsabilidade ilimitada, louvando-se, assim, na situação pessoal das mesmas para realizar transações com a sociedade. Evidentemente, melhor seria que a lei determinasse um modo de se conhecer, pela simples leitura da rma, o exato tipo de sociedade, como fez a atual lei argentina sobre as sociedades empresárias (Lei nº 19.550, de 3 de abril de 1972) ao permitir que as sociedades em nome coletivo, em comandita simples e de capital e indústria usem rmas ou *denominações*, estas incluindo, por extenso ou abreviadamente, os nomes "*sociedade coletiva*", "*sociedade em comandita simples*" e "*sociedade de capital e indústria*" (Lei nº 19.550 de 03.04.1972, arts. 26, 134 e 142). Mas, de qualquer modo, os terceiros têm, no conhecimento do sócio de responsabilidade *ilimitada*, cujo nome gura na rma, uma base para a realização de negociações com a sociedade. Desejando maiores informes a respeito da sociedade, terão os terceiros que recorrer ao Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns, que é público e fornecerá aos interessados certidões sobre a constituição da mesma.

A rma social será usada apenas pelos sócios de responsabilidade ilimitada. Se, por acaso, um sócio comanditário tiver o seu nome incluído na rma ou empregar a mesma, ainda que como procurador, a sua responsabilidade, de *limitada*, se transforma em *ilimitada*, e a sociedade, se só esse sócio for comanditário, perderá a sua natureza de comandita, já que todos os seus sócios passam a ter responsabilidade solidária e ilimitada, de forma subsidiária, pelas obrigações sociais, como acontece com as sociedades em nome coletivo.

216. Gerentes – Só os sócios comanditados poderão ser gerentes da sociedade. Os comanditários, em virtude da limitação de sua responsabilidade, não poderão exercer cargos de gerência. Não é permitido, sequer, que os comanditários sejam gerentes prepostos, ou empregados da sociedade. A lei veda-lhes o direito de assinarem a rma social e de serem empregados da sociedade, o que quer dizer que os considera como simples prestadores de capital, conservando, assim, a mesma característica dos tempos em que se iniciaram as sociedades em comandita, em que os sócios comanditários, não desejando envolver-se diretamente em operações comerciais, apenas concorriam com uma determinada importância para que um empresário realizasse operações empresariais, auferindo parte dos lucros obtidos, se a negociação fosse coroada de êxito, ou perdendo apenas a importância com que entraram para a sociedade, acaso essa sofressem prejuízos.

217. Disciplina Catalisada no Código Civil – Regradas no atual Código Civil (arts. 1.045 a 1.051) as sociedades em comandita simples são constituídas por pessoas físicas, tendo os comanditados responsabilidade integral, plena, de modo solidário e ilimitado, ao passo que respondem os comanditários pelo valor da contribuição de suas quotas na sociedade.

É verdade que aos comanditados cabem os mesmos direitos e obrigações dos sócios da sociedade em nome coletivo (art. 1.046, parágrafo único), porém a adoção do modelo visa assegurar transparência e nalidade relativa aos terceiros.

Inovou-se ao permitir a continuidade do negócio, na hipótese de falecimento do comanditário, havendo sucessão, ou administração provisória, por 180 dias, ndo os quais, a sociedade se dissolverá.

Verdadeiramente, o administrador judicial provisório não tem o condão de sócio e sua atividade consiste numa espécie de gestor de negócio, porém sua posição é transitória e por no máximo 180 dias.

É o caso de perguntar-se: continuando a sociedade sem o sócio comanditado durante o período de seis meses, e como os comanditados que se retiraram só se responsabilizaram pelos atos praticados enquanto eram sócios, quem responderá ilimitadamente perante terceiros pelas obrigações assumidas durante esse período, já que o administrador provisório, nomeado pelos comanditários, não assume a condição de sócio? A rigor, seria incoerente o previsto no parágrafo único do art. 1.051 do Código Civil, mas para conciliar a melhor interpretação certo é supor que a saída de comanditários, sendo a sociedade de 2 sócios, provocaria a existência de uma sociedade sem nenhum sócio, motivo pelo qual a sua dissolução se imporia, eis que estaríamos diante de dupla vacância, e não seria dado, pois, prazos recíprocos de 180 dias para ambas as hipóteses, na medida em que a sociedade se apresentaria acéfala.

De qualquer modo e por toda a maneira, a intenção do legislador ao dispor da sociedade em comandita simples causa perplexidade, haja vista a técnica das grandes empresas e a proteção que dispensa às micro, donde os modelos, deitando raízes na Idade Média, de há muito se acham superados.

3César Vivante, ob. cit., vol. II, p. 137.

4Pelo atual Código Civil: "No caso de morte do sócio comanditário, a sociedade, salvo disposição do contrato, conttnuará com os seus sucessores, que designarão quem os represente; não o fazendo, a sociedade nomeará um administrador provisório, por 180 dias, quando então se dissolverá (arts. 1.050 e 1.051, parágrafo único, do CC).

5Pelo Projeto de Código de Obrigações (art. 1.182) somente podem ser sócios comanditados pessoas ffsicas. O Código Civil respeitou o princípio no art. 1.045.

6O Projeto de Código de Obrigações (art. 1.184) conservou as restrições aos sócios comanditários quanto aos atos de gestão, mas admittu pudessem os mesmos ser procuradores da sociedade, "com poderes especiais e para negócio determinado". O Código Civil atual, no arttgo 1.047, parágrafo único, disciplina poder o comanditário ser consttuído procurador da sociedade, para negócio determinado e com poderes especiais. O Código das Sociedades francês, de 1966, não permite que o comanditário seja procurador (art. 28). No mesmo senttdo, a lei argenttna de 1972 (art. 137).

7A lei argenttna das sociedades, de 1972, permite que as sociedades em comandita simples usem também de denominação, seguida essa da expressão *"sociedade em comandita simples"* ou sua abreviatura (art. 134, 2ª alínea).

XXIII
SOCIEDADE SIMPLES

218. Conceito – De ne-se a sociedade simples como sendo aquela constituída por duas ou mais pessoas, mediante escrito particular, ou público, de nalidade não empresarial, caracteristicamente de pessoas, podendo destinar-se à determinada atividade pro ssional, ou ser supletivamente adotada por outro modelo societário.

Bem se denota que a sociedade simples é peculiar às atividades do meio rural, artesanal e sociedades pro ssionais, como médicos, engenheiros, advogados e quaisquer outros que se associam para prestação de serviços dessa natureza.

Trata-se de modelo clássico societário, donde reina predominantemente a *affectio societatis* e a perfeita equalização do *status socii*.

219. Disciplina Legal e a Visão do Código Civil Atual – Cuidou o legislador de traçar as diretrizes em torno da sociedade simples, por meio de regras elencadas no atual Código Civil. Fundamentalmente, a partir do artigo 997 até o 1.038 vamos observar uma circunstância bastante detalhada da espécie com sua principal conotação dotada de personalidade jurídica.

A previsão contratual pode deliberar em torno da responsabilidade subsidiária ou não pelas obrigações sociais, não sendo válido perante terceiros eventual pacto separado, que viole os termos do instrumento contratual (parágrafo único do art. 997 do CC).

Brota a personalidade jurídica nas sociedades simples por intermédio do respectivo ato feito junto ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, incorporando-se obrigatoriedade frente às liais, sucursais ou agências, da respectiva sede (parágrafo único do art. 1.000).

O enraizamento dessa sociedade se percebe nítido no Código Civil Italiano de 1942, ao lado do Código de Obrigações Suíço, daí por que fez o legislador verdadeira inovação, que causou perplexidade nos meios jurídicos, ao transpor parâmetro societário bastante vetusto.

220. Caracteres e Natureza da Sociedade Simples – A sociedade simples veio ao encontro da atividade pro ssional, essencialmente prestadora de serviços, e ainda do serviço no meio rural e da modalidade artesanal, congregando sócios, pessoas físicas, sendo que caberá à pessoa natural sua administração, atribuindo-se-lhe poderes e comando diretivo.

Mantém a sociedade simples particularidade própria da sua nalidade não empresária, colimando alcançar nalidade do objeto social, mas não impedindo que sirva de âmbito de validade até mesmo das sociedades limitadas.

221. Constituição – Validamente se constituem as sociedades simples por escrito público ou particular, em obediência à previsão do artigo 997 e seus respectivos incisos, todos eles do Código Civil, para identi cação dos sócios, objeto social, denominação, prazo, capital, quota, a prestação que consista em serviços, participação nos lucros e nas perdas, responsabilidade subsidiária incidente ou não determinada.

Na realidade, a sociedade simples abarca a nalidade do serviço como pano de fundo e a concretização dita a participação de cada sócio nos lucros e perdas, podendo estabelecer a quota de contribuição individual para o capital social.

Preside a sociedade simples o cunho pessoal, uma vez que o sócio não poderá ser substituído sem o consentimento dos demais, expresso em modi cação do contrato social (art. 1.002 do CC).

A constituição do tipo societário envolve conhecimento, pessoalidade, con- ança, descrição das funções e acima de tudo a percepção da responsabilidade, diante do quadro ditado e a capacidade organizacional estabelecida.

Cunha-se uma visão que se assenta em regra básica, no atendimento de sociedades de pequeno capital social, ou transitórias, mas que juntem os interesses pessoais, na comunhão de ideais voltados para a consecução do objeto social estampado contratualmente.

222. Sócios – Nas sociedades simples a presença dos sócios, no mínimo dois, se faz por meio de pessoas físicas, cuja responsabilidade é adstrita ao capital social integralizado, mas com a possibilidade expressa, no ato da constituição, de suceder subsidiária consideração pelas obrigações sociais.

Evidente que se tratando de sociedade não empresária, na sua origem, poderá ter componente básico que se adjetiva por meio do conhecimento de todos os sócios no entabular suas atividades.

Na dinâmica preconizada, a direção cabe ao sócio pessoa natural, começando a obrigação de cada um a partir do contrato e de forma imediata, e o término se faz com a liquidação da sociedade, se extinguirem as responsabilidades sociais.

A responsabilidade do sócio retirante ainda remanesce por dois anos, depois da averbação, com a modi cação do contrato, frente à sociedade ou perante terceiros (parágrafo único do art. 1003 do Código Civil).

Hipótese interessante diz respeito à integralização da quota, se for constituído em mora, o sócio não aportar o valor, em trinta dias da noti cação, ele ca com a responsabilidade perante a sociedade diante do dano emergente.

Evidente que podem preferir os demais sócios, em face do remisso, em vez da indenização, sua exclusão, ou redução da quota ao montante realizado, com incidência do § 1º do art. 1.031 do Código Civil.

Não há de se cogitar qualquer tipo de sociedade leonina, eis que se torna nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e perdas (art. 1.008 do CC).

223. Da Administração. Responsabilidade – Conforme tivemos oportunidade de assinalar em monogra a sobre o tema[9] o gerenciamento organizacional da sociedade simples proclama a maneira de sua administração, compartilhando interesses, dividindo responsabilidades, permitindo oxigenação da manifestação dos votos diante do *quorum* da assembleia, na consecução maior do conteúdo previsto no objeto social.

Normalmente, as deliberações se fazem no seio da sociedade simples, por maioria de votos, contados o valor das quotas de cada sócio, eis que o princípio assim funciona:

> "Art. 1.010.
>
> § 1º Para a formação da maioria absoluta são necessários votos correspondentes a mais de metade do capital social.
>
> § 2º Prevalece a decisão sufragada por maior número de sócios no caso de empate, e, se este persisttr, decidirá o juiz".

Sob a ótica traçada, muitas sociedades têm participações destoantes; assim, por exemplo, numa formada por dois sócios, em que o primeiro tenha 70% e o outro (segundo) 30%, a maioria repousará na vontade do majoritário.

Não é da tradição do Direito pátrio a presença plural de sócios, daí por que sempre há uma concentração do poder diretivo e do controle da sociedade em mãos de poucos.

Se não dispuser o instrumento sobre a administração da sociedade, ela caberá separadamente à cada um dos sócios. Na administração separada, havendo vários administradores, cada um pode impugnar a operação do outro, e se estabelecerá a maioria dos votos.

No eventual excesso, abuso ou desvio, exceção diante de terceiros somente ocorrerá, se houver conhecimento, se estiver desenhado no contrato registrado, ou se for operação manifestamente estranha ao objeto e negócio da sociedade (art. 1.015, parágrafo único, incisos I, II e III).

Agindo culposamente respondem os administradores perante a sociedade e terceiros. Ficam obrigados à prestação de contas e inventário anual, ainda o balanço patrimonial e de resultado econômico.

A responsabilidade da atividade não empresária, a cargo da sociedade simples, se traduz no limite do capital social integralizado, exceto na hipótese de abuso, culpa, ou previsão em sentido contrário, de caráter subsidiário (art. 997, VIII, do CC).

Conquanto de preceito pessoal, a sociedade simples tem personalidade jurídica, distinta da pessoa dos sócios, e se houver integralização do capital, ainda dos serviços, não se considerando anormalidade, a responsabilidade se delimita nos bens que formam o patrimônio da entidade.

Uma coisa é a responsabilidade do administrador, outra é societária, ambas inconfundíveis, quer diante de terceiros, ou internamente, na xação de uma parâmetro limitador, eis que somente em hipóteses claras e de nidas os bens particulares dos sócios serão alcançados.

Consoante Arnoldo Wald,[9] na visão do causador do dano, a responsabilidade será subjetiva, fundada no elemento culpa, e objetiva, quando independente da falha ou desejo de provocar o dano, mas bastante o simples nexo causal.

Não sendo su cientes os bens da sociedade para a cobertura das dívidas, os sócios respondem pelo saldo, na proporção de suas participações nas perdas sociais, exceto cláusula de responsabilidade solidária (art. 1.023).

Interessante o preceito de responder o sócio ingressante para com as dívidas pretéritas da sociedade (art. 1.025).

En m, particularizou o legislador os mecanismos de responsabilidade e uma técnica peculiar que administra a vida das sociedades simples, na consecução do instrumento de sua atividade.

224. Da Extinção – As circunstâncias ligadas às hipóteses de dissolução societária vêm declinadas nos artigos 1.033 e seguintes do Código Civil, de maneira plural, abrangente, prestigiando o cânone ditado pelo *affectio societatis*.

A dissolução ocorre pelo vencimento de prazo estabelecido, salvo se não houver liquidação, por força do consenso, por causa da vontade da maioria absoluta, não havendo pluralidade de sócios, no prazo de 180 dias, na forma da lei, em caso de sociedade autorizada.

Interessa mais de perto nas sociedades simples o espírito que governa sua constituição, toni ca seu desenvolvimento e encerra a sua atividade.

Imprescindível se faz a investidura do liquidante, cuja nalidade consiste na gestão e nalidade do ente societário, de forma regular. Adverte Javier Gimeno Gómez-Lafuente[10] que o papel do liquidante se assemelha ao do administrador, contendo idêntica responsabilidade; regra geral e a ela inerente é a gratuidade do cargo, com nexo de retribuição semelhante aos síndicos na quebra.

Bem na direção olhada, e na sociedade simples, de âmbito pro ssional, não empresarial, sua submissão ao postulado da dissolução encontra eco na liquidação e apuração dos haveres.

Atinente à quebra, tem-se que ela é própria do empresário ou da sociedade empresária; não tendo a sociedade simples a propalada conotação, não se lhe aplica o regime falimentar.

8Carlos Henrique Abrão, *Sociedade Simples*, São Paulo, Juarez de Oliveira Editora, 2004, pp. 45 e segs.

9Arnoldo Wald, *Obrigações e Contratos*, 12ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ampliada e atualizada com a colaboração de Semy Glanz, 1995.

10Javier Gimeno Gomes-Lafuente, *Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Pamplona, Arazandi Editorial, 1997.

XXIV
SOCIEDADES LIMITADAS

225. Conceito – Sociedades limitadas são aquelas formadas por duas ou mais pessoas, cuja responsabilidade é identi cada pelo valor de suas quotas, porém todos se obrigam solidariamente em razão da integralização do capital social. Há uma responsabilidade solidária pelo total do capital social.

Anteriormente regulada pelo Decreto-Lei nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919, substancialmente alterada pelo Código Civil em vigor, nos artigos 1.052 a 1.087, nela se aplicando, nas hipóteses de omissões as normas das sociedades simples.

226. O Código Civil – A modelagem da sociedade limitada encontra amplo campo de abrangência, de forma pormenorizada, por meio do atual Código Civil, particularizando as circunstâncias, desde a constituição, participação dos sócios, administração, responsabilidade, e os mecanismos que governam esse tipo societário.

Efetivamente, continha o revogado diploma tão somente 18 artigos, e supletivamente dispunha acerca da lei de companhias, ao passo que, pelo Código Civil, a sociedade limitada se disciplina em 36 artigos, e subsidiariamente, quando omisso o contrato, pelo instrumento que regula a sociedade simples.

Forte no princípio estabelecido, a grande maioria das sociedades brasileiras, civis ou comerciais, se regulavam pelas limitadas; hoje com a introdução inovadora e uma certa di culdade, pela conotação pessoal, cremos que o diploma em vigor não teve a oportunidade emblemática de consagrar preceitos modernos e dinâmicos.

Em alguns aspectos se refere à gura da sociedade anônima, quando faculta a instituição do Conselho Fiscal, mas disciplina na omissão o preconizado pelas sociedades simples.[11]

227. Histórico e Modernas Inovações – Ao contrário do que aconteceu com os demais tipos de sociedades empresárias, que se formaram na prática, sendo, após, reguladas por leis, as sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, foram introduzidas no Direito Comercial por decisão do legislador. Veri cando-se a inexistência de uma sociedade capaz de atender aos comerciantes médios, limitando os sócios a sua responsabilidade, pois as sociedades anônimas não só requeriam um número maior de fundadores como, igualmente, tinham uma constituição demorada e trabalhosa, destinando-se, por isso, em regra geral, às grandes empresas comerciais, foi feito um movimento, na Alemanha, no sentido de ser criado, pelo legislador, novo tipo societário, sem os inconvenientes da responsabilidade ilimitada para os sócios, característica das sociedades em nome coletivo, e sem as di culdades de constituição das sociedades anônimas. A prática inglesa já modi cara a constituição das sociedades anônimas, organizando-se elas de forma privada e limitando os sócios a sua responsabilidade sem obedecer aos ditames da lei reguladora daquelas companhias, mas só em 1907 o legislador aceitou como legal esse novo tipo societário. Ao contrário disso, na Alemanha o legislador enfrentou o assunto e criou, pela lei de 20 de abril de 1892, a sociedade denominada *sociedade de responsabilidade limitada*, que atendia àquelas necessidades, pois apenas dois sócios poderiam constituí-la, de maneira simples, mantendo, contudo, cada um deles a responsabilidade apenas pela importância com que entrasse para a formação do capital social.

O exemplo da Alemanha foi seguido, em 1901, por Portugal, que foi o segundo país do mundo a legislar sobre as sociedades de responsabilidade limitada, passando a chamá-las de *sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. A lei portuguesa, votada em 11 de abril de 1901, foi grandemente in uenciada pela lei alemã de 1892.

Em 1906, a Áustria adotou as mesmas sociedades, aceitando, em linhas gerais, a lei alemã. Em 1907, a Inglaterra, onde já existiam, na prática, essas sociedades com o nome de *private companies*, regulamentou-as legalmente, seguindo-se à Inglaterra o Brasil, que foi, assim, o quinto país no mundo a legislar sobre essas sociedades.

Depois da Guerra 1914-1918, as sociedades por quotas tiveram grande desenvolvimento. Foram, primeiramente, aceitas pela Polônia, a essa seguindo a Tcheco-Eslováquia, Rússia, Chile, Bulgária, França, Liechtenstein, Turquia, Cuba, Hungria, Argentina, Uruguai, Canadá, México, Peru, Suíça, Bélgica, Colômbia, Bolívia, Paraguai, Itália, Guatemala, Honduras, China e Espanha.

O desenvolvimento desse tipo de sociedade tem sido imenso em todas as partes onde é ela introduzida. Dada a modalidade fácil de constituição e os benefícios que para os sócios traz a limitação da responsabilidade, preveem os tratadistas que em breve as sociedades por quotas farão com que desapareçam as em nome coletivo, dado que nestas a limitação da responsabilidade dos sócios pesa como ônus perigoso, que pode ser obstado com a adoção da sociedade de responsabilidade limitada.

Recentemente, a Alemanha substituiu a lei primitiva, de 1892, por uma outra que revolucionou a estrutura desse tipo social, admitindo a constituição das sociedades (*por quotas*) de responsabilidade limitada por *uma só pessoa* (lei alemã de 4 de julho de 1980, entrada em vigor em 1º de janeiro de 1981, art. 1º), Nascia, assim, a sociedade de responsabilidade limitada, criada e funcionando com *apenas um sócio*.[12]

Essa verdadeira revolução no Direito das sociedades foi seguida – e mesmo ultrapassada – pelo legislador francês que, pela Lei nº 85.687, de 11 de julho de 1985, permitiu, "sob a denominação de '*empresa unipessoal de responsabilidade limitada*', a uma só pessoa, física ou moral, instituir, por ato unilateral de vontade, uma sociedade de responsabilidade limitada", conforme destacam os juristas do *Lamy-Fiscal* e *Lamy-Sociétés* (*Dossier do Lamy-Droit de l'entreprise*, fevereiro de 1986, p. 3). Tão grande foi o passo dado pelo Direito francês para a nova concepção da sociedade de responsabilidade limitada, que a Lei de 11 de julho de 1985 modi cou (art. 1º) o conceito de *sociedade* dado pelo art. 1.832 do Código Civil, que trata do *contrato de sociedade* ("A sociedade é um *contrato* pelo qual duas ou *várias pessoas* convencionam pôr em comum bens ou sua indústria visando a dividir o lucro ou bene ciar-se da economia que dele possa resultar") dando-lhe nova redação, assim concebida:

"A sociedade é *instituída* por duas ou mais pessoas que convencionam por um contrato afetar a uma empresa comum, bens ou sua indústria, visando a dividir o lucro ou bene ciar-se da economia que dela resultar".

Um parágrafo nesse artigo dá o novo conceito de sociedade:

"Ela pode ser instituída, nos casos previstos pela lei, *pelo ato de vontade de uma só pessoa*".

O art. 2º, modi cando o art. 34 da Lei das Sociedades de 1966, dispõe, como a lei alemã de 1980, que "a sociedade de responsabilidade limitada é instituída por *uma* ou várias pessoas", esclarecendo que a responsabilidade do *sócio único* se limita apenas ao total de sua contribuição para o capital.

Veri ca-se, assim, que o Direito estrangeiro mais avançado dá um novo conceito à sociedade, que deixa de ser considerada um contrato para caracterizar-se como uma "*instituição*" (cf. Gilles Flores, *Lamy-Sociétés*, 1985, *mise-à-jour* de agosto de 1985, p. 9).[13]

228. Caracteres e Natureza Jurídica – Nas sociedades limitadas temos sócios que tanto podem ser pessoas físicas ou jurídicas; apesar das doutrinas, o legislador teve em mente manter o hibridismo, de uma sociedade mista, tanto de capital como de pessoas. Constituída por escrito particular ou público, fazem uso da denominação social, espelhando o nome empresarial, mas é essencial conter a palavra limitada, por extenso ou abreviadamente.

É verdade que as sociedades limitadas vêm dispostas no âmbito das sociedades empresárias, mas, por si só, isso não implica lhe reconhecer um traço marcante de capital, até em virtude de deliberações em assembleia, o *quorum* e a situação da *affectio societatis*.

Os aspectos determinantes da formação da limitada, quase sempre, invariavelmente, residem na facilidade, no custo menos elevado, e na perspectiva de serem tomadas as deliberações, inclusive para efeito de retirada do sócio inconveniente ou que pretende sua retirada.

229. Caracteres e Natureza Jurídica no Direito Comparado – Nas várias leis estrangeiras que regulam as sociedades de responsabilidade limitada (idênticas às nossas sociedades por *quotas*) o legislador impôs traços característicos diversos dos da lei brasileira. Os principais são a limitação do número de sócios e do mínimo do capital social, variando nas respectivas leis. Assim, entre outras, as leis inglesa e canadense xam o máximo de sócios em 50, visando a dar um caráter familiar a essas sociedades. Várias restrições são impostas à cessão das quotas, quase sempre só sendo permitida a cessão mediante o acordo de determinado número de sócios. Tal norma foi primeiramente imposta pela lei francesa de 7 de março de 1925, afastan-do-se da lei alemã, que deixava ao arbítrio dos sócios xarem ou não, no contrato, restrições para a cessão das partes sociais. A atual lei alemã permite a transferência das quotas desde que se faça por ato notarial, podendo o estatuto requerer aprovação da sociedade para a transferência quando se faz a transferência de *parte* de uma quota (§§ 15 e 16). A lei francesa permite a cessão, quando a sociedade possui um só sócio, de todas as quotas deste a uma ou mais pessoas (Lei de Sociedades de 1966, art. 45, com a redação dada pelo art. 5º da Lei nº 85.687, de 1985).

O capital mínimo é em geral adotado para que essas sociedades, destinadas a um tipo médio de negócios, não se organizem com capital pequeno ou avultado, pois o primeiro caso deve ser deixado para as sociedades em nome coletivo, em face da responsabilidade ilimitada dos sócios, e o segundo para as anônimas. Outras características existem no Direito Estrangeiro distinguindo essas sociedades das demais. No Brasil, como foi visto, elas se destacam pela responsabilidade limitada dos sócios e o emprego da palavra *limitada* ou expressão *sociedade de responsabilidade limitada* junto à rma ou à denominação.[14]

A natureza jurídica dessas sociedades não é uniforme no Direito estrangeiro. Em alguns países elas se aproximam das sociedades de pessoas ou contratuais, enquanto em outros, como na Alemanha, estão próximas das sociedades de capitais, tendo como Direito subsidiário normas da lei das sociedades anônimas. Aliás, na Alemanha as sociedades de responsabilidade limitada constituem pessoa jurídica, diversa das pessoas dos sócios que as constituem, e, como já foi visto, nesse país *só as sociedades de capitais* ou institucionais são consideradas *pessoas jurídicas*, com o nome de *associações*, enquanto as sociedades em nome coletivo e em comandita simples, no regime alemão denominadas *sociedades*, não possuem personalidade jurídica, sendo antes uma comunhão de interesses das pessoas que se associam, muito embora possuam rma ou razão social. A nova lei alemã declara expressamente (art. 13) que "a sociedade é uma *associação* comercial no sentido do Código Comercial", donde ter, "como tal, direitos e obrigações independentes", podendo em seu nome adquirir bens ou comparecer em juízo, o que signi ca que *é considerada uma pessoa jurídica* (ao contrário das sociedades em nome coletivo e em comandita simples, que não têm personalidade jurídica).

No Brasil, as sociedades limitadas estão reguladas no Código Civil, a partir do artigo 1.052, na categoria de sociedades empresárias, dotadas de personalidade jurídica, e com nalidade dirigida ao aporte para formação do capital social, cuja integralização é o marco da responsabilidade dos sócios. A velha doutrina não aceitou muito paci camente a inserção das sociedades limitadas no rol das sociedades de pessoas, tese defendida por Waldemar Ferreira,[15] mas a que se opuseram, entre outros, em tese de concurso, Júlio Santos Filho.[16]

230. Responsabilidade dos Sócios – Conforme a lei brasileira, na esteira do Código Civil, a sociedade limitada dispõe caber aos sócios obrigações pelo total do capital social, diferentemente do que acontece na sociedade anônima, na qual cada acionista responde apenas com aquilo que entra para a sociedade. A limitação da responsabilidade dos sócios ao total do capital social é matéria que se radiografa na norma e emerge do contrato social.

Inúmeras decisões têm sido proferidas em termos de responsabilidade scal dos sócios, mas a maioria tem aceito a responsabilidade apenas dos gerentes, na hipótese de praticarem atos com abuso, desvio ou excesso de poder.

231. Limite da Responsabilidade – Questão que tem sido alvo de preocupação, em tema de sociedade limitada, diz respeito se, uma vez integralizado o capital social, continuam os sócios a responder pelo mesmo, em caso de ser

ele desfalcado, durante a vida societária. Doutrinadores sinalizam, na maior parte, e também a jurisprudência, que uma vez integralizado o capital social, não cam mais os sócios sujeitos ao complemento, se ele vier a diminuir em virtude de operações ou fatos de insucesso para a sociedade.

Consequentemente, somente havendo intenção dolosa, dirigida à infração da lei ou do contrato, estaria consubstanciado o ato praticado pelo sócio da empresa, não se cogitando de penhora de bens particulares, integralizado o capital da empresa, e não tendo o sócio cometido ato com excesso de poderes, infração da lei, do contrato ou dos estatutos (*Revista dos Tribunais*, 761, pp. 283/284).

A diretriz da jurisprudência, baseada no espírito do instituto, conforme se deparada no Direito Comparado, é incontestavelmente a melhor. Infelizmente, pelo art. 1.052 do Código Civil Brasileiro, enquanto não alterada a norma, a responsabilidade dos sócios é sempre pelo total do capital social, e mesmo assim, se integralizado, se for desfalcado, não poderão ser compelidos os sócios, solidariamente, a compô-lo.

O art. 1.052 do Código Civil, ao estabelecer que na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, balizou norma geral dando aos sócios responsabilidade subsidiária até o total do capital social, diferentemente, portanto, da responsabilidade ditada pelas leis estrangeiras que motivaram a nossa, em que o sócio responde não pelo total do capital social, mas pela efetivação desse capital, cada um subordinando-se, solidariamente, a completá-lo, se porventura um dos sócios deixar de pagar as suas quotas (arts. 19 a 24 da lei alemã) e lei portuguesa (arts. 15 e 16).

De tudo dito, o legislador brasileiro poderia ter sido mais exigente, mas, ao dispor a respeito, deu aos sócios a responsabilidade pelo total do capital social. A solidariedade resta clara no Código Civil, no qual respondem os sócios pela integralização do capital social.

Perante terceiros o princípio ganha força, na medida que assegura uma transparência e a falta de integralização do capital deve ser repartida no risco entre todos, de modo solidário.[17]

232. Constituição – As sociedades limitadas são constituídas na diretriz do artigo 1.052 do Código Civil e seguintes, na dicção de sociedades empresárias. Necessário, pois, um acordo escrito dos sócios, por escrito particular ou público, com as cláusulas inerentes, na visão do art. 983 do Código Civil, e do art. 53 do Dec. nº 1.800, de 1996 (Regulamento do Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns), que complementa aquele, e mais que cuida da limitação de responsabilidade. Mais uma vez frisamos que a lei alemã de 1980 permite que as sociedades (por quotas) de responsabilidade limitada se constituam com apenas um sócio, no que foi seguida pela lei francesa de 11 de julho de 1985.

Não podem as sociedades limitadas ser constituídas como as anônimas, isto é, por meio de assembleia e apelo de aporte para a subscrição do capital. De modo igual, uma sociedade de fato não pode ser considerada como sociedade limitada, na medida em que nelas todos assumem a responsabilidade ilimitada e solidária, ao passo que nas limitadas se subsume ao total do capital social. Pode haver constituição com o patrimônio individual do empresário, usando-se, de modo incorreto, a expressão transformação.

Seguindo a regra geral não podem participar da sociedade limitada menores ou incapazes, pois a sociedade se forma tendo em consideração a pessoa dos sócios, muito embora esses limitem sua responsabilidade à totalidade do capital social; contudo, não apenas alguns autores como a jurisprudência até do Supremo Tribunal Federal (RE nº 82.433/82) admitem que os menores participem de sociedades por quotas desde que não tenham poderes de gerência e administração e o capital esteja inteiramente integralizado. Essa orientação, de certo modo, tomou aspecto legal, pois o Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), atual Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI), recebendo da Lei nº 4.726, de 13 de julho de 1965 (art. 4º, I) poderes para expedir normas que solucionem dúvidas "ocorrentes na interpretação e aplicação das respectivas leis", através da Instrução Normativa nº 12, de 29 de outubro de 1986 (art. 4º), permitiu o arquivamento do contrato de sociedade por quotas, *da qual*

participem menores, desde que: "I – o capital da sociedade esteja totalmente integralizado, tanto na constituição como nas alterações contratuais; II – não sejam atribuídos ao menor quaisquer poderes de gerência ou administração".

Com a entrada em vigor da Lei nº 8.934, de 1994, não mais vigora a Instrução Normativa nº 12, de 1986, do antigo DNRC (atual DREI), não havendo sido editada, até o m de 1997, qualquer norma infralegal dispondo sobre a participação de menores nas sociedades limitadas.

Por outro lado, a morte, incapacidade ou retirada de um dos sócios podem levar à dissolução da sociedade, o que não acontece com as sociedades anônimas. Em caso de morte do sócio, havendo mais de dois e cláusula contratual estabelecendo que, ocorrendo o evento, a sociedade continuará, não se veri cará a dissolução mas simplesmente uma alteração contratual para retirar da mesma o sócio premorto. A participação do sócio na sociedade não pode ser representada por um título livremente transmissível, como acontece com as ações das sociedades anônimas, não se permitindo, desse modo, a acessão das quotas a não ser com o consentimento unânime dos sócios.

O contrato deve ser arquivado no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns, dentro de 30 dias a partir de sua assinatura, a cuja data retroagirão os efeitos do arquivamento (Lei nº 8.934, de 1994, art. 36). Na vigência do contrato, pode o mesmo ser alterado sem se dissolver a sociedade e nem desaparecer a pessoa jurídica. O art. 1.076, I, do Código Civil sinaliza um quorum de 3/4, no mínimo, para que haja a mudança do contrato social, combinado com artigo 1.071, V, do mesmo dispositivo legal. Corolário disso aumentou a necessidade de uma parte signi cativa do capital social no momento da alteração contratual, a poder causar eventualmente um bloqueio na condução dos negócios societários.

Por último, a Lei das Sociedades por Ações de 1976, no art. 298, permitiu que, no prazo de um ano a contar da entrada em vigor daquele diploma legal (15 de fevereiro de 1977), as sociedades anônimas com capital inferior a cinco milhões de cruzeiros pudessem, por voto de 2/3 do capital social, transformar-se em sociedade por quotas, passando essas a ter um regime especial, diverso das sociedades limitadas. Bem assim, nas sociedades derivadas transformação, o contrato social deve assegurar aos sócios a livre transferência das quotas, entre si ou para terceiros. Regra que con ita com o atual Código Civil que preceitua o direito de retirada, ou a transferência a quotista; mesmo assim com *quorum* de mais de 1/4 que se opuser, não permite a operação.

233. Sócios – Visando à constituição da sociedade limitada, como observado, os sócios devem, antes de tudo, ser maiores e capazes, a exemplo do que acontece com as sociedades não empresárias, cabendo destacar a proibição da participação de estrangeiros em determinadas sociedades que explorem certos objetos (empresas jornalísticas, petróleo, exceto parceria, como dita a Constituição Federal) em tais sociedades, os estrangeiros não exercem a direção e, por serem consideradas atividades estratégicas, são prioridade dos nacionais. A sociedade pode ser formada por dois ou mais sócios, não se exigindo número maior, como acontecia com as companhias. Não há limitação legal ao número de sócios, cando ao livre arbítrio dos participantes a escolha de quantos devem constituir e formar a sociedade.

Ficando a sociedade com apenas um sócio, cuidou o legislador de estabelecer o prazo de 180 dias para sua regularização, não se dissolvendo, pois, *ipso facto*, eis que é de rigor a presença de no mínimo duas pessoas.

Ao lado da pessoa jurídica, existe uma conceituação própria de sociedade empresária, que é formada da capitalização e do aspecto de prestação de serviço, colimando o lucro.

E com a redução da sociedade a apenas um sócio, no interregno de 180 dias poderá ser regularizada, ou transformada em rma individual, ainda dissolvida, uma vez que existe uma conotação empresarial que se conserva. Destarte, a tendência da preservação da empresa que toca seu negócio e experimenta lucro.

O quadro de um sócio apenas desarticula o ambiente natural da empresa e rompe seu equilíbrio, daí a precaução que deve ser adotada, em relação aos negócios e na salvaguarda de terceiros.

Nota-se, na hipótese de remanescer sócio único, além da previsão legal, pode existir outra contratual que delibere um prazo determinado acerca da reconstrução do modelo societário. Neste diapasão, o DNRC (Departamento Nacional do Registro de Comércio, atual DREI – Departamento de Registro Empresarial e Integração) teve a

oportunidade de esclarecer (Ofício Circular 17/79) que, mesmo formada a sociedade com apenas dois sócios, do contrato social pode constar cláusula segundo a qual, reduzida a um único sócio, a sociedade não entrará em liquidação.

Na perspectiva traçada, previa a lei revogada a situação de recomposição no prazo de um ano, ao passo que o Código Civil em vigor fala em 6 (seis) meses. Em caso parelho, a lei de sociedades anônimas preconiza, no art. 206, letra "d", a continuação das atividades da companhia, quando o número de sócios se tornava inferior ao previsto na legislação.

Na moderna legitimidade do anonimato, a regra de funcionamento se coaduna com o mínimo de 2 acionistas (art. 80, I); com a expressa previsão, na hipótese de redução a única acionista, o número legal será preenchido dentro de um ano.

Forte no aspecto sinalizado, o Código Civil, no artigo 1.033, IV, adota a necessidade de recomposição da pluralidade de sócios no prazo de 180 dias, enquanto a legislação argentina dispunha do prazo de três meses, na dicção do diploma nº 19.550, de 3 de abril do ano de 1972, artigo 94, nº 8, que evidenciava a situação concreta.

Com o advento da Lei n. 12.441/2011, endereçada à pessoa física, possibi-litou-se a constituição de empresa individual, dotada de personalidade jurídica e capital mínimo correspondente a 100 salários em vigor.

De sua feita, a disciplina da lei alemã, do ano de 1980, permite a constituição de limitada com apenas um sócio, o que conduz a tese, no sentido de que, reduzida a um sócio, a sociedade poderá ser reconstituída, não entrando em dissolução ou liquidação.

Destarte, na mesma direção, a Lei Francesa de 1985.

234. Contrato Simpli cado – No escopo de facilitar a constituição de sociedade limitada, dado que o modelo representa mais de noventa por cento das sociedades empresárias em atividade no país, o Departamento Nacional de Registro do Comércio (atual Departamento de Registro Empresarial e Integração), pela Instrução Normativa nº 22, de 5 de outubro de 1987,[18] criou modelo simpli cado, mediante cláusulas padronizadas, colimando organização das limitadas. O contrato simpli cado se reporta a um modelo impresso, adquirido em livrarias e papelarias, de que constam linhas destinadas ao preenchimento a cargo dos interessados. Expressa o modelo, o nome dos sócios, por extenso, data de nascimento, nacionalidade, estado civil, pro ssão, carteira de identidade, órgão expedidor, podendo ainda se referir ao CPF, endereço completo dos sócios, número de quotas, capital subscrito, capital integralizado, a integralizar, nome empresarial, gerentes e demais dados.

Efetivamente, a base de dados desse banco impresso seria quase completa, porque serviria de modelo ao conhecimento do público em geral e dos que mantêm algum negócio com a empresa.

Referido modelo veio a simpli car e desburocratizar a constituição da sociedade limitada, na sua feitura e arquivamento dos atos constitutivos das limitadas.

Hoje não vigora mais a Instrução Normativa nº 22, de 1987, do DNRC (atual DREI), substituída pela Instrução Normativa nº 37, de 24 de abril de 1991, mas o modelo de contrato simpli cado encerra nalidade prática, porque as alterações sobrevindas à legislação comercial, em pouco ou nada, afetaram o regime das limitadas; agora se posiciona a nova disposição do Código Civil, cuja diretriz é a de espelhar no espírito dessa empresa sua consecução do desenvolvimento e geração de riqueza.

235. Nome Empresarial. Firma ou Denominação – As sociedades limitadas podem usar a rma ou a denominação, na classi cação de seu modelo empresarial. Dentre os intangíveis, bens incorpóreos, ou imateriais, a disciplina está prevista no art. 1.158, em três parágrafos, de tal modo que a expressão limitada ou sua abreviatura se faz de rigor, sob pena de incorrer em responsabilidade solidária e ilimitada dos administradores que zerem uso da rma ou da denominação da sociedade.

Com relação à rma ela será composta com o nome de um ou mais sócios, desde que sejam pessoas físicas. Dessa maneira, se Pedro Humberto, José Araújo e Marcos Azevedo compuserem uma sociedade limitada, o nome empresarial poderá ser:

a) uma rma, contendo o nome de um, alguns ou todos os sócios, ou seja:

Humberto & Cia Ltda.
Humberto, Araújo & Cia. Ltda.
Humberto, Araújo e Azevedo Ltda.

b) uma denominação, isto é

Têxtil Brasil Ltda

ou

Empresa de Informática e Acessórios, sociedade limitada

A sociedade limitada não poderá ter a expressão companhia antecedendo a denominação, por ser peculiar à sociedade anônima. De tal arte, será irregular a denominação Cia. de Alimentos Brasil Ltda, não podendo a mesma ser arquivada no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns.

O elemento aferidor da sociedade é a denominação limitada junto à rma ou razão social, por extenso ou abreviadamente; se tal inocorrer, os administradores cam solidária e ilimitadamente responsáveis.

Constitui-se equívoco de alguns autores[19] dizer que a limitada pode, ao mesmo tempo, ter rma e denominação. A sociedade terá somente um nome social, quer rma ou denominação. Assim se escolher rma não terá a denominação e assim reciprocamente.

Exige o legislador que o nome do empresário se distinga de qualquer outro que já possua registro, por tal motivo deverá acrescer alguma designação que o diferencie.

Ao nosso ver, com retrocesso, o legislador impede que o nome empresarial possa ser objeto de alienação (art. 1.164) e ainda se o nome for do sócio retirante ou falecido, ainda excluído, cabe a alteração, não sendo conservado na rma social (art. 1.165, CC).

236. Capital e Quotas. Dispensa de Escritura Pública na Incorporação de Imóveis – O capital das sociedades limitadas será expresso em dinheiro, denominando-se a parte de cada sócio de quota. As quotas, conforme a legislação nacional, são distintas, não se incorporando, como acontece com as participações de um mesmo sócio para a constituição do capital da sociedade em nome coletivo. Sabemos que nesse tipo societário a entrada é feita pelo capital prometido e integralizado ou bens patrimoniais na operação de conferência. Parte da legislação estrangeira permite prestação acessória ou suplementar, isto é, a possibilidade de exigir a sociedade dos seus sócios importâncias superiores ao valor das quotas subscritas ou adquiridas, para fazer face a situação de di culdade pela qual atravessa a sociedade. A jurisprudência vinha entendendo ser plausível a prestação suplementar, prevista no contrato, para superar prejuízos sociais.

Estabeleceu-se a responsabilidade solidária dos sócios, pela exata estimação de bens conferidos, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade.

As quotas que representam o capital do sócio podem ser iguais ou desiguais, podendo ter uma ou diversas cada sócio.

Não existem quotas sem valor nominal, nem podem ser representadas por títulos circuláveis, como ocorre com as ações de companhias. Os valores das quotas são xados no contrato social, comprovando-se a participação pelo próprio contrato. Poderá haver condomínio de quotas, ou seja, serão possuídas por mais de uma pessoa, mas a

representação na sociedade será apenas por uma escolhida. Assim, somente o representante poderá exercer os direitos inerentes em caso de condomínio de quotas (art. 1.056, § 1º, CC).

Sendo omisso o contrato, poderá o quotista ceder sua participação total ou parcialmente, mas sempre a alguém que seja sócio, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social.

Há uma dicotomia, primeiro a imprevisão do contrato, segundo o *quorum* de mais de 1/4 do capital social anuindo à operação de transferência parcial ou total das quotas do sócio.

Somente produzirá efeitos a cessão e terá e cácia perante a sociedade e terceiros a partir da averbação do respectivo instrumento, com a subscrição dos sócios anuentes.

Como acontece com as sociedades em geral, e em especial com as anônimas, o sócio, ao constituir a sociedade, poderá conferir à mesma, em pagamento, de sua participação, bens em vez de dinheiro. Costumava-se exigir a formação da sociedade por escrito público, por envolver direitos reais (art. 134, CC de 1916, atual art. 215, CC de 2002).

Tivemos oportunidade de nos referir a essa orientação quando, há muito tempo, tratamos longamente das sociedades por quotas (nosso *Sociedade por Quotas no Direito Estrangeiro e Brasileiro*, Forense, 1960, vol. II, nº 134), destacando, na ocasião, que Carvalho de Mendonça a aceitava apenas "para evitar dúvidas".

As dúvidas persistiram, durante anos, perdurando até recentemente, de modo quase geral, a ideia de que, concorrendo o sócio com imóveis para o pagamento de suas quotas, a sociedade deveria ser constituída por escritura pública.

Contudo, atualmente, não se cogita mais da necessidade de constituição por instrumento público. De fato, a retrospectiva constitucional e os aspectos de incidência foram disciplinados em comandos próprios. Temos o art. 36, I, do Código Tributário Nacional, e o princípio da Lei Maior, art. 156, § 2º, que ditam regras no sentido da possibilidade de constituição, salvo quando a atividade ligada ao ramo imobiliário for preponderante.

Por sua vez, sabe-se que a *escritura pública* é exigida para certos atos apenas como uma garantia de que a manifestação da vontade das partes foi feita corretamente, tendo sido cumpridos os requisitos necessários para a validade do ato. O notário tem por função apenas ouvir e anotar nos seus livros aquilo que as partes convencionaram; e, por terem os notários *fé pública*, serão aceitas como verdadeiras, até prova em contrário, as declarações, extraídas dos seus livros, constantes das certidões por eles fornecidas (cf. nosso *Contratos e Obrigações Comerciais*, 6ª ed., nº 31, Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. VI, 1ª parte, nº 139; Claudio Martins, *Direito Notari*al, Imprensa Universitária do Ceará, 1974, p. 69). Daí dizer De Plácido e Silva que "a *fé pública* assenta, assim, na presunção legal da autenticidade dada aos atos praticados pelas pessoas que exerçam cargos ou ofícios públicos" (*Vocabulário Jurídico*, vol. II, p. 685).

Quando o Código Civil no art. 997 declara que a sociedade pode ser constituída por escritura pública ou particular, enumera, em cada hipótese, os requisitos que devam constar nos instrumentos.

No que concerne às sociedades anônimas, nas quais a lei permite sejam incorporados imóveis sem a escritura pública (art. 108 do CC) para a transmissão dos imóveis em geral, sabe-se que essas sociedades podem se constituir ou com subscrição *pública* do capital ou com subscrição *particular*. Na subscrição *pública*, constitui-se a sociedade por decisão da assembleia geral dos subscritores do capital (Lei das Sociedades Anônimas, art. 87); a constituição por subscrição particular também pode ser feita em assembleia (art. 88, § 1º). Em qualquer dos casos de constituição por deliberação da *assembleia*, entretanto, a ata dessa reunião deverá ser arquivada no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns, como instrumento probatório da autenticidade da constituição, cabendo ao Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns "examinar se as prescrições legais foram observadas na constituição da companhia" (art. 97), ou seja, fazendo o Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns papel idêntico ao do notário, ao lavrar uma escritura pública.

Também, havendo subscrição particular do capital, a sociedade anônima pode constituir-se por *escritura pública*; essa conterá os requisitos exigidos para a formação dos contratos das sociedades mercantis em geral (arts. 83 e 88, §

2º, da Lei das Sociedades Anônimas), devendo uma certidão da mesma escritura ser arquivada no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns (art. 96).

Em qualquer hipótese, desse modo, seja a sociedade anônima constituída por decisão da assembleia geral, seja por escritura pública, *os documentos de constituição devem ser arquivados no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns*; feito esse arquivamento, manda a lei (art. 98, § 2º) que "a certidão dos atos constitutivos da companhia, passada pelo Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns em que foram arquivados, será o documento hábil para a transferência, por transcrição no registro público competente, dos bens com que o subscritor tiver contribuído para a formação do capital social". Assim, constituindo-se a sociedade anônima por *escritura pública*, não é essa escritura que dá personalidade à sociedade, mas seu arquivamento no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns (Código Civil, art. 45); por isso, o documento que deve ser apresentado no registro de imóveis para a transferência dos bens do sócio *para a sociedade* (que só adquire personalidade com o arquivamento da escritura no Registro de Empresa) é *a certidão do Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns de que foram no mesmo regularmente arquivados os documentos constitutivos da companhia,* com o que essa, como pessoa jurídica, se torna capaz de ter um patrimônio próprio.

Idêntico procedimento, nos parece, pode ser aplicado às sociedades por quotas em que os sócios concorrem com imóveis para pagamento do capital subscrito, já que a Lei nº 8.934, de 1994, dispõe, em seu art. 64, que a certidão expedida pelos Registros de Empresas é o documento hábil para a transcrição, no registro competente, da transferência de bens com que o subscritor tiver contribuído para a formação ou aumento do capital social.

Essas as razões pelas quais julgamos que não se torna necessária a escritura pública para a constituição das sociedades por quotas em que sócios pagam suas contribuições para o capital com imóveis. Poder-se-ia, ainda, recorrer, se bem que este assunto seja mais polêmico, à aplicação ao caso do artigo 1.053, parágrafo único do Código Civil, segundo o qual podem ser aplicadas às sociedades limitadas as normas da Lei das Sociedades Anônimas naquilo que for regulado no contrato social ao ser constituída a sociedade. E a lei atual das sociedades anônimas, como foi visto, seguindo a orientação da anterior, estatui, no art. 89, que "a incorporação de imóveis para a formação do capital social não exige escritura pública".

237. Órgãos Sociais. Substituição e Exclusão dos Gerentes – Cuida a atual legislação dos órgãos sociais, administradores, podendo, como acontece na sociedade em nome coletivo, ser apenas um, e até mesmo pessoa estranha à qualidade de sócio, se houver previsão contratual (art. 1.061, CC).

A administração poderá ser individual ou plúrima, se competir a todos os sócios, consoante designação contratual ou em ato isolado (art. 1.060 do CC), lembrando que o próprio Projeto de Código de Obrigações, de 1965, não só permitia a nomeação por meio de ato em separado, como facultava que estranhos administrassem a sociedade, desde que houvesse aprovação unânime dos sócios, quando o capital não estivesse inteiramente integralizado, ou de votos correspondentes, no mínimo a três quartas partes do capital, se este estivesse integralizado.

Quando feita em ato separado a nomeação do administrador (art. 1.071, II, CC) demandará aprovação pelos votos correspondentes a mais de metade do capital social (art. 1.076, II, CC).

A sociedade poderá facultativamente estabelecer Conselho Fiscal, composto por três ou mais membros, e respectivos suplentes, sócios ou não, residentes no país, eleitos pela assembleia anual, a teor do art. 1.078 do CC.

Não se exige caução do administrador que poderá ser destituído de seu cargo, em qualquer tempo, mediante aprovação de titulares de quotas correspondentes, no mínimo, a dois terços do capital social, exceto disposição contratual em sentido diverso.

A hipótese assinalada se refere ao administrador nomeado no contrato, cuja dispensa exige *quorum* a ser formado pelos demais titulares das quotas, a m de se preservar maior harmonia e menor grau de insegurança.

Quando houver qualquer circunstância de não responder mais pela administração o interessado, surge a necessidade de averbação do ato no registro competente.

O uso da rma ou denominação social é privativo dos administradores que estejam no uso pleno dos poderes necessários.

Cabe ressaltar e deixar claro que a nomeação de administrador não sócio obedece ao *quorum* de 2/3 se integralizado o capital, e, acaso não esteja, da unanimidade dos sócios. Precisa assinar o termo de posse, dentro de 30 dias, sob pena de se tornar inócua a indicação.

Em todos os sentidos, buscou o legislador dar conotação pro ssional e de natureza empresarial à sociedade limitada, quer na sua constituição, sob a ótica de seu enraizamento, e principalmente frente à administração desvinculada da condição de sócio quotista.

A delegação da administração a pro ssional não sócio é princípio aceito no Direito Comparado e cria uma condição melhor de direcionamento do próprio negócio, na medida em que se prioriza a consecução de meta sem o entrechoque de interesse com a situação de quotista.

Considerando ainda a necessidade da elaboração de inventário, do balanço patrimonial e do balanço de resultado, ao término de cada exercício social, atribuiu o legislador maior responsabilidade ao administrador.

A exclusão de sócio quotista não é incomum, porém a destituição do administrador deve ser seletiva e criteriosa, sob pena de estabelecer um vazio gerencial e trazer sérios problemas à dinâmica da sociedade limitada.

Evidente que sendo o administrador não sócio responde pelo abuso, desvio ou excesso de poder, com seus bens particulares, daí por que a necessidade da sociedade se assegurar que o indicado tenha capacidade patrimonial, para eventual exercício de algum direito ou mesmo do regresso.

Modi cado o contrato, com a exclusão do administrador, pela deliberação dos sócios, não é necessária, no contrato alterado, a assinatura do administrador destituído.[20]

11V. sobre o assunto: Fran Marttns, *Das Sociedades por Quotas no Direito Brasileiro*, tese, Fortaleza, 1955; *Das Sociedades por Quotas no Direito Brasileiro e Estrangeiro*, Rio, Forense, 1960, 2 vols.; Villemor Amaral, *Das Sociedades Limitadas*, 2ª ed., Rio, 1938; Waldemar Ferreira, *Sociedade por Quotas*, 5ª ed., São Paulo, 1925; Sílvio Marcondes Machado, *Ensaio sobre a Sociedade de Responsabilidade Limitada*, São Paulo, 1940; Oliveira e Silva, *Sociedades por Quotas de Res-*

ponsabilidade Limitada, Rio, 1947; Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, *A sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*, 2 vols., Rio, 1956; Egberto Lacerda Teixeira, *Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, São Paulo, 1956; Júlio Santos Filho, *Sociedade Limitada*, tese, Rio, 1955. Mais recentemente: O D. Don, *Sociedade por Quotas e o Registro do Comércio*, Porto Alegre, Liv. Ed. Porto Alegre, 1976; Nelson Abrão, *Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*, 8ª ed., Saraiva, 2000, além de capítulos esparsos em cursos ou tratados de Direito Comercial brasileiro.

12A respeito da nova lei alemã sobre as sociedades de responsabilidade limitada, v. Dr. Berttittittillmann, *Gmbh-Gesetz'81*, Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt, Köln, 1981; Dr. Marttn Peltzer e Jermyn P. Brooks, *German Law Pertaining to Companies with Limited Liability*, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 1981.

13Além dos estudos citados, v. o texto da Lei nº 85.697, de 11 de julho de 1985, no *Dossi*er do *Lamy – Droit de l'entreprise*, fevereiro de 1986, p. 39. E mais: CREDA. *L'Entreprise Personnelle*, 2 vols., Litec. 1978; J. Hugot e J. Richard, *Les Sociétés Unipersonnelles*, Litec. 1986; e Maurice Cozian e Alain Vilandier, *Droit des Sociétés*, Litec. 1987, *passim*.

14No Brasil não há número máximo de sócios nem importância mínima de capital, como acontece na Argenttna, França e Alemanha, p. ex.

15Waldemar Ferreira, *Sociedade por Quotas*, p. 21.

16Júlio Santos Filho, *Sociedade Limitada*, pp. 77 e segs.

17O Projeto de Código de Obrigações de 1965 regulava a sociedade por quotas, a que dava simplesmente – como o zeram Inglês de Souza e os des. Florêncio de Abreu nos seus *Projetos* – o nome de *sociedade limitada*, nos arts. 1.189 a 1.212. Dispondo sobre a

responsabilidade dos sócios, resolveu o Projeto a pendência a que se alude no texto resultante da má redação do art. 2º do Dec. nº 3.708, de 1919. De acordo com o Projeto (art. 1.189), "na sociedade limitada a responsabilidade dos sócios é solidária, mas restrita à totalidade do capital social *enquanto não integralizado*. Idênttca orientação adotou o Código Civil Atual, regulando as sociedades por quotas, a que chama de *limitadas*, nos arts. 1.052 a 1.058, com profundas modi cações na estrutura dessas sociedades. Se esse Projeto for nalmente transformado em Lei, conservando a redação atual, naturalmente não haverá mais razão para que conservemos o ponto de vista exposto no texto, que é o mesmo dos nossos livros *A Sociedade por Quotas no Direito Brasileiro* e *Sociedades por Quotas no Direito Brasileiro e Estrangeiro*. E nalmente ter-se-á dado à responsabilidade dos sócios nessas sociedades a justa extensão que a mesma deveria ter ttdo quando da elaboração e promulgação do Dec. nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919.

18A Instrução Normattva nº 22/87 foi revogada pela Instrução Normattva nº 37, de 24 de abril de 1991, sendo o modelo simpli cado manttdo.

19Villemor Amaral, *Das Sociedades Limitadas*, pp. 105 e segs.

20Sobre o assunto, v. nosso *Parecer* com o tttulo "A exclusão de Sócio nas Sociedades por Quotas", em nosso *Direito Societário*, Forense, 1984, no qual a matéria é estudada com detalhes. V., igualmente, o Parecer nº 229/83 da Divisão Jurídica do Departamento Nacional do Registro de Comércio, aprovado pelo diretor-geral, no senttdo do texto.

XXV
DISSOLUÇÃO DAS SOCIEDADES CONTRATUAIS

238. Conceito de Dissolução – Compreende-se por dissolução da sociedade o procedimento de sua extinção e consequentemente da pessoa jurídica. Tendo existência a partir do arquivamento do contrato social no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns, está preparada à realização do seu objetivo, independentemente dos sócios componentes, durante todo o prazo para o qual fora constituída. Sua atuação se faz sentir, nesse tempo, como sujeito de direitos, podendo, de tal maneira, obrigar-se a praticar os atos que se tornarem precisos para a consecução do m social almejado.

No entanto, a sociedade poderá desaparecer naturalmente, com o término de seu prazo determinado de previsão, ou por causas supervenientes que impeçam sua continuidade, na vigência do contrato. Deverá, por tal ângulo, dissolver-se, com a extinção da pessoa jurídica e todos os vínculos contratuais que mantiveram unidos os sócios.

239. Normas Legais Relativas à Extinção da Pessoa Jurídica – Regrada a hipótese de extinção da pessoa jurídica, previstas antigamente nos artigos 335 a 353 do Código Comercial, naquela percepção de sociedade de pessoas ou contratuais. A legislação sobre sociedade por ações pormenorizou melhor as hipóteses disciplinando as causas de dissolução.

No atual Código Civil, a norma está amplamente estabelecida no artigo 1.033, e respectivos incisos, com a ressalva de ser feita a liquidação judicial em algumas circunstâncias.

Não há se cogitar regra *numerus clausus* versando a dissolução, eis que o contrato pode encerrar nova realidade a esse respeito, porém ela acontecerá na esfera interna ou judicialmente.

Cuidou o Código, em primeiro lugar, da dissolução de sociedades; em seguida abraçou a liquidação do seu patrimônio e a partilha dos lucros entre os sócios. Entretanto, tal não acontece. A dissolução das sociedades é um período durante o qual se projeta a real mudança de etapas, com a paralisação das atividades comuns. Há doutrina que sinaliza tal como "período agônico da sociedade", pois, na verdade, enquanto eles se veri cam, a sociedade ainda sobrevive, mas não efetua suas atividades normais, por tal senso agoniza. A pessoa jurídica, porém, só deixa de ter existência quando satis zer a sociedade todos os seus compromissos para com terceiros e partilha entre os sócios dos lucros remanescentes.

Uma das falhas mais críticas que podemos anotar diz respeito à dissolução da sociedade na hipótese de quebra (art. 1.044), sendo empresária; tal raciocínio não se coaduna com o espírito moderno da legislação que excepciona a circunstância, e permite a recuperação como termômetro de reorganização da sociedade.

Ademais, forçoso dizer que, sob a égide da revogada disciplina do Decreto-Lei nº 7.661/45, excepcionalmente a continuação do negócio era plausível e não determinava *ipso facto* a dissolução da sociedade, mas com a vigente Lei nº 11.101/05 o que se pretende é muito diferente, a recuperação empresarial como norte e a quebra seria exceção à regra.

240. Fases da Extinção da Pessoa Jurídica – Desenvolvem-se fases e etapas autônomas que levam à extinção da pessoa jurídica e que devem ser observadas para que o processo de dissolução aconteça. As fases, pois, se referem à liquidação do patrimônio social, a partilha dos lucros. Ato contínuo à liquidação do patrimônio social e partilha do remanescente entre os sócios, a sociedade poderá ser considerada dissolvida.

O antigo Código Comercial não per lhou respectiva ordem, antepondo a dissolução à liquidação e partilha.

Entretanto, para que se dissolva a sociedade é fundamental a existência de causas relativas ao estado de coisa. A dissolução da sociedade para a extinção da pessoa jurídica é, assim, o efeito dessas causas. Não estão as causas de

dissolução compreendidas no período de extinção da sociedade, pois se cuida decorrência delas. Contudo, são fatos necessários para que se opere a dissolução. Inocorrendo, as sociedades não se extinguem, pois é sabido que não pode existir efeito sem causa.

Regra geral a dissolução incide nas sociedades dotadas de personalidade jurídica; no entanto aquelas que somente têm o contrato, consideradas em comum, também podem ser dissolvidas, no interesse dos sócios ou por decisão judicial.

241. Natureza Jurídica da Sociedade em Dissolução – O Código Civil declara que em todas as hipóteses a sociedade deve continuar, exclusivamente para que sejam ultimados as negociações pendentes. Não existirão novas negociações, porém respondem pelos compromissos assumidos, pois, na realidade, a pessoa jurídica ainda está viva.

Contempla o artigo 1.102 do Código Civil que, uma vez dissolvida a sociedade e nomeado liquidante, procede-se à sua liquidação, de acordo com sua disciplina, excetuando-se dispositivos contratuais ou no próprio instrumento de dissolução.

Interessante notar que o custo burocrático da dissolução leva um número elevado de micro e pequenas empresas ao irregular desaparecimento, contando ainda na impossibilidade de extinção se existente dívida scal ou de natureza tributária.

242. Causas de Dissolução das Sociedades Contratuais – Diversas causas ensejam a dissolução das sociedades contratuais. A lei destaca algumas, que não são exaustivas, porque podem vir disciplinadas no contrato ou no interesse dos sócios e da própria companhia, daí sinalizar o art. 1.033 do Código Civil:

> "Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:
>
> I – o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por prazo indeterminado;
>
> II – o consenso unânime dos sócios;
>
> III – a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado;
>
> IV – a falta de pluralidade de sócios, não reconstttuída no prazo de cento e oitenta dias; V – a exttnção, na forma da lei, de autorização para funcionar
>
> Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV caso o sócio remanescente, inclusive na hipótese de concentração de todas as cotas da sociedade sob sua tttularidade, requeira, no Registro Público de Empresas Mercantts, 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".

A dicção redacional do parágrafo único, insta salientar, proveio do diploma normativo nº 12.441/2011, permitindo, com isso, a continuidade da atividade empresarial sob a roupagem única do sócio remanescente, implementando a transformação e seu registro na Junta Comercial.

De seu turno, dispõe o artigo seguinte:

> "Art. 1.034. A sociedade pode ser dissolvida judicialmente, a requerimento de qualquer dos sócios, quando:
>
> I – anulada a sua consttuição;
>
> II – exaurido o m social, ou veri cada a sua inexequibilidade".

Ademais, pode o contrato prever outras causas de dissolução, as quais serão veri cadas judicialmente, quando forem contestadas, de acordo com o art. 1.035 do Código Civil.

Existem causas que se traduzem na dissolução de pleno direito e outras pela via judicial. Nas sociedades contratuais, o mecanismo se denomina dissolução consensual.

243. Causas que Operam a Dissolução de Pleno Direito – Dissolução de pleno direito é a que se consubstancia independente da vontade dos sócios, sem que haja interferência do juiz. A pessoa jurídica será extinta em razão da ocorrência da causa; perdura, apenas, durante o período em que se processam os atos necessários a essa extinção, ou seja, durante a liquidação do patrimônio e a partilha remanescente entre os sócios.

As causas que disciplinam a dissolução de pleno direito, na verdade, são todas aquelas acima mencionadas, e previstas no artigo 1.033 do Código Civil.

A expiração do prazo de duração provoca a dissolução de pleno direito[21] porque, ao estabelecerem os sócios, no pacto social, um prazo para a vigência da sociedade, estão a determinar o tempo de sua vida. A pessoa jurídica se autonomiza com o arquivamento do contrato no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns, mas essa autonomia ca restrita à vigência do ato constitutivo da sociedade. Assim, decorrido o prazo para o qual a sociedade foi constituída, não pode mais continuar as suas atividades, já que o consentimento dado pelos sócios, no contrato, foi limitado apenas àquele período. Deve, portanto, a sociedade extinguir-se uma vez decorrido esse prazo, pois ela foi constituída apenas para vigorar no mesmo.

Poderão, no entanto, os sócios, antes do término do prazo determinado da sociedade, prorrogar-lhe a vida, se um aditivo ao contrato se zer nesse sentido. Em tal situação, não estando completado o prazo de sua permanência, a pessoa jurídica continua a mesma, pois a prorrogação foi feita antes de ter ela atingido o termo nal de sua existência. No entanto, sucedida a prorrogação após o prazo, tem-se uma outra pessoa jurídica, já que a sociedade cou funcionando durante o tempo que vai da data da expiração do prazo à data do novo contrato, de modo irregular, uma vez que a sua vida se esgotara e os sócios propugnaram prazo certo.[22]

O consenso entre os sócios unanimemente provoca a dissolução, eis que não há con ito e a vontade colegiada ruma para o m da pessoa jurídica.

Não recomposta a pluralidade de sócios, dentro do prazo de 180 dias, de forma semelhante a sociedade será dissolvida, eis que no Direito Brasileiro somente pode funcionar a sociedade com o mínimo de 2 sócios, e a falta de veri cação desse número, no prazo previsto, acarreta a extinção da pessoa jurídica.[23]

É fundamental assinalar que, com a entrada em vigor da Lei nº 12.441/2011, tornou-se possível a constituição da empresa individual, revestida de personalidade jurídica, que enseja concluir a sua forma originária de constituição, ou derivada, mediante regularização na Junta Comercial.

Poderá a maioria absoluta, na sociedade por prazo indeterminado, deliberar sua dissolução, na expectativa da manifestação dos sócios e a concretização desse objetivo.

Com a vedação da alienação do nome empresarial, e a falta de interesse de preencher a sociedade com novo sócio, ante o falecimento acontecido, tem-se uma situação que merece observação. Na verdade, pois, uma boa empresa estará fadada à extinção e seus intangíveis à liquidação, frente à impossibilidade de negociação estipulada.

Cogita-se, ainda, da extinção e dissolução da sociedade, quando não conseguir alcançar o seu objeto social e ainda estiver exaurido o m social para o qual se propôs. Referido exaurimento leva a impressão do caráter transitório da sociedade que se constitui para alcançar um determinado propósito.

A inexequibilidade signi ca a implausibilidade da consecução do seu objeto social por motivos e circunstâncias do negócio, e, para que não haja maior prejuízo, a alternativa é a própria dissolução.

Em todos os motivos e diante das causas que se apresentam, destinadas à dissolução, a etapa será perseguida, com o escopo da liquidação e solução de qualquer pendência existente.

244. Causas que Operam a Dissolução Judicial – Causas outras existem que operam a dissolução judicial da sociedade, ou seja, a sua extinção em virtude de sentença judicial, por intermédio de processo litigioso. As causas que

vinham dissecadas no revogado Código Comercial fazem parte do artigo 1.034, incisos I e II, do Código Civil em vigor.

Necessário ponderar que a retirada do sócio, por si só, não confere o direito à extinção e sim à dissolução parcial da sociedade, com apuração de haveres e levantamento de balanço especial visando normalizar a vida societária.

Para que se concretize a dissolução judicial, torna-se de rigor que alguns sócios, ou terceiros, requeiram ao juiz, já que ela não sucede de pleno direito.

Dentre as causas de dissolução judicial da sociedade, podemos mencionar:

a) Falência da sociedade (art. 1.044 do CC) A sociedade empresária se dissolve pela decretação de sua falência, que pode representar apenas a impontualidade ou estado de insolvabilidade, podendo partir a iniciativa do credor ou do devedor, no caso de autofalência.

Decretada a quebra, normalmente, a sociedade se dissolve, mas a pessoa jurídica não se extingue de imediato. De fato, os sócios, a princípio, não são considerados falidos, assim se ele zer parte de diversas sociedades, falindo uma delas, as outras não serão dissolvidas, pois os sócios apenas se sujeitam aos efeitos da falência, mas não são reputados falidos, segundo a lei do rito falimentar.

b) Pelo exaurimento de seu m social. Quando a sociedade alcança o seu objetivo para o qual fora constituída, para um ou vários negócios, não se evidencia mais a necessidade de sua manutenção, corroborando a tese de sua extinção, via dissolução, pelo interesse manifesto dos sócios destinado ao juízo que proferirá decisão.

c) Quando houver inexequibilidade do objeto social. Na sua percepção, a sociedade contempla um objeto social que faz parte do seu código de vida, daí por que se tornar impossível atingir a meta traçada e alcançar o desiderato preconizado, evidente haverá um aspecto que se liga à inexequibilidade nela disposta.

A inviabilidade poderá ser contingência do mercado ou aspecto de ajuste entre os sócios, decorrendo a necessidade de sentença judicial que aborde o assunto e ponha à vida em sociedade, na dicção do seu caráter empresarial.

d) Previsão contratual expressa. O contrato constitutivo da sociedade empresária poderá dispor de outras hipóteses de dissolução, as quais serão melhor analisadas por força da contestação lançada no procedimento; isso implica dizer que há uma variante e uma demonstração da realidade constatada internamente, que será levada a juízo para discussão.

Admitamos um con ito de interesse entre sócios, derivado da participação em outra sociedade, cujo mercado necessita de um produto padronizado, e para se atingir o escopo a empresa precisa terceirizar, mas não conta com boa mão de obra, ou tecnologia, e a perda gradual de clientes mostra a sua impossibilidade de conservação.

O leque das disputas judiciais endereçadas à dissolução não devem acobertar problemas simplesmente domésticos, ou que visam eliminar toda a sorte de responsabilidade, mormente trabalhista e scal.

e) Abuso, violação do contrato, da lei, do cumprimento das obrigações. Alguns motivos aparentes podem seguramente ensejar a dissolução da sociedade pela quebra da *affectio societatis* e do convívio harmônico entre os sócios. Caberá ao magistrado o exame do caso concreto, a m de se cogitar a falta de condições para que a sociedade prossiga. Na realidade, ao juiz compete julgar o mérito da matéria. Já dizia Clóvis Beviláqua[24] que simples desinteligência entre os sócios não é motivo su ciente para a dissolução forçada; mas a jurisprudência, sobre o mesmo assunto, acrescentava que, quando as desinteligências entre os sócios são de tal vulto que impedem a continuação da sociedade, constituem causa de dissolução, " cando ao critério do juiz veri car se essas desinteligências são ligeiras ou constituem incompatibilidade absoluta".[25] É, assim, o juiz que deve examinar as razões apresentadas para a

dissolução, tendo sempre em vista que a sociedade deve estar acima dos interesses particulares dos sócios, pois a sociedade tem papel relevante na coletividade, já que vive a assumir obrigações para com terceiros que, de forma alguma, devem ser prejudicados na sua boa-fé.

245. Dissolução Consensual – Havendo consenso entre os sócios, pela maioria absoluta, ou unanimidade, em outros casos, a sociedade poderá ser dissolvida. Não será preciso o decurso do prazo de sua duração, eis que no caso em comento se faria pela vontade prevalente dos sócios. Enquanto a retirada do sócio alcança motivação, a extinção da sociedade e sua dissolução pode estar forrada na decisão colegiada entre eles. Efetivamente, podem antecipar a dissolução, antes do prazo determinado, e nas condições ditadas tem-se a ocorrência do norte consensual, uma vez que se funda no acordo de vontades entre os sócios.

246. Liquidação do Patrimônio Social – O Capítulo IX do Código Civil estabelece o procedimento afeto à liquidação da sociedade, cujas diretrizes precipuamente visam minorar o distanciamento e impor ao liquidante disciplina e responsabilidade. De fato, acontecendo a dissolução da sociedade, não desaparece instantaneamente a pessoa jurídica, mas medeará período destinado à sua extinção. Ficam prejudicadas as negociações de atribuição normal, prosseguindo-se as iniciadas para serem ultimadas. A pessoa jurídica perdura, mas a sociedade terá que promover o processo extintivo das suas obrigações. Entra ela, então, no período de liquidação, realizando o seu ativo e satisfazendo o passivo.

A liquidação poderá ser feita amigável ou judicialmente. A primeira se reporta à vontade dos sócios na deliberação de comum acordo. Se houver dessintonia entre os sócios, torna-se imprescindível recorrer ao juiz; nessa hipótese, a liquidação do patrimônio tomará o norte judicial.

Na liquidação amigável será obedecido aquilo estabelecido no pacto contratual; se nada dispuser seguirá o previsto no art. 1.103 do Código Civil. Em se cuidando de liquidação judicial, o juiz nomeará o liquidante, e, não sendo administrador da sociedade, investir-se-á nas suas funções, averbada a nomeação no registro próprio.

Cabe ao liquidante representar a sociedade e praticar todos os atos considerados indispensáveis à sua liquidação, inclusive de alienação de imóveis, móveis, transigir, dar e receber quitação (art. 1.105 do CC).

247. Liquidante – O liquidante será o órgão da pessoa jurídica durante o intervalo de tempo que pratica os atos destinados à sua extinção. Perdura a pessoa jurídica, a sociedade continua com o mesmo nome – rma ou denominação. Acrescido, porém, da expressão – em liquidação. Esse nome social será utilizado pelo liquidante todas as vezes que tiver de assinar como órgão da sociedade.

Na dicção sinalizada, a responsabilidade do liquidante decorre dos atos praticados e dos encargos assumidos, durante seu período de gestão, prestando contas e atendendo qualquer solicitação do juízo, para que os trabalhos transcorram sob a égide da absoluta normalidade.

Compete ao liquidante na qualidade de seus deveres:

I – averbar e publicar a ata, sentença ou instrumento de dissolução da sociedade;

II – arrecadar os bens, livros e documentos da sociedade, onde quer que estejam;

III – proceder, nos quinze dias seguintes ao da sua investidura e com a assistência, sempre que possível, dos administradores, à elaboração do inventário e do balanço geral do ativo e do passivo;

IV – ultimar os negócios da sociedade, realizar o ativo, pagar o passivo e partilhar o remanescente entre os sócios ou acionistas;

V – exigir dos quotistas, quando insu ciente o ativo à solução do passivo, 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, repartindo-se entre os sócios solventes e na mesma proporção o devido pelo insolvente;

VI – convocar assembleia dos quotistas, cada seis meses, para apresentar relatório e balanço do estado da liquidação, prestando conta dos atos praticados durante o semestre, ou sempre que necessário;

VII – confessar a falência da sociedade e pedir a concordata, de acordo com as formalidades prescritas para o tipo de sociedade liquidanda;

VIII – nda a liquidação, apresentar aos sócios o relatório da liquidação e as suas contas nais;

IX – averbar a ata da reunião ou da assembleia, ou o instrumento rmado pelos sócios, que considerar encerrada a liquidação.

O liquidante poderá ser destituído em caso de negligência no cumprimento do dever se retardar injusti cadamente o processo e se proceder com dolo ou má-fé ou se tiver interesses contrários aos da liquidação. A destituição poderá ser feita pelos sócios, ou pelo juiz, a requerimento desses ou *ex of cio*.[26] Terminada a liquidação do patrimônio social, com a liquidação do patrimônio, realizado o ativo e o pagamento do passivo, apresentará o liquidante o relatório da liquidação e as suas contas nais.

248. Partilha – Uma vez pago o passivo e partilhado o remanescente, convocará o liquidante assembleia dos sócios para a prestação nal de contas (art. 1.108 do CC). A *partilha* será feita proporcionalmente à quota de capital de cada sócio, se de outra forma não foi pactuado no contrato social. Existindo no acervo da sociedade bens que não foram vendidos, poderão os sócios tomá-los a si, a aprazimento dos outros, mediante avaliação, que poderá ser feita amigável ou judicialmente. Com a partilha dos lucros líquidos entre os sócios, chega-se à fase nal do processo de extinção da sociedade, só então desaparecendo a pessoa jurídica, com o arquivamento do ato de dissolução no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns.

249. Extinção da Pessoa Jurídica – A pessoa jurídica se extingue feita a partilha dos lucros líquidos aos sócios, após a liquidação. Enquanto esta se realiza, o patrimônio liquidando pertence à pessoa jurídica e responde pelas obrigações por ela assumidas. Os terceiros que tenham interesses na sociedade serão satisfeitos por esse patrimônio, observando-se dívidas vencidas e vincendas, para efeito de desconto (art. 1.106 do CC), mas se houver insu ciência, o aporte das contribuições dos sócios será exigido pelo liquidante.

O ato de dissolução da sociedade deve ser arquivado no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns. Em se cuidando de dissolução consensual, esse ato será um novo contrato, chamado distrato. Sendo a dissolução judicial, a sentença que a declarou deverá ser arquivada. Nas dissoluções de pleno direito é de seguir-se a lição de Carvalho de Mendonça:

"Se se trata da dissolução de pleno direito, enquanto a lei não a exija, a declaração do fato no Registro de Comércio e a sua publicação parecem-nos também indispensáveis. É em todo caso útil cautela que se não deve desprezar. Se o contrato arquivado avisa a terceiros o dia da dissolução da sociedade, não denuncia os outros casos acidentais da dissolução *pleno jure*".[27]

21O Projeto de Código de Obrigações admitta que a sociedade podia deixar de se dissolver vencido o prazo de duração "quando, sem oposição de sócio, deixa de entrar em liquidação, caso em que se prorroga por tempo indeterminado". O Código Civil atual manteve o princípio, no arttgo 1.033, inciso I.

22A Lei nº 8.934, de 1994, é taxattva neste senttdo, estabelecendo (art. 35, IV) que não pode ser arquivada "a prorrogação do contrato social, depois de ndo o prazo nele xado".

23O Projeto de Código de Obrigações dispôs diferentemente, estabelecendo que (art. 1.165), "no caso de morte de sócio, liquidar-se-á a sua quota, salvo:

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 substttuição do sócio falecido".

O Código Civil disciplina o tema no art. 1.033, IV, referente à recomposição societária.

24Clóvis Beviláqua, *Soluções Práttcas de Direito*, vol. II, p. 233.

25Corte de Apelação do Distrito Federal, acórdão de 11 de maio de 1933.

26Veja o vetusto Código Comercial, arts. 345 e 346.

27Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. III, p. 813.

Capítulo Oitavo

SOCIEDADES POR AÇÕES

XXVI
SOCIEDADE ANÔNIMA

a) Características e natureza

250. Conceito – Hospedada no contrato plurilateral na doutrina de Tullio Ascarelli, a sociedade anônima é a sociedade na qual o capital é dividido em ações, limitando-se a responsabilidade do sócio ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas. Referidas sociedades têm um modo de constituição próprio e o funcionamento está condicionado às normas estabelecidas na lei ou no estatuto. Consideram-se sociedades institucionais ou normativas e não contratuais, uma vez que nenhum contrato liga os sócios entre si. O tipo da sociedade anônima tem regulamentação por leis especiais. A propósito o Código Civil, artigos 1.088 e 1.089, respectivamente.

251. Sistema Legal – O Código Comercial regulava, nos arts. 295 a 299, a constituição e o funcionamento das sociedades anônimas, a que dava o sinônimo de *companhias*. De acordo com os princípios do Código, essas sociedades eram designadas pelo objeto ou empresa a que se destinavam, não possuindo rma social. Eram administradas por mandatários revogáveis *sócios* ou *não*, e só podiam constituir-se por tempo determinado. Para a sua constituição, necessitavam da autorização do Governo, sendo que esta autorização dependia da aprovação do Poder Legislativo quando a sociedade tinha que gozar algum privilégio. Poderiam ser provadas por escritura pública, pelos seus estatutos ou pelo ato do Governo que autorizava o seu funcionamento (art. 295).

A escritura de constituição, estatuto e ato de autorização governamental para a constituição da sociedade deveriam ser inscritos no Registro de Comércio, antes do funcionamento da sociedade, só podendo o prazo desse funcionamento ser prorrogado mediante aprovação do Governo e nova inscrição no Registro de Comércio (art. 296). O capital era divido em *ações*, que poderiam ser subdivididas em frações; as ações constariam ou de títulos ao portador ou se comprovariam mediante inscrição no registro da sociedade; em tal caso, a cessão da ação necessitava de *termo* nos registros da sociedade, assinado pelo proprietário da ação ou por procurador com poderes especiais, salvo se a ação fosse executada judicialmente, quando a sua transferência se faria mesmo sem essa assinatura (artigo 297).

Estabelecia ainda o Código que os sócios das companhias ou sociedades anônimas não eram responsáveis senão pelas importâncias com que entrassem para as mesmas (art. 298), respondendo, no entanto, os seus administradores e diretores, pessoal e solidariamente, pelas obrigações assumidas pela sociedade até o momento da inscrição do seu título constitutivo no Registro de Comércio (art. 299).

Desde que entrou em vigor o Código Comercial, várias leis modi caram os dispositivos relativos às sociedades anônimas. A autorização governamental, que era um empecilho para a constituição das sociedades, di cultando-a grandemente, foi supressa pelo Dec. nº 3.150, de 4 de novembro de 1882, seguindo, assim, nossa lei a orientação do Direito francês, no qual, pela lei de 24 de junho de 1867, que regulamentou as sociedades comerciais, foi revogado o art. 37 do Código de Comércio, dispositivo que determinava a obrigatoriedade da autorização governamental para a constituição das sociedades anônimas. Outras modi cações foram introduzidas nas sociedades anônimas brasileiras, até que o Dec. nº 434, de 4 de junho de 1891, consolidou todas as disposições legislativas e regulamentares sobre as

mesmas, passando, daí por diante, a ser a lei básica da matéria. Posteriormente, o Dec. nº 434 foi revogado pelo Dec.-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, que traçou as normas regulamentares para a constituição e funcionamento das sociedades anônimas. Esse Decreto-Lei, muito avançado para a época, vigorou até 15 de fevereiro de 1977, tendo sido revogado, em parte, pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, posteriormente alterada pelas Leis nos 9.457, de 5 de maio de 1997, 10.303, de 31 de outubro de 2001 e 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e, mais recentemente, pelas Leis nos 11.941, de 27 de maio de 2009 e 12.431, de 24 de junho de 2011.

O Dec.-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, quando de sua publicação, e mesmo até alguns anos depois, mostrou-se satisfatório para atender às necessidades gerais do comércio, como instrumento de uma empresa com objetivo mais amplo. Desenvolvendo-se, entretanto, o país, veri cou-se que as regras contidas na Lei das Sociedades Anônimas, Dec.-Lei nº 2.627, não atendiam mais às necessidades da época, mostrando-se de ciente em vários setores, notadamente nos que se referiam à proteção das minorias e no que dizia respeito ao mercado mobiliário, quase inexistente entre nós quando a lei foi promulgada, tendo depois franco desenvolvimento. Assim, várias tentativas foram feitas para que se substituísse a Lei das Sociedades Anônimas por uma outra, mais atual. Essas tentativas culminaram com um Anteprojeto de lei, encomendado pelo Governo, revogando o Dec.-Lei nº 2.627, e regulando melhormente as sociedades anônimas, com princípios mais consentâneos com a realidade brasileira, com o aproveitamento, em parte, de normas das mais modernas legislações sobre a matéria, inclusive do Direito americano. O Anteprojeto, de autoria dos professores Alfredo Lamy Filho e José Luís Bulhões Pedreira, com várias modi cações no texto original, constitui-se em Projeto (*Projeto de Lei* nº 2.559, de 1976) do Poder Executivo, enviado ao Congresso, através da Mensagem nº 204, de 2 de agosto de 1976, e esse, nalmente, em Lei, que teve o nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, alterada pela Lei nº 9.457, de 05.05.1997, posteriormente, pela Lei n° 10.303, de 31.10.2001, e 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e, mais recentemente, pelas Leis nos 11.941, de 27 de maio de 2009 e 12.431, de 24 de junho de 2011.

252. Histórico – A origem das sociedades anônimas tem sido discutida, procurando alguns autores encontrar o seu ponto de partida nas associações dos credores do Estado, existentes na Idade Média, e outros nas sociedades holandesas, fundadas em princípios do século XVII, para a exploração de terras ultramarinas. Qualquer que seja a sua origem, contudo, é de notar-se que traços característicos das sociedades anônimas já eram encontrados nas associações navais da Idade Média, ou seja, nas associações formadas por pessoas que desejavam construir e explorar o navio, para o que este era dividido em partes iguais, livremente cessíveis pelos seus proprietários. Estes tinham a sua responsabilidade limitada ao valor do navio, sendo as associações navais muito difundidas no Mediterrâneo, conhecido o seu contrato com o nome de *colonna*. A *Tábua Amal tana*, compilada no ano de 1131, regulava esse contrato, e o *Consulado do Mar* especi ca o princípio da responsabilidade dos sócios nessas associações. Em tais condições, pode-se dizer que nas associações navais já são encontrados princípios que mais tarde caracterizarão as sociedades anônimas, se bem que aquelas não constituam verdadeiras sociedades.

Mais tarde, já nos ns da Idade Média, grandes capitalistas costumavam fazer empréstimos aos Estados, para a realização de obras públicas, recebendo dos mesmos o direito de cobrar impostos, a m de com eles se pagarem os juros dos empréstimos. Para melhor fazer essa cobrança, os credores do Estado se reuniam em associações que tinham o nome de *mons, mossa* ou *maona*, constituindo o valor do empréstimo de cada associado a sua quota para o capital da sociedade. O total do capital era dividido em partes de igual valor, podendo essas ser negociadas pelos seus possuidores. A responsabilidade dos sócios era limitada apenas à importância com que entravam para o capital, ou seja, ao valor do seu empréstimo.

Não tinham essas sociedades o caráter comercial, pois a parte que cada credor recebia correspondia apenas ao juro do seu empréstimo, constituindo, desse modo, uma renda. Uma dessas sociedades, denominada *Casa de São Jorge*, fundada na cidade de Gênova, foi, em 1407, transformada em *Banco de São Jorge*, passando a ter ns especulativos e, desse modo, caracterizando-se como sociedade comercial. Os títulos de renda tomaram o caráter de

ações, passando os seus possuidores a perceber, não os *juros* dos empréstimos que haviam feito, mas *lucros* ou *dividendos* obtidos pelas transações do banco. Em 1419, o Banco de São Jorge passou a possuir estatutos regulando os direitos e obrigações dos sócios, o modo de administração e a eleição dos administradores (*conselho geral*), revestindo-se, assim, de características de verdadeira sociedade anônima.

Quando, no começo do século XVII, se organizaram em vários países da Europa sociedades para a exploração das terras ultramarinas recentemente descobertas – sociedades que, na Holanda, tiveram seu maior desenvolvimento, visto ser esse país, àquela época, uma das maiores potências navais –, foram adotados os princípios já existentes no antigo Banco de São Jorge, ou seja, a limitação da responsabilidade dos participantes das empresas apenas às importâncias com que concorriam para as companhias e a livre cessão dessas partes sociais. O capital de tais companhias era dividido em ações.

A primeira sociedade que se formou, para essa exploração, foi a Companhia Holandesa das Índias Ocidentais, no ano de 1602, a ela se seguindo inúmeras outras, não apenas na Holanda como em vários países. O capital era coletado entre o povo, e uma nota de destaque é a in uência exercida pelo Governo na criação dessas sociedades. Na realidade, constituía *privilégio* governamental a licença para a criação de uma dessas sociedades, dependendo, assim, da vontade do governante, sendo que sem a outorga a sociedade não se podia constituir. O Governo assegurava vários favores às companhias de exploração de novas terras, já que o Estado estava economicamente interessado na sua existência. Mas, o fato econômico logo se transformou num fato jurídico, passando o Governo a traçar normas para o funcionamento e constituição das companhias ultramarinas. Vigorou o regime de constituição das companhias de exploração ultramarina mediante *privilégio* até a promulgação do Código francês de 1808, quando essas sociedades foram admitidas como verdadeiras sociedades comerciais, passando o seu funcionamento e constituição a representar não mais um *privilégio*, com estatutos outorgados pelo poder público, mas uma *concessão*, dependendo, assim, a sua criação, apenas de uma permissão do Governo. Esses princípios de autorização vigoraram até 1867, quando, veri cando as desvantagens existentes com a concessão governamental para a criação das sociedades anônimas, a lei francesa de 24 de julho de 1867 revogou a parte do Código que exigia a autorização prévia (art. 37), passando a ser constituídas sociedades anônimas *sem a autorização governamental*, só em casos expressos, de interesse público, sendo essa autorização requerida.

A partir dessa época, as sociedades anônimas tiveram grande desenvolvimento, sendo o princípio de sua livre constituição aceito, quase que unanimemente, em todos os países do mundo onde existem ditas sociedades.

Hoje as anônimas são fortes organismos para os quais o poder público volta suas vistas, traçando normas cada dia mais restritivas do direito de estabelecerem os sócios as condições que julgarem convenientes. Daí terem essas sociedades uma constituição *normativa*.

Contando com a pujança das sociedades anônimas ao longo do século XX e a macroexpansão de suas raízes transnacionalmente, se pôde criar a fundamentação da moderna teoria neoliberal, na qual se estabelece a premissa da sociedade por ações globalizada.

253. Características e Natureza das Sociedades Anônimas – As sociedades anônimas no Direito brasileiro distinguem-se dos demais tipos de sociedades pelas seguintes características essenciais:

a) divisão do capital social em partes, em regra, de igual valor nominal. Essas partes do capital são denominadas *ações*;

b) responsabilidade dos sócios limitada apenas ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas, não respondendo, assim, os mesmos, perante terceiros, pelas obrigações assumidas pela sociedade;

c) livre cessibilidade das ações por parte dos sócios, não afetando à estrutura da sociedade a entrada ou retirada de qualquer sócio;

d) possibilidade da subscrição do capital social mediante apelo ao público;

e) uso de uma *denominação* ou *nome de fantasia* para nome comercial, de- vendo, contudo, a essa denominação serem sempre acrescidas as palavras *sociedade anônima*, por extenso ou abreviadamente. A palavra *companhia*, antecedendo a denominação social é sinônima da locução *sociedade anônima*, sendo essa, assim, dispensável, quando aquela for empregada;

f) possibilidade de pertencerem à sociedade menores ou incapazes, sem que esse fato acarrete nulidade para a mesma.

As sociedades anônimas são consideradas *sociedades de capital* pois vivem em função deste, não merecendo atenção especial a pessoa dos sócios. Decorre esse fato da responsabilidade limitada dos sócios, que apenas assumem o compromisso de integralizar as importâncias relativas às ações que adquirem ou subscrevem. Os terceiros, que contratam com a sociedade, não contam com garantias subsidiárias por parte dos acionistas, tomando assim, para base de suas operações apenas o patrimônio da sociedade. Por outro lado, cumprida a obrigação principal dos sócios de concorrer com sua parte para o capital, a retirada dos mesmos do organismo social não tem in uência sobre esse, pois a sociedade se constituiu em função do capital. Essa a razão de se dizer que as pessoas dos sócios não são levadas em consideração na existência das sociedades anônimas.

254. Objeto Social – As sociedades anônimas podem possuir qualquer objeto, desde que tenha este um m lucrativo e não seja contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes. Qualquer que seja esse objeto, a sociedade será sempre considerada *empresarial*, não mais se admitindo que as sociedades anônimas se inscrevam no registro civil, conforme estabelecia o Código Civil, no art. 1.364 (atual 1.089, CC/2002).

O *objeto* da sociedade deve ser de nido no estatuto de modo preciso e completo. A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades. Mesmo que essa participação não esteja permitida no estatuto, ela é facultada como meio de realizar o objeto social ou para aproveitar-se a sociedade de incentivos scais (Lei nº 6.404, art. 2º, §§ 2º e 3º).

A lei pode criar algumas restrições quanto à escolha do objeto social pelas sociedades anônimas, seja exigindo, em alguns casos, a autorização do Governo para que elas se possam constituir, seja determinando que das mesmas façam parte apenas brasileiros natos ou naturalizados. O poder estatal interfere na organização e funcionamento dessas sociedades, tendo em vista a defesa dos interesses nacionais ou da coletividade.

255. Denominação – Ao contrário das sociedades de pessoas, as anônimas usam, em vez de rma, uma *denominação* particular. Esta deverá ser acrescida das palavras *sociedade anônima*, por extenso ou abreviadamente, ou antecipada da palavra *companhia*, que, igualmente, poderá ser abreviada.

É plenamente possível que o nome do fundador, acionista ou pessoa que, por qualquer modo, haja concorrido para o êxito da empresa, ou, mesmo, ao nosso ver, pessoa homenageada – Companhia Afonso de Produtos Químicos, Engarrafadora Tozzi S/A – gure na denominação. Vimos, quando analisamos as rmas, que nestas só podem gurar nomes de sócios que possuam responsabilidade ilimitada, disciplinando a lei que o sócio cujo nome gurar na rma ca responsável ilimitadamente pelas obrigações da sociedade, ainda que no contrato social haja ele assumido a responsabilidade limitada (art. 1.157 do Código Civil). O nome do sócio na *denominação* da sociedade anônima não lhe dará maior responsabilidade do que a que têm todos os acionistas, ou seja, a de responder, cada um, perante a sociedade, pelas importâncias das ações subscritas ou adquiridas. Na verdade, são as palavras *sociedade anônima* ou *companhia* que identi cam, no nome social, o tipo de sociedade. Os terceiros que transacionam com a companhia, à simples vista dessas palavras, reconhecem facilmente o tipo da sociedade, sabendo, assim, que as pessoas que dela fazem parte possuem sempre responsabilidade *limitada*.

Nas obrigações sociais, os diretores ou gerentes da sociedade empregarão sempre a denominação, que deve ser seguida do nome do diretor, para identi cação deste. A lei assim não o determina, mas a prática o exige, a m de, se necessário, serem apuradas as responsabilidades em caso de exorbitar o diretor das atribuições que a lei lhe confere.

256. Denominação e Limitação de Responsabilidade – A denominação usada como nome comercial deveria signi car que na sociedade que a emprega os sócios possuem responsabilidade limitada. Assim, porém, não acontece, pois nas sociedades *em comandita por ações*, que podem, como as anônimas, empregar uma denominação, os diretores ou gerentes possuem responsabilidade *ilimitada*, apesar de terem os demais sócios responsabilidade limitada. O que identi cará essas sociedades, como tipo especí co, é o emprego das palavras *comandita por ações* junto à denominação, mostrando, assim, aos terceiros, que os seus gerentes ou diretores são responsáveis subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações sociais.

Também as sociedades limitadas podem possuir denominação, que será sempre acrescida das palavras limitada ou sociedade limitada, por extenso ou abreviadamente. Nessas sociedades, no entanto, os sócios possuem responsabilidade limitada ao total do capital (arts. 1.052 e segs. do Código Civil). Convém, contudo, fazer a distinção entre a responsabilidade limitada dos acionistas e a dos quotistas. Aqueles possuem, nas sociedades, apenas a *responsabilidade principal*, ou seja, a obrigação de responder pela importância com que entram para a formação do capital social. Essa responsabilidade principal é comum a todos os sócios, em qualquer tipo de sociedade, e decorre do fato de necessitar a sociedade de um capital para que possa realizar o seu objeto. É ela imposta a todos os sócios pelo artigo 1.055, § 2º, do Código Civil, não se admitindo que se forme uma sociedade sem que os seus sócios concorram para a formação do capital.

Nas sociedades limitadas, os sócios ou quotistas, como sócios das demais sociedades, assumem essa obrigação de concorrer para a formação do capital, responsabilizando-se pelas importâncias com que entram para a sociedade. Essa é a *responsabilidade principal* desses sócios, do mesmo modo que é responsabilidade principal dos acionistas concorrer com as importâncias referentes às ações que subscrevem para a formação do capital das anônimas. Mas, afora essa responsabilidade *principal*, os quotistas, ao contrário dos acionistas, assumem uma *responsabilidade subsidiária* ou *secundária* pelo total do capital social. Essa responsabilidade é semelhante à dos sócios das sociedades em nome coletivo, com a diferença, apenas, que, enquanto nestas a responsabilidade subsidiária é ilimitada, nas sociedades limitadas, essa responsabilidade subsidiária é *limitada ao total do capital social*. Mas, como nas sociedades em nome coletivo, a responsabilidade dos quotistas vem sempre *posteriormente* à responsabilidade principal. Só nos casos em que a sociedade, com o patrimônio adquirido somado aos fundos constituídos pelas importâncias com que os sócios entram para a formação do capital, não pode satisfazer os compromissos assumidos, é que será possível recorrer à responsabilidade subsidiária dos sócios, seja ilimitadamente, nas sociedades em nome coletivo, seja de modo limitado, até o total do capital social, nas sociedades limitadas.

Satisfeita a responsabilidade *principal* dos sócios de qualquer tipo de sociedade, sejam coletivas, limitadas ou anônimas, estes estão desobrigados desse primeiro compromisso assumido para com a pessoa jurídica. Mas se os sócios assumiram outra responsabilidade além desta – como acontece com os sócios das sociedades em nome coletivo, que se obrigam a responder ilimitadamente pelas obrigações sociais, e com os quotistas, que se obrigam a responder pelo total do capital social –, têm os terceiros o direito de requerer a satisfação dessa responsabilidade subsidiária, na força do prometido. Os acionistas, que nada prometeram, não são obrigados a entrar com qualquer importância outra, pois se responsabilizaram apenas pelo montante de suas ações. Os quotistas, além de suas quotas, prometeram satisfazer as obrigações da sociedade até o total do capital social. Os sócios das sociedades em nome coletivo e os comanditados das sociedades em comandita simples prometeram satisfazer os compromissos sociais de forma ilimitada, donde estarem obrigados a cumprir esse compromisso sempre que se zer necessário.

257. Companhia "Aberta" e "Fechada" – Uma das características das sociedades anônimas é a livre cessibilidade das ações, o que signi ca que não importa à sociedade a pessoa do sócio mas o capital que representa cada ação. Por esse motivo, formou-se um verdadeiro mercado relativo às ações que, graças aos seus rendimentos e vantagens que poderão advir para os seus proprietários, pelos resultados obtidos pela empresa emissora nas suas atividades, passaram a ser negociadas em Bolsas, ou por outros meios, por um valor quase sempre não equivalente ao preço da emissão. Esse mercado, chamado de *mercado de capitais* ou *mercado de valores mobiliários*, em regra funciona como um índice da situação da empresa: se esta vem obtendo bons resultados, naturalmente as ações passarão a ter maior valor; se, pelo contrário, as atividades da sociedade não são satisfatórias, as ações perdem valor. Pela lei da oferta e da procura é feita a negociação das ações, podendo o preço das mesmas subir quando houver muita procura ou baixar, se a oferta for superior à procura.

A Lei das Sociedades Anônimas levou em consideração esse fato econômico. Assim, as sociedades que têm as suas ações negociadas nesse mercado especial são chamadas *sociedades abertas*; quando as ações das sociedades não são negociadas por intermédio das entidades autorizadas a negociar neste mercado, a sociedade é denominada de *sociedade fechada* (Lei nº 6.404, art. 4º). Não é, assim, o número maior ou menor de acionistas que distingue a companhia *aberta* da *fechada*. Esta pode ter um número avultado de acionistas mas, se as ações não são negociadas no mercado de valores mobiliários, serão sociedades *fechadas*. A abertura da companhia depende, assim, da negociação de suas ações nas bolsas ou no mercado de ações; para haver essa negociação é necessário que a sociedade registre a emissão pública de ações, preliminarmente, no órgão competente, ou seja, na Comissão de Valores Mobiliários (Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que cria a Comissão de Valores Mobiliários, art. 19), que poderá classi car as sociedades abertas em diferentes categorias, de acordo com as espécies e classes das ações emitidas, devendo, neste caso, especi car as normas aplicáveis a cada categoria.[1]

Não se deve confundir a companhia *fechada* com a chamada sociedade *familiar*. Esta é sempre uma sociedade fechada, cando, porém, as suas ações em poder dos membros de uma mesma família ou de pessoas muito aproximadas dessas; por isso essas ações não são negociadas no mercado de valores mobiliários, isto é, não são as ações oferecidas à venda ao público em geral. Mas pode existir uma sociedade não familiar, com grande número de ações, que será considerada *fechada* se as suas ações não forem oferecidas ao grande público, por intermédio das entidades legalmente autorizadas a negociar no mercado mobiliário.

A tradição do Direito societário brasileiro, ligado às companhias fechadas, tem feito com que a maioria seja de natureza familiar; mais do que isso muitas sociedades anônimas, com as reformas legislativas e amplitude dos direitos das minorias, e distribuição de dividendos, dentre outros fundamentos, têm participado da transformação da anônima de capital aberto em fechada, utilizando-se do critério de oferta pública.

b) Capital

258. Fixação e Formação. Sociedade de Capital Autorizado – As sociedades anônimas vivem em função do seu capital. Este será formado pela contribuição de todos os sócios, devendo ser sempre expresso em moeda nacional, muito embora possa ser formado com qualquer espécie de bens, corpóreos ou incorpóreos, desde que sejam suscetíveis de avaliação em dinheiro. O capital social deve ser xado pelo estatuto e expresso, como se disse, em moeda nacional. A Lei nº 9.457, de 1997, manteve a determinação para que a expressão monetária do capital social seja corrigida anualmente (art. 5º, parágrafo único).

Quando o sócio ou acionista contribui para a formação do capital com dinheiro, será apenas obrigado a integralizar o número de ações que subscreveu na formação da sociedade, ou adquiriu depois dessa constituída, dentro do prazo determinado para tal. Se, por acaso, o acionista deixar de satisfazer essa obrigação principal, nos prazos marcados, sujeita-se à ação por parte da sociedade, já que ao subscrever ou adquirir as ações, constitui-se devedor à pessoa jurídica das importâncias das mesmas. A sociedade poderá, desse modo, acioná-lo para o recebimento do preço

das ações devidas e, até, caso não seja satisfeita a obrigação, vender ditas ações, pagando-se das importâncias em débito.

Contribuindo o sócio, na constituição das sociedades, com qualquer espécie de bens, sejam móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, deverão esses, antes de sua incorporação, ser avaliados por peritos para a veri cação exata do seu valor. Os subscritores do capital social, reunidos em assembleia, nomearão três peritos ou empresas especializadas, para procederem à avaliação. A assembleia geral dos subscritores será convocada pela imprensa e presidida por um dos fundadores da sociedade; a sua instalação só se veri cará se os subscritores reunidos na assembleia representarem pelo menos a metade do capital social, em primeira convocação.

Os peritos nomeados poderão ser sócios ou não. Deverão eles apresentar laudo fundamentado da avaliação, instruído com os documentos relativos aos bens avaliados, que levarão ao conhecimento dos subscritores reunidos em nova assembleia. A essa assembleia deverão os peritos estar presentes, a m de fornecerem as informações e esclarecimentos que lhes forem pedidos. Aceitando o subscritor que ofereceu o bem para a formação do capital social o valor dado ao mesmo pelos peritos, será feita a sua incorporação à sociedade, cabendo aos primeiros diretores providenciar as formalidades necessárias para a transmissão. Se, porém, a assembleia não aprovar a avaliação ou o subscritor que ofereceu o bem não concordar com a avaliação dada, a incorporação não será feita, cando sem efeito o projeto de constituição da sociedade (Lei nº 6.404, art. 8º).

O valor dado aos bens pelos peritos deve ser justo e exato. Responderão eles, na forma da lei, pelos prejuízos que causarem à sociedade por culpa ou dolo na avaliação, sem que essa responsabilidade dispense a criminal em que tenham incorrido. Por outro lado, a responsabilidade dos subscritores ou acionistas que contribuírem com bens para o capital social equivale à responsabilidade dos vendedores. Sendo a sociedade pessoa jurídica, diversa das pessoas dos seus sócios, a transferência dos bens considera-se feita a título de propriedade, salvo se de outro modo for pactuado previamente. Mas a incorporação dos bens à sociedade não exige escritura pública para a transmissão no cartório competente, na forma do expresso no art. 89 da Lei das Sociedades Anônimas.

Consistindo a entrada do sócio em títulos de crédito pessoal, cará ele responsável pela solvência do devedor. A sociedade anônima, baseando sua vida na formação do capital social, tem necessidade de garantir-se para a perfeita realização desse capital. Por tais razões, cará o subscritor que concorrer para a constituição do capital com um título de crédito pessoal sujeito a fazer o pagamento desse título, desde que o devedor do mesmo não satisfaça a obrigação. Nesse caso, a ação contra o devedor do título caberá ao acionista e não à sociedade, pois para com esta quem se comprometeu foi o subscritor e não o obrigado do título.

Pela lei, nas sociedades *abertas* o valor nominal das ações não pode ser inferior ao mínimo xado pelo órgão scalizador da negociação das ações.

O estatuto pode determinar o aumento do capital social sem que para isso haja necessidade de reforma do mesmo. A essas sociedades dá-se o nome de *sociedades de capital autorizado*.

Foram tais sociedades introduzidas no Direito brasileiro pela Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, utilizando-se o legislador da prática em vigor nos Estados Unidos, onde existem as sociedades de capital autorizado. Havendo autorização para o aumento de capital *sem reforma estatutária*, a sociedade se constitui com a subscrição apenas do capital inicial, veri cando-se o aumento posterior por deliberação da Assembleia Geral ou do Conselho de Administração, conforme dispuser o estatuto.

Ao autorizar o estatuto o aumento do capital sem que haja reforma estatutária, deve essa autorização especi car o limite do aumento, em valor do capital ou número de ações, e as espécies e classes de ações que poderão ser emitidas; o órgão competente – Assembleia Geral ou Conselho de Administração – para deliberar sobre as emissões; as condições a que estiverem sujeitas essas emissões e os casos ou condições em que os acionistas terão o direito de preferência. O limite de autorização, quando xado em valor do capital, será anualmente corrigido pela Assembleia Geral Ordinária, com base nos mesmos índices adotados para a correção do capital social.

Pode o estatuto prever que a companhia, dentro do limite do capital autorizado, e de acordo com o plano aprovado pela Assembleia Geral, outorgue *opção de compra de ações* a seus administradores ou empregados, ou a pessoas naturais que prestem serviços à companhia ou à sociedade sob seu controle (Lei nº 6.404, art. 168, § 3º).

c) Ações

259. Número e Valor. Ações sem Valor Nominal. Valores Mínimo e Máximo – O capital das sociedades anônimas é dividido em partes denominadas *ações*, em princípio de igual valor nominal, quando todas as ações são dessa modalidade. Esse fato é uma das características desse tipo de sociedade, se bem que as demais espécies possam dividir, também, o seu capital em partes de igual valor nominal. Mas, enquanto nessas a divisão é *facultativa*, cando, assim, a depender da vontade dos sócios, naquelas é *obrigatória*, por imposição legal. Essa a razão por que se considera a divisão do capital das anônimas em partes de igual valor nominal uma das características dessas sociedades, com a nalidade de dar a todos os que possuírem ações de uma mesma classe direitos idênticos, já que, em princípio, cada ação dá direito a um voto. Cabe aos acionistas apenas xar o valor das ações.

A Lei nº 6.404/76, entretanto, admitiu a emissão de ações *sem valor nominal*, para o que o estatuto deve dispor expressamente.

A prática da emissão dessas modalidades de ações é usual nos Estados Unidos, mas não é geralmente aceita nos demais países, tendo a atual lei francesa sobre sociedades empresárias recusado a admissão das ações sem valor nominal. Quando ocorre a emissão de *ações sem valor nominal* é o seu preço xado, pelos fundadores, na constituição da companhia e, no aumento de capital, pelo órgão competente para deliberar sobre esse aumento. Na emissão das *ações sem valor nominal* não se fere o princípio de que o capital social deve ser dividido em partes de igual valor, já que o preço xado para as ações, na emissão, é igual para todas elas. Apenas se abstrai um valor xo para essas ações.

Muitas leis costumam xar um valor mínimo para as ações mas cabe ao legislador dispor a respeito. No Brasil, o Dec.-Lei nº 2.627, de 1940, não estipulava o valor mínimo, mas esse foi imposto, posteriormente, pela Lei nº 4.728, de 1965, que atribuiu valor mínimo não inferior a um mil cruzeiros.

Em vários países também é xado um valor máximo para as ações. No Brasil esse valor máximo não existe.

As ações atestam a participação dos sócios na sociedade. São elas representadas por documentos, que têm a natureza de títulos de crédito,[2] podendo ser cedidas livremente, sem que a sociedade possa impedir a sua transmissão.

260. Espécies e Classes – Várias são as espécies de ações: *ordinárias* ou *comuns, preferenciais* e as de *gozo* ou *fruição*.

As ações *ordinárias* ou *comuns* dão, em princípio, aos seus possuidores a plenitude dos direitos sociais: participação nos dividendos da sociedade e nas deliberações das assembleias, que são o poder social mais alto e nas quais cada ação terá direito a um voto. Cumpre, de já, notar que os votos não são tomados, nas assembleias, *por pessoas*, e sim *pelo número* de ações. Se uma só pessoa possuir várias ações terá direito a tantos votos quantas forem essas.

Ações preferenciais são aquelas às quais é concedido algum tipo de privilégio, mas que podem ser privadas do direito de voto, se assim decidir, prévia e expressamente, nos estatutos, a sociedade. A Lei nº 9.457, de 05 de maio de 1997, alterou o art. 17 da Lei nº 6.404/76 para estabelecer que, *salvo nos casos de ações com direito a dividendos xos ou mínimos, cumulativos ou não*, as preferências ou vantagens das ações preferenciais consistiriam *no direito a dividendos no mínimo 10% maiores do que os atribuídos às ações ordinárias*.

A Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, ao novamente alterar o disposto no art. 17 da Lei nº 6.404/76, revogou este sistema, estabelecendo que as preferências ou vantagens das ações preferenciais podem consistir na prioridade na distribuição de dividendos, xos ou mínimos; na prioridade no reembolso de capital, com ou sem

prêmio, ou na acumulação destas vantagens. O dividendo diferencial, criado pela Lei nº 9.457/97, aparece não como uma garantia efetiva, mas como uma de três condições que alternativamente devem ser observadas para que as ações preferenciais sem voto ou com voto restrito sejam admitidas à negociação no mercado de valores mobiliários.

Hoje, portanto, de acordo com a redação dada pela Lei nº 10.303/01, os titulares de ações preferenciais emitidas por companhias fechadas ou abertas que não suprimam ou restrinjam o exercício do direito de voto ou não tenham ações negociadas no mercado mobiliário terão prioridade na distribuição dos dividendos a que zerem jus, os quais podem ser cumulativos ou não, e/ou, na hipótese de liquidação da sociedade, no reembolso do capital, com ou sem prêmio.

Por sua vez, os titulares de ações preferenciais, emitidas por companhias abertas, sem direito de voto ou com algum tipo de restrição ao exercício deste direito, terão, pelo menos, alguma das vantagens enunciadas no parágrafo primeiro do art. 17, quais sejam: o direito de participar da distribuição de, no mínimo, 25% do lucro líquido do exercício, com prioridade para a percepção de um dividendo mínimo de 3% do valor do patrimônio líquido da ação, sendo certo que o que remanescer do lucro distribuído, após a distribuição às ações ordinárias de igual quantia, deverá ser repartido em igualdade de condições entre as ações ordinárias e preferenciais (art. 17, § 1º, I); o direito de perceber o dividendo diferencial, pelo menos 10% maior do que aquele atribuído às ações ordinárias (art. 17, § 1º, II); ou o direito de receberem dividendos nunca inferiores ao das ações ordinárias e, na hipótese de alienação do controle, participarem da oferta pública em igualdade de condições com os acionistas minoritários que possuam direito irrestrito de voto, isto é, por preço não inferior a 80% daquele pago pelas ações integrantes do bloco de controle (art. 17, § 1º, III).

Podem as ações preferenciais car sujeitas a restrições, que deverão ser mencionadas, de forma clara e expressa, nos estatutos da sociedade, que são a carta por onde essas se devem guiar. Em geral, as ações preferenciais são privadas do direito de voto, contrabalançando-se, assim, as vantagens às mesmas conferidas com essa restrição.

As ações preferenciais, quando houver sido feita qualquer restrição ao direito de voto, não podem ser emitidas em número superior a uma percentagem do capital estabelecida na lei. O Dec.-Lei nº 2.627/40 xava essa percentagem na metade do capital; a Lei nº 6.404/76 em dois terços. A Lei nº 10.303/01 restabeleceu o percentual de 50%, de modo que, em relação às companhias constituídas a partir de sua promulgação, o número de ações preferenciais não pode ultrapassar a metade do total de ações emitidas (art. 8º, I, da Lei nº 10.303/01).[3] Por expressa determinação legal, o percentual de 50% somente será aplicado às companhias fechadas no momento em que abrirem seu capital (art. 8º, II, da Lei nº 10.303/01)[4] e às novas companhias abertas, já que as companhias abertas já existentes poderão manter proporção de até dois terços, inclusive quando da nova emissão de ações (art. 8º, III, da Lei nº 10.303/01).[5]

Se o estatuto permitir, essas ações poderão ser convertidas em ações comuns ou vice-versa, adotando-se, contudo, sempre a regra geral de que não poderão existir ações preferenciais, sem direito a voto, em número superior ao limite legal.[6]

Ações de gozo ou *fruição* são aquelas que substituem as outras espécies de ações quando essas são amortizadas. Compreende-se por *amortização* o fato de, tendo a sociedade fundos disponíveis, antecipar aos acionistas importâncias que lhes poderiam tocar em caso de liquidação. Essas antecipações do valor das ações são feitas sem prejuízo do capital; uma vez pagas as importâncias das ações, em seu lugar a sociedade poderá distribuir aos sócios outras espécies, denominadas *ações de gozo* ou *fruição*, de posse das quais os acionistas continuarão a ter os seus direitos na sociedade, fazendo jus aos dividendos e tomando parte nas deliberações sociais se, neste último caso, as ações substituídas lhes derem direito a voto, caso, na atribuição dessas ações, não tenha sido convencionado de modo diverso. Apenas, quando da liquidação da sociedade, não receberão mais os acionistas as importâncias correspondentes ao valor das ações, pois essas já foram pagas antecipadamente, pela amortização.

Pela lei, na sociedade *fechada*, sem ter ações oferecidas ao público, podem as ações ordinárias ser de diversas *classes*. Essas classes são caracterizadas em função da conversibilidade em ações preferenciais, da exigência

da nacionalidade brasileira do acionista ou do direito de voto em separado para o preenchimento de determinados cargos de órgãos administrativos (Lei nº 6.404, art. 16, com redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997).

As ações *preferenciais* poderão, também, ser de várias classes, de acordo com o direito que deem aos acionistas. Dentro desses direitos destaca-se o que pode ser concedido a uma ou várias classes de ações preferenciais de eleger, em votação em separado, um ou vários membros dos órgãos de administração (Lei nº 6.404, art. 18).

261. Certi cados: Emissão e Requisitos – As ações são representadas por certi cados, mas a emissão desses só será permitida depois de cumpridas as formalidades necessárias ao funcionamento legal da companhia. Havendo infração desse princípio os certi cados serão nulos, cabendo processo de responsabilidade contra os infratores. As ações, cujas entradas não consistam em dinheiro, só poderão ter os seus certi cados emitidos depois de devidamente cumpridas as formalidades necessárias à transmissão dos bens ou realizados os créditos (Lei nº 6.404, art. 23, § 2º).

Os *certi cados* escritos em língua vernácula devem conter as seguintes declarações:

a) a denominação da companhia, sua sede e prazo de duração;

b) o valor do capital social, a data do ato que o houver xado, o número de ações em que se divide e o valor nominal das ações ou a declaração de que não têm valor nominal;

c) o limite, se for o caso, de autorização para aumento do capital, em número de ações ou valor do capital social;

d) o número de ações ordinárias e preferenciais das diversas classes, se houver, as vantagens ou preferências conferidas a cada classe e as limitações ou restrições a que as ações estiverem sujeitas;

e) o número de ordem do certi cado e da ação e a espécie e classe a que pertence;

f) os direitos conferidos às *partes bene ciárias*, se houver;

g) a época e o lugar da reunião da assembleia geral ordinária;

h) a data da constituição da companhia e do arquivamento e publicação dos seus atos constitutivos;

i) o nome do acionista;

j) o débito do acionista e a época e o lugar do seu pagamento se a ação não estiver integralizada;

l) a data da emissão do certi cado e as assinaturas de dois diretores ou do agente emissor de certi cados. Pela lei das S.A., em se tratando de companhia aberta, os certi cados poderão ser assinados por dois procuradores com poderes especiais, ou autenticadas com chancela mecânica, observadas as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários. Em razão da alteração procedida pela Lei nº 10.303/01, não se faz mais necessário o prévio depósito das procurações, juntamente com o *fac símile* das assinaturas, na Bolsa de Valores em que a companhia tiver ações negociadas.

Esses requisitos são essenciais aos títulos das ações e a omissão de algum deles dá ao acionista o direito de indenização por perdas e danos contra a companhia e os diretores em cuja gestão os certi cados foram emitidos.

Embora a Lei nº 9.457/97 não o tenha revogado expressamente, o art. 26 da Lei das Sociedades Anônimas não tem mais aplicabilidade, encontrando-se derrogado pela Lei nº 8.021/90, que extinguiu as ações endossáveis e as ações ao portador.

262. Agentes Emissores dos Certi cados – A Lei das Sociedades Anônimas permite que a companhia contrate a escrituração e guarda dos livros de registro e transferência das ações e a *emissão dos certi cados* com instituição nanceira autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários a manter esse serviço. Se assim acontecer, somente esse agente emissor poderá emitir os certi cados e praticar os atos relativos aos registros dos mesmos. O nome do agente emissor constará das publicações e ofertas públicas dos valores mobiliários feitas pela companhia, devendo os certi cados por ele emitidos ser numerados seguidamente, podendo ser dispensada a numeração das ações (Lei nº 6.404, art. 27).[7]

A contratação de um agente emissor dos certi cados de ações provém do Direito americano, onde é comum a sua existência. A sua implantação visa a economizar tempo dos diretores da sociedade que assim terão os seus encargos diminuídos de modo a poderem se dedicar mais à administração da sociedade.

263. Ações Escriturais – Segundo a Lei das Sociedades Anônimas, nas companhias abertas o estatuto poderá autorizar ou estabelecer que todas as ações da companhia, ou uma ou mais classes, sejam mantidas em conta de depósito, em nome dos seus titulares, em instituição nanceira autorizada para tal serviço e designada no estatuto, sem que das ações sejam emitidos certi cados. A essas ações dá-se o nome de *ações escriturais*.

Nas *ações escriturais* a propriedade das mesmas é atestada pelo registro na conta de depósito de ações. Essa conta, como se disse, é aberta em nome do acionista, nos livros da instituição nanceira depositária.

As ações escriturais dão aos acionistas os mesmos direitos que as ações representadas por certi cados. A sua circulação se faz a pedido do alienante, por lançamentos nos livros da depositária, a débito do alienante e a crédito do adquirente. Quando a transferência é feita por ordem judicial, o documento que contém a ordem cará arquivado na instituição depositária. Essa fornecerá ao acionista um extrato da movimentação das ações registradas em seu nome ou, não havendo movimentação, pelo menos uma vez por ano. Pode o estatuto autorizar que a instituição depositária cobre ao acionista o custo do serviço de transferência de propriedade das ações.[8]

264. Forma das Ações – As ações terão sempre a *forma* nominativa. As ações endossáveis e ao portador, previstas nos arts. 32 e 33, da Lei nº 6.404/76, desapareceram com a Lei nº 8.021/90.

Nominativas são aquelas cujo nome do proprietário consta do registro das ações nominativas da sociedade e a sua transferência se opera por termo de *cessão*, assinado pelo cedente e pelo cessionário e lavrado no livro especial que a sociedade tem para tal m. O certi cado da ação nominativa não circulará livremente, necessitando sempre de um termo de cessão nos livros da sociedade para comprovar a sua transferência, tendo em vista que a Lei nº 8.021/90 alterou a redação do art. 20 da Lei nº 6.404/76, extinguindo as ações endossáveis e as ações ao portador.

O estatuto da *companhia fechada* poderá impor certas limitações quanto à circulação das ações nominativas, desde que não impeça sua negociação nem sujeite o acionista ao arbítrio da administração da sociedade ou da maioria dos acionistas. As ações poderão ser dadas em *caução* ou *penhor*, mas para tal necessária se torna a averbação do ato, documento ou instrumento que constituiu o penhor ou a caução, no livro de Registro de Ações Nominativas.

O *penhor* da ação escritural se constituirá pela averbação do instrumento nos livros da instituição nanceira depositária; essa anotará o penhor no extrato de conta fornecido ao acionista.

Do mesmo modo que o penhor, deverão ser averbados também outros direitos e ônus que pesarem sobre as ações, tais como o *usufruto*, o *deicomisso*, a *alienação duciária em garantia* ou quaisquer cláusulas ou ônus que gravarem as ações.

A perda ou destruição de um título representativo de ação nominativo não requer procedimento especial para a identi cação do proprietário, pois a propriedade da mesma é atestada pelo assento no livro de Registro de Ações Nominativas ou pelo extrato fornecido pela instituição responsável pela custódia das ações (art. 31 da Lei das S.A., com redação dada pela Lei nº 10.303/01), a qual é reputada proprietária duciária das mesmas, por força do disposto no *caput* do art. 41, com redação que lhe foi fornecida pela Lei nº 10.303/01.

Havendo *perda* ou *extravio* de certi cado de ação, cabe ao respectivo titular ou terceiros interessados promover a *ação de recuperação* de acordo com a lei processual, para que possa ser expedido novo certi cado em substituição ao extraviado. Entretanto, enquanto não for feita a recuperação ou substituição dos certi cados, poderão as transferências ser feitas por *averbação sob condição*, cabendo à sociedade emitente exigir do titular ou cessionário, para pagamento dos dividendos, garantia idônea de sua eventual restituição (Lei nº 6.404, art. 38).

265. Integralização das Ações – As ações subscritas por uma pessoa em uma sociedade em formação podem ser pagas de uma só vez ou parceladamente, segundo regularem os estatutos. A esse ato de pagamento dá-se o nome de *integralização*. Uma vez integralizada a ação, cessa a responsabilidade do acionista para com a sociedade: esta não poderá pedir ao mesmo nenhuma outra importância, já que não há responsabilidade subsidiária pelas obrigações sociais. Enquanto, porém, a ação não é integralmente paga, o acionista é considerado devedor da sociedade, que tem o direito de cobrar-lhe as prestações não pagas, vencidas segundo o prazo estabelecido na emissão. A regulamentação desse prazo ca a cargo da sociedade; em geral, as sociedades estabelecem o pagamento das ações, que não é realizado de uma só vez, em prestações ou *entradas* mensais e sucessivas. Poderá, igualmente, a sociedade dispor que haverá *chamadas* para a efetivação do pagamento das prestações; em tal caso, o subscritor aguardará a chamada a m de realizar seu pagamento.

Como já foi dito, a Lei nº 8.021/90 extinguiu as ações endossáveis e as ações ao portador, restando apenas a forma nominativa, razão pela qual entende-se implicitamente derrogado o art. 21 da Lei das Sociedades Anônimas, posto que incompatível com o moderno ordenamento jurídico.

As ações cujas entradas não consistirem em dinheiro só poderão ser emitidas depois de integralizadas.

266. Indivisibilidade e Negociabilidade das Ações – A ação é indivisível em relação à companhia. Isso signi ca que a ação representa uma das partes em que se divide o capital. Não será, assim, admitida a fração da ação, o que dá um sentido de unidade às partes em que o capital é dividido. Se, por acaso, a ação pertencer a mais de uma pessoa, haverá um *condomínio* e os direitos conferidos pela ação serão exercidos pelo representante desse.

Nas companhias *abertas*, somente depois de realizados trinta por cento do preço de emissão poderão as ações ser negociadas. Havendo infração a esse princípio, será nulo o ato de negociação.

267. Negociação da Companhia com suas Próprias Ações – A bem da verdade, a companhia não poderá negociar com suas próprias ações. No entanto, existem certas circunstâncias que permitem a aquisição de suas próprias ações. Não se catalogam na proibição as operações de resgate, reembolso ou amortização; a compra para que as ações permaneçam em tesouraria ou sejam canceladas, desde que a referida compra seja feita com recursos disponíveis e sem diminuição do capital social a conta de lucros e reservas, exceto a reserva legal; a aquisição por doação; a compra quando, resolvida a redução do capital mediante a restituição, em dinheiro, de parte do valor das ações, no caso de ser o preço dessas, em bolsa, inferior ou igual à importância que deva ser restituída; tal hipótese, as ações serão retiradas de circulação, em caráter de nitivo. Pode, igualmente, a sociedade alienar as ações compradas e conservadas em tesouraria. Enquanto essas ações estiverem em poder da sociedade, deixarão de participar dos dividendos e não terão direito a voto.

A sociedade anônima não poderá receber suas próprias ações em garantia; excetua-se, apenas, o caso em que as ações servem para assegurar a gestão dos administradores (Lei nº 6.404, art. 30).

Tem sido muito comum, com as oscilações dos preços dos papéis nos mercados, tanto nacional, como internacional, a exemplo das ADR's, a recompra das ações pela companhia, a m de que se preserve o respectivo P/L e não haja muita especulação que somente tornaria vulnerável a empresa e comprometeria a vida dos acionistas.

De modo igual, a recompra é normal quando envolve o resultado de algum processo societário, e na proteção das minorias que cam na expectativa de uma oferta pública.

Comumente, o crescimento desmesurado do porte de grandes conglomerados alija o pequeno investidor e o acionista minoritário do panorama dos negócios e tudo isso resulta numa pulverização dos papéis e, contrariamente, a concentração do poder de controle.

268. Custódia Bancária de Ações Fungíveis. Certi cados de Depósito – A Lei das S.A. dispõe (art. 41) que a companhia pode contratar com uma instituição devidamente autorizada pela CVM a escrituração e guarda dos livros de registro de ações e a emissão de certi cados.

Uma vez que a instituição esteja autorizada a funcionar como agente emissor de certi cados, pode, igualmente, contratar com terceiros, não proprietários de ações ou quaisquer valores mobiliários, a custódia de ações emitidas pela companhia, de cada espécie e classe, as quais serão recebidas em depósito como valores fungíveis, hipótese em que o contrato rmado entre o proprietário das ações e a instituição depositária servirá como prova da propriedade das ações. Neste caso, a instituição depositária, que terá adquirido a propriedade duciária das ações, ca com a obrigação de devolver ao depositante a quantidade de ações recebida, com as modi cações resultantes de alteração no capital social ou no número de ações da companhia emissora. Não é necessário que sejam devolvidas as *mesmas ações* depositadas, mas *ações da mesma espécie e classe*, que são depositadas como coisas fungíveis. Daí não ter importância que as ações devolvidas possuam número de ordem diferente dos números das ações depositadas. Por força do disposto no § 2º do art. 41 da Lei das S.A., mandado incluir pela Lei nº 10.303/01, tais determinações devem-se aplicar, sempre que possível, aos demais valores mobiliários emitidos pela companhia, devendo ser destacada a impropriedade em que incorreu o legislador ao deixar de alterar o disposto nos arts. 42 e 43, de forma a harmonizá-los com a possibilidade, criada com a reforma ocorrida em outubro de 2001, de serem custodiados outros valores mobiliários, que não ações. Assim, tendo em vista a necessidade de se manter a unidade do sistema, deve-se adotar uma interpretação extensiva do disposto nos referidos artigos, os quais se devem aplicar, também, àquelas hipóteses em que tenham sido custodiadas debêntures, partes bene ciárias, bônus de subscrição ou qualquer outro valor mobiliário.

A Lei nº 10.303/01 criou novas responsabilidades para as instituições depositárias, as quais, além de, por expressa determinação legal, responderem perante o acionista e terceiros pelo descumprimento de suas obrigações de depositária, encontram-se obrigadas a comunicar, imediatamente, à companhia emissora o nome do proprietário efetivo das ações ou valores mobiliários que detiver sob custódia, sempre que houver qualquer evento societário que exija a identi cação dos mesmos. Ficam as instituições depositárias obrigadas, também, a informar à companhia emissora, no prazo máximo de dez dias, a contratação da custódia e a criação de quaisquer ônus ou gravames sobre as ações ou valores mobiliários custodiados.

Constitui-se a instituição depositária representante dos titulares das ações ou valores mobiliários recebidos em custódia, para ns de receber dividendos, se for o caso, e ações boni cadas e exercer o direito de preferência para a subscrição de ações. Deve a instituição depositária, sempre que houver distribuição de dividendos ou boni cação de ações, fornecer à companhia a lista dos depositantes, assim como a quantidade de ações e/ou valores mobiliários de cada um; o fornecimento dessa lista, em qualquer caso, é devido ao menos uma vez ao ano.

Por se tratar de um contrato de depósito, o depositante pode, a qualquer momento, solicitar à depositária a devolução das ações, debêntures, partes bene ciárias ou bônus de subscrição que tenha entregue para custódia, extinguindo-se, assim, o contrato. Naturalmente, por se tratar de uma relação entre os proprietários de ações – depositantes – e um depositário autônomo, a companhia emissora não responde perante acionistas ou terceiros por qualquer ato praticado pela instituição depositária.

Das ações ou dos valores mobiliários que receber em depósito, a instituição depositária pode emitir um título representativo, chamado *Certi cado de Depósito de Ações*, ou, tendo em vista o disposto no novo § 2º do art. 41, *Certi cado de Depósito de Debêntures, Partes Bene ciárias ou Bônus de Subscrição*, conforme for o caso (devendo se destacar, entretanto, que o novo § 2º, do art. 63, dispõe que, conforme estipulado na escritura de subscrição, a custódia de debêntures pode não ensejar a emissão de certi cados de depósito), capaz de ser transferido a terceiros mediante endosso em preto, com a clara identi cação do endossatário, não mais se admitindo o endosso em branco, pois tal prática atentaria contra o espírito das Leis nºs 8.021/90 e 9.457/97, que têm a nalidade de identi car o titular dos títulos de crédito impróprios.

Os referidos certi cados devem conter o local e a data de emissão, o nome da instituição emissora (depositária) e as assinaturas de seus representantes; a denominação *Certi cado de Depósito de Ações*, ou, conforme tenham sido depositados determinados valores mobiliários, *Certi cado de Depósito de Debêntures, Partes Bene ciárias ou Bônus de Subscrição*; a declaração de que as ações ou valores mobiliários depositados, seus rendimentos e o valor recebido nos casos de resgate ou amortização somente serão entregues ao titular do certi cado de depósito, contra a apresentação deste; o nome e a quali cação do depositante; o preço do depósito celebrado pelo depositante, se devido na entrega das ações ou quaisquer valores mobiliários depositados, e o lugar dessa entrega (Lei nº 6.404/76).

269. Amortização, Resgate e Reembolso – Já acima foi dito (*supra* nº 258) que a *amortização* é o fato de, tendo a sociedade *fundos disponíveis, antecipar* aos acionistas as importâncias que lhes poderiam tocar no caso de liquidação da companhia. Essa amortização poderá ser *total*, ou seja, referente ao valor integral da ação, ou *parcial*, referente apenas à parte desse valor. Em se tratando de amortização integral, ou de todo o valor da ação, compreenderá todas as ações ou algumas delas, ou uma só categoria ou classe de ações. Se, por acaso, a amortização integral se zer em relação apenas a algumas ações, deve ser efetuada mediante sorteio, para evitar privilégios a determinados acionistas. A amortização *parcial* compreenderá sempre todas as ações (Lei nº 6.404, art. 44).

A amortização das ações deverá ser prevista pelo estatuto ou determinada por assembleia geral extraordinária. Tanto o estatuto como a assembleia poderão adotar certas restrições para as ações de gozo ou fruição. Essas restrições, contudo, não poderão impedir que o acionista participe dos lucros sociais, concorra ao acervo social, em caso de liquidação da sociedade, scalize, segundo determinar a lei, a gestão dos negócios, tenha preferência para a subscrição de novas ações ou se retire da sociedade quando discordar da decisão da assembleia sobre a criação de ações preferenciais, ou que determinar a mudança do objeto usual da sociedade, estabelecer a fusão ou incorporação da sociedade em outra ou deliberar sobre a cessação do estado de liquidação.

O estatuto da sociedade anônima ou a assembleia geral extraordinária poderá ordenar a retirada de circulação de determinado número de ações mediante o pagamento do valor nominal das mesmas. A esse pagamento dá-se o nome de *resgate* e só poderá ser ele efetuado com *fundos disponíveis* e, salvo disposição estatutária em contrário, desde que aprovado por acionistas que representem ao menos a metade das ações das classes atingidas, reunidos em assembleia especialmente convocada para este m. Quando não abranger a totalidade das ações de uma mesma classe, o resgate se realizará mediante *sorteio*. Pode a sociedade manter o mesmo capital, apesar da retirada de circulação de um certo número de ações, ou diminuí-lo no valor correspondente às ações retiradas. No primeiro caso, a assembleia geral ou o estatuto deverão estabelecer o número de ações em que se dividirá o capital, dando-se, quando for o caso, novo valor às remanescentes (Lei nº 6.404/76, art. 44, §§ 1º e 4º).

Ainda poderá a sociedade, em determinados casos previstos na lei, pagar o valor das ações pertencentes aos acionistas que discordarem das deliberações das assembleias gerais e queiram se retirar da companhia. Essa operação tem o nome de *reembolso*. Tal acontecendo, as ações não saem de circulação, podendo a sociedade passar a terceiros as reembolsadas, para que o capital e o número de ações continuem inalterados. Se, por acaso, a sociedade não colocar as ações reembolsadas, o capital social será reduzido da importância correspondente ao montante do valor nominal das mesmas.

A operação de *reembolso* podia, no regime do Dec.-Lei nº 2.627, dar lugar a injustiças em relação ao acionista dissidente, pois deveria ele receber apenas o valor nominal de suas ações, qualquer que fosse a situação patrimonial da sociedade. A Lei nº 9.457/97, aperfeiçoando o disposto na Lei nº 6.404/76, alterou-lhe o art. 45, § 1º, para determinar que o valor do reembolso *somente poderá ser inferior* ao valor do patrimônio líquido constante do último balanço aprovado pela *assembleia geral, se estipulado com base no valor econômico da companhia, a ser apurado em avaliação*, sendo certo que a avaliação do valor econômico da companhia será empreendida por três peritos, indicados em lista sêxtupla, ou por empresa especializada, indicada em lista tríplice, e escolhidos pela assembleia geral, todos

acionistas, reunidos em assembleia universal, independente da espécie ou classe de ações que detenham, as quais receberão, necessariamente, o direito a um voto, independente de sua classe ou espécie (§§ 3º e 4º).[9]

Isso signi ca que, tendo a sociedade um patrimônio muito superior ao capital, o acionista dissidente, ao retirar-se da sociedade, faz jus a uma parcela desse patrimônio e não apenas à importância com que concorreu para a formação da companhia.

d) Partes bene ciárias

270. Emissão de Partes Bene ciárias – Afora as ações, poderão as companhias fechadas emitir títulos negociáveis, sem valor nominal e estranhos ao capital, que darão aos seus possuidores direito de crédito eventual contra a sociedade. Esse direito consiste na participação nos lucros líquidos anuais da companhia, lucros esses que deveriam ser distribuídos aos acionistas. Referidos títulos tomam o nome de partes bene ciárias, também conhecidos como partes do fundador.

A razão primeira que justi cou a emissão desses títulos foi o fato de, muitas vezes, querer a sociedade compensar os esforços despendidos pelos seus fundadores, permitindo-lhes participação nos lucros obtidos, independentemente daquela a que teriam direito como proprietários de ações. Por tal razão, as partes bene ciárias são estranhas ao capital social e a pessoa que as possui na realidade não é um acionista da sociedade: não poderá, desse modo, tomar parte nas deliberações sociais, não tendo voto nas assembleias gerais, muito embora possa, na forma estabelecida pelo estatuto, scalizar os negócios da sociedade, já que esses negócios lhe interessam, pois o bene ciário tem direito a participar dos lucros. Mais tarde, admitiu-se que as partes bene ciárias fossem possuídas não apenas pelos fundadores mas por qualquer pessoa estranha ao quadro social, podendo, desse modo, a sociedade emitir e vender esses títulos. O adquirente fará, assim, apenas emprego de capital, sem se tornar sócio da sociedade anônima, com a vantagem de participar dos lucros obtidos, segundo a percentagem estabelecida.

Essa percentagem não poderá, contudo ser superior à décima parte dos lucros auferidos anualmente pela sociedade. Compreende-se: sendo as partes bene ciárias estranhas ao capital da companhia, os seus possuidores não podem car em igualdade de condições com os acionistas. Os bene ciários são admitidos a participar dos lucros, tendo, até, o direito de preferência no recebimento dos mesmos, em caso de liquidação. Para fazer face ao resgate ou pagamento desses títulos, quando pretender retirá-los de circulação, a sociedade deve criar um fundo especial, que servirá de garantia aos bene ciários das importâncias por eles entregues em troca desse direito de participação nos lucros. Em caso de liquidação, solvido o passivo social, a preferência dos bene ciários à participação nos lucros da sociedade vai até a importância do fundo de resgate. A Lei nº 10.303/01 alterou o disposto no parágrafo único do art. 47 para vedar a emissão de partes bene ciárias por companhias abertas.

As partes bene ciárias circularão como valores mobiliários, do mesmo modo que as ações, podendo ter, inclusive, cotação em bolsa. Naturalmente, não possuindo valor nominal, a sua cotação variará de acordo com a marcha dos negócios sociais.

271. Certi cados: Requisitos. Direitos dos Bene ciários – As partes bene ciárias serão representadas por certi cados ou títulos que deverão possuir certos requisitos. Esses requisitos *formais* que os certi cados ou títulos conterão obrigatoriamente são:

a) a designação *parte bene ciária*;

b) a denominação da sociedade, sua sede e prazo de duração;

c) o valor do capital social, a data do ato que o xou e o número de ações em que se divide;

d) o número de partes bene ciárias criadas pela sociedade e o respectivo número de ordem;

e) os direitos que lhe são atribuídos pelo estatuto e as condições de seu resgate, se houver;

f) a data da constituição da sociedade e do arquivamento e publicação dos seus atos constitutivos;

g) o nome do bene ciário;

h) a data da emissão do certi cado e as assinaturas de dois diretores.

Para o controle das partes bene ciárias, a sociedade possuirá livros especiais: um destinado à inscrição dos nomes dos bene ciários dos títulos nominativos e outro para o lançamento dos termos de transferência desses títulos.

Poderão as partes bene ciárias ser *convertidas* em ações, se assim for previsto pelo estatuto; a base para determinar o valor das partes bene ciárias será estabelecida com os elementos admitidos para o resgate das mesmas. Esses elementos são aqueles determinados pelo estatuto ou pela assembleia, ao criar o fundo especial de resgate das partes bene ciárias.

Os bene ciários não poderão gozar dos mesmos direitos dos acionistas, sendo, assim, vedada à sociedade a outorga desses direitos, exceto o de scalização dos atos de administração; entretanto, uma vez xadas as vantagens pecuniárias dos bene ciários, essas não poderão ser modi cadas ou reduzidas pela sociedade a não ser que se realize uma assembleia geral dos bene ciários e a maioria aprove a alteração das vantagens. Só votarão no que respeita à alteração das vantagens pecuniárias das partes bene ciárias os portadores destas, excluindo-se as partes que pertençam à sociedade, não sendo esta admitida a votar com os seus títulos. Cada parte bene ciária dará direito a um voto, nessa assembleia especial, e a reforma do estatuto que alterar as vantagens dos bene ciários só poderá ser realizada, nesse tocante, se a maioria dos votos dos bene ciários for favorável à medida. Caso assim não aconteça, a sociedade poderá sempre que o quiser reformar o seu estatuto, mas essa reforma não modi cará as vantagens pecuniárias estatuídas para os bene ciários. A assembleia deste será convocada como as demais assembleias dos acionistas, com um mês de antecedência, porém, e sua instalação se fará com a presença de possuidores de pelo menos metade das partes bene ciárias emitidas. Se a assembleia, por falta de *quorum*, não se instalar em duas convocações sucessivas, a terceira só poderá ser convocada seis meses depois.

Pela lei, a emissão das partes bene ciárias poderá ser feita com a nomeação do *agente duciário* dos seus titulares, que representa os bene ciários.

e) Debêntures[10]

272. Noções Gerais – Forçosamente, a estrutura e sua complexidade fazem com que a companhia necessite de dinheiro para realizar o seu objeto social ou solver compromissos assumidos. O caminho natural para resolver a di culdade que ocorre seria aumento de capital. Esse, entretanto, pode não se apresentar vantajoso à sociedade; assim, costuma ela recorrer ao público, fazendo empréstimo contra a emissão de títulos que dão aos seus portadores certas vantagens especiais, a mais importante das quais é a percepção de juros à taxa pre xada e por um espaço de tempo determinado.

Esses empréstimos se constituem de modo especial, e os títulos emitidos pela sociedade, representativos de parcelas dos mesmos, têm o nome de *debêntures*. Regulados no Brasil há longos anos (a primeira lei a tratar da emissão de debêntures entre nós foi a de nº 3.150, de 4 de novembro de 1882, que as chamavam de *obrigações ao portador*), foram os empréstimos se aperfeiçoando até que a Lei nº 177-A, de 15 de setembro de 1893, tratou do assunto integralmente. Mais tarde, dois diplomas legais in uenciaram grandemente as debêntures: o Dec.-Lei nº 781, de 12 de outubro de 1938, que criou uma *comunhão de interesses* entre os debenturistas, e a Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, que admitiu as debêntures *endossáveis* e as *conversíveis em ações*. Também o Banco Central, por meio das Resoluções nos 109[11] e 110,[12] de 1969, disciplinou a emissão de debêntures.

Sendo permitidas, até o advento da Lei nº 4.728, de 1965, somente sob a forma *ao portador* (donde serem conhecidas como *obrigações ao portador*), as debêntures puderam, por força daquela lei, ter também a forma *nominativa endossável*; consequentemente, a partir de então, passaram os títulos a ser denominados apenas *debêntures*. A Lei das Sociedades Anônimas, que acertadamente incluiu as debêntures no seu bojo – deixando

essas, assim, de ter uma legislação especí ca, como antes acontecia –, chama esses títulos apenas *debêntures*, sendo certo que, com a promulgação da Lei nº 8.021/90, as debêntures passaram a ser admitidas tão somente na forma nominativa. E, revogando as disposições legais que anteriormente as regulavam, trata de modo completo sobre esse importante título emitido pela companhia (arts. 52 a 74).

273. Conceito – Por *debênture* entende-se o título emitido pela sociedade anônima, representativo de uma parte de um empréstimo público lançado pela sociedade. O empréstimo é um só, da totalidade dos títulos emitidos, cada debênture representando, assim, apenas uma parcela do mesmo. As debêntures constituem títulos de crédito *impróprios*, podendo, assim, circular, obedecidas as restrições impostas pela sociedade. O título representa, desse modo, um *direito de crédito* contra a sociedade, o que o distingue da ação, que documenta um direito de *participação* na sociedade.

A principal vantagem para o adquirente da debênture é o recebimento de juros pagos pela companhia. Esses poderão ser xos ou variáveis. Além dos juros, poderão as debêntures conferir aos seus titulares uma *participação nos lucros* da sociedade ou um *prêmio no reembolso.*

274. Constituição do Empréstimo com a Emissão de Debêntures – Cabe à Assembleia Geral Extraordinária da sociedade, ou, para as companhias abertas, no caso de debêntures simples, não conversíveis em ações e sem garantia real, ao Conselho de Administração, autorizá-la a contrair o empréstimo mediante a emissão de debêntures, observado o que dispuser o estatuto a respeito. Ao resolver o lançamento do empréstimo, a Assembleia Geral xará o valor da emissão das debêntures ou os critérios de determinação do seu limite, e a sua divisão em séries, se for o caso, o número e o valor nominal das debêntures: as garantias oferecidas pelas sociedades; as condições da correção monetária, se houver; a conversibilidade ou não das debêntures em ações e as condições a serem observadas na conversão; a época e condições de vencimento, amortização e resgate; a época e as condições do pagamento dos juros da participação nos lucros, se houver, e do prêmio de reembolso, se este for estabelecido; o modo de subscrição ou colocação e o tipo das debêntures. Nas companhias abertas o conselho de administração poderá deliberar sobre a emissão de debêntures simples, não conversíveis em ações e sem qualquer garantia real, e a assembleia geral pode delegar ao Conselho de Administração a deliberação sobre as condições de vencimento, amortização ou resgate, pagamento de juros, da participação nos lucros e do prêmio de reembolso, se houver, bem como o modo de subscrição ou colocação e o tipo das debêntures.

Autorizado o empréstimo com a emissão de debêntures, será feita uma *escritura de emissão*, da qual constarão os direitos conferidos pelas debêntures, suas garantias e demais cláusulas ou condições e que poderá assegurar ao debenturista a opção de escolher que o pagamento do empréstimo, incluindo o principal e os acessórios, se dê em moeda ou em bens, os quais serão avaliados da mesma forma prevista para a avaliação dos bens que concorram para a formação do capital social (Lei nº 6.404/76, art. 8º), quando do vencimento, amortização ou resgate das debêntures. Essa escritura pode ser feita por instrumento público ou particular e deve ter, quando os títulos são destinados à negociação em mercado, a participação de um *agente duciário* dos debenturistas. Uma vez lavrada a escritura, para que a sociedade possa iniciar a emissão das debêntures, é necessário que, antes, seja publicada e arquivada, no Registro do Comércio, a ata da Assembleia Geral ou, se for o caso, do Conselho de Administração, que autorizou a emissão; que a escritura de emissão seja inscrita no Registro de Comércio; que sejam constituídas as garantias reais, se houver esse tipo de garantia, cando os diretores da companhia responsáveis pelas perdas e danos causados pela mesma a terceiros por infração desses dispositivos. Se, por acaso, os registros requeridos não forem feitos pela sociedade, o agente duciário dos debenturistas ou qualquer debenturista poderá promovê-los e sanar as lacunas e irregularidades porventura existentes. Para os registros de emissão de debêntures, os Registros de Comércio manterão livro especial, em que serão anotadas as condições essenciais de cada emissão (Lei nº 6.404, art. 62, § 4º).

275. Emissão de Debêntures. Valor Nominal. Correção Monetária – Por "emissão de debêntures" entende-se o ato de pôr a sociedade as mesmas à disposição do público, para a devida subscrição. A companhia poderá efetuar mais de uma emissão de debêntures, e cada emissão pode ser dividida em séries. Cada nova série da mesma emissão será objeto de aditamento na escritura de emissão.

As debêntures da mesma série terão igual valor nominal. Elas conferirão aos seus titulares idênticos direitos.

A regulamentação e disciplina da emissão de debêntures, inclusive para alavancar a infraestrutura do País, com benefícios scais aos fundos e empresas estrangeiras, passou a ter disciplina própria, por intermédio da Lei nº 12.431/2011, revogando-se expressamente o artigo 60 da Lei nº 6.404/76.

As debêntures poderão ser emitidas no estrangeiro, por companhia brasileira ou estrangeira autorizada a funcionar no país. Nesse caso deverá ser publicada e arquivada no Registro do Comércio a ata da Assembleia Geral que deliberou sobre a emissão, em se tratando de companhia brasileira, ou, no caso de companhia estrangeira, o ato que, de acordo com o estatuto social e a lei do local da sede, tenha autorizado a emissão. Além dessa publicação e arquivamento no Registro do Comércio, deve ser feita, no Registro do Comércio competente, a inscrição da ata, escritura ou contrato e demais documentos exigidos pelas leis do local de emissão, traduzidos e autenticados. Se a emissão dessas debêntures for feita com garantia real, deverá essa ser constituída na forma da lei; mas somente com prévia autorização do Banco Central poderão as companhias brasileiras emitir no exterior debêntures que tenham garantia real ou utuante.

O valor nominal das debêntures deve ser expresso em moeda nacional, salvo nos casos de obrigação que, nos termos da legislação, possa ter o pagamento estipulado em moeda estrangeira.

A Lei das Sociedades Anônimas estatui que a debênture poderá conter cláusula de correção monetária, a qual se fará com base nos coe cientes xados para a correção dos títulos da dívida pública, na variação da taxa cambial ou em qualquer outro referencial não expressamente vedado em lei (Lei nº 6.404/76, art. 54, § 1º, com redação dada pela Lei nº 10.303/01); no nosso entender, essa cláusula deveria ser obrigatória e não facultativa, para evitar o prejuízo que a debênture terá com a depreciação da moeda, o que acarreta, como acontece na França,[13] o desinteresse do investidor nesses títulos. Na França, onde não existe a correção monetária, uma das diversas fórmulas imaginadas para não prejudicar o investidor foi a criação de *debêntures com a participação nos lucros* da sociedade. No Brasil, por mais que se fale em meta in acionária, ou redução do seu percentual, o instrumento da correção monetária não se encontra de todo descartado, assim o mecanismo poderia ser aplicado obrigatoriamente aos títulos representativos dos empréstimos com a emissão de debêntures, o que causaria nesses títulos uma atração maior e mais interessante.

276. Vencimento, Amortização e Resgate – Nos Estados Unidos existem debêntures perpétuas (*perpetual bonds*), se bem que não sejam comuns, o que acontece também na Inglaterra, onde a lei permite o empréstimo perpétuo mas não existe o mesmo na prática.[14] No Brasil, as debêntures são emitidas por um prazo determinado, muito embora a Lei das Sociedades Anônimas permita que a companhia emita debêntures cujo vencimento somente ocorrerá nos casos de inadimplemento no pagamento dos juros ou na dissolução da sociedade, além de outras condições previstas no título.

A época do vencimento da debênture deverá constar da escritura de emissão e do certi cado; a companhia pode, entretanto, estipular amortizações parciais de cada série, criar fundos de amortização e reservar-se o direito de resgate antecipado, parcial ou total, dos títulos da mesma série.

Se as debêntures da mesma série não tiverem vencimentos anuais distintos, a sua amortização, bem como o resgate parcial, deverão ser feitos mediante sorteio. Estando as debêntures cotadas na bolsa por preço inferior ao seu valor nominal, a amortização se fará por compra na bolsa.[15]

Pode a companhia, ao contrário do que acontece com as ações, adquirir debêntures de sua emissão, desde que por valor igual ou inferior ao valor nominal; essa aquisição deve constar do relatório da administração da sociedade e das demonstrações nanceiras.

277. Debêntures Conversíveis em Ações – Em princípio, a debênture é um título representativo de uma parcela de um empréstimo feito à sociedade. Como tal, deve fazer jus ao pagamento de juros, apresentando-se a sociedade como devedora das importâncias relativas às emissões.

O debenturista não participa, assim, da sociedade, já que é um simples credor. Mas, como acima já foi dito (*supra*, nº 276), a desvalorização da moeda em todos os países, e mais acentuadamente nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, baixou bastante o interesse geral pelas debêntures, uma vez que, no vencimento, o debenturista recebe uma importância deteriorada, sem o valor aquisitivo idêntico àquele quando foi transferido o preço da debênture à sociedade.

Para sanar esse inconveniente, vários processos foram utilizados: um deles foi a participação de debenturista em uma parcela dos lucros da sociedade (norma, a nosso ver, prejudicial aos acionistas, que têm assim os seus dividendos desfalcados desse lucro) e a outra foi a de serem emitidas *debêntures conversíveis em ações*.

Vários países do mundo passaram a adotar essa última fórmula, admitindo essa classe de debêntures; o Brasil aderiu à mesma por meio da Lei nº 4.728, de 1965, a chamada *Lei do Mercado de Capitais*, conservando-a a atual lei das S.A. (art. 57).

Debêntures conversíveis em ações são, assim, debêntures que facultam aos seus titulares, dentro de um prazo estipulado, a opção de serem os títulos convertidos em ações, passando, assim, o debenturista de *credor* a *participante* da sociedade. Para que haja essa conversão, a escritura de emissão de debêntures deve estipular as bases da mesma, seja em número de ações em que poderá ser convertida cada debênture, seja como relação entre o valor nominal da debênture e o preço da emissão das ações. Igualmente estipulará a escritura a espécie e classe de ações em que a debênture pode ser convertida, a época ou prazo dado ao debenturista para exercer o direito de conversão e as demais condições a que a conversão ca sujeita. Emitidas as debêntures com a cláusula de conversibilidade em ações, os acionistas têm direito de preferência para a subscrição das mesmas, a não ser nas sociedades abertas de capital autorizado, em que o aumento de capital seja feito sem direito de preferência dos antigos acionistas (Lei nº 6.404, art. 172).

Durante o período em que pode ser exercido o direito de conversão, a sociedade não poderá fazer alteração em seu estatuto, visando a mudar o objeto social, criar ações preferenciais ou modi car as vantagens das existentes, com prejuízo das ações em que serão conversíveis as debêntures, a não ser que haja aprovação dos debenturistas, em assembleia especial, ou de seu agente duciário ou representante.

278. Garantia do Empréstimo. Espécies de Debêntures de Acordo com a Garantia Oferecida – Diversas são as modalidades e formas de garantia oferecidas pelas sociedades aos mutuantes por ocasião da constituição de empréstimo. De acordo com essa garantia, podem existir debêntures de espécies diferentes. Assim, as debêntures poderão ter *garantia real, garantia utuante, não gozar de preferência ou ser subordinadas aos demais credores* da companhia.

Debêntures com garantia real são aquelas em que o empréstimo é contraído oferecendo a sociedade garantia real (hipoteca, penhor ou anticrese) aos mutuantes, no caso os debenturistas, devendo os bens oferecidos em garantia car devidamente gravados com esses ônus. Assim, em caso de falência ou liquidação da sociedade, as *debêntures* têm privilégio sobre os bens afetados por ocasião do empréstimo.

Debêntures com garantia utuante são as que têm como garantia todo o ativo da sociedade. Não signi ca a garantia utuante que o ativo existente por ocasião da constituição do empréstimo que intocável, não podendo, assim, a sociedade desfazer-se, durante o período do empréstimo, de algum bem desse ativo. O ativo que garantirá os credores debenturistas da sociedade é o que for encontrado por ocasião da liquidação da mesma. Sendo o *ativo* (conjunto de bens, créditos e direitos da sociedade) por natureza mutável, só garantirá aos debenturistas aquilo que for encontrado quando a sociedade se liquidar. Havendo várias emissões de debêntures, a ordem de preferência

das mesmas se estabelece pela prioridade da data da inscrição da escritura de emissão; desse modo, as de inscrição mais antiga preferem as posteriores. As garantias *real* e *utuante* podem ser constituídas de modo cumulativo.

Debêntures sem garantia são aquelas que não gozam de preferência entre os credores da sociedade. O debenturista será, assim, considerado um simples credor quirografário da companhia em igualdade de condições como os demais credores.

Debêntures subordinadas são as debêntures sem garantia em que há uma cláusula de subordinação dos debenturistas aos demais credores quirografários, o que signi ca que, em caso de liquidação da sociedade, os portadores de debêntures subordinadas só serão satisfeitos depois de pagos os credores quirografários. Em caso de liquidação da sociedade, os debenturistas preferem apenas aos acionistas da mesma, já que esses só terão direito ao recebimento de suas partes no capital social depois de pagos todos os credores da companhia. Essas duas últimas espécies não eram reguladas na antiga lei brasileira, sendo introduzidas pela Lei nº 6.404, de 1976.

Tais são as espécies de debêntures que a sociedade pode emitir, de acordo com a deliberação para a emissão, segundo as garantias oferecidas aos credores. Mas, em virtude de sua forma de circulação, as debêntures podem ser de modalidades diferentes, como veremos a seguir.

279. Forma, Propriedade e Circulação das Debêntures – A Lei nº 8.021/90 extinguiu universalmente o sistema de títulos endossáveis e ao portador, revogando tacitamente todos os dispositivos que fossem incompatíveis com essa determinação. A Lei nº 9.457/97, compatibilizando o texto do art. 63 da Lei das Sociedades Anônimas com o atual ordenamento, extinguiu expressamente as debêntures endossáveis e as debêntures ao portador, admitindo tão somente as debêntures nominativas. Assim como as ações, as debêntures nominativas admitem duas subformas, a *escritural* e, pelo menos teoricamente, a *registrada*.

Debêntures nominativas escriturais, a exemplo das ações escriturais, são aquelas que não têm existência física, mantidas em conta de depósito, em nome de seu titular, em instituição nanceira administradora,[16] e cuja transferência se opera por meio de lançamento efetuado por essa instituição nanceira, a débito na conta do cedente e a crédito da conta aberta em nome do cessionário, sem que seja necessária a anuência ou mesmo o conhecimento da companhia emissora. A prova da propriedade das debêntures escriturais obedece aos princípios dos registros públicos e direitos reais, presumindo-se proprietário o titular da conta corrente de debêntures aberta em uma instituição nanceira em que se faça o lançamento de determinadas debêntures. Trata-se de presunção relativa, admitindo, portanto, prova em contrário.

Debêntures nominativas registradas seriam aquelas inscritas no Livro de Debêntures Nominativas e cuja transferência se operaria através de simples registro no Livro de Transferência de Debêntures Nominativas. Na prática, porém, tal modalidade jamais foi adotada no mercado, posto que incompatível com os modernos sistemas de informática e a centralização *on line* de serviços referentes às debêntures.[17]

280. Certi cados das Debêntures – As debêntures serão representadas por *certi cados*, emitidos pela companhia, assinados por ao menos um diretor, que tomarão a natureza de títulos de créditos, podendo, assim, ser negociados como esses o são. Embora o art. 64 não tenha sido alterado pela Lei nº 10.303/01, é forçoso reconhecer que os incisos III e IV devem ser adaptados às modi cações introduzidas pela referida lei. Portanto, para serem reputados válidos, os certi cados deverão conter:

a) a denominação, sede, prazo de duração e objeto da companhia emissora;

b) a data da constituição da companhia e do arquivamento e publicação dos seus atos constitutivos;

c) a data da publicação da ata da assembleia geral que deliberou sobre a emissão;

d) data e ofício do Registro de Comércio em que foi inscrita a emissão;

e) a denominação *"debênture"* e a indicação de sua espécie pelas palavras *"com garantia real", "com garantia utuante", "sem preferência"* ou *"subordinadas"*;

f) a designação da emissão e da série;

g) o número de ordem;

h) o valor nominal e a cláusula da correção monetária, se houver, as condições de vencimento, amortização, resgate, juros, participação no lucro ou prêmio de reembolso, e a época em que serão devidos;

i) as condições de conversibilidade em ações, se for o caso;

j) o nome do debenturista;

l) o nome do agente duciário dos debenturistas, se houver;

m) a data da emissão do certi cado e a assinatura de dois diretores da companhia, pelo menos;

n) a autenticação do agente duciário, se for o caso.

A companhia poderá emitir certi cados de múltiplos de debêntures e, provisoriamente, cautelas que os representem, devendo esses títulos conter os requisitos essenciais para a validade dos certi cados acima mencionados. Em se tratando de companhias abertas, os títulos múltiplos obedecerão à padronização de quantidade xada pela Comissão de Valores Mobiliários.

281. Agente Fiduciário dos Debenturistas – No Direito anglo-americano é costume, quando da constituição de um empréstimo com a emissão de debêntures, a nomeação de um representante dos debenturistas *(trustee)*, que praticará todos os atos em defesa dos interesses dos mesmos.[18] Também a lei brasileira sobre a comunhão de interesses dos portadores de obrigações (Dec.-Lei nº 781, de 12 de outubro de 1938) estabelecia que esses portadores de debêntures poderiam instituir, em caráter permanente ou não, quem os representasse perante a sociedade, defendendo os seus interesses.

A atual Lei das Sociedades Anônimas estatui que, na constituição de um empréstimo com a emissão de debêntures para negociação ou distribuição no mercado, seja, na escritura, *obrigatoriamente nomeado um agente duciário dos debenturistas*, que participará, inclusive, da escritura da emissão. Esse agente duciário dos debenturistas poderá ser uma pessoa natural ou instituição nanceira especialmente autorizada pelo Banco Central e que tenha por objeto a administração e custódia de bens de terceiros.

Ao contrário do direito anterior, pela lei atual será nomeado apenas um agente duciário dos debenturistas, que não pode ser aquele que já exerça idêntica função em outra emissão da companhia. Se, durante o exercício da função, o agente duciário não puder continuá-la, será substituído nos termos estipulados na escritura da emissão.[19]

Cabe ao agente duciário representar os debenturistas, perante a sociedade, e defender, por todos os meios, os interesses dos mesmos. Prestará ele contas aos debenturistas, através de relatório anual em que especi cará os fatos ocorridos durante o ano. E, sendo necessário, agirá contra a sociedade, desde que essa deixe de cumprir suas obrigações. Pode, também, o agente duciário dos debenturistas, se a escritura de emissão facultar, autenticar os certi cados de debêntures, administrar o fundo de amortização, manter em custódia os bens dados em garantia e efetuar os pagamentos de juros, amortização e resgate. Se a escritura de emissão autoriza a substituição de bens dados em garantia do empréstimo pela companhia emissora, essa substituição só se efetivará com a concordância do agente duciário.

282. Assembleia dos Debenturistas – Os titulares de *debêntures* da mesma emissão ou série têm direitos e, naturalmente, interesses iguais. Formam, assim, uma *comunhão* e, a qualquer instante, desejando, podem reunir-se em assembleia para deliberar sobre assuntos do interesse de todos.

A assembleia dos debenturistas pode ser convocada pelo agente duciário, pela companhia emissora, por debenturistas que representem dez por cento, no mínimo, das debêntures em circulação ou pela Comissão de Valores Mobiliários. Nas deliberações da assembleia, que funciona do mesmo modo que as assembleias gerais da sociedade anônima, cada debênture dará direito a um voto.

283. Cédula de Debêntures – Como títulos representativos de uma parcela de um empréstimo contraído pelas sociedades anônimas, as debêntures podem ser dadas em garantia. A Lei das Sociedades Anônimas estatui (art. 72, com redação dada pela Lei nº 9.457/97) que as instituições nanceiras que forem autorizadas pelo Banco Central para essa operação poderão emitir cédulas lastreadas em debêntures, denominadas *cédulas de debêntures*, com garantia própria, conferindo tais títulos, aos seus titulares, eventual direito de crédito contra o emitente pelo valor nominal e com os juros nela estipulados. A *cédula de debêntures* poderá, como as *debêntures*, ser nominativa, escritural ou não, e o seu certi cado conterá o nome da instituição nanceira emitente e as assinaturas de seus representantes, o número de ordem, local e data da emissão, a denominação "*cédula de debêntures*", o valor nominal e a data do vencimento, os juros, xos ou variáveis, e a época do seu pagamento, o lugar do pagamento do principal, a identi cação das debêntures-lastro e o seu valor; o nome do agente duciário dos debenturistas; a cláusula de correção monetária, se houver, e o nome do titular.

284. Extinção das Debêntures – Cabe à companhia emissora promover a extinção das *debêntures*, quando essas forem amortizadas. Para tanto, em seus próprios livros, serão feitas as devidas anotações, e os certi cados serão cancelados e mantidos nos arquivos da emissora pelo prazo de cinco anos, juntamente com os documentos relativos à extinção. O agente duciário dos debenturistas, se houver, scalizará o cancelamento dos certi cados e os administradores da companhia emissora responderão, solidariamente, pelas perdas e danos decorrentes da não adoção de providências quanto à extinção das debêntures.

f) Bônus de subscrição

285. Características. Emissão. Requisitos – A Lei das Sociedades Anônimas permite que a *companhia de capital autorizado* emita *bônus de subscrição*, títulos que darão aos seus portadores o direito de subscrever ações por um valor nominal xo em épocas futuras. Os Estados Unidos, de onde nos veio a inovação, possuem títulos semelhantes, chamados *stock purchase warrants* que, quando de sua introdução naquele país, sofreram restrições por parte de Berle e Means, em conhecida obra sobre as corporações americanas.[20] Apesar das restrições, que se baseavam no enfraquecimento da posição do acionista na sociedade com a emissão dos *stock purchase warrants*, esses continuaram a ser emitidos pelas corporações, com grande aceitação por parte do público.

Consistem os *bônus de subscrição* em títulos negociáveis, emitidos pela companhia de capital autorizado, dando aos seus portadores o direito de subscrever ações dentro de um prazo determinado, pelo preço de emissão das ações. O limite para a emissão dos *bônus* será xado dentro do limite do aumento do capital autorizado no estatuto; esses *bônus* podem ser alienados ou atribuídos pela companhia, como vantagem adicional, aos subscritores de suas ações ou debêntures, tendo, entretanto, os acionistas preferência na aquisição. Caso o estatuto não atribua ao Conselho de Administração da sociedade a faculdade de emitir os *bônus*, a emissão ca a depender de deliberação da Assembleia Geral (Lei nº 6.404, arts. 75 e 76). Os *bônus de subscrição* terão necessariamente a forma nominativa (art. 78 da Lei das S.A., com redação dada pela Lei nº 9.457/97).

Os certi cados deverão conter a denominação da companhia, sua sede e prazo da duração; o valor do capital social, a data do ato que houver xado, o número de ações em que se divide e o valor nominal das ações, ou a declaração de que as ações não têm valor nominal; o limite de autorização para aumento de capital, em número de ações ou valor do capital social; o número de ações ordinárias e preferenciais das diversas classes, se houver; as vantagens ou preferências conferidas a cada classe e as limitações a que estiverem sujeitas as ações. Afora esses requisitos, que são comuns aos certi cados das ações, deverá ainda o título conter a denominação *bônus de subscrição*, o número de ordem; o número, a espécie e a classe das ações que poderão ser subscritas, o preço de emissão ou os critérios para sua determinação; a época em que o direito de subscrição poderá ser exercido e a data do prazo para esse exercício, o nome do titular e a data e as assinaturas de dois diretores.

O direito de subscrição, como se disse, será exercido dentro de um certo prazo, xado quando da emissão do título e constante do certi cado; a operação se veri ca com a apresentação do certi cado à sociedade e o pagamento do preço de emissão das ações, com o que a companhia, recebendo o título, emitirá as ações relativas ao mesmo em favor do apresentante do certi cado.

g) Constituição das sociedades anônimas

286. As Normas Especiais da Constituição das Sociedades Anônimas – Discrepa fortemente a constituição das sociedades anônimas dos demais tipos societários. A lei determina a observação de requisitos preliminares, que deverão ser cumpridos obrigatoriamente, sem o que a sociedade não se constituirá.

Dependendo a existência da sociedade da formação do capital, esta poderá veri car-se ou por apelo ao público ou por subscrição particular daqueles que desejam constituir a pessoa jurídica. Na subscrição do capital por apelo ao público, serão observadas várias fases, donde se chamar a constituição da sociedade com o capital formado desse modo de *sucessiva*; formando-se a sociedade por subscrição particular do capital, dá-se a essa espécie de constituição o nome de *simultânea*. Não se organiza, contudo, se na sociedade apenas estiver subscrito o capital. Este será um dos requisitos necessários à criação da pessoa jurídica, mas a sociedade só se terá como constituída depois de realizados certos atos que a lei especi ca detalhadamente.

I – *Requisitos preliminares*

A m de que se possam constituir as sociedades anônimas, é necessária a observância dos requisitos preliminares, que devem ser cumpridos obrigatoriamente. São esses requisitos:

a) a subscrição por um número mínimo de duas pessoas de *todo* o capital social;

b) a realização da décima parte, no mínimo, do *preço de emissão* das ações subscritas em dinheiro;

c) o depósito, em um banco, das importâncias recebidas pelos fundadores referentes às ações subscritas em dinheiro.

O primeiro requisito exige que, preliminarmente, *todo* o capital social seja subscrito por um número mínimo de pessoas, xado na lei. Esse número de pessoas é arbitrário, variando de país para país. O Dec.-Lei nº 2.627, de 1940, seguindo a orientação da maioria das legislações estrangeiras, xava-o em sete pessoas, enquanto que o Chile e a Itália o xaram em dois, a Alemanha e Portugal, em cinco. A Lei das Sociedades Anônimas reduziu-o a apenas duas pessoas.

Poderão esses subscritores iniciais do capital ser pessoas físicas ou jurídicas. Necessário será que o número inicial de pessoas que vão constituir a sociedade subscreva *todo* o capital social. Considera-se *subscrição* o compromisso que toma a pessoa de entrar para a sociedade com determinada importância, equivalente a um número certo de ações. Assim, se uma sociedade a constituir-se tiver o capital xado em um milhão de reais, essa importância deve ser inteiramente subscrita a m de que a sociedade anônima comum se possa formar.

A subscrição do capital social não signi ca o pagamento integral no momento em que a pessoa assume o compromisso de car com determinado número de ações. Esse pagamento pode ser realizado de uma só vez ou pode ser feito parceladamente. O subscritor, entretanto, desde que assumido o compromisso, se transforma em *devedor* à sociedade da importância subscrita. Constituindo-se essa, deverá o sócio fazer a entrega das prestações que faltarem nas épocas aprazadas, sob pena de poder ser acionado pela própria sociedade.

O segundo requisito, exigido pela lei preliminarmente, para que se possa constituir uma sociedade anônima, é o da realização da décima parte, no mínimo, do capital social, pelo pagamento de 10%, pelo menos, do preço de emissão

de cada ação. Isso signi ca que a lei não quer apenas que um décimo do capital social seja realizado: necessário será que seja efetivamente pago um décimo do preço de emissão de *cada ação*. Se todos os subscritores do capital social pagarem apenas, antes de se constituir a sociedade, um décimo do valor de suas ações, tem-se que o mínimo de 10% do total do capital social foi realizado; mas se apenas alguns dos subscritores efetuarem, no ato da subscrição, o pagamento integral de suas ações, dando esse montante importância igual ou superior a 10% do capital, - cando, porém, algumas ações sem que os seus subscritores tenham pago os 10% exigidos pela lei, a sociedade não poderá ser constituída, apesar de terem sido pagas importâncias superiores a 10% do capital. Não quer, portanto, a lei, apenas que 10% do capital sejam pagos antes de se constituir a sociedade; quer que esses 10% se re ram a cada uma das ações, mostrando, assim, que todas as partes do capital são possuídas por pessoas que realmente desejam constituir a companhia. Caso contrário, facilmente o dispositivo legal seria burlado, pois apenas um dos subscritores do capital poderia efetuar pagamento superior a 10%, enquanto os outros nada pagariam demonstrando, desse modo, que os seus nomes guravam na constituição da sociedade simplesmente para atender às exigências da lei, mas que não tinham nenhum interesse na constituição da mesma, tanto que não haviam iniciado o pagamento das ações subscritas.

Por último, requer a lei que as importâncias correspondentes às entradas iniciais dos sócios sejam depositadas pelos fundadores, em um estabelecimento bancário, e em nome da sociedade, só podendo ser devidamente levantadas depois de constituída a sociedade. O Dec.-Lei nº 2.627 estabelecia primitivamente (art. 38, nº 3) que somente 10% do total do capital fossem depositados em um estabelecimento bancário, provando-se esse depósito pelo recibo passado pelo banco. Contudo, muitas explorações se veri caram nesse tocante, criando-se sociedades em que os fundadores exigiam dos subscritores maiores importâncias e se utilizavam do saldo não exigido para o depósito, jamais fundando as sociedades. O Dec.-Lei nº 5.956, de 1º de novembro de 1943, veio, contudo, reparar essa situação, determinando que *todas* as importâncias recebidas pelos fundadores fossem depositadas, no prazo de cinco dias após o recebimento, em um estabelecimento bancário, em nome da sociedade, lá permanecendo até que esta se constituísse de nitivamente. Se, por acaso, a sociedade não se constituísse, as importâncias depositadas seriam devolvidas pelos bancos aos próprios subscritores e não mais aos fundadores. Essa medida legislativa visava a moralizar a constituição das sociedades anônimas, as despesas por acaso realizadas pelos fundadores, sendo reembolsadas depois da constituição. A Lei das Sociedades Anônimas manteve esse princípio (art. 81, *caput*), devendo as importâncias ser recolhidas ao Banco do Brasil ou outro banco comercial qualquer, segundo determinou a Comissão de Valores Mobiliários através do Ato Declaratório CVM nº 02, de 3 de maio de 1978, com fundamento na permissão que lhe deu, para resolver o assunto, o art. 80, III, da Lei das Sociedades Anônimas.

Note-se que esse recolhimento das importâncias entregues aos fundadores se refere apenas, naturalmente, às ações que forem pagas em dinheiro; contribuindo uma pessoa com um bem para a constituição da sociedade, não será exigido o recolhimento de 10% do total do capital e sim 10% do preço das ações pagas em dinheiro.

I – *Formas de subscrição do capital*

As sociedades anônimas comuns só se constituem depois de subscrito todo o capital social *um número mínimo de pessoas xado em lei.* Poderá essa subscrição ser pública ou particular. Constituindo-se a sociedade mediante a subscrição pública do capital, tem-se o que se chama *constituição sucessiva*; se a sociedade se forma mediante subscrição particular, tem-se a *constituição simultânea*.

287. Constituição por Subscrição Pública – A constituição da sociedade por subscrição pública do capital se faz em várias fases, obedecidas certas formalidades. Vejamos qual o procedimento a ser observado para que as sociedades se constituam mediante a subscrição pública do capital.

Os fundadores elaborarão um projeto de *estatuto*, pelo qual futuramente a sociedade se regerá, e um *prospecto*, ou seja, uma exposição clara e precisa das bases da sociedade e dos motivos que têm os fundadores para esperar o

êxito do empreendimento. Tanto o projeto do estatuto como o prospecto deverão ser publicados pela imprensa, sendo assinados por todos os fundadores.

O *estatuto* será a lei máxima por que a sociedade há de reger-se, uma vez constituída, e o seu projeto conterá todos os elementos necessários às sociedades mercantis, como a denominação que terá a sociedade, sua sede social, o objeto que explorará, o prazo de duração, a importância global do capital e o modo de sua realização. Afora isso, determinará o projeto de estatuto tudo o que se zer necessário para o bom funcionamento da sociedade, devendo, entretanto, notar-se que não pode ele conter normas contra os preceitos legais, pois a lei se sobrepõe à vontade daqueles que querem constituir a sociedade. Esse projeto, uma vez publicado, não poderá ser alterado pela maioria da assembleia em que se constituir a sociedade, fazendo-se, assim, por parte daqueles que se associarem à mesma, apenas uma adesão ao estatuto.

Por *prospecto* deve-se entender, como já acima frisamos, uma exposição clara e precisa das bases da sociedade e dos motivos ou razões que têm os fundadores de esperar o êxito do empreendimento. O prospecto, que deverá ser publicado juntamente com o estatuto, possui requisitos especiais. Tais requisitos são:

I) o valor do capital social a ser subscrito; o modo de sua realização e a existência ou não de autorização para aumento futuro;

II) a parte do capital a ser formada com bens; a discriminação desses bens e o valor a eles atribuído pelos fundadores;

III) o número, as espécies e classes de ações em que se dividirá o capital; o valor nominal das ações e o preço de emissão das mesmas;

IV) a importância da entrada a ser realizada no ato de subscrição;

V) as obrigações assumidas pelos fundadores, os contratos assinados no interesse da futura companhia e as quantias já despendidas e por despender;

VI) as vantagens particulares, a que terão direito os fundadores ou terceiros, e o dispositivo do projeto do estatuto que as regula;

VII) a autorização governamental para constituir-se a companhia, se necessária; VIII) as datas de início e término da subscrição e as instituições autorizadas a receber as entradas;

IX) a solução prevista para o caso de excesso de subscrição;

X) o prazo dentro do qual deverá realizar-se a assembleia de constituição da companhia, ou a preliminar para avaliação dos bens, se for o caso;

XI) o nome, nacionalidade, estado civil, pro ssão e residência dos fundadores, ou, se pessoa jurídica, a rma ou denominação, nacionalidade e sede, bem como o número e espécie de ações que cada um houver subscrito;

XII) a instituição nanceira intermediária do lançamento, em cujo poder carão depositados os originais do prospecto e do projeto de estatuto, com os documentos a que zerem menção, para exame de qualquer interessado.

Em se tratando de constituição por subscrição pública do capital, a nova lei estatui que essa só poderá ser efetuada com a intermediação de instituição nanceira. Além do mais, elaborados o projeto de estatuto e o prospecto, para que a sociedade se possa constituir será necessário prévio registro da emissão de ações na Comissão de Valores Mobiliários.

O pedido de registro de emissão obedece a normas estabelecidas por aquela Comissão e deverá ser instruído com um estudo sobre a viabilidade econômica e nanceira do empreendimento, o projeto de estatuto e o prospecto, este assinado não só pelos fundadores como pela instituição nanceira intermediária. Estudando o pedido de registro de emissão, pode a Comissão de Valores Mobiliários condicioná-lo a modi cações no estatuto ou no prospecto ou denegá-lo por inviabilidade ou temeridade do empreendimento, ou por inidoneidade dos fundadores (Lei nº 6.404, art. 82). Registrada a emissão na Comissão de Valores Mobiliários, publicados o projeto de estatuto e o prospecto, os seus originais, devidamente assinados pelos fundadores, carão em poder da instituição nanceira intermediária para exame de qualquer interessado.

Para que possam ser feitas as subscrições em dinheiro, serão organizadas *listas* ou boletins individuais, devendo o subscritor, no ato da subscrição, pagar as importâncias das entradas e assinar a lista ou boletim individual, autenticados pela instituição nanceira autorizada a receber as entradas, quali cando-se pelo nome, nacionalidade, residência, estado civil, pro ssão e documento de identidade ou, se o subscritor for pessoa jurídica, pela rma ou denominação, nacionalidade e sede, devendo ser especi cados o número de ações subscritas, sua espécie e classes, se houver mais de uma e a importância da entrada. Nas condições previstas no prospecto, as subscrições podem ser feitas por carta à instituição nanceira encarregada do recebimento das entradas, com as declarações acima e o pagamento da entrada (Lei nº 6.404, art. 85).

Feita a subscrição e paga a entrada, a instituição nanceira que receber o pagamento depositará, dentro do prazo de cinco dias, no Banco do Brasil ou em outro estabelecimento autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários. Esse depósito será feito em favor da sociedade a constituir-se e em nome do subscritor. Se a constituição não se veri car por um motivo qualquer, ou se decorrerem seis meses do pagamento das entradas sem que a sociedade se constitua, o estabelecimento depositário devolverá as entradas diretamente aos subscritores (Lei nº 6.404, artigo 81).

Encerrada a subscrição, cujo prazo foi xado pelo prospecto, veri cando-se que o total do capital foi integralmente subscrito e estando todas as entradas iniciais depositadas no estabelecimento bancário designado – Banco do Brasil ou outro –, os fundadores convocarão uma assembleia geral de todos os subscritores, para a constituição da sociedade. Essa convocação será feita mediante anúncios que deverão ser publicados nos mesmos jornais, que zerem a publicação do prospecto e do estatuto da sociedade, e mencionarão a hora, dia e local da reunião da assembleia. Tem essa assembleia importância decisiva, pois será nela que a sociedade vai constituir-se; os atos até então praticados pelos fundadores, bem como a subscrição do capital pelos que desejam participar da sociedade, são apenas atos preliminares, realizados para dar cumprimento aos dispositivos legais, formalidades obrigatórias sem as quais a sociedade não poderá constituir-se.

Havendo número legal, instalar-se-á a assembleia, sob a presidência de um dos fundadores e secretariada por um subscritor. Far-se-á, então, a leitura da certidão do depósito das entradas iniciais e o projeto dos estatutos será discutido e votado. Deve-se entender que qualquer alteração que por acaso se tenha a fazer no estatuto deverá ser aprovada pela *unanimidade* dos subscritores do capital. Se, na assembleia constituinte, não comparecerem todos os subscritores do capital, o projeto do estatuto não poderá ser modi cado. Para as deliberações dessa assembleia, cada ação dará direito a um voto. Na assembleia de constituição, contudo, deve ser observado que poderão votar *todos* os subscritores, qualquer que seja o tipo das suas ações, pois as restrições por acaso feitas quanto ao direito de voto por parte dos acionistas só vigorarão depois de constituída a sociedade, e na assembleia constituinte, por ocasião da votação do estatuto, a sociedade ainda não está constituída.

Votado o estatuto, veri cando-se que foram observadas as formalidades legais, e se os subscritores que representem a metade do capital social não se opuserem à constituição da sociedade, o presidente a declarará constituída, fazendo-se, em seguida, a eleição dos primeiros administradores e scais. Está, nessas condições, formada a sociedade, dependendo o seu funcionamento, apenas, do arquivamento dos atos constitutivos no Registro do Comércio.

Da assembleia de constituição será lavrada uma ata, em duplicata, por um dos secretários, devendo a mesma ser assinada por todos os subscritores presentes ou por quantos bastem à validade das deliberações. Um exemplar cará em poder da sociedade e o outro será destinado ao arquivamento no Registro de Comércio, juntamente com os demais atos constitutivos da sociedade.

288. Constituição por Subscrição Particular – Além desse modo de constituição sucessiva da sociedade anônima, por *subscrição pública*, poderá a mesma também constituir-se por *subscrição particular* do capital. No primeiro sistema, mais condizente com a origem histórica dessas sociedades, faz-se apelo ao público para que subscreva o capital; neste segundo, as pessoas que se interessam pela criação da sociedade subscrevem, de modo

privado, o capital, facilitando, assim, grandemente o processo de constituição, pois um dos requisitos essenciais para que a sociedade possa ser criada, que é a subscrição de todo o capital social por um mínimo de pessoas, xado em lei, foi atendido.

Poderá a constituição da sociedade anônima por subscrição particular do capital veri car-se de dois modos: ou *por assembleia geral dos subscritores* ou *por escritura pública*. Em ambos esses modos parte-se do princípio de que todo o capital social já está subscrito; divergem eles apenas na maneira de se fazer a constituição da sociedade. Essas maneiras serão a *assembleia dos subscritores* e a *escritura pública*.

1º) *Constituição da sociedade anônima, com subscrição particular do capital, por deliberação dos subscritores em assembleia geral.*

Escolhendo os fundadores das sociedades anônimas que se constituírem por subscrição particular do capital, para forma de constituição, a deliberação dos subscritores em assembleia geral, deverão ser observados, em primeiro lugar, os princípios básicos à constituição da sociedade anônima comum: subscrição total do capital, integralização mínima de 10% do preço de emissão de cada ação e depósito das importâncias recebidas em um estabelecimento bancário, em nome da futura sociedade. São dispensadas, contudo, as publicações do projeto do estatuto e do prospecto, bem como não se faz o apelo ao público para a subscrição do capital; na realidade, trata-se de uma constituição de sociedade de maneira privada, nela tomando parte apenas as pessoas escolhidas pelos fundadores e que concorrem com determinadas importâncias para a formação do capital social. Mas, uma vez veri cado, pelos fundadores, que os requisitos básicos estão devidamente cumpridos, será feita, pela imprensa, a convocação dos subscritores para a assembleia de constituição, mencionando os anúncios o dia, local e hora em que a mesma terá lugar. Vigoram, para a instalação, as mesmas regras impostas pela lei para a instalação da assembleia de constituição das sociedades que se formam por subscrição pública do capital. Como, igualmente, acontece com a constituição das sociedades que se formam mediante subscrição pública do capital, a assembleia será presidida por um dos fundadores: o projeto de estatuto, contudo, deverá ser entregue à assembleia, em duplicata, já assinado por todos os subscritores do capital, não havendo, assim, discussão sobre o mesmo. Esse projeto de estatuto será acompanhado da lista ou *boletim de subscrição,* devidamente autenticado. Não será presente à assembleia o prospecto, pois nas sociedades assim formadas não existe prospecto, cuja nalidade, como se sabe, é expor, de forma clara e precisa, para o público, o objeto da sociedade e as possibilidades do seu êxito. Já estando todo o capital subscrito, desnecessária se torna a existência de prospecto, uma vez que o capital foi escolhido de modo privado.

Instalada a assembleia, sob a presidência de um dos fundadores e secretariada por um subscritor, não havendo oposição de subscritores que representem mais da metade do capital, será a sociedade declarada constituída. Procede-se, então, à eleição dos primeiros administradores e scais e uma ata será lavrada, em duplicata, cando um exemplar em poder da sociedade e outro se destinando ao arquivamento no Registro de Comércio.

2º) *Constituição da sociedade anônima, com subscrição particular do capital, por escritura pública*.

Poderão as sociedades anônimas que fazem a subscrição do capital de modo privado, ou seja, sem apelo ao público, constituir-se, também, em vez de por deliberação dos subscritores em assembleia geral, por meio de uma escritura pública. Esse processo é o mais simples, não se revestindo daquelas formalidades existentes nos demais modos de constituição das sociedades. Preferida a escritura pública, os subscritores, feito o depósito das entradas, a assinarão, devendo, contudo, essa escritura conter, obrigatoriamente, os seguintes requisitos:

a) a quali cação dos subscritores pelo nome, nacionalidade, estado civil, pro ssão, residência e documento de identidade;

b) o estatuto social;

c) a transcrição do documento comprobatório do depósito das importâncias recebidas dos subscritores, como entradas iniciais, devendo de cada ação ser pagos pelo menos 10%;

d) a relação das ações tomadas pelos subscritores e as importâncias das entradas feitas por cada um;

e) a nomeação dos primeiros administradores e, quando for o caso, dos scais.

Consistindo alguma entrada em bens e não dinheiro, deve-se, preliminarmente à lavratura da escritura, fazer a avaliação de referidos bens, por intermédio de peritos nomeados em assembleia dos subscritores, do mesmo modo que acontece quando se trata de constituição da sociedade por subscrição pública do capital. Aprovada a avaliação, o seu laudo e a ata da assembleia serão transcritos na escritura pública, juntamente com os demais requisitos exigidos pela lei para essa forma de constituição. Formando-se a sociedade por esse modo, o simples arquivamento da certidão da escritura bastará para que possa funcionar.

289. Fundadores – Na constituição das sociedades anônimas, seja por subscrição pública do capital, seja por subscrição particular, os *fundadores* têm papel importantíssimo. São eles os realizadores da constituição das sociedades e arcam com os encargos do empreendimento, tomando as deliberações iniciais para que se efetuem todos os atos necessários, a m de que as mesmas se organizem. Assumem, por isso mesmo, responsabilidade pelos atos praticados no processo de criação das sociedades, respondendo, civil ou criminalmente, de forma solidária, por culpa ou dolo em atos ou operações anteriores à subscrição (Lei nº 6.404, art. 92, parágrafo único). Igualmente, os fundadores e as instituições nanceiras intermediárias que participarem da constituição da sociedade por subscrição pública responderão, no âmbito das respectivas atribuições, pelos prejuízos resultantes da inobservância de preceitos legais (Lei nº 6.404, art. 92).

Cessam as atividades dos fundadores no momento em que se constitui a sociedade, com a eleição dos primeiros administradores e scais. As ações contra os atos dolosos ou culposos ou violadores da lei por eles praticados só prescrevem, porém, em três anos, contados da data da publicação dos atos constitutivos da sociedade.

Uma vez formada a sociedade, os fundadores deverão entregar aos primeiros diretores todos os documentos, livros ou papéis relativos à constituição ou pertencentes à companhia. A sociedade deve, contudo, reembolsar os fundadores das despesas por eles efetuadas na fase preliminar, já que as importâncias recebidas das entradas não podiam ser empregadas nas despesas de constituição, sendo depositadas integralmente em um estabelecimento bancário, em nome da sociedade a constituir-se, de acordo com os preceitos legais.

290. Natureza Jurídica dos Atos Constitutivos das Sociedades Anônimas – Muito se há discutido sobre a natureza jurídica dos atos constitutivos das sociedades anônimas. Várias teorias existem a respeito, nenhuma tendo, contudo, até o presente, recebido a aceitação unânime dos tratadistas.

Primitivamente, como se sabe, a criação de uma sociedade anônima era mero ato administrativo. Nesse período inicial, quando as sociedades anônimas se constituíam mediante *privilégio* estatal, o poder público era quem determinava a criação da sociedade, *outorgando-lhe* os estatutos, traçando todas as suas normas de funcionamento e determinando o seu objeto. Não passava a sociedade anônima, nesse período chamado de *privilégio*, de uma instituição do Estado,[21] não possuindo, assim, o caráter privado que individualiza as sociedades comerciais.

Mais tarde, porém, esse sistema do privilégio foi substituído pelo sistema de *autorização* governamental. O Código francês de 1808 foi a primeira lei a dar essa nova orientação à constituição das sociedades anônimas. Dispondo sobre esse tipo de sociedades, anteriormente não reguladas nas leis comerciais por dependerem exclusivamente da outorga do Governo, o Código francês estabeleceu que as anônimas se poderiam constituir mediante a *autorização* do Governo, o que quer dizer que os particulares podiam, livremente, organizá-las, dependendo o seu funcionamento, contudo, da autorização governamental. Já a iniciativa não partia mais dos governos e sim dos próprios particulares; já, igualmente, os estatutos dessas sociedades não eram outorgados pelo poder público, mas apenas *aprovados* pelo mesmo, dentro das normas estabelecidas pela lei.

Nessa época, esclarece Miranda Valverde,[22] "era fatal a entrada dos atos constitutivos das companhias na categoria dos contratos, fonte abundante de obrigações nas relações entre particulares, a única, para civilistas e comercialistas, que podia explicar o fenômeno corporativo". Ficaram, assim, sendo chamados *contratos sociais* os atos constitutivos das sociedades anônimas. O próprio Dec. nº 575, de 10 de janeiro de 1849, que entre nós foi o primeiro diploma legal contendo normas relativas à constituição das sociedades anônimas, distinguia entre *estatutos* e *contrato social*, considerando os dois como elementos necessários para obtenção da autorização governamental. Mais tarde, entrando em vigor o Código Comercial de 1850, já não se fez mais a diferença entre contrato social e estatutos. Miranda Valverde explica que, "por um fenômeno de transposição, através de uma terminologia erradíssima, os estatutos passaram a ser considerados o contrato social".[23]

Com o aprofundamento, porém, dos estudos sobre a natureza das sociedades anônimas, vários juristas chegaram à conclusão de que o ato constitutivo dessas sociedades não era, na realidade, um contrato. Constataram os mestres que os sócios não tinham, como os contratantes, interesses antagônicos, mas idênticos, donde não se poder dizer que ao se reunirem as pessoas para criar uma sociedade estivessem, na realidade, contratando. As partes, nos contratos, tendo interesses opostos, podem exigir uma da outra o cumprimento da obrigação assumida; nas sociedades anônimas um sócio não pode compelir o outro a realizar a obrigação assumida; só a sociedade terá forças para isso, donde se concluir que os sócios não se obrigam uns para com os outros, mas todos para com a sociedade. O conceito clássico de contrato dista muito, assim, do que se veri ca com os atos constitutivos das sociedades anônimas.

Várias teorias foram então apresentadas para explicar a natureza jurídica desses atos. Gierke, em 1887, mostrou a diferença entre o contrato propriamente dito, que, na de nição de Jellinek, é "a união de vontades para satisfazer interesses contraditórios e não convergentes entre si", e o *ato complexo (Vereibarung)*, que é a uni cação de várias vontades para atender a interesses comuns e paralelos. Duguit, analisando o ato complexo, subdividiu-o em ato complex*o propriamente dito*, que é o em que há pluralidade de declarações de vontades de sujeitos diversos quanto ao exercício de *um único direito*, e *ato coletivo*, que se veri ca quando há pluralidade de declarações de vontades, com interesses *paralelos (Gesammakt)*, o que se dá com a sociedade.

Outra teoria que procura explicar a natureza jurídica das sociedades anônimas é a *teoria da instituição*, defendida por Hauriou. Para este autor, a diferença entre *contrato* e *instituição* é a temporalidade; o contrato é realizado por prazo limitado, temporal (se um dos contratantes falece, o contrato se desfaz), enquanto que a instituição não tem o seu prazo de duração subordinado ao fator tempo (nas sociedades anônimas, a morte de um dos sócios não altera a vida da entidade). O ato que constitui uma sociedade anônima não será, assim, segundo Hauriou, um contrato, mas um *ato institucional*, de caráter especial, que não gera obrigações dos sócios entre si e com o qual a pessoa jurídica que se forma ca inteiramente liberta das pessoas que a constituíram.

Por último, Tullio Ascarelli defende outra teoria, considerando o ato constitutivo das sociedades anônimas um contrato especial, chamado *contrato plurilateral*, que se caracteriza pelo fato de ser uma subespécie de contrato, possuindo cada parte direitos e obrigações próprios e estando cada sócio em frente a todos os outros. A sociedade se constituiria, nesse caso, por um contrato, mas um contrato especial em que podem participar mais de duas partes, cada uma titular de direitos e obrigações próprios, que não se confundem, tendo obrigações, não uma para com outra, mas para com todas as outras.

Qualquer que seja a teoria que se aceite, a verdade é que o ato constitutivo das sociedades anônimas não pode ser considerado como um contrato comum. *Ato complexo, ato coletivo, ato institucional* ou *contrato plurilateral*, nele não se encontram os mesmos elementos que existem nos contratos comuns, mantendo os sócios relações não entre si, mas com a pessoa jurídica.

291. Atos dos Fundadores – Também muito se tem discutido em doutrina a respeito da natureza jurídica dos atos praticados pelos fundadores das sociedades anônimas, alguns tratadistas alvitrando que se trata de uma gestão de negócios, outros de uma representação, de uma estipulação em favor de terceiro (no caso, a sociedade que ainda não

existe), e, en m, de um contrato preliminar feito pelos fundadores com a nalidade de praticar os atos necessários para a criação da sociedade.

Todas essas interpretações têm dado lugar a sérias críticas, pois na verdade nenhuma delas explica perfeitamente a natureza dos atos dos fundadores. Não se trata evidentemente de uma *gestão de negócios*, porque o dono desse negócio, ou seja, a sociedade, ainda não existe; não se trata de uma *representação*, pois não existindo ainda a pessoa jurídica, ou seja, o representado, não pode, igualmente, existir o representante; não se trata de uma *estipulação* em favor de terceiro, porque a estipulação deveria decorrer de um contrato e os fundadores em verdade não contratam entre si; por último, a teoria que dá aos atos praticados pelos fundadores o caráter de um *contrato* também não se justi ca, pois não assumem os fundadores obrigações recíprocas, mas procuram praticar atos necessários à criação de uma pessoa jurídica. Em face de tudo isso, alguns comentadores[24] veem nos atos praticados pelos fundadores apenas o cumprimento, por parte de uma ou algumas pessoas, de formalidades legais, como iniciativa própria, por elas tomadas, para a constituição de uma sociedade. "O fundador age, pois, por direito próprio, corre risco inerente a toda e qualquer iniciativa, para cujo êxito é preciso o concurso alheio".[25] Mais razoável nos parece a teoria que vê o nascimento da personalidade jurídica das sociedades anônimas, não no ato institucional das mesmas, mas no momento em que os fundadores lançam o estatuto e o prospecto para a fundação. Com tal interpretação a pessoa jurídica assume a mesma posição da pessoa física ao ser concebida, seguindo a regra que estatui que *infans conceptus pro nato habetur*. Essa teoria, melhor que as outras, explica os atos praticados pelos fundadores, inclusive o depósito, em nome da sociedade (que ainda não existe legalmente, pois ainda não foi constituída), das importâncias recebidas dos subscritores do capital. Contudo, tal teoria, chamada da personalidade interior, não é inteiramente aceita pelos tratadistas, se bem que tivesse aceitação geral no Direito francês anterior à Lei de Sociedades de 1966.

292. Formalidades Complementares da Constituição – Para que possam funcionar legalmente, as sociedades anônimas necessitam de ter arquivados e publicados os seus atos constitutivos. Nasce, legalmente, a pessoa jurídica com esse arquivamento e publicação de referidos atos, só a partir desse momento podendo a sociedade obrigar-se perante terceiros.

Constituindo-se a sociedade por deliberação da assembleia geral, seja por subscrição pública ou particular do capital, necessário será que sejam arquivados no Registro de Comércio de sua sede:

a) um exemplar do estatuto assinado por todos os subscritores do capital social, ou se a subscrição do capital tiver sido pública, os originais do estatuto e do prospecto assinados pelos fundadores, bem como um exemplar do jornal o cial em que estatuto e prospecto tiverem sido publicados;

b) a relação completa autenticada pelos fundadores ou pelo presidente da assembleia constituinte da sociedade dos subscritores do capital social, mencionando, além do nome, a nacionalidade, estado civil, pro ssão, residência, número de ações tomadas por subscritor e o total das entradas de cada um. Essa relação constitui a lista ou *boletim de subscrição* organizado quando da constituição da sociedade;

c) o documento ou os documentos comprobatórios do depósito das entradas feitas pelos subscritores, importâncias essas que, como vimos, dentro do prazo de cinco dias do seu recebimento, deverão ser depositadas em um estabelecimento bancário, em favor da futura sociedade;

d) a duplicata da ata da assembleia geral dos subscritores que houver deliberado sobre a constituição da sociedade;

e) as atas das assembleias de subscritores que houverem nomeado peritos e aprovado o laudo de avaliação dos bens que não dinheiro, quando esses forem oferecidos à sociedade para a formação do seu capital.

Em se tratando de sociedade constituída por escritura pública, necessário será apenas o arquivamento da certidão da escritura de constituição, pois nessa estarão contidos todos os requisitos exigidos para a constituição por deliberação da assembleia.

Examinando o Registro de Comércio os atos que lhe são entregues para arquivamento, se neles encontrar falhas ou irregularidades, esse será negado. Em tal caso, os primeiros administradores da sociedade convocarão uma assembleia geral dos acionistas para autorizar que sejam sanadas as faltas ou irregularidades, sendo as deliberações nessa assembleia tomadas por acionistas que representem no mínimo a metade do capital. Mesmo que as faltas tenham se veri cado no estatuto, poderão ser corrigidas nessa assembleia.

Sanadas as faltas ou irregularidades, novamente serão apresentados os documentos comprobatórios da constituição da sociedade ao Registro de Comércio; este, examinando-os e não encontrando novas falhas, procederá ao seu arquivamento, dando à sociedade uma cópia autêntica ou certidão de referidos documentos e do ato do arquivamento, a m de serem publicados no jornal o cial da União ou do Estado, conforme esteja a sociedade sediada no Distrito Federal ou nos Estados. A publicação deve ser feita no prazo máximo de 30 dias da data do arquivamento. Um exemplar do jornal que publicou a certidão dos documentos arquivados e do ato de arquivamento será, igualmente, arquivado no Registro de Comércio.

Deve-se ter em consideração que a certidão do arquivamento dos atos constitutivos da sociedade é o documento probatório de sua constituição regular. Com essa certidão se fará a transferência, no registro público competente, dos bens que forem conferidos à sociedade para a formação do seu capital. Mesmo que se trate de bens imóveis que, normalmente, para a validade da transferência, necessitam de escritura pública (Lei nº 7.104, de 21 de junho de 1983, que substituiu a Lei nº 1.768, de 18.12.52, a qual havia alterado o art. 134 do Código Civil de 1916), a certidão servirá de documento hábil para que se efetue a transferência.

h) Livros sociais

293. Livros Especiais – Como todos os comerciantes, as sociedades anônimas devem possuir livros obrigatórios. Esses livros são o *Diário, o Registro de Duplicatas*, querendo a sociedade emitir esses títulos, *o Registro de Empregados, o Livro de Inventário* e o *Registro de Compras*. Deverão, contudo, além destes, possuir, obrigatoriamente, outros livros que se devem revestir das mesmas formalidades exigidas para os livros comuns a todos os comerciantes.

Esses livros especiais vêm a seguir.

a) Registro de ações nominativas

Neste livro serão inscritos, anotados ou averbados o nome dos acionistas e o número de ações que possuem; as entradas ou prestações do capital realizadas; as conversões em ações de uma forma em outra, espécie e classe; os resgates, reembolsos, amortizações ou compra de ações; nas mutações operadas pela alienação ou transferência de ações pela companhia; a caução ou penhor, usufruto, deicomisso, alienação duciária ou cláusula ou ato que onere as ações ou a sua negociação. Deverá o *Registro de Ações Nominativas*, como todos os demais livros especiais, ser devidamente autenticado no Registro de Comércio, com termos de abertura e encerramento, todas as suas páginas numeradas.

b) Transferência de ações nominativas

Outro livro obrigatório para as sociedades anônimas é o de *Transferência de Ações Nominativas*, destinado aos termos de alienação ou transferência dessas ações. Como já se viu, a mudança de propriedade das ações nominativas se faz por termo lançado em livro próprio, assinado pelo cedente e pelo cessionário ou seus legítimos representantes, presumindo-se sempre que são seus proprietários aqueles cujos nomes gurem nos livros da sociedade. O livro de *Transferência de Ações Nominativas* serve, assim, para provar a mudança de proprietários dessas ações.

c) Registro de partes bene ciárias nominativas

Também haverá um livro especial para o registro das partes bene ciárias nominativas, no qual serão inscritos os nomes de todos os que sejam proprietários de partes bene ciárias dessa espécie. Como se sabe, partes bene ciárias são títulos sem valor nominal, estranhos ao capital da sociedade, que dão aos seus proprietários direito de crédito eventual contra a sociedade, consistente na participação nos lucros líquidos anuais que devem ser distribuídos aos acionistas. As partes bene ciárias nominativas deverão ser inscritas, com os mesmos requisitos com que são inscritas as ações nominativas no *Registro de Ações Nominativas*, no livro denominado *Registro de Partes Bene ciárias Nominativas*. Naturalmente, não sendo a existência das partes bene ciárias obrigatória nas sociedades anônimas, dependendo dos estatutos ou da assembleia geral, somente quando esses títulos existirem na sociedade é que o livro de que tratamos se torna obrigatório.

d) Transferência de partes bene ciárias nominativas

Este livro, como o *Transferência de Ações Nominativas*, serve para atestar a circulação das partes bene ciárias nominativas, com a mudança de seus proprietários. A transferência é feita por meio de termo de cessão, assinado pelo cedente e pelo cessionário ou seus representantes.

Os livros até aqui enumerados, nas companhias abertas, poderão ser substituídos por registros mecânicos ou eletrônicos, observadas as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

e) Atas das Assembleias Gerais

Destina-se esse livro a registrar as decisões tomadas nas assembleias gerais da sociedade, bem como tudo o que nelas se realizar de interesse da sociedade. Algumas atas devem ser publicadas na imprensa, por imposição da lei, devendo, contudo, apesar dessa publicação, constar desse livro. Não poderá o livro de *Atas das Assembleias Gerais* ser compulsado por estranhos à sociedade, pois se trata de livro que encerra assuntos internos da mesma. Muitos desses assuntos interessam apenas aos acionistas, por se relacionarem com a vida da empresa, devendo o seu conhecimento ser facultado apenas aos que dela fazem parte.

f) Presença de acionistas

A m de tomarem parte nas reuniões coletivas da sociedade, ou seja, nas assembleias gerais, os acionistas devem inscrever os seus nomes em um livro especial. Servirá essa inscrição para atestar o comparecimento dos acionistas às assembleias, por ele se veri cando a existência de número legal, por capital, para a instalação das mesmas.

g) Atas das Reuniões do Conselho de Administração e Atas das Reuniões da Diretoria

Pela lei, a sociedade anônima poderá possuir um Conselho de Administração, órgão de deliberação colegiada, com competência especí ca, inclusive a de xar a orientação geral dos negócios da companhia e eleger ou destituir os seus diretores, de acordo com o que dispuser o estatuto (art. 142); nas companhias abertas e nas de capital autorizado o Conselho de Administração é obrigatório (Lei nº 6.404, art. 138, § 2º). Possuindo a sociedade um Conselho de Administração, deverá ter, igualmente, um livro em que serão lavradas atas de suas reuniões.

Em qualquer hipótese, a sociedade possuirá sempre uma Diretoria com a nalidade de gerir os negócios sociais. Assim, obrigatoriamente, a sociedade possuirá um livro de *Atas das Reuniões da Diretoria*, em que serão anotadas as deliberações tomadas pelo órgão.

h) Atas e pareceres do Conselho Fiscal

O Conselho Fiscal, órgão scalizador dos negócios sociais, será composto de três a cinco membros e igual número de suplentes, eleitos anualmente pela assembleia geral ordinária. Dentre as suas funções, cabe-lhe scalizar os

atos dos administradores e veri car o cumprimento dos seus deveres legais ou estatutários. Das reuniões do Conselho Fiscal serão lavradas atas, neste livro próprio, contendo o mesmo, igualmente, os pareceres emitidos.

Afora esses livros especiais das sociedades anônimas, e os obrigatórios a todos os comerciantes, podem as sociedades anônimas possuir livros *auxiliares* ou *facultativos*, tais como o *Razão,* o *Contas Correntes,* o *Borrador* e o *Caixa*. Podem, igualmente, alguns desses livros ser desdobrados em mais de um tomo, desde que esse desdobramento não prejudique o controle da sociedade.

294. Escrituração do Agente Emissor. Ações Escriturais – Se a sociedade possui um agente emissor de certi cados (*supra*, nº 263), esse poderá substituir os livros de *Registro de Ações Nominativas, Transferência de Ações Nominativas, Registro de Partes Bene ciárias Nominativas e Transferência de Partes Bene ciárias Nominativas,* pela sua escrituração, mantendo, mediante sistemas adequados e aprovados, os registros de propriedade de ações, partes bene ciárias, debêntures e bônus de subscrição, devendo, uma vez por ano, preparar a lista dos seus titulares, com o número dos títulos de cada um, a qual será encadernada, autenticada no Registro de Comércio e arquivada na companhia. Os termos de transferência das ações nominativas perante o agente emissor poderão ser lavrados em folhas soltas, à vista do certi cado da ação, no qual serão averbados a transferência, o nome e a quali cação do adquirente. Os termos de transferência em folhas soltas serão encadernados em ordem cronológica, em livros autenticados no Registro de Comércio e arquivados na companhia.

Em se tratando de ações escriturais (*supra*, nº 264), a instituição nanceira depositária deverá fornecer à companhia, pelo menos uma vez por ano, cópias dos extratos das contas de depósito e a lista dos acionistas com a quantidade das respectivas ações, que serão encadernadas em livros autenticados no Registro de Comércio e arquivadas na companhia.

295. Exibição dos Livros – Os livros especiais das sociedades anônimas, como os demais livros obrigatórios, poderão ser exibidos integralmente mediante ordem judicial, a requerimento de acionista que represente pelo menos 5% do capital social, quando forem apontados atos violadores da lei ou do estatuto ou haja fundada suspeita de graves irregularidades praticadas por qualquer dos órgãos da sociedade, seja a assembleia geral, o Conselho de Administração, a diretoria ou o conselho scal. Essa exibição poderá compreender mesmo os livros de *Atas das Reuniões da Diretoria* e *Atas e Pareceres do Conselho Fiscal* que são, em essência, livros de provas e não de escrituração.

Lógico é que o pedido de exibição pode ser feito por um ou mais de um acionista desde que todos representem, pelo menos, um vigésimo do total do capital social. Reconhece a lei o direito que tem a minoria nas sociedades anônimas de scalizar os atos da administração, dando-lhe, assim, a oportunidade de fazer valer esses direitos mediante o pedido de exibição dos livros sociais.

O atual Código Civil, no artigo 1.191, ao disciplinar o assunto, destaca que o juiz só poderá autorizar a exibição integral dos livros e papéis de escrituração quando houver necessidade para solução de questões litigiosas, no caso sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem, ou na circunstância de falência.

Ademais, a determinação de exibição dos livros e demais documentos pode acontecer na presença do empresário, ou da sociedade empresária, ou pessoas nomeadas, para efeito de se colher o material necessário à questão (art.1.191, § 1º, do Código Civil).

Cria o artigo 1.021 do Código Civil a possibilidade do sócio fazer o exame do livro a qualquer tempo, e ainda dos documentos, exceto se houver estipulação escrita em sentido contrário, que preveja o tempo determinado para a análise.

296. Certidões Fornecidas a Terceiros – Se os livros das sociedades anônimas não podem ser manuseados por todas as pessoas, já que encerram fatos relativos à vida interna das sociedades que só a essas é permitido conhecer,

pode- rão, contudo, os estranhos requerer certidões dos assentamentos constantes dos livros de *Registro de Ações Nominativas, Transferência de Ações Nominativas, Registro de Partes Bene ciárias Nominativas* e *Transferência de Partes Bene ciárias Nominativas*. Compreende-se que assim aconteça porque a propriedade das ações e das partes bene ciárias nominativas é atestada por esses livros. Por essa razão, muitas sociedades não emitem, sequer, os títulos representativos das ações nominativas, pois a propriedade dessas ações é atestada pelo livro de *Registro de Ações Nominativas* e a sua circulação pela *Transferência de Ações Nominativas*.

Mas não será justo que terceiros, que tenham interesse em conhecer a situação exata da propriedade das ações e debêntures nominativas, ou partes bene ciárias nominativas, sejam di cultados nesse propósito, em face do princípio da inviolabilidade dos livros comerciais. Se a sociedade não pode permitir que os seus livros sejam devassados pelos estranhos – mesmo aos acionistas é restringido o direito do exame direto dos livros comerciais – tem, contudo, a obrigação de fornecer as certidões pedidas a respeito, mencionando em ditas certidões a situação exata dos acionistas. Contudo, a lei faculta que as sociedades cobrem uma módica importância por referidas certidões.

Os livros de que aqui tratamos devem, como os demais livros das sociedades anônimas, estar revestidos das formalidades extrínsecas e intrínsecas que são obrigatórias aos livros comerciais. Se, contudo, esses livros estiverem viciados ou com irregularidades, a sociedade responde pelos prejuízos causados aos interessados, sejam esses acionistas ou não. Não se admite que, por desídia ou má-fé da sociedade, sejam os seus sócios ou terceiros prejudicados. Enquanto a regra geral determinava que, nas partes viciadas, os livros comerciais provinham contra os seus proprietários (Código Comercial, art. 15), a lei especial das sociedades anônimas estabelece que os danos causados aos interessados nos assentamentos da propriedade e cessão das ações e das partes bene ciárias nominativas sejam ressarcidos pela sociedade, se esses danos resultarem de vício ou irregularidade em ditos assentos.

i) Das companhias que dependem de autorização para funcionar

297. Disposições Gerais – De passagem, o atual Código Civil se reporta à sociedade que depende de autorização para funcionar (arts. 1.123 a 1.125), eis que cabe ao Governo a manifestação favorável ou contrária. De fato, algumas espécies de sociedades anônimas somente poderão funcionar com a prévia autorização governamental. A legislação antiga requeria a autorização para a sociedade poder *constituir-se*, dependendo, assim, daquela, todos os atos necessários à formação da sociedade. Atualmente foi modi cada tal orientação: só haverá necessidade de autorização prévia do Governo para as sociedades que dela dependem quando a constituição se zer por subscrição pública do capital. Em se tratando de sociedades que se formam pela subscrição particular do capital, se dependerem de autorização do Governo, essa autorização será apenas para o seu funcionamento, não para a constituição.

A Lei das Sociedades Anônimas não dispôs sobre a sociedade que, para funcionar, necessita de autorização do Governo, deixando em vigor os arts. 59 a 73 do Dec.-Lei nº 2.627, de 1940. Assim, sobre o assunto tem-se que recorrer aos dispositivos daquele decreto-lei, que não foram revogados (Lei nº 6.404, art. 300). Existem, contudo, na nova lei alguns dispositivos que se referem expressamente às sociedades que necessitam de autorização do Governo para funcionar, complementando o que constava da lei anterior.

A autorização do Governo para a sociedade funcionar depende do objeto a ser explorado pela mesma. Por tal razão, as leis das sociedades anônimas não costumam enumerar essas sociedades, deixando às leis especiais a regulamentação da matéria. A autorização será sempre do Governo Federal, devendo o pedido ser encaminhado ao Ministério competente. O requerimento e autorização das sociedades nacionais devem ser acompanhados do projeto de estatutos, da lista de subscritores, com as menções dos nomes, nacionalidade, estado civil, pro ssão, residência, número de ações subscritas e total da entrada inicial (boletim de subscrição), documento comprobatório do depósito das importâncias recebidas, obedecendo-se à regra de que pelo menos 10% do preço de emissão de cada ação subscrita devem ser integralizadas por ocasião da subscrição, cópia autêntica da ata de constituição da sociedade ou certidão da escritura pública, se por essa forma a mesma se constituiu. Poderá o Governo determinar alterações ou aditamentos no

estatuto da sociedade, o que deve ser providenciado pelos fundadores, mediante assembleia dos subscritores. E, uma vez concedida a autorização, o respectivo decreto e demais atos necessários à constituição deverão ser publicados, mediante certidão, dentro de 30 dias, no órgão o cial da União, arquivando-se um exemplar da publicação no Registro de Comércio da sede da sociedade. A certidão do arquivamento deverá, igualmente, ser publicada no jornal o cial da União, sendo que qualquer alteração que os estatutos da sociedade vierem a sofrer posteriormente depende, também, de autorização do Governo Federal. Quando se tratar de sociedade que se constitui mediante subscrição pública do capital, devendo, assim, obter autorização prévia para a constituição, os fundadores requererão ao Governo a autorização, juntando ao seu requerimento cópias autênticas do projeto de estatuto e do prospecto; sendo a autorização obtida, será feito o arquivamento dos atos constitutivos da sociedade, do mesmo modo que o arquivamento comum das sociedades que se constituem mediante a subscrição pública do capital.

A autorização, em princípio, é do Governo Federal; entretanto, leis especiais regulam a constituição e funcionamento de sociedades que se dedicam a determinadas atividades, como as relativas a bancos, sociedades de crédito, nanciamento e investimento, seguros privados, capitalização, mineração, navegação de cabotagem e outras com objetos especiais, como, por exemplo, as empresas de telecomunicação.

298. Companhias Nacionais e Estrangeiras – As sociedades nacionais e estrangeiras foram destacadas pelo atual Código Civil, nos artigos 1.126 a 1.133 (sociedade nacional) e também nos 1.134 a 1.141 (sociedades estrangeiras) de maneira muito detalhada e bastante efetiva.

A Lei das Sociedades Anônimas não cuida das sociedades estrangeiras autorizadas a funcionar no país, vigorando agora o estatuído pelo Código Civil.

De ne-se sociedade nacional aquela organizada de conformidade com a lei brasileira, e que tenha no país a sede de sua administração. Duplo requisito pauta a sociedade anônima nacional: que seja formada conforme a lei brasileira e tem sede no país. As sociedades anônimas estrangeiras, com qualquer objeto, necessitam de autorização do Governo para funcionamento no país, seja por si mesmas, por intermédio de liais, sucursais, agências ou estabelecimentos que as representem; poderão, no entanto, obedecidos os casos expressos em lei, ser acionistas de sociedade brasileiras.

O requerimento das sociedades anônimas estrangeiras que quiserem funcionar no Brasil deverá ser instruído, conforme o art. 1.134, § 1º, do Código Civil, com os seguintes documentos.

I – prova de se achar a sociedade constituída conforme a lei de seu país;

II – inteiro teor do contrato ou do estatuto;

III – relação dos membros de todos os órgãos da administração da sociedade, com nome, nacionalidade, pro ssão, domicílio e, salvo quanto a ações ao portador, o valor da participação de cada um no capital da sociedade;

IV – cópia do ato que autorizou o funcionamento no Brasil e xou o capital destinado às operações no território nacional;

V – prova de nomeação do representante no Brasil, com poderes expressos para aceitar as condições exigidas para a autorização;

VI – último balanço.

Comporta observar em relação ao item III que a Lei nº 8.021/90 teve o condão de extinguir as ações endossáveis e aquelas ao portador, daí por que a exigência não ganha prestígio.

Esses documentos devem estar devidamente autenticados, segundo a lei de origem da sociedade e legalizados no consulado brasileiro de sua sede. Os documentos serão apresentados na língua original da sociedade com tradução para o vernáculo por tradutor juramentado. Poderá o Governo estabelecer, na autorização, as condições que julgar necessárias para a defesa dos interesses nacionais, condições essas que deverão ser aceitas pelo representante da sociedade anônima estrangeira, só depois dessa formalidade sendo expedido o decreto de autorização. Esse decreto, bem como os demais documentos apresentados ao Governo, serão publicados no jornal o cial da União e, após,

arquivados no Registro de Comércio. A certidão do arquivamento será, igualmente, publicada no jornal o cial da União.

Usarão as sociedades anônimas estrangeiras autorizadas a funcionar no país a sua denominação original; cam elas sujeitas à lei e aos tribunais brasileiros em relação aos atos praticados no Brasil.

Essas sociedades anônimas deverão possuir no país um representante permanente com poderes para tratar de quaisquer questões referentes às mesmas, e se sujeitam às regras da lei brasileira quanto à publicação dos balanços, contas e atos da sua administração. Poderão nacionalizar-se brasileiras, mediante autorização do Governo Federal (Decreto-lei nº 2.627/40, art. 71). Nesse caso, deverão transferir sua sede para o Brasil.

A autorização do Governo para o funcionamento das sociedades anônimas estrangeiras em território nacional poderá ser cassada a qualquer momento, desde que infrinjam elas as disposições de ordem pública ou que pratiquem atos contrários aos ns declarados nos estatutos ou nocivos à economia nacional. O mesmo poderá acontecer com as sociedades que se constituam ou funcionem mediante autorização do Governo.

j) Acionistas

299. Considerações Gerais – O capital social das sociedades anônimas é dividido em partes denominadas *ações*; os proprietários dessas partes têm o nome de *acionistas*.

Em virtude de ser a sociedade anônima institucional e não contratual, não é exigida a capacidade plena da pessoa para tornar-se ela acionista; assim, menores e incapazes poderão pertencer às companhias, adquirindo ações e exercendo os direitos assegurados pelas mesmas. Podem as ações ser possuídas também por pessoas jurídicas; em tal caso os direitos dessas ações são exercidos pelos representantes da pessoa jurídica.

As ações dão um variado número de direitos aos acionistas, mas, ao adquiri-las, esses assumem também obrigações. Vejamos quais as principais obrigações e direitos dos acionistas.

300. Obrigações do Acionista – A principal obrigação do acionista é pagar à sociedade as ações subscritas ou adquiridas; a esse pagamento se dá o nome de *integralização*, sendo ações integralizadas aquelas cujo preço total foi pago à sociedade. O pagamento é feito de acordo com o previsto no estatuto ou no boletim de subscrição: pode a integralização se realizar por ocasião da subscrição ou de modo parcial, denominando-se *chamada* os momentos marcados pela sociedade para o pagamento das parcelas, para o que a sociedade, em regra, faz um chamamento dos acionistas através de avisos publicados pela imprensa.

Não sendo efetuado, da maneira estabelecida no estatuto ou no boletim de subscrição, o pagamento pelo acionista, ca ele constituído em mora, de pleno direito, sujeitando-se, portanto, ao pagamento de juros, da correção monetária e da multa que o estatuto determinar, que não poderá ser superior a 10% do valor da prestação devida. Veri cada a mora do acionista, pode a sociedade propor contra ele ação executiva para a cobrança das importâncias devidas ou mandar vender as ações por conta e risco do acionista devedor. Vendidas as ações, do produto da venda serão deduzidas as despesas com a operação, correção monetária, juros e multa, devendo o saldo car à disposição do acionista. Pela Lei das Sociedades Anônimas, mesmo depois de iniciada a cobrança judicial, pode a companhia mandar vender as ações (Lei nº 6.404, art. 107, § 3º); por outro lado, se o saldo apurado da venda das ações for insu ciente para pagar os débitos do acionista, pode ser promovida pela companhia ação judicial para haver do acionista o que faltar para a liquidação do seu débito. Por último, se não for conseguida, por qualquer dos meios legais, a integralização das ações, pode a companhia declará-las caducas, fazendo suas as entradas realizadas, integralizando-as com lucros ou reservas, exceto a legal. Não havendo lucros ou reservas su cientes para a integralização, terá a companhia o prazo de um ano para colocar as ações caídas em comisso, ndo o qual, não tendo sido encontrado comprador, a assembleia geral deliberará sobre a redução do capital em importância correspondente (Lei nº 6.404, artigo 107, § 4º).

Ao subscrever as ações com integralização parcelada, o acionista constitui-se devedor da companhia; desse modo, em caso de negociação dessas ações não integralizadas, ca ele responsável solidário com os cessionários pelo pagamento das prestações que faltarem para a integralização das ações cedidas ou transferidas. Cessa, entretanto, essa responsabilidade, em relação a cada alienante, no m de dois anos a contar da data da cessão ou transferência.

301. Direitos do Acionista. Direito de Voto – Ao adquirir ações, o acionista passa a participar da sociedade e, assim, a gozar dos vários direitos oriundos dessa situação. São considerados *direitos essenciais* do acionista, que deles não podem ser privados nem pelo estatuto nem pela assembleia geral, os de participar dos lucros da sociedade, de participar do acervo da sociedade em caso de liquidação; de scalizar a gestão dos negócios sociais, na forma estabelecida pela lei; de ter preferência na subscrição de ações, debêntures conversíveis em ações, bônus de subscrição e partes bene ciárias conversíveis em ações, observadas as restrições legais, e retirar-se da sociedade nos casos previstos em lei. As ações de cada classe dão aos acionistas direitos iguais.

Um dos mais importantes direitos conferidos ao acionista é o de votar nas deliberações sociais, sendo regra que a cada ação ordinária cabe um voto nas deliberações da assembleia geral. O estatuto, entretanto, pode fazer limitações a esse direito.

Assim, pode o estatuto limitar o número de voto de cada acionista; pode, igualmente, deixar de conferir às ações preferenciais algum ou alguns dos direitos conferidos às ações ordinárias; pode, inclusive, retirar o direito de voto às ações preferenciais ou conferi-lo com certas restrições exceto às de retirar do acionista os direitos essenciais acima referidos. Sendo retirado o direito de voto às ações preferenciais, estas o adquirirão se a companhia, no prazo previsto do estatuto, não superior a três exercícios consecutivos, deixar de pagar os dividendos a que zerem jus, conservando esse direito até o pagamento, inclusive dos atrasados, se os dividendos forem cumulativos.

O estatuto pode, igualmente, determinar que as divergências eventualmente surgidas entre os acionistas, ou entre estes e a companhia, sejam solucionadas através de Juízo Arbitral, devendo, neste caso, trazer minuciosamente explicados os termos em que se dará a arbitragem (art. 109, § 3º, acrescentado pela Lei nº 10.303/01).

A Lei nº 6.404/76, quando promulgada, trouxe uma modi cação essencial ao direito brasileiro ao estabelecer que somente os *titulares de ações nominativas, endossáveis ou escriturais* (ou seja, somente os titulares de ações que tenham os seus nomes nos registros da companhia), teriam direito a voto (art. 112, *caput*), gerando grande controvérsia diante da possibilidade de a companhia emitir ações preferenciais nominativas sem direito a voto, além de um grande número de ações *ao portador*, as quais, como se viu, não teriam direito a voto, o que ensejaria, ao ser fundada a sociedade, deixar o controle da mesma em mãos de um reduzido número de prestadores de capital. Teoricamente, poderia uma sociedade dividir o seu capital em ações ordinárias e preferenciais, estas sem direito a voto, e as ações ordinárias serem divididas em ações nominativas, endossáveis ou não, e *ao portador*. Fazendo-se essa emissão em partes iguais para cada espécie de ação, teríamos a situação em que o capital votante da sociedade (e, portanto, controlador desta) representa apenas 25% do capital total; cando, portanto, o controle da sociedade com quem detivesse 14% desse capital votante.

A Lei nº 9.457, de 1997, ao deixar de alterar este dispositivo (como o fez com tantos outros, *vide* arts. 49, VII e VIII; 50, § 1º; 63, parágrafo único; 64, X a XIII, etc.), compatibilizando-o com a Lei nº 8.021, de 1990, que extinguiu as ações endossáveis com o claro objetivo de identi car dos contribuintes que operam no mercado nanceiro e de capitais, perdeu a grande oportunidade de acabar de vez com essa controvérsia. Em verdade, toda essa discussão tem importância meramente acadêmica, uma vez que, na prática, apesar de preservado pelo legislador de 1997, o art. 112 da Lei das Sociedades Anônimas está derrogado, posto que incompatível com o ordenamento vigente no país após a promulgação da Lei nº 8.021, de 1990.

No caso de serem as ações dadas em penhor, nada impede que o acionista exerça o direito de voto, a não ser que, na constituição do penhor, haja cláusula especial sobre o assunto; já o credor garantido por alienação duciária de ações não pode exercer o direito de voto, uma vez que ele só se integra na propriedade plena do bem alienado se o

devedor não efetuar o pagamento do débito, na forma da legislação especial a respeito. Se a ação for gravada de usufruto, o direito de voto, se de modo contrário não for convencionado na constituição do gravame, só poderá ser exercido mediante acordo prévio entre o proprietário e o usufrutuário.

Finalmente, devendo o acionista exercer o direito de voto no interesse da sociedade, será considerado abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou aos outros acionistas, ou de obter o acionista votante, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus ou de que resulte ou possa resultar prejuízo para a companhia ou para os outros acionistas. Por isso, a deliberação tomada em decorrência de voto do acionista que tem interesse conflitante com a sociedade é anulável, respondendo o acionista pelos danos causados e sendo obrigado a transferir para a companhia as vantagens que houver auferido (Lei nº 6.404, arts. 109 e 115).

302. Acionista Controlador – Também a Lei das Sociedades Anônimas destaca e regula as atividades do *acionista controlador*, que é a pessoa, natural ou jurídica, ou grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, que é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria de voto nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia, usando, efetivamente, o seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Esse acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social. Mas o simples enunciado desse dever não produziria resultados positivos se não fossem explicitados os atos que constituem *abuso de poder*. Para a fiscalização e ciente da atuação do acionista controlador, são considerados atos abusivos do poder:

a) a orientação da companhia para fim estranho ao objeto social, ou lesivo ao interesse nacional, ou levar o acionista ao favorecimento de outra sociedade, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;

b) promover o acionista a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagens, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários, ou a adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízos aos minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela mesma;

d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;

e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal ou a não cumprir os seus deveres, ou a promover, na Assembleia Geral, a ratificação desses atos contra os interesses da companhia;

f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem ou da sociedade em que tenha interesse, em condições não equitativas ou de favorecimento;

g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que autorize fundada suspeita de irregularidade;

h) subscrever ações, para o fim de aumento do capital social mediante subscrição de ações (art. 170), com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia.

Com a adoção dessas normas, sem dúvida ficará bem mais fácil apurar as responsabilidades do acionista controlador, que não poderá, assim, se locupletar, com prejuízos para a sociedade ou para os acionistas minoritários e investidores em valores mobiliários da companhia, com vantagens que lhe proporciona sua situação privilegiada na sociedade.

303. Acordo de Acionistas – A Lei das Sociedades Anônimas admitiu que os acionistas podem fazer entre si acordo sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las ou exercício do direito de voto, havendo a

Lei nº 10.303/01 alterado o *caput* do art. 118 para determinar, de forma expressa, que os acordos de acionistas podem versar, também, sobre o exercício do poder de controle, dependendo do arquivamento na sede social para que se possa exigir da companhia o cumprimento dos seus termos. Esses acordos entre acionistas sempre despertaram grande polêmica entre os comercialistas, sendo Sciajola, na Itália, em 1912, quem primeiro se manifestou contra os mesmos, no que foi seguido por Vivante e La Lumia. Em alguns países, entretanto, como nos Estados Unidos, na Inglaterra e na Alemanha, são permitidos acordos de acionistas, apesar do assunto continuar a prender a atenção dos estudiosos.[26]

O acordo entre os acionistas visa sobretudo a orientar o direito de voto nas assembleias gerais e demais órgãos de deliberação colegiada da companhia (art. 118, §§ 8º e 9º, introduzidos pela Lei nº 10.303/01), podendo, também, regular as aquisições ou vendas de ações por parte dos contratantes. Segundo a lei, para que a observância dos termos do acordo seja obrigatória à companhia, na pessoa do presidente da assembleia geral, da reunião do conselho de administração ou da diretoria, é necessário o arquivamento do mesmo na sede social. As obrigações ou ônus decorrentes dos acordos somente serão oponíveis a terceiros depois de averbados nos livros de registro e nos certi cados de ações, caso estes tenham sido emitidos. As ações assim averbadas não serão negociáveis no mercado de valores mobiliários.

Procurando dar maior efetividade aos acordos de acionistas, a Lei nº 10.303/01 introduziu no art. 118 da Lei das Sociedades Anônimas cinco novos parágrafos, de forma que agora, por expressa determinação legal, os acordos de acionistas que tenham prazo determinado ou estejam subordinados a uma condição resolutiva somente poderão ser denunciados nos casos e na forma que expressamente previrem; os mandatos outorgados nos termos de acordo de acionista, para exercício do direito de voto em deliberações especí cas, poderão ter prazo superior a um ano; os acionistas vinculados a acordo de acionistas deverão, quando do arquivamento do pacto na sede social, indicar, por escrito, representante para comunicar-se com a companhia, recebendo ou prestando as informações necessárias, as quais poderão ser solicitadas pela companhia. As inovações de maior relevância, porém, encontram-se disciplinadas nos oitavo e nono parágrafos. Com efeito, por força do disposto no novo parágrafo oitavo, caso o acionista, ou o seu representante nos órgãos da administração, pro ra voto em desacordo com o estabelecido em acordo devidamente arquivado na sede social, tal voto não poderá ser computado, cabendo ao presidente da assembleia, ou àquele que esteja conduzindo a reunião do conselho de administração ou da diretoria,[27] desconsiderá-lo, não o computando. Já o parágrafo nono estabelece que, nos casos de ausência ou omissão de acionistas[28] que tenham subscrito acordo de acionistas, a parte, integrante do acordo, que se sinta prejudicada poderá votar com as ações do acionista ausente ou omisso. Nos casos em que a ausência ou omissão seja de administrador eleito nos termos de acordo de acionistas, no âmbito das reuniões dos órgãos de administração – diretoria[29] ou conselho de administração –, o conselheiro ou o diretor eleito por membro do acordo, cujos interesses tenham sido prejudicados, poderá solicitar que lhe seja transferido o voto do administrador ausente ou omisso, exercendo-o nos termos do acordo de acionistas.

304. Acionista Residente ou Domiciliado no Exterior – O acionista residente ou domiciliado no exterior exercerá seus direitos através de representante que, para esse m, será por ele constituído; esse representante deverá ter poderes para receber citações em ações propostas contra o acionista com fundamento na Lei das Sociedades Anônimas.

O mandatário do acionista, ou o seu representante legal, que exercitar no Brasil quaisquer direitos de acionista, tem qualidade para receber citação judicial em decorrência do exercício daqueles direitos (Lei nº 6.404, art. 119).

305. Suspensão do Exercício dos Direitos do Acionista – A Assembleia Geral da sociedade tem poderes para suspender o exercício dos direitos do acionista, desde que esse deixe de cumprir obrigação imposta pela lei ou pelo estatuto da companhia. Essa suspensão decai logo que o acionista cumpra a obrigação.

k) Órgãos sociais

306. Os Órgãos das Sociedades Anônimas – De acordo com a lei, as sociedades anônimas terão, como *órgãos sociais* a Assembleia Geral, o Conselho de Administração, a Diretoria e o Conselho Fiscal. Representam esses órgãos os poderes da sociedade. O primeiro será o poder deliberativo, composto da coletividade dos acionistas, incumbido de tomar todas as decisões da sociedade, dando, assim, a orientação que essa deve manter. O Conselho de Administração e a Diretoria são órgãos executivos a que compete administrar os negócios sociais, realizando o objeto da sociedade dentro das normas traçadas pela assembleia. O Conselho Fiscal é o órgão scalizador, de controle da sociedade, tendo por nalidade precípua examinar todas as operações da mesma, representando, assim, a totalidade dos sócios na scalização dos negócios sociais.

1) Assembleia Geral

307. Conceito de Assembleia Geral – A Assembleia Geral é a reunião de acionistas para a deliberação de matéria de interesse para a sociedade. Essa reunião deve ser convocada e instalada na forma da lei e do estatuto, existindo assembleias que obrigatoriamente se realizam em determinadas épocas do exercício social (assembleias gerais ordinárias) e outras que apenas se efetuam quando se tornarem necessárias. Sendo a sociedade anônima composta de uma coletividade de pessoas interessadas na realização do seu objeto, a lei determina modos precisos para a convocação e instalação dessas reuniões, inclusive dispondo sobre o modo e condições de funcionamento da assembleia. Assim certas deliberações só poderão ser tomadas estando presentes à assembleia acionistas que representem determinada parcela do capital, já que nessas sociedades é adotado o princípio da maioria de capitais, não tendo importância as pessoas dos sócios.

308. Competência – A Assembleia Geral, como órgão supremo da sociedade, tem poderes para resolver sobre todos os negócios sociais e para tomar as decisões que julgar convenientes à defesa da sociedade e ao desenvolvimento de suas operações. Como competência privativa da Assembleia Geral guram os poderes de:

a) eleger ou destituir os administradores e scais da companhia, ressalvada, entretanto, a hipótese de eleição dos membros da diretoria, a qual, por disposição estatutária, pode car a encargo do conselho de administração;

b) tomar anualmente as contas dos administradores e deliberar sobre as demonstrações nanceiras por eles apresentadas; *c*) autorizar a emissão de debêntures, salvo nos casos de emissão de debêntures simples, não conversíveis em ações, e sem garantia real, as quais podem ter sua emissão autorizada pelo conselho de administração;

d) suspender os direitos do acionista;

e) reformar o estatuto;

f) deliberar sobre a avaliação dos bens com que o acionista concorre para a formação do capital social;

g) autorizar a emissão de partes bene ciárias;

h) deliberar sobre a fusão, a incorporação, a cisão, a dissolução e a liquidação da sociedade, elegendo e destituindo o liquidante, e julgar-lhe as contas;

i) autorizar os administradores a confessar a falência da sociedade e a propor concordata.

A lei das sociedades por ações admite que, em caso de urgência, os administradores poderão formular a con ssão da falência ou o pedido de concordata, com a concordância do acionista controlador, se houver, convocando-se imediatamente a Assembleia Geral para manifestar-se sobre a matéria. A medida é de grande alcance prático pois, sendo os pedidos de falência e concordata, em princípio, dependentes de reunião da Assembleia Geral, essa deve ser convocada para a decisão, o que enseja, enquanto a assembleia não se realiza, terceiros obstarem o pedido de concordata com o protesto de título de obrigação da companhia. De acordo com a norma do parágrafo único do art. 122 da Lei das S. A., em caso de urgência a concordata pode ser impetrada sem que haja tempo para a adoção de providências impeditivas da mesma.

309. Convocação e Local – As assembleias gerais são convocadas pela imprensa, tendo a lei atual reduzido as convocações para apenas duas, em vez de três, como acontecia na lei anterior. A convocação será feita pela Diretoria ou pelo Conselho de Administração, se houver, nos casos previstos na lei e no estatuto, mediante anúncios ou convites que serão publicados pelo menos três vezes, devendo constar do anúncio o assunto a ser tratado, em caso de reforma dos estatutos. A assembleia pode ser convocada pelo Conselho Fiscal, nos casos previstos na lei, *por qualquer acionista, quando os administradores retardarem, por mais de 60 dias*, a convocação, ou por acionistas que representem pelo menos 5% da totalidade do capital social, quando houverem formulado pedido de convocação, devidamente fundamentado, com a indicação das matérias a serem tratadas, o qual não tenha sido atendido pelos administradores, no prazo de oito dias (art. 123, alínea *c*, com redação dada pela Lei nº 9.457/97). A Lei nº 9.457/97 estendeu ainda aos acionistas que representem no mínimo 5% do capital votante ou dos acionistas sem direito a voto, a possibilidade de convocação da Assembleia Geral quando os administradores não atenderem, no prazo máximo de oito dias, a pedido de convocação de Assembleia Geral para instalação do conselho scal.

A lei estabelece um prazo mínimo de antecedência para que seja reputada válida a assembleia reunida em primeira convocação, ndo o qual, não havendo sido possível a reunião, ou não havendo sido atingido o *quorum* legal, equivalente, em geral, a pelo menos um quarto do capital social votante, far-se-á uma segunda convocação, com menor prazo de antecedência, instalando-se a assembleia com qualquer número de acionistas. Por força da alteração promovida pela Lei nº 10.303/01, para as companhias *fechadas* o prazo mínimo para a primeira convocação será de oito dias e para segunda convocação de cinco. Para as companhias *abertas* o prazo de antecedência para a realização da assembleia em primeira convocação foi aumentado de oito para quinze dias, havendo sido estabelecido um prazo mínimo de oito dias para realização da assembleia, em segunda convocação, com qualquer *quorum*. A seu exclusivo critério, a CVM, atendendo a pedido formulado por qualquer acionista, em decisão motivada, proferida necessariamente após a oitiva da companhia, pode estender o prazo de antecedência para a realização de assembleia de companhias abertas até trinta dias, ou interrompê-lo[30] por um período não superior a quinze dias. A dilação do prazo até o limite de trinta dias somente poderá ser deferida quando a CVM entender que o grau de complexidade das operações desenvolvidas pela companhia é tamanho que exige um prazo maior para que os acionistas possam conhecê-las e analisá-las devidamente (art. 124, § 5º, I, acrescentado pela Lei nº 10.303/01). Por sua vez, a interrupção por período igual ou inferior a quinze dias se justi ca para que a CVM, havendo sido instada neste sentido, analise as matérias que serão submetidas à assembleia e, caso entenda que as deliberações propostas violam dispositivos legais ou regulamentares, informe tal fato à companhia, declinando as razões de seu entendimento (art. 124, § 5º, II, acrescentado pela Lei nº 10.303/01),[31] devendo esta comunicação ser feita antes do término da interrupção.

Nas companhias fechadas, o acionista que representar 5% ou mais do capital social será convocado por telegrama ou carta registrados, expedidos com a antecedência de oito dias, no mínimo, da data marcada para a realização da assembleia, desde que o tenha requerido à companhia, por escrito, com indicação do endereço completo e do prazo de vigência do pedido, não superior a dois exercícios sociais, sendo este prazo renovável por igual período; a sociedade não ca, contudo, dispensada de publicar o aviso de convocação da assembleia (art. 124, § 3º).

As pessoas que comparecerem à Assembleia Geral deverão comprovar sua qualidade de acionistas. Essa comprovação será feita, para os possuidores de ações nominativas, através da exibição de documentos de sua identi cação, se a sociedade assim o exigir, pois a propriedade dessas ações, como se viu, é denunciada pelos livros *Registros de Ações Nominativas* e *Registro de Ações Endossáveis*, que estão em poder da sociedade. Os proprietários de ações escriturais ou em custódia deverão exibir, caso assim preveja o estatuto, o comprovante expedido pela instituição nanceira depositária; contudo, poderão eles optar por depositar este comprovante na sede da companhia, recebendo desta documentos que atestem tais depósitos. Nesse caso, ao comparecer à assembleia os acionistas provarão a sua qualidade exibindo esses documentos, que conterão o número das ações depositadas. Poderão, contudo, os acionistas deixar de comparecer pessoalmente às assembleias, fazendo-se representar por seus representantes legais ou por procuradores. Estes últimos devem ser constituídos há menos de um ano e ser acionistas,

administradores da companhia ou advogados, sendo que, nas companhias abertas, o procurador pode, ainda, ser instituição nanceira, cabendo ao administrador de fundos públicos representar os condôminos. O livro de *Presença de Acionistas* deverá ser assinado por todos quantos comparecerem à assembleia, que nele lançarão os seus nomes, nacionalidade, residência e a natureza das ações, com os números das mesmas.

As deliberações das Assembleias Gerais serão tomadas por *maioria absoluta de votos*, cabendo a cada ação um voto. Existem, porém, como já foi visto, ações cujos titulares não votarão, ou seja, as chamadas *ações preferenciais* sem direito a voto. Os titulares dessas ações poderão comparecer à assembleia e tomar parte nas discussões, mas não poderão votar. Sendo a sociedade anônima uma sociedade de capitais, a maioria de ações obriga a minoria, ainda que esta seja formada por maior número de pessoas. Na contagem dos votos não serão computados os votos em branco.

Das Assembleias Gerais serão lavradas atas no livro de *Atas das Assembleias Gerais*, assinadas pelos membros da mesa e por acionistas que constituírem, por seus votos, a maioria necessária para a validade das deliberações tomadas pela assembleia. Desse modo, a falta de assinatura de algum acionista não invalida a ata, desde que se veri que aquela condição. As atas, também, podem ser lavradas na forma de sumário dos fatos ocorridos, contendo anotação das dissidências e protestos e a transcrição das deliberações tomadas. Da ata serão tiradas cópias autênticas ou certidões para os ns legais.

As Assembleias Gerais poderão ser de duas espécies: *ordinárias* e *extraordinárias*. Cada uma das assembleias obedece a regras especiais, que não se chocam com as regras comuns, aqui mencionadas, sobre a convocação, instalação e funcionamento das Assembleias Gerais.

I – *Assembleia geral ordinária*

310. Finalidades – Assembleia Geral *Ordinária* é aquela que, *anualmente*, a sociedade anônima realiza, de modo obrigatório, para tomar as contas dos administradores, examinar e discutir as demonstrações nanceiras, deliberando sobre as mesmas. Essa reunião é essencial na vida da sociedade, pois é por ela que a coletividade dos acionistas vai conhecer da marcha dos negócios sociais e da situação exata da companhia, inclusive deliberar sobre a distribuição de dividendos, eleger os administradores e membros do Conselho Fiscal e aprovar a correção da expressão monetária do capital. A referida assembleia deverá ter lugar nos *quatro primeiros meses* depois de terminado o exercício social, em data marcada pelos administradores.

311. Exame dos Documentos da Administração – Deverão ser, *obrigatoriamente*, submetidos à apreciação da Assembleia Geral Ordinária o relatório da administração sobre a marcha dos negócios no exercício ndo, com os principais fatos ocorridos nesse período, a cópia das demonstrações nanceiras e, se houver, o parecer dos auditores independentes e do Conselho Fiscal, incluindo os votos dissidentes, além dos demais documentos referentes às matérias que, de acordo com a ordem do dia, constante do edital de convocação, serão discutidas na assembleia. Nos casos de companhias abertas que negociem ações no mercado mobiliário, tais documentos deverão, na data da publicação do primeiro aviso de convocação, ser encaminhados à Bolsa de Valores em que a companhia concentre suas operações (art. 124, § 6º, acrescentado pela Lei nº 10.303/01). Todos estes documentos serão discutidos pela assembleia, que sobre os mesmos deliberará, aprovando-os ou não. Para que, contudo, os acionistas possam melhor apresentar suas sugestões, até um mês antes[32] da assembleia serão publicados anúncios de que os referidos documentos se encontram à disposição dos acionistas, podendo pelos mesmos ser lidos e consultados. Até *cinco dias*, no máximo, antes da realização da assembleia, o relatório da administração, a cópia das demonstrações nanceiras e, caso existente, o parecer dos auditores independentes, deverão ser publicados, para que seu conteúdo chegue ao conhecimento de todos os interessados nos negócios da sociedade. Note-se que diverge, sensivelmente, essa publicidade dada aos documentos comprobatórios da marcha dos negócios das sociedades anônimas com o segredo

que existe em torno da situação das sociedades de pessoas. É que os terceiros, nestas, estão sempre garantidos pela responsabilidade subsidiária dos sócios enquanto que nas anônimas só o patrimônio social garante as obrigações assumidas pela sociedade. Desse modo, dá-se maior publicidade aos resultados do exercício, a m de que todos saibam do estado verdadeiro dos negócios sociais.

A Lei das Sociedades por Ações estatui que a Assembleia Geral que reunir a totalidade dos acionistas poderá considerar sanada a falta da publicação dos anúncios e o não cumprimento dos prazos previstos para a publicação dos documentos; essa publicação contudo, é sempre obrigatória, devendo ser feita antes de realizada a assembleia (art. 133, § 4º).

312. Procedimento – A Assembleia Geral *Ordinária* será instalada, em primeira convocação, com acionistas que representem pelos menos 25% do capital com direito a voto e em *segunda* com qualquer número. Instalada, será procedida a leitura dos documentos da administração e do parecer do Conselho Fiscal, se houver, ndo o que esses documentos serão discutidos. Encerrada a discussão, os documentos serão postos em votação na qual não votarão os membros da administração e do Conselho Fiscal. Aprovadas, sem reserva, as contas, cam exonerados de responsabilidade os administradores e scais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação.

É também na Assembleia Geral Ordinária que serão eleitos os membros da administração e do Conselho Fiscal. Podendo o mandato da administração ir até seis anos, somente quando se esgotar o período para que foram escolhidos os administradores é que se veri cará nova eleição. Os membros do Conselho Fiscal, entretanto, têm mandato de apenas um ano. Assim, em todas as Assembleias Gerais Ordinárias será feita a eleição desses membros e seus suplentes, que poderão ser reeleitos.

313. Publicidade da Assembleia Geral Ordinária – Da Assembleia Geral Ordinária deverá ser lavrada uma ata, da qual constarão os fatos na mesma ocorridos. Essa ata será lavrada no livro *Atas das Assembleias Gerais* e assinada por todos os que a ela comparecerem, sendo uma cópia da mesma publicada no jornal o cial da União ou do Estado em que a sociedade tiver a sua sede. Outra cópia será arquivada no Registro de Comércio da sede da sociedade.

II – *Assembleia geral extraordinária*

314. Finalidades – As Assembleias Gerais *Ordinárias* são realizadas obrigatoriamente nos quatro primeiros meses depois de ndo o exercício social e nelas deverão ser tomadas as contas da administração e eleitos os membros desta, se for o caso. Os demais assuntos sociais serão resolvidos por meio de *Assembleias Gerais Extraordinárias*, que se realizarão sem data certa, quando assim requererem os interesses da sociedade. Nessas assembleias regem em princípio as normas comuns a respeito das Assembleias Gerais; instalação em primeira convocação com acionistas que representem mais de 25% do capital com direito a voto e deliberação pela maioria absoluta, não sendo computados os votos em branco. Como, porém, nas Assembleias Gerais *Extraordinárias* são tratados assuntos de importância vital para a sociedade, como a reforma de estatutos, a criação de ações preferenciais ou alterações nas preferências ou vantagens conferidas a uma ou mais classes dessas ações ou, mesmo, a mudança do objeto da sociedade, a lei adota várias medidas derrogatórias daquele princípio comum, não só quanto à representação do capital necessário à instalação da assembleia, como ao sistema de votação das deliberações. Com essas medidas restritivas, procura a lei assegurar aos acionistas garantia maior para o sucesso da sociedade, evitando que assuntos de magna importância para esta sejam resolvidos com facilidade às vezes perigosa.

315. Reforma do Estatuto. Direito de Recesso – As Assembleias Gerais *Extraordinárias* destinadas a deliberar sobre a *reforma do estatuto* só poderão ser instaladas, em primeira convocação, contando com a presença de acionistas

que representem, no mínimo, *dois terços* do capital com direito a voto. Na segunda convocação, contudo, essas assembleias poderão instalar-se com qualquer número de acionistas.

Em regra geral, as Assembleias Gerais Extraordinárias destinadas à reforma do estatuto deliberarão pela maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco. No entanto, exige a lei número maior de votos quando forem tratados assuntos de importância especial para a sociedade, ou seja, o que se chama maioria *quali cada*. Assim, por exemplo, será requerida a aprovação de acionistas que representem, no mínimo, a metade do capital com direito a voto para as deliberações que versarem sobre a criação de ações preferenciais ou aumento de classes das preferenciais já emitidas, sem que seja respeitada a proporção com as demais classes existentes; alterações nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização a uma ou mais classes de ações preferenciais conferidas, bem como a criação de uma nova classe de preferenciais mais favorecida; a redução do dividendo obrigatório; a incorporação da sociedade em outra, sua fusão ou cisão; a participação da companhia em grupos de sociedades; a mudança de objeto da sociedade; a cessação do estado de liquidação, mediante a reposição da companhia em sua vida normal; a criação de partes bene ciárias e a dissolução da companhia. À exceção das hipóteses de criação de ações preferenciais ou do aumento das classes de ações preferenciais já existentes, que, havendo expressa disposição estatutária a respeito, admitem deliberação com *quorum* simples, as deliberações da assembleia não serão tomadas pela maioria absoluta dos votos, qualquer que seja o capital representado na assembleia, como acontece comumente nas votações das Assembleias Gerais. Requer-se que essa maioria represente, no mínimo, *a metade* do *capital social* com *direito a voto,* se um *quorum* maior não for exigido pelo estatuto das companhias cujas ações não estejam admitidas à negociação no mercado mobiliário (art. 136, *caput*, com redação dada pela Lei nº 9.457/97). Tais medidas acautelatórias dos interesses da sociedade são tomadas em virtude da importância dos assuntos postos em deliberação. Todos eles são de magna relevância, importando em maiores responsabilidades para a sociedade, razão porque a lei, sabiamente, determina só serem válidas as deliberações quando tomadas com representantes da maioria do capital com direito a voto.

Além do mais, outras restrições são impostas pela lei sempre no intuito de salvaguardar os interesses da sociedade. Assim, a criação de ações preferenciais ou o aumento de classe de ações preferenciais já existentes, bem como as alterações nas preferências ou vantagens conferidas a uma ou mais classes de ações preferenciais e a criação de nova classe de ações preferenciais, mais favorecidas, dependem da aprovação, prévia ou *a posteriori*, no prazo improrrogável de um ano, de pelo menos metade dos possuidores de ações de classes prejudicadas, tenham ou não, pelo estatuto, direito a voto. Essa manifestação dos prejudicados com a alteração ou criação de novas preferências deverá ser obtida mediante a reunião em assembleia especial, convocada pelos administradores e instalada com as formalidades legais, sendo certo que até que haja esta assembleia, rati cando a decisão de criar ou alterar os privilégios concedidos às ações preferenciais, dita decisão não terá e cácia, devendo esta condição constar da ata da Assembleia Geral que deliberar sobre o assunto (art. 136, § 4º, acrescentado pela Lei nº 9.457/97).

Exigindo a lei tais formalidades para que sejam validamente realizadas reformas no estatuto ou aprovadas certas deliberações, alguns acionistas, considerando-se prejudicados com as medidas tomadas pela assembleia, poderão dissentir da opinião da maioria, sendo-lhes facultado, nestes casos, exercer o direito de recesso que prevê o art. 137 da Lei das Sociedades Anônimas. Segundo o que dispõe este artigo, os acionistas, titulares de ações de espécie ou classe prejudicada, que não concordarem com a criação de novas ações preferenciais ou, na omissão do estatuto, com o aumento de classe das preferenciais existentes, sem que seja respeitada a proporção com as demais classes de preferenciais, bem como com a alteração nas preferências ou vantagens conferidas a uma ou mais classes delas, ou, ainda, a criação de nova classe de ações preferenciais mais favorecidas, é facultado o direito de retirar-se da companhia, mediante o reembolso de suas ações, o qual deve ser reclamado à companhia no prazo máximo de trinta dias, contados da publicação da ata da Assembleia Geral que aprovou as medidas. O mesmo acontece com os acionistas, quaisquer que sejam as espécies e classes de ações que possuam, tenham ou não o direito de voto (art. 137, § 1º, com redação dada pela Lei nº 9.457/97), que dissentirem da deliberação da assembleia que aprovou a redução do

dividendo obrigatório ou a mudança do objeto da companhia. Também aos acionistas que discordarem da decisão assemblear que aprovar a fusão ou incorporação da companhia, bem como a sua participação em grupo de sociedades, é garantido o direito de recesso nos termos do art. 137, ressalvadas, porém, as seguintes condições: tal benefício será concedido tão somente aos titulares de ações de espécie ou classe que não tenham liquidez e dispersão no mercado, entendendo-se esta como sendo a hipótese em que menos da metade da espécie ou classe da ação sejam de titularidade dos controladores e aquela como a hipótese em que a espécie ou classe de ação integre índice geral representativo de carteira de valores mobiliários, como tal de nido pela CVM, admitido à negociação, no Brasil ou no estrangeiro, no mercado de capitais (art. 137, II, com redação dada pela Lei nº 10.303/01). Por m, a Lei nº 10.303/01 criou, para os acionistas que discordarem da deliberação que tenha aprovado a cisão da companhia, o direito de desta se retirarem, mediante o reembolso de suas ações, desde que a cisão tenha implicado a participação em grupo de sociedades, redução do dividendo obrigatório a que zessem jus ou em mudança do objeto social, caso em que somente haverá o direito de retirada quando o patrimônio cindido não for vertido para sociedade cuja atividade preponderante coincida com aquela decorrente do objeto social da sociedade cindida, devendo ser ressaltado, entretanto, que a alteração dos direitos conferidos às ações já emitidas pela companhia quando da promulgação da Lei nº 10.303/01, para adequação ao nela disposto, não confere o direito de recesso se efetivada até o dia 31 de dezembro de 2002 (art. 8º da Lei nº 10.303/01). Com o direito de recesso, ca a minoria acionária com seus direitos assegurados na sociedade, não se subordinando à lei da maioria, norma característica das sociedades anônimas. Essa faculdade da lei, contudo, provém do fato de serem tais assuntos de suma relevância para a companhia, afetando, inclusive, os interesses particulares dos acionistas. Estes, ao ingressarem para a sociedade, o zeram tomando por base o que o estatuto previa, com relação às ações preferenciais ou ao objeto da sociedade. Havendo, assim, alteração nos mesmos, não será justo que a sociedade obrigue os acionistas a nela permanecer, razão pela qual a lei lhes faculta a retirada, mediante o reembolso do valor de suas ações.

2) Conselho de Administração e Diretoria

316. Considerações Gerais – As sociedades anônimas sempre tiveram como órgão executivo a Diretoria, mas, de um certo tempo para cá, as legislações têm criado também um Conselho de Administração, com poderes e funções mais amplos do que os daquela. A Lei de Sociedades francesa dá opção à sociedade para possuir um Conselho de Administração ou uma Diretoria (art. 118). A Lei das Sociedades por Ações permite que as companhias possuam um Conselho de Administração e uma Diretoria, conforme dispuser o estatuto. Entretanto, a sociedade cujo estatuto contiver autorização para aumento de capital (*sociedade de capital* autorizado) e as sociedades abertas deverão ter obrigatoriamente um Conselho de Administração, órgão de deliberação colegiada da companhia, sendo, entretanto, a representação da sociedade privativa dos diretores (art. 138, §§ 1º e 2º). Ficará, assim, a sociedade com dois órgãos: o *Conselho de Administração*, para xar a orientação geral dos negócios da companhia, e a Diretoria, que representará a sociedade e será o órgão executivo do seu objeto. Não podem as atribuições do Conselho e da Diretoria ser outorgadas a outro órgão, criado por lei ou pelo estatuto.

Pode acontecer ter a sociedade na função de conselheiro o próprio empregado, se lhe conferindo uma ação, a m de que participe das assembleias e exerça o direito de voto, de toda a sorte a governança corporativa não aconselha a regra.

A independência de regras e atributos sugere que na modernidade do modelo societário seja crucial desvincular o conselheiro do empregado, de tal maneira que o espelho do relacionamento com o mercado tem como pressuposto a capacidade e o grau de responsabilidade na gestão.

O Conselho de Administração em conjunto com a Diretoria, ambos traçam os papéis fundamentais da companhia e descortinam as circunstâncias para efeito do alcance do objeto social, ao lado dos instrumentos de modernização da gestão empresarial.

317. Normas Comuns ao Conselho de Administração e à Diretoria – Pela lei, as normas relativas a requisitos, impedimentos, investidura, remuneração, deveres e responsabilidades são comuns aos conselheiros e diretores (art. 145). Naturalmente, cada órgão tem competência especial para o exercício de suas funções.

Assim sendo, só podem ser nomeados para o Conselho de Administração ou para a Diretoria pessoas naturais, residentes no país, devendo os membros do Conselho de Administração ser obrigatoriamente acionistas da sociedade, enquanto os diretores podem ser ou não. Competindo ao Conselho de Administração eleger ou destituir os diretores, a ata da Assembleia Geral que fizer a eleição dos administradores e a da reunião do Conselho que eleger os diretores deverá conter a qualificação e o prazo de gestão de cada um dos eleitos, e ser arquivada no Registro de Comércio e publicada (art. 146, § 1º, com redação dada pela Lei nº 10.303/01).

Sendo, pela lei, exigidos requisitos especiais para a investidura em cargo de administração da companhia, a Assembleia Geral só poderá eleger quem tenha exibido os comprovantes necessários, dos quais deverá ser tirada uma cópia autenticada para arquivamento na sede social.

Não podem ser eleitas, para cargos de administração da sociedade, pessoas impedidas por lei especial, ou condenadas por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato, contra a economia popular, a fé pública ou a propriedade, ou à pena criminal que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos. Também são inelegíveis para os cargos de administração da companhia *aberta* as pessoas declaradas inabilitadas pela Comissão de Valores Mobiliários (art. 147, §§ 1º e 2º).

No caso específico do Conselho de Administração, a lei exige tenham os conselheiros reputação ilibada, sendo inelegíveis para o cargo, salvo quando autorizados pela Assembleia Geral, aqueles que ocupem cargos em sociedades concorrentes, em especial nos conselhos consultivos, fiscal ou de administração, ou que tenham interesse conflitante com o da sociedade, devendo os conselheiros eleitos firmar declaração, nos termos definidos pela CVM, atestando o cumprimento destas condições (art. 147, §§ 3º e 4º, acrescentados pela Lei nº 10.303/01).

No que diz respeito à garantia de gestão, o estatuto pode estabelecer que o exercício do cargo de conselheiro ou diretor seja assegurado, pelo titular ou por terceiro, mediante *penhor* de ações da companhia ou outra garantia; essa só será levantada após aprovação das últimas contas apresentadas pelo administrador que houver deixado o cargo.

A investidura dos conselheiros e diretores se dará mediante a assinatura de termo de posse, o qual será lavrado no livro de Atas do Conselho de Administração ou da Diretoria, conforme o caso; e deverá conter, sob pena de nulidade,[33] a indicação de pelo menos um domicílio no qual o administrador receberá citações e intimações, em processos administrativos e judiciais relativos a atos que venha a praticar no exercício da gestão da companhia, sendo certo que, por expressa determinação legal, tais citações e/ou intimações serão reputadas válidas mediante a simples comprovação de entrega no domicílio indicado, vindo a produzir efeitos mesmo na hipótese de subsequente alteração do domicílio, quando esta não tenha sido informada, por escrito, à sociedade (art. 149, § 2º, acrescentado pela Lei nº 10.303/01).[34] Não sendo assinado dentro de 30 dias, a contar da eleição, esta cará sem efeito, a não ser que haja justificação aceita pelo órgão de administração para o qual o conselheiro ou diretor haja sido eleito.

Vagando um cargo de conselheiro, salvo disposição em contrário no estatuto, os remanescentes nomearão seu substituto, que servirá até a primeira Assembleia Geral a realizar-se; vagando a maioria dos cargos de conselheiros, a assembleia será imediatamente convocada para o preenchimento dos cargos vagos. Se todos os cargos de conselheiros vagarem, compete à Diretoria convocar a assembleia.

Se vagarem todos os cargos de diretores será convocada a Assembleia Geral para a eleição de substitutos, que exercerão os cargos pelo prazo remanescente do mandato dos diretores substituídos. Nesse caso, a assembleia será convocada pelo Conselho de Administração, ou, não havendo este, pelo Conselho Fiscal, se em funcionamento, ou por qualquer acionista; neste interregno, compete ao representante do maior número de ações praticar os atos urgentes de administração (art. 150).

A renúncia de qualquer administrador se torna eficaz, em relação à companhia, a partir do momento em que for entregue a esta a comunicação escrita do renunciante; em relação aos terceiros de boa-fé, entretanto, essa renúncia só

se torna e caz após o arquivamento no Registro de Comércio e sua publicação, podendo esses atos ser praticados pelo renunciante.

A remuneração dos administradores global ou individual, incluindo os benefícios de qualquer natureza, bem como as verbas de representação, será xada pela Assembleia Geral; essa remuneração será determinada tendo em vista as responsabilidades, o tempo dedicado pelos administradores às suas funções, sua competência, reputação pro ssional e valor dos seus serviços no mercado. Pode, ainda, o estatuto que xa o dividendo obrigatório em 25% ou mais do lucro líquido atribuir aos administradores uma participação nos lucros da companhia, devendo essa participação não ultrapassar a remuneração anual dos administradores nem um décimo dos lucros, prevalecendo o limite menor. Os administradores somente farão jus a essa participação nos lucros no exercício social em que for atribuído aos acionistas o dividendo obrigatório (art. 152).

Os administradores devem empregar no exercício de suas funções o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios, para lograr os ns e no interesse da companhia, não podendo praticar atos de liberalidade à custa da sociedade, tomar por empréstimo, sem autorização da Assembleia Geral ou do Conselho de Administração, recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, os bens da companhia, serviços ou crédito. Não pode também o administrador, sem autorização do estatuto ou da Assembleia Geral, receber de terceiros qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em relação ao exercício do cargo. Têm, ainda, os administradores dever de lealdade à companhia, para o que devem manter reservas sobre os negócios da mesma, sendo-lhes vedado praticar atos que representem vantagem para si em virtude dos conhecimentos que tiverem dos negócios sociais.

Na companhia *aberta* cumpre ao administrador guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de in uir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si e para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários (art. 155, § 1º). A Lei nº 10.303/01 estendeu a vedação à utilização de informação relevante a qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, no mercado de valores mobiliários, com a nalidade de auferir vantagem, para si própria ou para terceiros (art. 155, § 4º, com redação dada pela Lei nº 10.303/01).

É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse con itante com os da companhia. Na companhia *aberta*, deve o administrador declarar, ao rmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia ou de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular. Deve, também, na companhia aberta, declarar à Assembleia Geral Ordinária, a pedido de acionistas que representem cinco por cento ou mais do capital social, os valores mobiliários ou direitos, de emissão ou em relação à companhia, que tenham adquirido ou alienado no exercício anterior, bem como os benefícios e vantagens que receba da companhia ou sociedades coligadas, controladas ou do mesmo grupo. Deverão, ainda, os administradores de companhia aberta comunicar às Bolsas de Valores e divulgar pela imprensa as deliberações da assembleia ou dos órgãos da administração e/ ou fatos relevantes ocorridos nos negócios sociais, que possam in uir, de modo ponderável, nas decisões dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia.[35] Por m, devem os administradores de companhias abertas informar, imediatamente, à CVM e às bolsas de valores e entidades do mercado de balcão nas quais estejam admitidos à negociação os valores mobiliários de sua emissão, as modi cações em suas posições acionárias,[36] devendo esta comunicação ser feita conforme estipulado pela CVM.

Os administradores não respondem pelos atos regulares da gestão mas são civilmente responsáveis pelos prejuízos que causarem quando, dentro de suas atribuições ou poderes, agirem com culpa ou dolo ou com violação da lei ou do estatuto (art. 158). A ação de responsabilidade compete à companhia, mediante deliberação da Assembleia Geral; mas, se essa não for proposta no prazo de três meses, a contar da data da deliberação da assembleia, qualquer acionista pode promovê-la. Se a assembleia deliberar não promover a ação, essa poderá ser proposta por acionistas que representem *cinco por cento*, no mínimo, do capital social (art. 159). As regras comuns aos administradores são

aplicáveis a quaisquer órgãos, criados pelo estatuto, com funções técnicas ou destinados a aconselhar os administradores (art. 160).

318. Conselho de Administração. Composição, Eleição e Competência – Existindo Conselho de Administração, será composto, no mínimo, por três membros, acionistas, eleitos na Assembleia Geral e por ela destituíveis a qualquer tempo. Em tal caso, o estatuto deve estabelecer o mínimo de conselheiros, ou o mínimo e máximo permitidos; o processo de escolha e substituição do Presidente do Conselho; o modo de substituição dos conselheiros; o prazo de gestão, não superior a três anos, permitida a reeleição, e as normas de convocação, instalação e funcionamento do Conselho. Em geral, o Conselho deliberará por maioria de votos, podendo, entretanto, o estatuto estabelecer, mediante detalhada especi cação das matérias, *quorum* quali cado para determinadas deliberações.

Eleitos os conselheiros na Assembleia Geral, os acionistas que representem, no mínimo, um décimo do capital com direito a voto podem pedir, até quarenta e oito horas antes da eleição, que seja adotado o processo do *voto múltiplo*, isto é, que a cada ação sejam atribuídos tantos votos quantos sejam os membros do Conselho, podendo os votos ser cumulados em um só candidato ou distribuídos por vários. Esse processo é usado nos Estados Unidos somente por alguns Estados, pelos entraves que pode acarretar à sociedade.[37] Se a eleição do Conselho for feita por esse processo, a destituição de qualquer dos seus membros importa na destituição dos demais, procedendo-se à nova eleição.[38] No caso de estabelecer o estatuto o direito a determinada classe de ações de eleger, por votação em separado, um ou mais membros do Conselho, o processo de eleição por voto múltiplo será observado apenas em relação aos demais cargos do Conselho.

A Lei nº 10.303/01 alterou substancialmente a con guração do Conselho de Administração das companhias abertas. Nestas companhias, de acordo com as alterações promovidas pela citada lei, os acionistas titulares de ações ordinárias ou preferenciais sem qualquer restrição do direito de voto, que representem, pelo menos, 15% (quinze por cento) da totalidade do capital votante, poderão, em votação em separado, da qual não participará o acionista controlador, eleger um conselheiro efetivo e o seu respectivo suplente. Igualmente, aos titulares de ações preferenciais, sem direito de voto ou com voto restrito, que representem, no mínimo, 10% (dez por cento) do capital social, é assegurado o direito de eleger, através de idêntico procedimento, um membro do Conselho, desde que já não o tenham feito, caso os estatutos os autorizassem a tanto (art. 18, *caput*). Na hipótese de a quantidade de ações detidas por estes acionistas não ser su ciente para atingir os referidos percentuais, a lei faculta aos titulares de ambas as espécies de ações o direito de agregar sua participação acionária e, assim, uma vez atingido o percentual de 10% (dez por cento) do capital social, eleger um conselheiro e o seu suplente. Tais direitos somente serão conferidos àqueles que tenham adquirido ações da companhia pelo menos até três meses antes da Assembleia Geral que irá eleger os membros do Conselho de Administração, sendo certo que a titularidade da participação acionária exigida por lei – i. e., nos percentuais de 15% do capital votante e 10% do capital total, para os possuidores de ações com e sem direito de voto, ou com voto restrito, respectivamente – deverá ser ininterrupta, não podendo os acionistas, sob pena de perda do direito de eleger um membro do Conselho de Administração, durante este período, em momento algum, ter reduzida a quantidade de suas ações a percentuais inferiores aos estabelecidos na lei.[39]

Poderá, ainda, o estatuto prever a participação de representante dos empregados no Conselho de Administração, mediante eleição direta, organizada, em conjunto, pela empresa e pelas entidades sindicais que representem os interesses dos empregados (art. 140, parágrafo único, com redação dada pela Lei nº 10.303/01), sendo certo que esta disposição aplica-se tanto às companhias abertas quanto às fechadas.

Em contrapartida a estas inovações, a Lei nº 10.303/01 garante ao acionista ou grupo de acionistas que detenham mais de 50% do capital votante o direito de eleger a maioria[40] dos membros do Conselho de Administração, independentemente do número máximo de conselheiros estabelecido no estatuto, sempre que for utilizada, por ordinaristas ou preferencialistas, a faculdade de eleição em separado juntamente[41] com a adoção do voto múltiplo.

Ressalte-se que, por força do disposto no art. 8º, § 4º, da Lei nº 10.303/01, as novas regras de eleição de membros do Conselho de Administração por *preferencialistas sem direito de voto ou com voto restrito*, sozinhos ou em conjunto com acionistas que possuam direito de voto, só terão aplicação plena a partir das Assembleias Gerais Ordinárias de 2006. Até então, isto é, até as Assembleias Gerais Ordinárias que se realizarem em 2005, os minoritários sem voto deverão escolher seu candidato dentre uma lista tríplice elaborada pelo acionista controlador,[42] devendo ser ressaltado que tanto o controlador (art. 117, letra "d", c/c art. 115) quanto os minoritários, com ou sem direito de voto, devem eleger pro ssionais com quali cação adequada para o exercício do cargo, podendo responder pelo voto abusivo se elegerem pessoa inapta, moral ou tecnicamente. Por esta razão, a companhia deverá manter registro com a identi cação dos acionistas que tenham eleito, em votação restrita, algum membro do Conselho de Administração.[43]

É competência do Conselho de Administração xar a orientação geral dos negócios sociais; eleger e destituir os diretores da companhia e xar-lhes as atribuições, observado o estatuto; scalizar a gestão dos diretores; convocar a Assembleia Geral quando julgar conveniente; manifestar-se sobre o relatório e contas da Diretoria; manifestar-se previamente sobre os contratos, quando o estatuto assim o exigir; deliberar, autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações e bônus de subscrição; autorizar, salvo norma em contrário do estatuto, a alienação dos bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros; escolher e destituir os auditores independentes, se houver; e, nas companhias abertas, deliberar sobre a emissão de debêntures simples, não conversíveis em ações, salvo disposição estatutária em contrário (art. 59, § 1º, com redação dada pela Lei nº 12.431/11). Os conselheiros eleitos, em eleição em separado, por minoritários com voto, detentores de, ao menos, 15% do capital votante, e sem voto, desde que possuidores de, pelo menos, 10% do capital social (art. 141, § 4º), poderão, individualmente, mediante manifestação por escrito, devidamente fundamentada, vetar a escolha ou a destituição dos auditores independentes.

As atas das reuniões do Conselho de Administração que contiverem deliberação destinada a produzir efeitos perante terceiros serão arquivadas no Registro de Comércio e publicadas.

319. Diretoria. Composição e Representação – A Diretoria é um órgão que maximiza as diretrizes e sempre existe numa sociedade anônima, exercendo as funções de administração. Funcionará com dois ou mais diretores, conforme estabelecido no estatuto, e a sua eleição e destituição serão feitas, a qualquer tempo, pelo Conselho de Administração, quando houver, ou, na sua falta, pela Assembleia Geral Ordinária ou extraordinária. O estatuto deve estabelecer o número de diretores, ou o máximo e mínimo permitidos; o modo da sua substituição; o prazo de gestão, não superior a três anos, permitida a reeleição, e as atribuições e poderes de cada diretor. Os membros do Conselho de Administração, até o máximo de um terço, podem ser eleitos para os cargos de diretores. O estatuto pode estabelecer que determinadas decisões, de competência dos diretores, sejam tomadas em reunião da Diretoria.

Compete a cada diretor, não havendo disposição em contrário no estatuto ou deliberação do Conselho de Administração, ou a especi cação de funções de cada um, representar a companhia e praticar os atos necessário ao seu funcionamento regular. Podem eles, dentro de suas atribuições e poderes, constituir mandatários da companhia, devendo ser especi cados no instrumento do mandato os atos ou operações que os mandatários poderão praticar e a duração do mandato, que para ns judiciários poderá ser por tempo indeterminado. É, assim, a Diretoria o órgão executivo da sociedade por excelência. Essa a razão por que, exista ou não um Conselho de Administração, deve existir sempre uma Diretoria para o m de representar a sociedade no exercício dos direitos e assunção de obrigações.

Os diretores poderão ser acionistas ou não e a sua gestão pode receber garantia em penhor de ações da companhia, próprias ou de terceiros, ou de outra qualquer modalidade.

Sendo os diretores os próprios empregados da companhia, a situação de conferência de única ação é dispensável, mas pode se a gurar interessante para o exercício da representação plural.

A conveniência seguida da oportunidade de se destacar na Diretoria empregado parte do pressuposto do elemento con ança e pode signi car a pro ssionalização da direção, na condição do órgão que faz parte, na tomada de providência visando consecução da sociedade empresária.

A substituição ou demissão de diretores é ato que toca de perto ao interesse da companhia e precisa ser examinado pelo Conselho de Administração, à míngua desse a cargo da Assembleia Ordinária ou Extraordinária, fato de maior relevo nas sociedades anônimas fechadas.

3) Conselho Fiscal

320. Função, Composição e Funcionamento – Nas sociedades não empresárias, onde o elemento *affectio societatis* é prevalente, a scalização dos negócios sociais se faz pelos próprios sócios, que poderão, inclusive, manusear os livros da sociedade, a teor do art. 1.021 do Código Civil.

Nas sociedades anônimas, institucionais, a scalização é feita por meio do Conselho Fiscal, órgão que constitui um dos poderes da sociedade, incumbido de examinar a marcha dos negócios e se manifestar sobre os assuntos mais importantes afetos aos atos de administração.

Infelizmente, a realidade mostra situação bastante diferente da noção da lei, eis que nem sempre o Conselho Fiscal vem preenchendo suas nalidades, limitando-se, na prática, os seus membros a subscrever simplesmente pareceres acatando os atos da administração; isso se deve, em grande parte, à falta de conhecimentos especializados dos seus membros e à baixa remuneração que têm, em geral. Por isso alguns países, como a França, aboliram o Conselho Fiscal, substituindo-o por um órgão técnico de conhecimentos especializados. A nossa Lei das Sociedades por Ações manteve o Conselho, dando-lhe, entretanto, maiores responsabilidades, melhor remuneração e determinando que somente pessoas capacitadas poderão fazer parte do mesmo.

Será o Conselho composto de três a cinco pessoas e igual número de suplentes, acionistas ou não, eleitos pela Assembleia Geral Ordinária com mandato anual. Cabe ao estatuto dispor sobre o funcionamento do Conselho; esse poderá ser permanente ou apenas para os exercícios sociais em que for instalado, a pedido dos acionistas. Esses acionistas que podem pedir a instalação do Conselho devem representar, no mínimo, um décimo das ações com direito a voto ou cinco por cento das ações sem direito a voto, terminando cada período de funcionamento na primeira Assembleia Geral Ordinária que se seguir à instalação. O pedido de funcionamento do Conselho pode ser feito em qualquer Assembleia Geral da sociedade; essa assembleia elegerá os membros do Conselho.

Compondo-se o Conselho de três a cinco membros e seus suplentes, os titulares das ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito poderão eleger, em votação em separado, um membro do Conselho e seu suplente; o mesmo acontece com os acionistas minoritários, que representem, em conjunto, dez por cento ou mais das ações com direito a voto. Havendo essas eleições os demais acionistas poderão eleger os membros restantes do Conselho. Ressalvado o caso de eleição por titulares de ações preferenciais sem direito a voto e de representantes dos acionistas minoritários, os demais acionistas com direito a voto poderão eleger os outros membros do Conselho que, em qualquer caso, serão de número igual aos eleitos pelos acionistas preferenciais e minoritários *e mais um*. Isso signi ca que, tendo os acionistas minoritários e os preferenciais eleito membros do Conselho, esse se formará no mínimo de cinco pessoas; se apenas os preferenciais elegerem um membro, o Conselho poderá ter somente três membros (art. 161, § 4º).

A função dos membros do Conselho, como se disse, é a de scalizar os atos da administração social; essa função é *indelegável*, o que signi ca que um membro do Conselho não pode atribuir a outra pessoa a função que lhe cabe no órgão.

321. Quali cação dos Membros do Conselho. Remuneração – Uma das causas do desprestígio do Conselho Fiscal nas sociedades anônimas é a falta de quali cação dos seus membros, em geral escolhidos entre pessoas amigas

da administração, sem interesse, assim, de imiscuir-se nos negócios sociais. A Lei das Sociedades por Ações procurou sanar este defeito, estabelecendo que somente poderão fazer parte do Conselho pessoas naturais, residentes no país, diplomadas em curso de nível universitário, ou que tenham exercido, pelo prazo mínimo de três anos, cargo de administrador de empresa ou de conselheiro scal. Nas localidades em que não houver um número su ciente de pessoas que possuam essas quali cações, o juiz poderá permitir a escolha de outras.

Não podem ser eleitos membros do Conselho Fiscal os que tenham sido condenados por crime falimentar, prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato, crime contra a economia popular, a fé pública ou a propriedade, ou a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos. Igualmente, não podem ser eleitos os membros de órgãos da administração e os empregados da companhia ou de sociedade controlada ou do mesmo grupo, e o cônjuge ou parente, até terceiro grau, de administrador da companhia.

No que diz respeito à remuneração, outro grande obstáculo com que se conta para a escolha de pessoas capazes e honestas para o Conselho Fiscal, a nova lei estabelece que, xada pela Assembleia Geral, não pode ser inferior, para cada membro em exercício, a dez por cento da que, em média, for atribuída a cada diretor, não computados benefícios, verbas da representação e participação nos lucros, sendo certo que a Lei nº 9.457/97 garantiu aos membros do Conselho Fiscal o reembolso das despesas de locomoção e estada necessárias ao desempenho da função, que passaram a ser obrigatoriamente devidas pela companhia (art. 162, § 3º, com redação dada pela Lei nº 9.457/97).

322. Competência, Deveres e Responsabilidades – Cabe ao Conselho, mediante deliberação colegiada, opinar sobre o relatório anual da administração; opinar sobre as propostas da administração, a serem subordinadas à assembleia, relativas à modi cação do capital social, emissão de debêntures ou bônus de subscrição, planos de investimento, distribuição de dividendos, transformação, incorporação, fusão e cisão; convocar, se os órgãos da administração retardarem por mais de um mês a convocação, a Assembleia Geral Ordinária e, sempre que necessário, a Extraordinária; analisar, pelo menos trimestralmente, o balancete e demais demonstrações nanceiras do exercício anual, opinando sobre elas; e exercer essas atribuições durante a liquidação. O Conselho tem competência, ainda, para scalizar os atos dos administradores e veri car o cumprimento dos seus deveres legais e estatutários, bem como para denunciar os erros, fraudes ou crimes que descobrir, sugerindo providências úteis à companhia, sendo certo que, nestes casos, a competência é do órgão *ou de cada um de seus membros, individualmente considerados*.

Os órgãos da administração devem enviar aos conselheiros em exercício cópias das atas das reuniões e dos balancetes e demais demonstrações nanceiras elaboradas periodicamente. Os membros do Conselho assistirão às reuniões do Conselho de Administração, se houver, e da Diretoria, em que se deliberar sobre os assuntos em que devam opinar, cumprindo-lhes, ou ao menos um deles, comparecer às Assembleias Gerais para responder às dúvidas eventualmente suscitadas pelos acionistas presentes, os quais poderão, nesta ocasião, requerer a leitura dos pareceres e representações de quaisquer membros do Conselho Fiscal, que, da mesma forma, podem apresentar e ler os seus pareceres e representações, independentemente de publicação e ainda que a matéria não conste da ordem do dia.

Os órgãos da administração devem, ainda, prestar os esclarecimentos e informações solicitados por qualquer dos conselheiros, desde que relativos à sua função scalizadora (art. 163, § 2º, com redação dada pela Lei nº 10.303/01), isto é, desde que relativos a fatos que tenham ocorrido no exercício em curso ou que, embora tenham ocorrido em exercícios pretéritos, ainda hoje repercutam, indiscutivelmente, no exercício scalizado.

Caso a companhia tenha auditores independentes, pode o Conselho Fiscal, a pedido de qualquer de seus membros, solicitar aos mesmos esclarecimentos ou informações; caso contrário, havendo necessidade, pode o Conselho contratar com um contador ou empresa de auditoria a prática de tarefas que visem a melhor in-formá-lo da situação da companhia. Os honorários desses técnicos serão xados pelo Conselho.

Pode, nalmente, o Conselho Fiscal, para apurar fato cujo esclarecimento seja necessário ao desempenho de suas funções, formular, justi cadamente, questões a serem respondidas por perito técnico, a ser escolhido numa lista

tríplice indicada, no prazo máximo de trinta dias, pela Diretoria, e cujos honorários serão pagos por esta (art. 163, § 8º, acrescentando pela Lei nº 9.457/97).

Os membros do Conselho Fiscal têm deveres e responsabilidades semelhantes aos dos administradores, respondendo pelos danos resultantes de omissão no cumprimento dos seus deveres e pelos atos praticados com culpa ou dolo ou com violação da lei ou do estatuto. A Lei nº 10.303/01 estabeleceu, de forma expressa, a responsabilidade dos conselheiros que exercerem abusivamente suas funções, procurando causar danos à companhia, aos seus acionistas ou administradores, bem como obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, efetiva ou potencialmente prejudicial para a companhia, seus administradores ou controladores (art. 165, § 1º, com redação dada pela Lei nº 10.303/01).

Um membro do Conselho não é responsável, contudo, por ato ilícito de outro ou outros membros, a não ser que com ele seja conivente ou se concorrer para a prática do ato. Nos casos de omissão no cumprimento do dever, entretanto, há responsabilidade solidária dos membros do Conselho, conforme estatui o art. 165, § 3º, mas dela ca isento o membro dissidente que zer consignar sua divergência em ata da reunião do órgão e comunicar a dissidência aos órgãos de administração e à Assembleia Geral.

Nas companhias abertas, assim como os administradores (art. 157, § 6º, com redação dada pela Lei nº 10.303/01), os membros do Conselho Fiscal devem informar à CVM e às Bolsas de Valores ou entidades do mercado de balcão organizado, em que estejam admitidos à negociação os valores mobiliários emitidos pela companhia, as modi cações ocorridas em sua posição acionária.[44]

l) Modi cação do capital social

I – *Aumento de capital*

323. Modalidades do Aumento do Capital Social – O capital social das sociedades anônimas pode ser modi cado, seja por seu aumento, seja pela redução. Em princípio, cabe à Assembleia Geral deliberar sobre o aumento de capital, mas casos existem em que o capital pode ser aumentado sem a reforma do estatuto.

Várias são as modalidades pelas quais pode ser feito o aumento de capital. Assim, o capital pode ser aumentado pela correção da expressão monetária do seu valor, por autorização estatutária (*sociedade de capital autorizado*), por conversão, em ações, de debêntures ou partes bene ciárias conversíveis e pelo exercício dos direitos conferidos pelos bônus de subscrição ou opções de compra de ações; por capitalização de lucros ou reservas, ou por subscrição pública ou particular de ações. O aumento do capital será averbado no Registro de Comércio, quando não for reformado o estatuto; em caso de reforma, deve ser arquivada a ata da Assembleia Geral que a autorizou.

324. Aumento por Correção Monetária do Capital – A expressão correção monetária do capital da sociedade anônima, de acordo com a Lei sobre Sociedade por Ações, deverá ser corrigida anualmente (arts. 5º, parágrafo único; 166, I, e 167). Constituída a reserva por ocasião do encerramento do exercício social, será a mesma capitalizada na Assembleia Geral Ordinária que aprovar o balanço. Nas companhias abertas, a capitalização será feita sem modi cação do número de ações emitidas e com aumento do valor nominal das mesmas, se for o caso. Se a companhia tiver ações sem valor nominal, a correção do capital correspondente às ações com valor nominal será feita separadamente, sendo a reserva resultante capitalizada em benefício dessas ações (art. 167).[45]

325. Aumento por Autorização Estatutária. Sociedades de Capital Autorizado – O estatuto pode conter autorização para aumento de capital sem que haja reforma do mesmo. Essas sociedades são denominadas *sociedades de capital autorizado* (*supra*, nº 258) e a autorização deverá especi car, entre outras coisas, o limite do aumento e o

órgão competente para a emissão das ações. A Assembleia Geral ou o Conselho de Administração, conforme dispuser o estatuto, deliberará sobre o aumento, dentro do limite autorizado.

326. Aumento por Conversão em Ações de Debêntures ou pelo Exercício do Direito de Subscrição – Pode a companhia emitir debêntures conversíveis em ações, partes bene ciárias conversíveis, bônus de subscrição e opções de compra de ações. Para garantir o aumento de capital, quando as debêntures forem convertidas em ações, fará a companhia reservas que serão capitalizadas oportunamente. As conversões de debêntures em ações serão feitas pelo modo estipulado pela sociedade. No aumento por conversão de partes bene ciárias em ações, ou exercícios dos direitos de subscrição outorgados pelo bônus de subscrição ou pela opção de compra de ações obedecer-se-á ao estabelecido, quando do lançamento desses títulos.

327. Aumento por Capitalização de Lucros e Reservas – Poderá a companhia destinar uma parte dos seus lucros à capitalização e constituir reservas para esse m. O aumento por capitalização de lucros ou reservas importará em alteração do valor nominal das ações ou distribuição de ações novas aos acionistas. Essa distribuição se fará na proporção do número de ações que cada acionista possuir. Nas companhias com ações sem valor nominal, a capitalização pode ser efetuada sem aumento do número de ações (art. 169).

328. Aumento Mediante Subscrição de Ações – Pode, também, o capital ser aumentado por subscrição, pública ou particular, de ações. Cabe à Assembleia Geral Extraordinária resolver sobre o aumento de capital dessa modalidade.

Pela lei anterior, só depois de realizado integralmente o capital social seria lícito à assembleia aumentá-lo; a Lei nº 6.404, de 1976, permite que o mesmo seja feito desde que integralizados três quartos, no mínimo, do capital social. A subscrição pode ser pública ou particular, obedecendo-se às disposições da lei a respeito. Para a subscrição das ações no aumento de capital observam-se os mesmos princípios relativos à constituição das sociedades; mas a Lei sobre as Sociedades por Ações dispensa o recolhimento a estabelecimento bancário das importâncias recebidas pela companhia (art. 170, § 4º).

329. Direito de Preferência – Os acionistas têm direito de preferência para a subscrição de ações no aumento de capital, na proporção das ações possuídas. Essa mesma preferência se veri ca em relação à subscrição das emissões de debêntures conversíveis em ações. Será xado pelo estatuto, ou pela assembleia, um prazo para o exercício do direito de preferência, o qual, nas companhias *fechadas*, não pode ser inferior a trinta dias, podendo, entretanto, este direito ser cedido pelo acionista. No usufruto e no deicomisso, o direito de preferência, quando não exercido pelo acionista, poderá ser exercido pelo usufrutuário ou pelo deicomissário.

Na sociedade *aberta* com autorização para aumentar o capital, o estatuto pode prever a emissão de ações, debêntures e partes bene ciárias conversíveis em ações ou bônus de subscrição *sem* direito de preferência para os antigos acionistas, ou determinar que este direito seja exercido em prazo inferior aos trinta dias estabelecidos no § 4º do art. 171. Tal acontece quando a colocação desses títulos é feita mediante venda em bolsas de valores ou subscrição pública ou permuta de ações em oferta pública de aquisição de controle de sociedade (art. 172, com redação dada pela Lei nº 10.303/01).

II – *Redução do capital*

330. Alteração de Capital por sua Redução – Excetuados os casos de *reembolso* (art. 45, que teve a redação alterada pela Lei nº 9.457/97), em que o capital social pode ser reduzido no montante correspondente às ações caídas

em comisso, isto é, das ações dos acionistas dissidentes que, tendo sido reembolsadas, não foram substituídas (*supra*, nº 269), pode o capital da sociedade ser reduzido até o montante dos prejuízos acumulados, se houver perda, ou caso a Assembleia Geral julgue-o excessivo. Faz-se a redução do capital social com a restituição aos acionistas de parte do valor das ações, ou pela diminuição do valor destas, quando não integralizadas, à importância das entradas.

Essas providências só serão tomadas pela sociedade após sessenta dias da publicação da ata da Assembleia Geral que houver aprovado a redução. Depois desse prazo a ata da Assembleia Geral será arquivada no Registro de Comércio, se não houver oposição dos credores quirografários à redução.

331. Oposição dos Credores – Nesse período de sessenta dias, necessários para tornar efetiva a decisão da assembleia, os *credores quirografários* por títulos anteriores à data da publicação da ata poderão opor-se à redução, mediante noti cação de que se dará ciência ao Registro de Comércio. Em tal caso, a redução só se fará – e consequentemente a ata da assembleia será arquivada no Registro de Comércio – se o credor reclamante for pago do seu crédito ou se houver depósito judicial da importância correspondente.

Tendo a sociedade debêntures em circulação, a redução do capital depende de prévia aprovação dos debenturistas, reunidos em assembleia especial (art. 174).

m) Exercício social

332. Duração do Exercício Social – O exercício social das sociedades anônimas compreende o período de um ano, ndo o qual a sociedade deverá proceder a um balanço geral para a constatação dos lucros obtidos ou dos prejuízos veri cados. Não determina a lei que o exercício social coincida com o ano civil, se bem que esse seja o modo mais usado para a contagem desse período. No entanto, caso o estatuto assim o determine, o exercício social poderá terminar a qualquer tempo, mencionando o estatuto, geralmente, apenas o mês em que o mesmo ndará. Em tal caso, considera-se como o dia exato do encerramento do exercício o último dia útil do mesmo, a não ser que o estatuto mencione o dia certo.

333. Demonstrações Financeiras – O Dec.-Lei nº 2.627, de 1940, estabelecia que, ndo o exercício social, a sociedade levantaria um balanço geral para a veri cação dos lucros e prejuízos, estabelecendo regras especiais para a estimação do ativo. A Lei sobre as Sociedades por Ações trata mais pormenorizadamente das demonstrações nanceiras que a sociedade deve elaborar no m de cada exercício. Essas demonstrações constam do *balanço patrimonial, demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados, demonstração do resultado do exercício e demonstração das origens e aplicações de recursos*.[46] As demonstrações registrarão a destinação dos lucros, segundo a proposta dos órgãos de administração, e serão complementadas por notas explicativas e outros quadros analíticos ou demonstrações contábeis necessários para o esclarecimento da situação patrimonial e dos resultados do exercício. As demonstrações nanceiras das *companhias abertas* observarão, ainda, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários e serão obrigatoriamente auditadas por auditores independentes devidamente registrados naquele órgão (arts. 176 e 177, § 3º).

No *balanço patrimonial* as contas serão classi cadas segundo os elementos do patrimônio que registrem, e agrupadas de modo a facilitar o conhecimento e a análise da situação nanceira da companhia, sendo as contas do *ativo* dispostas, em ordem decrescente de grau de liquidez dos elementos nelas registrados, em grupos relativos ao *ativo circulante, ativo realizável a longo prazo*, e *ativo permanente*, dividido este em *investimentos, ativo imobilizado* e *ativo diferido*. As contas do *passivo* serão classi cadas em grupos relativos ao *passivo circulante, passivo exigível a longo prazo, resultados de exercícios futuros* e *patrimônio líquido*. São classi cados separadamente os saldos *devedores* e *credores* que a companhia não tiver direito de compensar. Nas demonstrações nanceiras serão

corrigidos o custo de aquisição do ativo permanente, inclusive os recursos aplicados no ativo diferido, dos saldos das contas de depreciação, amortização e exaustão e as provisões para perdas, bem como saldos do patrimônio líquido. A *demonstração de lucros ou prejuízos acumulados* discriminará o saldo do exercício do período, os ajustes de exercícios anteriores e a correção monetária do saldo inicial; as reversões de reservas e o lucro líquido do exercício, e as transferências para as reservas, os dividendos, a parcela dos lucros incorporada ao capital e o saldo do m do período. Na *demonstração de resultado do exercício* serão discriminadas a receita bruta das vendas e serviços, as deduções das vendas, os abatimentos e os impostos; a receita líquida das vendas e serviços, o custo das mercadorias e serviços vendidos e o lucro bruto; as despesas com as vendas, as despesas nanceiras deduzidas das receitas, as despesas gerais e administrativas e as despesas operacionais; o lucro ou prejuízo operacional, as receitas e despesas não operacionais; o lucro antes do imposto de renda e a provisão para o imposto; as participações de debêntures, empregados, administradores e partes bene ciárias e o lucro ou prejuízo líquido do exercício e o seu montante por ação do capital social.

A *demonstração das origens e aplicações de recursos* indicará as modi cações na posição nanceira da companhia, discriminando as origens dos recursos e as aplicações dos mesmos. As companhias fechadas, porém, que à época do balanço tenham patrimônio líquido não superior a dois milhões de reais não estão obrigadas à elaboração e publicação de tais demonstrações (art. 176, § 6º, com redação dada pela Lei nº 11.638/2007).

334. Lucros, Dividendos e Reservas

1) Lucro líquido

Veri cado o resultado do exercício, depois de compensados os prejuízos acumulados e constituída provisão para o imposto de renda, serão determinadas as participações nos lucros atribuídos a debêntures, caso a sociedade haja emitido debêntures dessa modalidade, obedecida a regra de que os prejuízos acumulados serão obrigatoriamente absorvidos pelos lucros, pela reserva legal e pelas demais reservas de lucros, nessa ordem. Do lucro remanescente, depois de pagas essas participações, serão determinadas, sucessivamente, as participações no lucro de empregados e administradores, previstas no estatuto, e das partes bene ciárias. O saldo que remanescer do resultado do exercício, deduzidas as participações acima citadas, constitui o *lucro líquido da companhia*.

2) Dividendo obrigatório

Retiradas do lucro líquido da sociedade as importâncias destinadas à formação do fundo de reserva legal, dos fundos de reservas especiais e da parcela retida para nanciar plano de investimento, aprovado pela Assembleia Geral, o restante está capaz de ser distribuído pelos sócios. A parte que cabe a cada sócio, proporcional às ações que possuir na sociedade, tem o nome de *dividendo*, por resultar da divisão do lucro líquido pelo número de ações. Pode o estatuto pre xar uma base para a distribuição dos dividendos, e, se assim acontecer, essa base constituirá o montante cabível a cada ação. Se o estatuto não pre xar a percentagem de distribuição dos lucros, cabe à Assembleia Geral, por proposta da administração, com parecer do Conselho Fiscal, determinar o montante dos lucros a serem distribuídos. Se, porém, o estatuto ou a assembleia não zerem restrições em que todos os lucros sejam distribuídos aos acionistas, a distribuição se fará tomando por base a divisão dos lucros líquidos pelo número de ações. A Lei das Sociedades por Ações estatui como *dividendo obrigatório* a metade do lucro líquido do exercício, acrescido ou diminuído das importâncias destinadas à formação da reserva legal e da reserva para contingências, sendo certo que o pagamento deste dividendo poderá ser limitado ao montante do lucro líquido do exercício que tiver sido realizado, contanto que a diferença seja registrada como *reserva de lucros a realizar*. Os lucros registrados sob esta rubrica, quando realizados e no caso de não serem absorvidos por prejuízos em exercícios subsequentes, deverão ser acrescidos ao primeiro dividendo declarado após a realização. Quando o estatuto for omisso sobre o montante do lucro a ser distribuído e a Assembleia Geral deliberar alterá-lo para introduzir norma sobre a matéria, o dividendo obrigatório não poderá ser

inferior a 25% (vinte e cinco por cento) do lucro líquido ajustado nos termos do inciso I do art. 202 da lei (art. 202, § 2º, com redação dada pela Lei nº 10.303/01).

Tendo a sociedade ações preferenciais, com a xação da percentagem dos lucros (*vide* nº 260, *supra*), os titulares dessas ações têm preferência para a percepção dos mesmos. No entanto, não existindo lucros que permitam aquele montante, não poderão ser distribuídos dividendos com prejuízo de capital social, salvo quando, em caso de liquidação da sociedade, essa vantagem for expressamente assegurada. Os acionistas preferenciais carão, contudo, com um crédito contra a sociedade correspondente à diferença entre o montante dos dividendos percebidos e o xado nas ações, podendo esse crédito ser saldado em exercícios posteriores, quando a sociedade obtiver melhores resultados.

Fixando o estatuto o limite da distribuição dos lucros ou, na sua falta, deliberando a assembleia que seja distribuída apenas parte dos lucros, o restante não se incorporará ao capital da sociedade mas constará de *reserva especial*, para que, nos exercícios futuros, sejam distribuídos lucros dentro da base xada pelos estatutos, considerando-se, assim, medida de previsão da sociedade para que não se veja ela, futuramente, dada a infelicidade dos negócios obrigada a distribuir dividendos inferiores à taxa xada no estatuto.

Se a sociedade não obtiver no exercício social lucros capazes de serem divididos entre os acionistas e, apesar disso, zer a distribuição de dividendos, os administradores e scais são solidariamente responsáveis por essa distribuição, competindo-lhes repor à sociedade as importâncias distribuídas, sem que essa reposição os exonere da ação penal que no caso couber. Os acionistas, entretanto, não são obrigados a restituir os dividendos recebidos de boa-fé. Pertencendo à sociedade, conhecendo que o capital entregue à mesma foi conferido com a condição de gozar dos lucros líquidos obtidos anualmente, recebendo essas importâncias que a diretoria lhes distribuir, elas se incorporarão ao seu patrimônio particular, como frutos civis, não sendo, por isso, obrigados a restituí-las, já que a irregularidade se veri cou na distribuição dos lucros e não no recebimento dos mesmos. No entanto, se os dividendos foram distribuídos sem o levantamento do balanço social ou em desacordo com os resultados deste, presume-se que os acionistas que os receberam agiram de má-fé; nesse caso, ocorrendo a falência da sociedade, responderão, solidariamente com os diretores e scais, pela restituição à massa da soma dos dividendos distribuídos.

Nas sociedades *abertas* apenas para a captação de recursos por debêntures não conversíveis em ações, bem como nas *fechadas*, desde que não controladas por este tipo de companhias abertas, a Assembleia Geral, com a aprovação de todos os acionistas presentes, pode deliberar a distribuição de dividendos inferiores ao obrigatório ou fazer a retenção de todo o lucro (art. 202, § 3º, com redação dada pela Lei nº 10.303/01).

3) Reservas

A sociedade terá, obrigatoriamente, um fundo de reserva (*fundo de reserva legal*) destinado a assegurar a integridade do capital social e que somente poderá ser utilizado para compensar prejuízos ou aumentar o capital. Não contando a sociedade anônima com responsabilidade subsidiária dos sócios, é o capital que responde, precipuamente, pelas obrigações sociais. Deve, assim, o mais possível, esse capital manter-se íntegro, pois os terceiros que transacionam com a empresa nele têm a sua garantia principal. Se bem que, muitas vezes, por infelicidade ou mesmo má orientação, o capital social seja atingido, cumpre à sociedade tomar todas as providências para resguardar a integridade do mesmo, como base da garantia que oferece aos com quem se obriga. Assim determina a lei que um fundo de reserva seja obrigatoriamente formado, para suprir os desfalques veri cados no capital. Esse fundo será formado pela dedução anual de 5% dos lucros líquidos obtidos pela sociedade, devendo essa dedução ser feita antes de qualquer outra, o que signi ca que os lucros não poderão ser distribuídos antes de feita essa dedução, nem a existência de outros fundos de reserva deve prejudicá-la. A obrigatoriedade da dedução, entretanto, só perdurará até que o fundo de reserva legal atinja 20% do capital. Algumas leis estrangeiras requerem a dedução obrigatória até metade do capital ou mais, contentando-se a lei brasileira apenas com 20%. Daí por diante, se a sociedade o quiser, e o fato deve ser assinalado no estatuto, continuará a deduzir importâncias dos lucros líquidos para a formação do fundo de reserva legal; essa dedução, contudo, segundo a lei brasileira, não é obrigatória, a não ser até aquele limite, mas, havendo

desfalque de capital, que deverá ser reposto por esse fundo de reserva, o mesmo será recomposto até atingir o limite assinalado pela lei.

Outros fundos de reserva poderão ser criados pela sociedade, cabendo ao estatuto regular a ordem de percentagem dos lucros líquidos. Entretanto, esses lucros não poderão, em tempo algum, ser totalmente absorvidos pelos fundos de reserva especiais, pois em tal caso deixaria de haver interesse para os participantes da sociedade, que não receberiam dividendos de suas ações, já que os lucros sempre estavam clausulados por esses fundos de reserva.

Igualmente, as importâncias dos fundos de reserva não poderão ultrapassar a metade do capital social, exceto as *reservas para contingências* e de *lucros a realizar*. Se esse fato ocorrer, a sociedade deverá deliberar sobre a aplicação de parte dos lucros na integralização do capital ou no seu aumento, com a distribuição das ações correspondentes com os acionistas. Em último caso, a sociedade poderá distribuir o excedente, em dinheiro, aos acionistas, a título de boni cação (art. 199).

n) Dissolução, liquidação e extinção

335. Dissolução e Liquidação das Sociedades Anônimas – A Lei das Sociedades por Ações abandonou a orientação do Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, que, em vez de tratar da *dissolução*, se referia inicialmente à *liquidação* para seguir a orientação do Código Comercial. Desse modo, trata da maneira especial da *dissolução, liquidação* e *extinção* da sociedade anônima.

Na hipótese de omissão se aplicam os princípios estatuídos no Código Civil, quanto à dissolução e liquidação das companhias fechadas e abertas.

336. Modalidades de Dissolução: de Pleno Direito, por Decisão Judicial e por Decisão de Autoridade Administrativa – A dissolução pode ser de várias modalidades: *de pleno direito, por decisão judicial* ou *por decisão da autoridade administrativa*, nos casos e na forma previsto em lei especial.

Dá-se a dissolução de *pleno direito* pelo término do prazo de duração da sociedade, nos casos previstos no estatuto, por deliberação da Assembleia Geral aprovada por acionistas que representem, no mínimo, metade do capital social com direito a voto; pela existência de um único acionista, veri cada em Assembleia Geral Ordinária, se o mínimo de dois, ressalvado o caso da *subsidiária integral* (art. 251), não foi reconstituído na Assembleia Geral Ordinária seguinte; ou pela extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar.

Dissolve-se a sociedade por *decisão judicial* quando anulada sua constituição, em ação proposta por qualquer acionista; quando, em ação proposta por acionistas que representem cinco por cento ou mais do capital social, car provado que não pode preencher o seu m; e por motivo de falência, nos casos e na forma previstos na lei.

Por último, dissolve-se a sociedade por decisão de autoridade administrativa competente, nos casos e na forma previstos em lei especial (art. 206).

Ocorrendo a dissolução por qualquer dessas modalidades, conserva a sociedade sua personalidade jurídica até ndo o processo que visa à sua extinção. À ocorrência de dissolução, entra a sociedade em liquidação do seu patrimônio.

337. Liquidação – A *liquidação* é a fase, no processo de extinção da pessoa jurídica, em que será realizado o ativo e satisfeito, com o produto do mesmo, o passivo da sociedade. Essa liquidação poderá ser feita pelo modo estabelecido no estatuto, se esse dispuser a respeito, ou por decisão da Assembleia Geral, que no caso tem poderes para estabelecer as normas da liquidação e nomear a pessoa que se encarregará da mesma, o *liquidante*, bem como o órgão que o scalizará, que será o Conselho Fiscal. O liquidante funcionará no período de liquidação mas pode ser destituído, a qualquer tempo, pelo órgão que o houver nomeado (art. 208).

Pode, igualmente, a liquidação ser *judicial*. Essa ocorrerá quando a dissolução da sociedade for por decisão judicial, ou quando, não tendo os administradores ou a maioria dos acionistas promovido a liquidação nos casos de dissolução de pleno direito, ou se a ela se opuserem, a pedir qualquer acionista. Será também judicial a liquidação a requerimento do Ministério Público, à vista de comunicação da autoridade competente, se a companhia, nos trinta dias subsequentes à dissolução, não iniciar a liquidação, ou se, após iniciá-la, a interromper por mais de quinze dias, no caso de dissolução pela extinção da autorização para a sociedade funcionar.

A diferença entre a liquidação no modo previsto no estatuto ou por deliberação da Assembleia Geral e a liquidação judicial é que, nesta, deverá ser observado o disposto na lei processual, sendo o liquidante nomeado pelo juiz.

338. Deveres e Poderes do Liquidante – O liquidante é, assim, gura de maior importância no processo de dissolução da sociedade, pois a ele cabe administrar o patrimônio social, visando a realizar o ativo para a satisfação do passivo. Assume ele os deveres de arquivar e publicar a ata da Assembleia Geral, ou certidão da sentença que tiver deliberado ou decidido a liquidação. Cabe-lhe, ainda, arrecadar os bens, livros e documentos da companhia; fazer levantar, de imediato, em prazo não superior ao xado pela Assembleia Geral ou pelo juiz, o balanço patrimonial da companhia; ultimar os negócios iniciados, realizar o ativo, pagar o passivo e partilhar o remanescente entre os acionistas. Compete-lhe, ademais, exigir dos acionistas, quando o ativo não bastar para a solução do passivo, a integralização de suas ações; convocar a Assembleia Geral, nos casos previstos na lei ou quando julgar necessário; e confessar a falência da sociedade ou impetrar concordata, nos casos previstos em lei. Deve, ainda, o liquidante, nda a liquidação, submeter à Assembleia Geral relatório dos atos e operações da liquidação, e suas contas nais, arquivando e publicando a ata da Assembleia Geral que houver encerrado a liquidação.

Permanecendo a pessoa jurídica durante o período de dissolução da sociedade, cabe ao liquidante representá-la e praticar todos os atos necessários à liquidação, inclusive alienar móveis ou imóveis, transigir, receber e dar quitação; não pode ele, entretanto, sem expressa autorização da Assembleia Geral, gravar bens e contrair empréstimos, a não ser quando indispensáveis ao pagamento de obrigações inadiáveis, nem prosseguir, ainda que para facilitar a liquidação, na atividade da sociedade. Nas operações e atos relativos à liquidação, praticados pelo liquidante, este usará a denominação social seguida de expressão "em liquidação".

Cada seis meses, ou sempre que se zer necessário, ainda que os períodos sejam menores, deve o liquidante convocar a Assembleia Geral para prestar-lhe contas dos atos e operações praticados no período, apresentando relatório e balanço do estado da liquidação; nessas Assembleias Gerais todas as ações gozam de igual direito de voto. Na liquidação judicial, as Assembleias Gerais serão convocadas e presididas pelo juiz, que resolverá, sumariamente, as dúvidas e litígios suscitados.

No exercício de suas funções, o liquidante terá as mesmas responsabilidades do administrador; os deveres e responsabilidades dos administradores, scais e acionistas subsistirão até a extinção da companhia.

339. Pagamento do Passivo e Partilha do Remanescente. Prestação de Contas do Liquidante – No pagamento do passivo da sociedade serão respeitados os direitos dos credores preferenciais. Satisfeitos esses, o liquidante pagará as dívidas da sociedade proporcionalmente e sem distinção entre dívidas vencidas e vincendas, devendo estas, contudo, sofrer um desconto baseado nas taxas bancárias. Sendo o ativo *superior* ao passivo, o liquidante pode, sob sua responsabilidade pessoal, pagar integralmente as dívidas vencidas.

Depois de pagos todos os credores e antes de ultimada a liquidação, pode a Assembleia Geral deliberar que sejam feitos rateios entre os acionistas, à proporção que forem sendo apurados os haveres sociais. Depois de pagos ou garantidos todos os credores sociais, a Assembleia Geral pode aprovar, mediante o voto de acionistas que representem, pelo menos, noventa por cento das ações, condições especiais para a partilha do ativo remanescente, com a atribuição de bens aos sócios, pelo valor contábil ou outro por ela xado. Provado pelo acionista dissidente que as condições

especiais da partilha visaram a favorecer a maioria, em detrimento da parcela que lhe tocaria na liquidação, caso não existissem tais condições, a partilha se não consumada será suspensa; se já consumada, os acionistas majoritários indenizarão os minoritários pelos prejuízos apurados.

Finalmente, pago o passivo e rateado todo o remanescente pelos acionistas, o liquidante convocará a Assembleia Geral para a sua prestação de contas final. Sendo as contas aprovadas encerra-se a liquidação.

340. Direito do Credor não Satisfeito – Encerrada a liquidação, o credor que não tiver sido satisfeito só poderá exigir dos acionistas, individualmente, o pagamento do seu crédito até o limite da soma por eles recebida; terá o credor não pago o direito de propor, se for o caso, ação de perdas e danos contra o liquidante. O acionista executado terá o direito de haver dos demais a parcela, no crédito pago, que lhe couber (art. 218).

341. Extinção da Sociedade – Durante todo o período de liquidação a sociedade continuou a existir, apenas com as suas atividades normais suspensas, já que todos os atos praticados pelo liquidante tinham por fim extinguir, afinal, a pessoa jurídica.

Aprovadas as contas do liquidante, dando a assembleia por encerrada a liquidação, a ata dessa assembleia deverá ser publicada e arquivada, pelo liquidante, no Registro de Comércio, só então sendo extinta a sociedade, apesar de declarar a lei que "extingue-se a companhia pelo *encerramento* da liquidação" (art. 219, I). Mas a verdade é que, enquanto não forem arquivados os documentos da liquidação, a pessoa jurídica persiste, donde, de fato, não se extinguir a sociedade. Esta, entretanto, se extingue, sem liquidação, pela fusão ou pela cisão, com versão de todo o patrimônio em outras sociedades, como veremos oportunamente.

o) Transformação, incorporação, fusão e cisão

342. Modificação nos Tipos Sociais – Durante sua existência, a sociedade anônima pode, como os demais tipos de sociedades, sofrer modificação quanto à sua espécie, ora se transformando em outras sociedades, ora se incorporando ou sendo incorporadas, ora finalmente, fundindo-se com sociedades semelhantes ou não. Não há disciplina no Código Comercial sobre o tema; a lei do anonimato traça regras próprias que se aplicam, além do que a atual legislação cuidou de cogitar sobre a cisão.

O Código Civil atual, no Capítulo X, trata da transformação, da incorporação, da fusão e da cisão de sociedades, a partir do artigo 1.113, detalhando o instrumento e realçando o mecanismo de molde a suscitar o devido procedimento.

I – *Transformação*

343. Conceito de Transformação – A *transformação* é a operação pela qual uma sociedade passa, independentemente de dissolução ou liquidação, de uma espécie para outra. Miranda Valverde, doutrinando o assunto, esclarece que a transformação "é processo simples e cômodo, expediente prático pelo qual se constitui nova sociedade sem os inconvenientes da dissolução ou liquidação da sociedade a se transformar. Os elementos essenciais, que estruturam a sociedade primitiva, patrimônio e sócios, são o substrato ou a matéria, que permite a aquisição de nova forma, isto é, de nova organização especifica, que individua e caracteriza a pessoa jurídica".[47]

Em geral, a transformação das sociedades empresárias é classificada em *pura* ou *simples*, quando se conserva a mesma pessoa jurídica, ou *constitutiva*, quando se forma nova sociedade. Contra esse ponto de vista, entretanto, se opõem vários escritores, entre os quais Miranda Valverde, a nosso ver com razão. Para esse tratadista, não há lugar a distinguir entre *transformação pura* ou *simples* e *transformação constitutiva* porque "na transformação de uma

sociedade em outra há sempre a constituição de nova pessoa jurídica, sem que, todavia, desapareçam as partes que integravam a antiga pessoa jurídica". Esse fato é verdadeiro porque "a personalidade jurídica das sociedades ou associações é atributo genérico que se concretiza na espécie, tipo ou forma legal adotada. As sociedades têm personalidade jurídica. Mas é evidente que a sociedade em nome coletivo é pessoa jurídica e a de capital e indústria é outra. A conservação da personalidade jurídica na passagem de um tipo para outro de sociedade não signi ca, pois, a permanência da mesma pessoa jurídica. Resulta do processo mesmo da transformação, que consiste, justamente, na passagem sem estado intermediário, de um tipo de pessoa jurídica para outro. A pessoa jurídica anterior subsiste até o momento em que se transforma ou se metamorfoseia em outra pessoa jurídica".[48]

Considerando-se a transformação da sociedade como a constituição de nova sociedade, sem que haja dissolução ou liquidação, como é o pensamento de Miranda Valverde, não haverá transmissão de bens de um patrimônio para outro, mas a conservação do mesmo patrimônio, modi cando-se apenas a pessoa jurídica, que passa de um tipo a outro sem que, contudo, a sociedade se dissolva ou liquide.

Consoante o espírito do atual Código Civil, a transformação independe de dissolução, ou liquidação, mas do consentimento de todos os sócios, salvo se prevista no ato constitutivo, hipótese que caberá a retirada ao dissidente, aplicando-se no silêncio do estatuto ou do contrato social, o disposto no art. 1.031.

344. Requisitos Necessários para a Transformação das Sociedades – Consabido que a transformação não modi ca nem prejudica, em qualquer hipótese, os direitos dos credores.

Para que uma sociedade se possa transformar em outra, necessário será que haja o consentimento expresso da totalidade dos sócios ou acionistas, salvo se a transformação foi prevista no contrato, quando se tratar de uma sociedade de pessoas, ou no estatuto, quando a sociedade a transformar-se for uma sociedade por ações, ou seja, uma sociedade anônima ou em comandita por ações. De qualquer modo, mesmo quando a transformação for prevista no contrato ou no estatuto, o sócio ou acionista que com ela não se conformar poderá retirar-se da sociedade, reembolsando os seus haveres. Esse direito é outorgado aos sócios, porque não deve a maioria forçá-los a pertencer a um tipo de sociedade diverso daquele que integravam.

Os direitos de terceiros serão, contudo, garantidos, e a transformação de modo algum poderá prejudicá-los. Até o pagamento integral dos seus créditos, os credores carão com a mesma garantia que a espécie anterior de sociedade lhes oferecia. Assim, se uma sociedade em nome coletivo, em que os sócios garantem ilimitadamente as obrigações sociais, se transforma em sociedade anônima, os credores anteriores à transformação, que tinham a garantia subsidiária dos sócios, de forma ilimitada e solidária, continuarão a gozar dessa mesma garantia até que sejam pagos integralmente os seus créditos. Apesar de, na nova sociedade, os sócios assumirem responsabilidade limitada, aqueles que pertenciam à forma anterior responderão perante os credores ilimitadamente, até que sejam de nitivamente solvidos os compromissos assumidos pela sociedade em nome coletivo.

345. Transformação de Qualquer Sociedade em Sociedade Anônima – A transformação de qualquer tipo de sociedade em sociedade anônima será feita de acordo com os princípios legais sobre a constituição desta última sociedade. Não serão admitidas, na transformação da sociedade, pessoas estranhas no quadro social, pois, no processo de transformação, se bem que a pessoa jurídica mude de espécie, permanecem os mesmos elementos que compunham a sociedade transformada, não se operando dissolução desta. Será, igualmente, dispensado o depósito obrigatório de um décimo do capital, porque este já está inteiramente constituído, devendo, apenas fazer-se a divisão do capital em ações, por ser esse um dos princípios característicos das sociedades anônimas.

346. Transformação de uma Sociedade Anônima em outro Tipo de Sociedade – A transformação de uma sociedade anônima em outro tipo de sociedade não apresenta di culdades, desde que seja obedecida a regra geral de que *todos* os acionistas deverão concordar com a mesma, facultando-se aos que discordarem a sua retirada da

sociedade, recebendo os seus haveres na forma regulamentar. Deve-se, contudo, destacar que as pessoas que deixarão de ser acionistas terão a sua responsabilidade, perante terceiros, aumentada, pois de limitada passará essa a ser, conforme o tipo de sociedade, e a categoria que o sócio nela tomar, ilimitada ou não. Os credores sociais, contudo, serão bene ciados com a responsabilidade subsidiária assumida por todos ou alguns sócios, já que, no Direito brasileiro, não há outras sociedades, afora as anônimas, em que todos os sócios tenham a sua responsabilidade limitada apenas à importância com que entram para o capital.

As companhias abertas, no entanto, só poderão modi car-se através de fusão, incorporação ou cisão, caso a(s) sociedade(s) que a suceder(em) também seja(m) aberta(s), sob pena de se facultar aos seus acionistas o exercício do direito de regresso, mediante o reembolso do valor de suas ações, a ser exercitado no prazo máximo de trinta dias, contados do término do prazo de cento e vinte dias concedido à(s) sociedade(s) sucessora(s) para conseguir o registro e, se for o caso, promover a admissão de negociação de novas ações no mercado secundário (art. 223, §§ 3º e 4º, acrescentados pela Lei nº 9.457/97).

II – *Incorporação*

347. Preliminares – Na incorporação uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhe sucede, em plenitude de direitos e obrigações, cabendo todos aprová-la, de acordo com a forma estabelecida para os respectivos atos, a teor do art. 1.116 do Código Civil.

A *incorporação* de sociedade em outra pode ser operada entre sociedades de tipos diferentes, constituindo uma reforma estatutária ou contratual; os sócios ou acionistas das sociedades incorporadas receberão, da anônima incorporadora, as ações que lhes couberem.

Para que se veri que uma incorporação deve, previamente, ser rmado pelos órgãos das sociedades interessadas um *protocolo* que indique o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição; os critérios de avaliação do patrimônio líquido; a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas de capital de uma das sociedades possuídas pela outra; o projeto de estatuto ou de alterações estatutárias, que deverão ser aprovadas para efetivar a operação, e todas as demais condições a que estiver sujeita a operação.

As operações da incorporação deverão ser submetidas à deliberação da Assembleia Geral das companhias interessadas, mediante *justi cação* em que serão expostos os motivos ou ns da operação e o interesse da companhia em sua realização; as ações que os acionistas preferenciais receberão e as razões para modi cação dos seus direitos, se prevista essa modi cação; a composição do capital das companhias que deverão emitir ações em substituição às que devem extinguir-se, segundo as espécies e classes dessas ações; e o valor do reembolso das ações a que terão direito os acionistas dissidentes.

A incorporação só pode ser efetivada nas condições aprovadas se os peritos nomeados determinarem que o valor do patrimônio ou dos patrimônios líquidos a serem vertidos para a formação do capital social é ao menos igual ao montante do capital a realizar. As ações ou quotas de capital da sociedade a ser incorporada que forem de propriedade da companhia incorporadora poderão, conforme dispuser o protocolo da incorporação, ser extintas ou substituídas por ações em tesouraria da incorporadora, até o limite dos lucros acumulados e reservas, exceto a legal.

Essas normas são aplicáveis também à fusão ou cisão das sociedades.[49]

348. Conceito de Incorporação – Por *incorporação* se entende a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Neste caso desaparecerá uma das sociedades, a incorporada permanecendo, porém, com a sua pessoa jurídica inalterada à sociedade incorporadora. Esta sucederá à sociedade incorporada em todos os seus direitos e obrigações.

Duas hipóteses terão que ser aventadas, ao tratar-se da incorporação das sociedades anônimas: estas serão sociedades *incorporadoras* ou serão sociedades *incorporadas.* Para cada uma dessas hipóteses são adotadas normas diversas.

349. Sociedade Anônima Incorporadora – A incorporação, pela sociedade anônima, de outro ou de outros tipos sociais, equivale a uma reforma dos estatutos. Desse modo, deverá a sociedade resolvê-la em Assembleia Geral Extraordinária, que será instalada, na primeira convocação, com a presença de acionistas que representem dois terços, no mínimo, do capital com direito a voto, instalando-se, porém, na segunda convocação com qualquer número. A deliberação para que a assembleia incorpore a outra ou outras sociedades não requer a maioria quali cada que a lei pede para a aprovação de alguns casos de reforma de estatuto. Será, desse modo, observado o princípio geral nas votações das assembleias, segundo o qual a deliberação é aprovada pela maioria absoluta dos votos presentes, não se computando os votos em branco.

A Assembleia Geral que resolver que a sociedade seja incorporadora de outra ou de outras deverá aprovar as bases da incorporação e autorizar o aumento do capital a ser subscrito e realizado pela incorporada com a cessão do seu patrimônio líquido nomeando peritos para a avaliação. A sociedade ou sociedades a serem incorporadas, se aprovarem as condições básicas da incorporação, autorizarão seus administradores a praticar os atos necessários à mesma, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora. Deverá, em seguida, ser procedida a avaliação do patrimônio líquido das sociedades a serem incorporadas, para o que a Assembleia Geral da incorporadora deverá nomear os peritos necessários. Feita a avaliação e devidamente aprovada, a incorporadora promoverá o arquivamento e a publicação dos respectivos atos. Extingue-se a sociedade incorporada.

350. Sociedade Anônima Incorporada – Devendo a sociedade anônima ser incorporada e não incorporadora, a deliberação para a incorporação será tomada em assembleia, com a presença, em primeira convocação, de, no mínimo, dois terços do capital com direito a voto reunindo-se, porém, em segunda com qualquer número. A deliberação da incorporação deve ser tomada por acionistas que representem, no mínimo, metade do capital com direito a voto.

351. Posição dos Acionistas Dissidentes da Incorporação – Poderão os acionistas dissentir da incorporação da sociedade anônima, gure esta como incorporadora ou como incorporada. Os direitos que lhes são conferidos nos dois casos são, porém, de ordem diversa.

Sendo a sociedade anônima *incorporadora*, o acionista que não concordar com a incorporação terá que aceitar a vontade da maioria, pois se trata apenas de um caso de reforma dos estatutos, para o qual não há permissão legal da retirada dos acionistas mediante reembolso. No entanto, se nas bases da incorporação car assentado que haverá alterações nas preferências ou vantagens conferidas aos acionistas, os titulares de ações preferenciais deverão ser consultados para dizer se concordam ou não com a incorporação. Dissentindo algum da incorporação, ser-lhe-á assegurado o direito de retirar-se da sociedade, reembolsado do valor de suas ações, pois a reforma estatutária virá causar-lhe prejuízos, já que haveria modi cação nas vantagens ou preferências que a sociedade anteriormente lhe outorgou. Ressalte-se, porém, as ressalvas feitas pela Lei nº 10.303/01, que restringiu o direito de recesso nos casos de incorporação da companhia unicamente aos acionistas que detenham ações de espécie ou classe que não tenham liquidez e dispersão no mercado (*supra*, nº 315).

Devendo a sociedade ser *incorporada*, qualquer acionista que não concordar com a incorporação poderá, igualmente, retirar-se da sociedade, reembolsado do valor de suas ações, sendo certo, porém, que, seja a sociedade anônima *incorporada* ou *incorporadora*, o preço do reembolso somente será devido caso a operação de incorporação efetivamente se realize. Essa faculdade provém do fato de se extinguir a sociedade de que esse acionista fazia parte, não lhe sendo obrigado pertencer à outra que a incorporou.

III – *Fusão*

352. Conceito de Fusão – A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formação de uma nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações (art. 1.119 do Código Civil).

Fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar uma sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações. Desaparecem, no caso, as sociedades que se fundem, para, em seu lugar, surgir uma outra sociedade. Essa operação, contudo, não dissolve as sociedades, apenas as extinguindo. Não se fará liquidação do patrimônio social, pois a sociedade que surge assumirá todas as obrigações ativas e passivas das sociedades fusionadas.

Os credores das sociedades, no entanto, poderão discordar da fusão e pleitear a sua anulação. Em tal caso, deverão os credores ser satisfeitos em seus créditos, podendo a sociedade consignar as importâncias em débito para discutir judicialmente, se por acaso julgar o crédito ilíquido. De qualquer modo, os credores não poderão ser prejudicados, pois a verdade é que não são obrigados a aceitar a nova sociedade como sua devedora, uma vez que transacionaram com sociedade diferente. Silenciando os credores, tem-se o fato como aceitação da nova sociedade, havendo, assim, novação tácita.

353. Fusão para a Constituição de Sociedade Anônima – Devendo, com a fusão, constituir-se uma nova sociedade anônima (art. 1.121 do CC), sejam as sociedades a se fundirem da forma anônima ou de outra espécie, deverão, em primeiro lugar, uma vez autorizada a fusão pelos sócios ou pela assembleia das sociedades, ser aprovados o projeto do estatuto e o plano de distribuição das ações pelos sócios ou acionistas de cada uma das sociedades. Essa aprovação se veri cará em assembleia de todos os interessados, sendo, então, nomeados os peritos para a avaliação do patrimônio das sociedades que se vão fundir. Claro está que cada sociedade nomeará peritos para a avaliação do patrimônio da *outra sociedade* e não do seu próprio patrimônio, pois esse, para a sociedade, tem valor certo. Essa avaliação recíproca dos patrimônios equivale a uma scalização que cada sociedade faz sobre a outra, pois não é admissível a aceitação pura e simples do patrimônio das sociedades que se fundirão pelo valor que por essas sociedades lhe for dado.

Feita a avaliação, serão convocados os interessados na fusão, acionistas ou sócios das sociedades de pessoas, para uma Assembleia Geral, que tomará conhecimento dos laudos de avaliação e, aprovando-os, resolverá sobre a constituição de nitiva da nova sociedade. Ainda aqui é evidente que os acionistas ou sócios não votarão na aprovação do laudo da sociedade a que pertencerem.

Aprovados os laudos, resolvendo a assembleia a constituição da nova sociedade, será nomeada a primeira administração, que terá a obrigação de arquivar e publicar os atos relativos à fusão, inclusive a relação dos acionistas.

Nos dois meses seguintes à fusão, poderão os credores das sociedades fundidas requerer judicialmente a anulação da mesma, se se julgarem prejudicados. Ocorrendo, nesse prazo, a falência da sociedade criada com a fusão de duas ou mais sociedades, os credores por crédito anterior à fusão poderão, se assim julgarem conveniente, requerer a separação dos patrimônios para serem pagos pelos bens da sociedade com que haviam antes contratado.

354. Fusão para a Constituição de Sociedade Não Anônima – Poderá a fusão ter por nalidade, também, a constituição de sociedade que não tenha a forma anônima. Nesse caso, sendo anônimas as sociedades que se vão fundir, ou, pelo menos, uma delas, a responsabilidade dos sócios será aumentada de acordo com o tipo de sociedades que se constituir. As regras a serem observadas para a deliberação da sociedade anônima continuam, porém, as mesmas, e os acionistas terão o direito de não aceitar a nova sociedade, retirando-se, assim, mediante o reembolso das importâncias relativas às suas ações.

A constituição da nova sociedade se fará, nesse caso, de acordo com as normas legais para a constituição das sociedades de seu tipo. Mas as sociedades não atravessarão o período de dissolução, apenas se extinguindo as pessoas jurídicas, garantidos os credores pela sociedade que se vai constituir.

IV – *Cisão*

355. Noções Gerais – A Lei sobre as Sociedades por Ações caracteriza a *cisão* como a operação pela qual a sociedade anônima transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse m ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se a versão for parcial (art. 229).

Haverá, assim, na cisão, uma transferência, total ou parcial, do patrimônio de uma sociedade para outra ou outras. Sendo todo o patrimônio transferido para duas ou mais sociedades, extingue-se a sociedade cindida, sucedendo à extinta as sociedades que absorveram o seu patrimônio, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos. Se a cisão for parcial, a sociedade que absorver parte do patrimônio da cindida passa a sucedê-la nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão.

Havendo cisão com a versão de parcela do patrimônio em sociedade nova, a operação será deliberada pela Assembleia Geral; se já existe a sociedade que vai absorver parcela do patrimônio da sociedade cindida, serão obedecidas as regras da incorporação.

Extinguindo-se, com a cisão, a sociedade cindida, cabe aos administradores das sociedades, que absorverem o patrimônio, promover o arquivamento e a publicação dos atos relativos à operação. Sendo apenas parcial a versão do patrimônio, esses atos serão praticados pela companhia cindida e pela que absorveu parte do patrimônio.

As ações integralizadas com parcelas do patrimônio da companhia cindida serão, em substituição às ações extintas, atribuídas aos seus acionistas na proporção das que possuíam ou, caso se pretenda uma atribuição em proporções diferentes, mediante a aprovação de todos os acionistas, inclusive dos titulares de ações sem direito a voto (art. 229, § 5º, com redação dada pela Lei nº 9.457/97).

p) Modalidades especiais de sociedades anônimas

356. Regulamentação – As sociedades anônimas às vezes assumem modalidades especiais sem que a lei especí ca trate das mesmas, regendo-se, assim, por disposições esparsas, nem sempre esclarecedoras das diversas facetas da mesma. Esse fato cria uma série de problemas quando se necessita recorrer a princípios legais em relação a essas sociedades. O Dec.-Lei nº 2.627, de 1940, não tratava das mesmas, e leis posteriores ou as desconheciam ou foram parcas em regras informativas. A Lei sobre as Sociedades por Ações regula algumas das modalidades dessas sociedades, tratando das *sociedades de economia mista,* das *sociedades coligadas, controladoras* e *controladas,* dos *grupos de sociedades* e dos *consórcios*.

1) Sociedades de economia mista

357. Conceito e Características – *Sociedades de economia mista* são aquelas cujo capital é formado com a participação privada e a participação de pessoas jurídicas de Direito Público.[50] Essa participação do Estado nas sociedades de economia mista pode ser majoritária ou minoritária. Sendo o controle de sociedade de economia mista, por força de lei, de pessoa jurídica de Direito Público, cam tais sociedades sujeitas à Lei das Sociedades Anônimas sem prejuízo das disposições especiais da lei federal.

A constituição das sociedades de economia mista depende de prévia autorização legislativa; pode, entretanto, uma pessoa jurídica de Direito Público adquirir, por desapropriação, controle de sociedade já existente. Em tal caso os acionistas poderão pedir o reembolso de suas ações, caso não queiram permanecer na sociedade.

Quando autorizada a constituição de uma sociedade de economia mista, somente as atividades ou empreendimentos constantes da lei que a autorizou poderão ser explorados pela sociedade; não pode ela assim, como acontece com as companhias privadas, mudar ou alterar o seu objeto social.

A pessoa jurídica de Direito Público que controle uma sociedade de economia mista tem os mesmos deveres e responsabilidades que o acionista controlador nas sociedades privadas (*supra*, nº 304). A administração social contará, obrigatoriamente, com um Conselho de Administração, sendo, entretanto, assegurado aos acionistas minoritários o direito de eleger um conselheiro, se maior número não lhes couber no processo do voto múltiplo (*supra*, nº 320). Os deveres e obrigações dos administradores serão os mesmos dos administradores das companhias abertas. O Conselho Fiscal deve funcionar permanentemente (*supra*, nº 322), devendo um membro do mesmo e seu suplente ser eleitos pelas ações ordinárias minoritárias e outro pelas ações preferenciais, se houver.

2) Sociedades coligadas, controladoras e controladas

358. Noções Gerais – Cuidou o Código Civil de estabelecer o conceito e a disciplina das sociedades coligadas (arts. 1.097 e seguintes). Entende-se por coligada aquela sociedade que, em suas relações de capital, são controladas, liadas, ou de simples participação, na forma prevista nos artigos 1.098 e seguintes do Código Civil.

A teor da companhia, s*ociedades coligadas* são aquelas em que uma participa no capital de outra, com dez por cento ou mais sem, contudo, controlá-la. *Controladora* é a sociedade que, diretamente ou por intermédio de outras sociedades, é titular de direitos de sócio que assegurem de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o direito de eleger a maioria dos administradores. *Controlada*, consequentemente, é a sociedade em que outra, diretamente ou por meio de outras sociedades, tenha os direitos acima mencionados.

Os investimentos da companhia em sociedades coligadas ou controladas, bem como as modi cações ocorridas durante o exercício social, devem obrigatoriamente constar do relatório anual da administração, para conhecimento, por parte dos acionistas dessa situação. Não será permitida a participação recíproca entre a companhia e suas controladas, a não ser nos casos em que a lei permite à sociedade adquirir suas próprias ações, sendo responsáveis solidariamente os administradores das sociedades pela aquisição de ações ou quotas do capital de que resulte a participação. Tais administradores não podem favorecer a sociedade coligada, controladora ou controlada, em prejuízo da companhia, respondendo perante esta pelas perdas e danos resultantes dos atos assim praticados. A sociedade controladora é obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos que con gurem abuso de poder. Das demonstrações nanceiras devem constar notas explicativas dos investimentos relevantes, considerando-se como tais os investimentos das sociedades controladoras nas coligadas e controladas, de valor contábil igual ou superior a dez por cento, do valor do patrimônio líquido da controladora, bem como os que, no conjunto das sociedades coligadas e controladas, tenham valor contábil igual ou superior a quinze por cento do valor do patrimônio líquido da controladora (Lei das Sociedades Anônimas, art. 247, parágrafo único). As notas devem conter informações precisas sobre as sociedades coligadas e controladas, indicando a denominação da sociedade, capital social e patrimônio líquido, número de ações ou quotas de propriedade da companhia, lucro líquido do exercício e preço de mercado das ações, se houver.

O investimento em sociedades coligadas e controladas ca sujeito à avaliação especial, a m de que conste no balanço. Nas companhias abertas que tiveram mais de trinta por cento do valor do seu patrimônio líquido representados por investimentos em sociedades controladas, deverão ser elaboradas e divulgadas, juntamente com as demonstrações nanceiras, *demonstrações consolidadas*, em que serão excluídas as participações de uma sociedade em outra, os saldos de quaisquer contas entre as sociedades e as parcelas dos resultados do exercício, dos lucros ou

prejuízos acumulados e do custo do estoque ou do ativo permanente que corresponderem a resultados de negócios entre as sociedades.

359. Subsidiária Integral – Pelo Dec.-Lei nº 2.627, de 1940, a sociedade anônima só podia constituir-se contando com um número mínimo de sete sócios, entrando em liquidação se esse mínimo de sócios fosse reduzido a um, veri cada essa unidade na Assembleia Geral Ordinária seguinte àquela que constatou o fato.

A Lei das Sociedades por Ações alterou esse critério permitindo, como já acontece em vários países, que o número mínimo de acionistas para *fundar* a sociedade seja apenas de dois; mas manteve a regra de que a sociedade se dissolverá de pleno direito se existir apenas um acionista.

Indo mais além, no sentido de abolir os chamados *homens de palha* – pessoas que, com reduzido número de ações, integram a sociedade para que possa ser atingido o número mínimo de sócios exigido pela lei –, permite a lei que a sociedade seja constituída, mediante escritura pública, *com um único acionista*, desde que esse seja *sociedade brasileira;* do mesmo modo, se o número de sócios se reduz a um, *sendo esse uma sociedade brasileira*, a companhia não se dissolverá. Essa sociedade de um único acionista tem o nome de *subsidiária integral.*

Pode uma sociedade ser convertida em subsidiária integral se todas as suas ações são incorporadas ao patrimônio de uma companhia. Em tal caso, há uma incorporação sem que desapareça a pessoa jurídica da sociedade incorporada. Os acionistas que dissentirem da incorporação terão direito ao reembolso de suas ações, respeitadas, porém, as condições impostas pela Lei nº 9.457, de 1997 (*supra*, nº 315).

Para que haja a incorporação de ações de uma sociedade para a sua conversão em subsidiária integral, é necessária a aprovação por Assembleia Geral das duas sociedades. Os titulares das ações incorporadas receberão, em troca dessas, ações da sociedade incorporadora.

360. Alienação de Controle de Companhia Aberta – A Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, embora contendo algumas mudanças signi cativas, revigorou o sistema estabelecido pelo art. 254 da Lei nº 6.404/76, o qual fora revogado pela Lei nº 9.547/97. O legislador de 1976 estabelecera a necessidade de autorização da Comissão de Valores Mobiliários para que se desse a alienação do controle de companhia aberta, determinando, ainda, que o citado órgão procurasse assegurar aos acionistas minoritários[51] um "tratamento igualitário", "mediante simultânea oferta pública para a aquisição de ações". Bene ciando tão somente os interesses dos acionistas controladores, em detrimento dos acionistas minoritários, a reforma de 1997 revogou expressamente o citado art. 254, assim como a regra que assegurava tratamento equitativo aos minoritários no caso de alienação do controle de companhia *aberta* que dependesse de autorização governamental para funcionar (art. 255, §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.404/76). Agora, segundo o que dispõe o art. 254-A, acrescentado pela Lei nº 10.303/01, a alienação, direta ou indireta, do controle de companhia *aberta* depende de prévia autorização da CVM, somente podendo ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações *com direito a voto* de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar um preço mínimo de 80% (oitenta por cento) do valor pago pelas ações votantes integrantes do bloco de controle. Considera-se alienação de controle a transferência, direta ou indireta, de ações integrantes do bloco de controle, ações vinculadas a acordos de acionistas e valores mobiliários conversíveis em ações com direito de voto, bem como a cessão de direitos de subscrição de ações e de outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis em ações com direito de voto, desde que destas operações resultem efetiva alteração no controle acionário da companhia.

A Lei nº 10.303/01 faculta ao adquirente do controle acionário a possibilidade de oferecer aos acionistas minoritários a opção de permanecerem na companhia, mediante o pagamento de quantia equivalente à diferença entre o valor de mercado das ações e o valor pago por ação integrante do bloco de controle (art. 254-A, § 4º, com redação dada pela Lei nº 10.303/01).

Para adquirir o controle de qualquer sociedade mercantil, a companhia *aberta* depende de autorização da Assembleia Geral sempre que o preço da compra constituir, para a compradora, *investimento relevante* ou o preço médio de cada ação ou quota ultrapassar uma vez e meia o que apresentar maior valor dentre os seguintes parâmetros: cotação média das ações em Bolsa ou no mercado de balcão, durante os noventa dias anteriores à data da contratação; o valor do patrimônio líquido, avaliado a preços de mercado, da ação ou quota; o valor do lucro líquido da ação ou quota, o qual não poderá exceder a quinze vezes o lucro líquido anual por ação, nos dois últimos exercícios sociais, atualizado monetariamente. Sob pena de responsabilização dos administradores, a proposta ou contrato de compra, acompanhado do laudo de avaliação, deve ser previamente autorizada pela Assembleia Geral ou por ela rati cado, sendo certo que se o preço de aquisição ultrapassar uma vez e meia o maior dos valores indicados acima, o acionista que discordar da deliberação da assembleia que, a aprovar terá o direito de retirar-se da companhia, mediante o reembolso de suas ações (*supra*, nº 315).

361. A Aquisição de Controle Mediante Oferta Pública – A aquisição de controle de companhia aberta também poderá ser feita por *oferta pública*. Esse modo de aquisição requer sempre a participação de uma instituição nanceira, que garantirá a operação por parte do ofertante. A oferta será irrevogável e o seu instrumento, assinado pelo ofertante e pela instituição nanceira garantidora da operação, deverá ser publicado pela imprensa, indicando o número mínimo de ações e, se for o caso, o número máximo, que o ofertante pretende adquirir; o preço e as condições de pagamento; a subordinação de oferta ao número mínimo de aceitantes, e a forma de rateio entre esses, se o número deles ultrapassar o máximo xado. Conterá ainda o instrumento o procedimento a ser adotado pelos acionistas aceitantes para manifestar sua aceitação e efetivar a transferência das ações; o prazo de validade da oferta, não inferior a vinte dias, e informações sobre o ofertante. A oferta será comunicada à Comissão de Valores Mobiliários dentro de vinte e quatro horas da primeira publicação.

362. Incorporação de Companhia Controlada – Uma companhia controladora pode incorporar uma controlada, mas a justi cação da operação a ser apresentada à Assembleia Geral (*supra*, nº 345) deve conter o cálculo das relações de substituição das ações dos acionistas minoritários da controlada, com base na comparação dos dois patrimônios. Esses patrimônios da companhia controladora e da controlada serão avaliados segundo os mesmos critérios e na mesma data. Para as companhias *abertas*, a avaliação patrimonial será feita por empresa especializada, a preços de mercado ou com base em outro critério desde que aceito pela CVM. No caso das companhias *fechadas*, pode-se optar pela contratação de três peritos, não se exigindo seja a avaliação feita por empresa especializada. As mesmas regras são aplicadas quando da incorporação de controladora por controlada; incorporação de ações de companhia controlada ou controladora, fusão de controladora e controlada e incorporação, fusão e incorporação de ações de sociedade sob controle comum.

3) Grupos de sociedades

363. Características e Natureza – *Grupo de sociedades* é o conjunto de sociedades, constantes de uma controladora e outra ou outras controladas que, por uma *convenção* entre si, se obrigam a combinar recursos ou esforços para a realização dos seus objetivos, ou a participação em empreendimentos ou atividades comuns. A sociedade controladora comanda o grupo, exercendo, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades liadas; cada sociedade, entretanto, conservará personalidade e patrimônio próprios.

A sociedade controladora do grupo deve ser brasileira e o grupo terá designação de que constarão a expressão "*grupo de sociedades*" ou simplesmente *grupo.*

As relações entre as sociedades, como se disse, constarão de *convenção*, que especi cará a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades liadas. Os grupos de

sociedades são largamente utilizados por grandes empresas em todo o mundo, e a literatura jurídica sobre os mesmos é muito abundante.

Uma companhia que, por seu objeto, necessite de autorização do governo para funcionar, somente poderá participar de um grupo se a convenção do mesmo receber aprovação da autoridade competente para aprovar alterações do seu estatuto.

364. Constituição e Administração – Constitui-se o grupo, como foi dito, por uma *convenção*, que deverá ser aprovada pelas sociedades integrantes do mesmo. Essa convenção conterá a designação do grupo, indicação da sociedade que o comanda e das liadas, prazo de duração, se houver, e as condições de extinção. Conterá também as condições para a admissão de outras sociedades e para a retirada das que compõem; órgãos e cargos de administração, suas atribuições e as relações entre a estrutura administrativa do grupo e as sociedades que o integram; a declaração da nacionalidade do controle do grupo e condições de alteração da convenção. O grupo é considerado sob o controle brasileiro se a sociedade de comando está sob o controle de pessoas naturais residentes ou domiciliadas no Brasil; de pessoas jurídicas de Direito Público interno ou de sociedade ou sociedades brasileiras que, direta ou indiretamente, estejam sob o controle de pessoas naturais residentes ou domiciliadas no país ou de pessoas jurídicas de Direito Público interno.

A convenção deve ser aprovada pela Assembleia Geral ou pelo órgão que pode aprovar a reforma do contrato social, se for o caso; os sócios ou acionistas que discordarem da mesma poderão retirar-se da sociedade devidamente reembolsados.

O grupo é considerado constituído a partir da data em que forem arquivados no Registro de Comércio da sede da sociedade[52] de comando a convenção, as atas das Assembleias Gerais ou os instrumentos de alteração contratual das sociedades que aprovaram a constituição do grupo; a declaração autêntica do número de ações ou quotas de que a sociedade de comando e as demais sociedades são titulares em cada sociedade liada ou exemplar de acordo de acionistas que assegure o controle de sociedade liada. Estando as sociedades sediadas em locais diferentes, no Registro de Comércio da sede de cada sociedade liada, serão arquivadas as atas das Assembleias Gerais ou alterações contratuais que tiverem aprovado a convenção. Cada sociedade participante do grupo, a partir do arquivamento da convenção de constituição, passará a usar o seu nome social acrescido da designação do grupo.

A administração do grupo deverá ser estruturada na convenção de constituição; pode estabelecer que o grupo terá órgãos de deliberação colegiada e cargos de direção geral. No entanto, a representação de cada sociedade perante terceiros, salvo disposição expressa na convenção, devidamente arquivada no Registro de Comércio e publicada, cabe exclusivamente aos administradores das mesmas, na forma dos seus estatutos ou contratos.

Além das demonstrações nanceiras comuns de cada uma das companhias agrupadas, deve o grupo publicar demonstrações consolidadas, juntamente com as da sociedade de comando.

365. Direitos dos Sócios Minoritários – Os sócios minoritários das sociedades liadas terão ação contra os seus administradores e contra a sociedade de comando do grupo para haver reparação dos prejuízos resultantes de atos contrários à convenção. Essas ações poderão ser promovidas por acionistas que representem cinco por cento ou mais do capital social ou por qualquer acionista, desde que preste caução pelas custas e honorários de advogado devidos no caso de vir a ação ser julgada improcedente.

Para a escolha do Conselho Fiscal das sociedades liadas, os acionistas minoritários votarão em separado, cabendo às ações com direito a voto eleger um membro do Conselho e seu suplente; as ações sem direito a voto ou com voto restrito têm o direito de eleger outro membro do Conselho.

4) Consórcio[53]

366. Noções Gerais – *Consórcio* é o contrato feito pela companhia e outras sociedades com a nalidade de executar determinado empreendimento. Deve esse contrato ser aprovado pelo órgão da sociedade que tiver competência para autorizar a alienação de bens do ativo permanente, e dele constarão a designação do consórcio, se houver, o empreendimento que constituir seu objeto, a duração, endereço e foro, as obrigações e responsabilidades e as prestações especí cas de cada sociedade consorciada. Figurarão ainda as normas sobre o recebimento de receitas e partilha dos resultados e normas relativas à administração, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxas de administração, se houver. Deve, ainda, o contrato estipular a forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada sociedade consorciada e a contribuição, se houver, de cada consorciada para as despesas comuns. Esse contrato, bem como suas alterações, deve ser arquivado no Registro de Comércio do lugar da sede de consórcio, sendo publicada a certidão do arquivamento.

O consórcio não tem personalidade jurídica; as consorciadas respondem apenas pelas obrigações assumidas, sem presunção de solidariedade. A falência de uma consorciada não se estende às demais, permanecendo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que a falida tiver no consórcio serão apurados e pagos na forma do contrato.

A Lei nº 11.795, de 08.10.2008, veio regular o sistema de consórcios no país. Segundo a nova lei, consórcio é a reunião de pessoas naturais e jurídicas em grupo, com prazo de duração e número de cotas previamente determinados, promovida por administradora de consórcio, com a nalidade de propiciar a seus integrantes, de forma isonômica, a aquisição de bens ou serviços, por meio de auto nanciamento.

O grupo de consórcio é uma sociedade não personi cada, que será representado por sua administradora, em caráter irrevogável e irretratável, ativa ou passivamente, em juízo ou fora dele, na defesa dos diretos e interesses coletivamente considerados e para a execução do contrato de participação em um grupo de consórcio, por adesão. O interesse do grupo de consórcio prevalece sobre o interesse individual do consorciado. O grupo de consórcio é autônomo em relação aos demais e possui patrimônio próprio, que não se confunde com o de outro grupo, nem com o da própria administradora.

A normatização, a coordenação, a supervisão, a scalização e o controle das atividades do sistema de consórcios serão realizados pelo Banco Central do Brasil.

Fundo comum são os recursos do grupo destinados à atribuição de crédito aos consorciados contemplados para aquisição do bem ou serviço e à restituição aos consorciados excluídos dos respectivos grupos, bem como para outros pagamentos previstos no contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão. Esse fundo é constituído pelo montante de recursos representados por prestações pagas pelos consorciados para esse m e por valores correspondentes a multas e juros moratórios destinados ao grupo de consórcio, bem como pelos rendimentos provenientes de sua aplicação nanceira.

O novo método para devolução de valores aos consorciados excluídos é uma das inovações principais da lei. O consorciado excluído não contemplado terá direito à restituição da importância paga ao fundo comum do grupo, cujo valor deve ser calculado com base no percentual amortizado do valor do bem ou serviço vigente na data da assembleia de contemplação, acrescido dos rendimentos da aplicação nanceira a que estão sujeitos os recursos dos consorciados enquanto não utilizados pelo participante, na forma do art. 24, § 1º, da lei. Aquele que estiver nessa condição, passa a concorrer ao sorteio como os demais consorciados. Ao ser sorteado, o excluído receberá o reembolso da importância investida a que tem direito.

q) Ações, prescrição e decadência nas sociedades anônimas

367. Ação para Anulação da Constituição da Sociedade Anônima – Prescreverá em um ano a ação para a anulação da constituição de sociedade anônima. O prazo para a prescrição será contado da data da publicação dos atos constitutivos da sociedade. A ação se deve fundar em vícios ou defeitos veri cados no ato de constituição.

Mesmo depois de iniciada a ação, porém, poderá a sociedade, por deliberação da Assembleia Geral, tomar as providências necessárias para que o vício ou o defeito seja sanado (art. 285, parágrafo único). Se tal ocorrer, cará prejudicada a ação da anulação.

368. Prescrição Trienal – Será de três anos o prazo prescricional da ação para haver dividendos, contado o prazo da data em que tenham sido postos à disposição do acionista. Igualmente de três anos será o prazo prescricional da ação de responsabilidade civil contra os fundadores, acionistas, administradores, scais, liquidantes ou sociedades de comando por atos culposos ou dolosos, violadores da lei, do estatuto ou da convenção de grupo. Esse prazo começa a correr, para os fundadores, da data da publicação dos atos constitutivos da sociedade; para os acionistas, administradores, scais e sociedades de comando, da data da publicação da ata que aprovar o balanço referente ao exercício em que a violação tenha ocorrido; para os liquidantes, da data da publicação da ata da primeira Assembleia Geral posterior à violação.

Ainda em três anos prescreve a ação contra os acionistas para a restituição dos dividendos recebidos com a presunção de má-fé, ou seja, quando os dividendos forem distribuídos sem o levantamento do balanço ou em desacordo com os resultados deste. O prazo da prescrição se iniciará da data em que foram declarados os dividendos.

Também de três anos é o prazo de prescrição da ação contra os administradores ou titulares de partes bene ciárias para a restituição das participações no lucro recebidas de má-fé, contado o prazo da data da publicação da ata da Assembleia Geral Ordinária do exercício em que as participações tenham sido pagas. No mesmo prazo corre a prescrição contra o agente duciário dos debenturistas ou titulares de partes bene ciárias para deles haver reparação civil por atos culposos ou dolosos, no caso de violação da lei ou da escritura de emissão, a contar da publicação da ata da Assembleia Geral que tiver tomado conhecimento da violação.

Por m, prescreve em três anos a ação movida pelo acionista contra a companhia, qualquer que seja o seu fundamento, bem como a ação contra o violador do dever de sigilo de que trata o art. 260 da lei, para dele haver reparação civil, a contar da data da publicação da oferta.

Em todos esses casos, quando a ação se originar de fato que deve ser apurado no juízo criminal, não ocorrerá a prescrição antes da respectiva sentença de nitiva, ou da prescrição da ação penal (art. 288).

369. Prescrição Bienal – Vários são os casos em que o prazo prescricional de dois anos é observado para a anulação de atos praticados pela sociedade. Assim, será esse o período de prescrição da ação para anular as deliberações tomadas em Assembleia Geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, bem como das deliberações violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, fraude, dolo ou simulação. Esse prazo começa a correr da data em que for publicada a ata ou a deliberação.

370. Prescrição Anual – Em um ano prescreve a ação de responsabilidade civil contra os peritos e subscritores do capital pela avaliação dos bens que entrarem para a formação do capital social. A responsabilidade dos peritos pela exatidão da avaliação é expressamente estabelecida pela lei ao regular o modo e avaliação dos bens que entraram para a sociedade. O prazo prescricional começa a correr da data da publicação da ata da Assembleia Geral que houver aprovado o laudo de avaliação.

Finalmente, em um ano prescreve a ação dos credores não pagos, contra os acionistas e os liquidantes, por ocasião da liquidação da sociedade. A ação contra os acionistas terá por nalidade exigir dos mesmos, individualmente, o pagamento do crédito até o limite das somas por aqueles recebidas na partilha do remanescente do patrimônio social; a ação contra os liquidantes será por perdas e danos. O prazo da prescrição começa a correr da data da publicação da ata de encerramento da liquidação da sociedade, obrigação que compete ao liquidante, nda a liquidação e aprovadas as suas contas nais.

1A Resolução nº 436, de 20 de julho de 1977, do Banco Central, caracterizou as sociedades *abertas* para os efeitos das Leis nºs 6.385 e 6.404, ambas de 1976. A Resolução nº 457, de 21 de dezembro de 1977, considerou como *sociedades anônimas de capital aberto* todas as sociedades *abertas* (ambas as resoluções foram revogadas pela Resolução nº 2.927, de 21 de janeiro de 2002).

Atualmente, as companhias abertas têm as publicações ordenadas pela Lei nº 6.404/76, regulamentadas pela Instrução CVM nº 207, de 1º de fevereiro de 1994, revogada pela IN 480/2009. A divulgação de informações na aquisição de ações com direito a voto pelas companhias abertas encontra-se disciplinada pela atualmente IN 358/2002, revogando aquela de nº 69, de 08 de setembro de 1987.

2Prof. Jorge Lobo: Note-se, todavia, que as ações nominattvas podem prescindir dos certt cados e as ações escriturais não têm existência material (art. 34, LSA), pressupondo, inclusive,

o cancelamento do tttulo que anteriormente as representava (art. 34, § 1º, LSA). Por isso, a quali cação das ações como tttulos de crédito, embora tenha sido defendida por comercialistas de renome (Carvalho de Mendonça, Valdemar Ferreira, Tullio Ascarelli, Miranda Valverde e, nos dias atuais, Tavares Paes), é hoje bastante contestada, havendo a moderna doutrina societária se posicionado no senttdo de que as ações devem ser de nidas simplesmente como "unidades do capital social" (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 177, e BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 159) ou "frações negociáveis do capital, representattvas dos direitos e obrigações dos acionistas" (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas,* vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 87, e SANT'ANNA, Rubens. *Direito societário: estudos sobre a sociedade por quotas de responsabilidade limitada e sociedade anônima*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988, p. 77).

3Prof. Jorge Lobo: Para que a norma inserta no inciso II, § 1º, do art. 8º da Lei nº 10.303/01 seja compattbilizada com a teoria do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e das situações juridicamente consolidadas, é mister reconhecer que somente as companhias fechadas já existentes quando da edição da referida lei, *que tenham emittdo ações preferenciais em percentual superior a 50%*, poderão manter o percentual existente pelo tempo que permanecerem como companhias fechadas. As demais companhias fechadas, *que não tenham efettvamente emittdo preferenciais, sem direito a voto ou com voto restrito, ou que as tenham emittdo em percentual inferior a 50%*, ainda que o estatuto autorizasse a emissão até 2/3, deverão respeitar o limite de cinquenta por cento, pois, neste caso, há apenas faculdade jurídica e expectattva de direito, que, não obstante a autorização estatutária, não foram implementadas, razão pela qual não há falar, nestas hipóteses, em direito adquirido ou ato jurídico perfeito.

4Prof. Jorge Lobo: Tendo em vista a menção à abertura do *capital social*, parece fora de dúvidas que o art. 8º, § 1º, II, da Lei nº 10.303/01, só se aplicará às companhias fechadas que se tornarem abertas por força do lançamento público de suas ações, e não àquelas que se tornarem abertas por haverem sido autorizadas pela CVM a negociar valores mobiliários no mercado, nos termos dos arts. 19 a 21 da Lei nº 6.385/76 e da Instrução CVM nº 202/93, de forma que (a) a companhia fechada, que se tornar aberta em virtude do lançamento público de *ações*, se ttver preferenciais em número superior a 50%, deverá reduzi-lo a 50%; se não ttver preferenciais ou se as ttver em número inferior a 50%, deverá observar este limite, enquanto (b) a companhia fechada, que se tornar aberta por ter sido autorizada a negociar valores mobiliários no mercado, não será compelida a reduzir o número de preferenciais para o patamar de 50%.

5Prof. Jorge Lobo: As interpretações sistemáttca e teleológica do art. 8º, § 1º, III, da Lei nº 10.303/01, autorizam concluir que o referido dispositttvo só assegura a manutenção da proporção de até 2/3 de ações preferenciais àquelas companhias que hajam emittdo ações preferenciais em número superior a 50%, em estrita observância ao cânone constttucional de preservar íntegras as situações jurídicas de nittvamente constttuídas, não se podendo admittr, por incompattvel com os princípios constttucionais da isonomia e da livre concorrência, a interpretação segundo a qual às companhias abertas que tenham emittdo ações preferenciais em número inferior à metade do total de ações emittdas, ou que não tenham nem mesmo emittdo ações preferenciais, seja assegurado o privilégio de emittr, sempre e inde nidamente (salvo na hipótese do § 2º do art. 8º), 2/3 de ações preferenciais.

6Para maiores informações sobre o assunto, permita-se remeter ao arttgo "Emissões de ações preferenciais sem direito de voto", publicado em LOBO, Jorge (coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas – inovações e questões controverttdas da Lei nº 10.303, de 31.10.2001,* Rio de Janeiro, Forense, 2002.

7A Instrução Normattva nº 11, de 05.12.2013, do Departamento de Registro Empresarial e Integração, dispõe sobre autenttcação de instrumentos de escrituração das empresas mercantts e dos agentes auxiliares do comércio.

8Sobre as ações escriturais, v. trabalho do Professor Jorge Lobo, *Ações Escriturais e sua Negociação no Direito Brasileiro*, Coimbra, 1989.

9A situação em relação ao valor do reembolso, após as alterações trazidas pela Lei nº 9.457/97, é, resumidamente, a seguinte: 1º) o estatuto pode determinar que o valor do reembolso será calculado com base (a) no valor econômico da companhia ou (b) no valor contábil da ação ou (c) em outros critérios (v. g. em que se leve em conta apenas o patrimônio líquido da companhia e o uxo de caixa projetado), ou (d) em dois ou mesmo nos três critérios anteriores, prevalecendo o que for maior; 2º) somente se admittrá valor do reembolso inferior ao valor contábil da ação na hipótese de o estatuto prever que o valor será calculado com base no valor econômico da companhia e 3º) na omissão do estatuto, o valor do reembolso será igual ao valor contábil da ação.

10O Decreto nº 2.232, de 23.05.1997, dispõe sobre a renegociação dos débitos decorrentes da emissão de debêntures.

11A Resolução nº 109, de 1969, foi revogada pela Resolução nº 815, de 07 de abril de 1983.

12A Resolução nº 110, de 1969, foi revogada pela Resolução nº 192, de 1972. Inúmeras Resoluções trataram da matéria, hoje, disciplinada pela Resolução nº 4.444, de 2015.

13Cf. François Goré, *Droit des A aires*, Ed. Montchrestten, Paris, 1973, nº 401, pp. 415 e 416.

14Cf. A. Tunc, *Le Droit Anglais des Sociétés Anonymes*, Paris, Dalloz, 1971, p. 102, nº 4.

15A decisão conjunta BACEN/CVM 07, de 23.09.1999, dispõe sobre as condições de remuneração das debêntures.

16Durante algum tempo, parte da doutrina defendeu a inadmissibilidade da forma escritural paras as debêntures, sob os argumentos de que lhe faltaria uma das característtcas básicas dos tttulos de crédito, qual seja, a cartularidade. Destarte, a debênture escritural consisttria um crédito comum contra a companhia, cuja transferência teria efeito de simples cessão civil. Hoje, porém, esta discussão está superada, em face do Parecer nº 9/91, da Superintendência Jurídica da CVM, que determinou expressamente ser a debênture escritural "valor mobiliário existente e e caz".

17Tais serviços são oferecidos pelo Sistema Nacional de Debêntures – SND e pela central de Custódia e Liquidação Financeira de Títulos – CETIP, administrados pela ANDIMA – Associação Nacional de Instttuições do Mercado Aberto, o cialmente reconhecidos pela IN nº 56/88, da Secretaria da Receita Federal, e da Resolução nº 1.883/91, do Conselho Monetário Nacional.

18Cf. A. Tunc, ob. cit., nº 78; Hubert Lepargneur, *Les Sociétés Commerciales aux États-Unis*, Dalloz, Paris, 1951, pp. 147 e segs. L. C. B. Gower, *The Principles of Modern Company Law,* 3ª ed., Stevens, Londres, 1969, pp. 419/420, manttda na 4ª ed., Londres, 1979.

19A Comissão de Valores Mobiliários baixou, em 23.11.83, a instrução CVM nº 28, na qual enumera reservas sobre o exercício da função do Agente Fiduciário, devendo ser destacado que o inciso II do art. 7º desta instrução foi alterado pela instrução CVM nº 123/90.

20A. Berle Jr. e Gardiner C. Means, *The Modern Corporatton and Private Property*, N. York, 1932, p. 151.

21Cf. Miranda Valverde, ob. cit., vol. I, nº 197.

22Miranda Valverde, ob. cit., vol. I, p. 236.

23Miranda Valverde, ob. cit., vol. I, p. 237.

24Miranda Valverde, ob. cit., vol. I, p. 256.

25Miranda Valverde, ob. cit., vol. e p. cits.

26Cf. Antônio Pedro, *La Anónima Actual y la Sindicación de Acciones,* Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pp. 191 e segs. No mesmo senttdo, Jesus Rubio, *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, 3ª ed., Ed. de Derecho Financiero, Madrid, 1974, nº 174. No Direito brasileiro, Modesto Carvalhosa, *O Acordo de Acionistas*, Saraiva, 1984; Celso de Albuquerque Barreto, *Acordo de Acionistas*, Forense, 1982.

27Prof. Jorge Lobo: Observe-se, por oportuno, que, na ausência do presidente do órgão de administração, o membro do conselho de administração ou da diretoria que presidir a reunião exercerá os poderes conferidos no § 8º.

28Prof. Jorge Lobo: Questão que merece profunda re exão é aquela em que a abstenção é mottvada. A princípio, parece-nos que a abstenção de que trata este arttgo é apenas aquela imottvada, indevida, não se podendo admittr, tendo em vista o disposto no § 2º do art. 118, que determinado acionista possa votar com as ações de outro, que se absteve de parttcipar de alguma deliberação em razão de impedimento legal, ainda que as matérias envolvidas na deliberação possam, eventualmente, estar englobadas em acordo de acionistas do qual ambos façam parte.

29Prof. Jorge Lobo: Nos parágrafos 8º e 9º do art. 118, acrescentados pela Lei nº 10.303/01, há a expressa menção aos *órgãos colegiados de deliberação* e aos *órgãos da administração*, respecttvamente, deixando entrever a intenção do legislador de permittr que o acordo de acionista vincule não apenas os votos dos acionistas, como, também, dos conselheiros e diretores por estes eleitos, de forma que, embora a segunda parte do § 9º mencione apenas os *conselheiros*, deve-se entender que a norma ali inserta se aplica também aos *diretores*, sendo esta a única interpretação compattvel com a reforma levada a efeito pelo legislador.

30É cediço, parttndo da disttnção entre suspensão e interrupção, que, após o término da interrupção prevista no art. 124, § 5º, II, o prazo recomeça a correr do seu início, de forma que, uma vez decidida a interrupção, ainda que a CVM entenda não haver qualquer irregularidade a macular as matérias que serão postas à deliberação, a assembleia não mais poderá se realizar na data inicialmente marcada, devendo haver nova convocação, com nova publicação de editais, respeitada a antecedência mínima de 15 ou máxima de 30 dias, conforme tenha a CVM acolhido requerimento de algum dos acionistas, na forma do novo art. 124, § 5º, I, da Lei das S.A.

31Embora o inciso II do § 5º do art. 124 pareça estabelecer que a CVM deva informar apenas à *companhia* as razões pela qual entende serem contrárias à lei ou a normas regulamentares as deliberações constantes da ordem do dia, por certo, tal obrigação deve estender-se aos acionistas que, na forma do disposto no *caput* do referido parágrafo, lhe tenham solicitado a análise, não havendo coerência em não se permittr que o acionista que solicitou a intervenção da CVM tenha acesso às conclusões do órgão sobre a questão por ele suscitada, sendo esta uma medida que, por certo, irá trazer maior segurança aos investtdores, ajudando a fomentar o combalido mercado de capitais nacional.

32A Instrução Normattva nº 251, de 14.06.1996, da Comissão de Valores Mobiliários, alterada pela Instrução CVM nº 335/2000, atual Instttuição CVM nº 545, de 29 de janeiro de 2014, constttui hipótese de infração de natureza objettva, sujeita à aplicação de rito sumário em processo administrattvo, a não publicação, pelos administradores de companhias abertas, dos anúncios e demonstrações nanceiras anuais, dentro dos prazos previstos no art. 133 da Lei das Sociedades Anônimas.

33Prof. Jorge Lobo: Questão que certamente merecerá atenção de juízes, advogados e juristas será a validade dos atos prattcados por administradores de cujos termos de posse não conste ao menos um endereço domiciliar. Sendo *nula* a posse (art. 149, § 2º), os atos teriam sido prattcados por pessoa que, não tendo sequer ingressado na administração da companhia, não poderia fazê-lo. Tal entendimento, entretanto, é demasiado rigoroso, podendo trazer graves prejuízos à companhia e a terceiros de boa-fé que com ela hajam contratado, cabendo, portanto, à doutrina e à jurisprudência, em laboriosa construção interpretattva, de nir as hipóteses em que os referidos atos, na medida em que já tenham ou estejam a produzir efeitos, devam ser reputados válidos e e cazes e aquelas em que a invalidade dos atos ou deliberações em que o referido administrador tenha parttcipação efettva deva ser reconhecida, retornando-se ao *status quo ante*, ou, caso isso seja impossível, indenizando-se os que tenham sido prejudicados, acionistas ou não.

34Prof. Jorge Lobo: Embora seja louvável a intenção do legislador de simpli car os procedimentos administrattvos e judiciais, procurando solucionar o impasse – assaz comum, infelizmente – que se criava com o "desaparecimento" do indiciado, o qual acabava por inviabilizar muitas das ações intentadas contra os administradores, o § 2º do art. 149 da Lei das Sociedades Anônimas, na redação que lhe foi conferida pela Lei nº 10.303/01, é de constttucionalidade duvidosa, haja vista os princípios da ampla defesa e do contraditório, consagrados no art. 5º, LV, da Consttuição Federal de 1988.

35A Instrução CVM nº 358, de 03 de janeiro de 2002, dispõe sobre a divulgação de fato relevante e sobre o uso de informação privilegiada.

36Prof. Jorge Lobo: O escopo pretendido pelo legislador ao criar esta obrigação para controladores e administradores – conferir maior con ança e credibilidade ao mercado de capitais – por certo somente será alcançado se a expressão "posição acionária" (art. 116-A, acrescentado pela Lei nº 10.303/01) for interpretada de maneira extensiva, de forma a alcançar todos os valores mobiliários emittdos

pela companhia, pois é evidente que a informação sobre as negociações destes tttulos pode adquirir, conforme o caso, tanta ou mais importância que a informação sobre a negociação de ações.

37Cf. Jean Chamboulive, *La Directton des Sociétés par Acttons aux États-Unis d'Amérique*, Sirey, Paris, 1964, nº 56.

38Prof. Jorge Lobo: Deve-se ressaltar que o disposto no art. 141, § 3º, somente se aplica *aos conselheiros que tenham sido eleitos através de votação na qual se tenha uttlizado o processo do voto múlttplo*, não attngindo os conselheiros eleitos em separado, nem o representante dos empregados.

39Prof. Jorge Lobo: Tendo em vista a expressa menção, no § 6º, ao "direito previsto no § 4º", impõe-se concluir que a comprovação da parttcipação acionária, nos percentuais indicados na lei, somente será exigida para a eleição, em separado, de um representante dos minoritários e outro dos preferencialistas, sendo dispensada, entretanto, na hipótese destes, não tendo attngido os referidos percentuais, optarem por eleger, em conjunto, um conselheiro e seu respecttvo suplente, como lhes faculta o § 5º.

40Prof. Jorge Lobo: A Lei nº 10.303/01 criou norma expressa para salvaguardar o poder de controle "sempre que, cumulattvamente, a eleição do conselheiro se der pelo sistema do voto múlttplo e os tttulares de ações ordinárias e preferenciais *exercerem a prerrogattva de eleger conselheiro*" (art. 141, § 7º). Além das hipóteses previstas nos novos §§ 4º e 5º do art. 141 a Lei das S.A., prevê outras em que os ordinaristas e preferencialistas terão esta *prerrogattva*, quais sejam: nas companhias fechadas, a possibilidade de serem criadas classes de ações ordinárias às quais seja assegurado o direito de, mediante voto em separado, preencherem determinados cargos da administração (art. 16, III, com redação dada pela Lei nº 9.457/97), dentre os quais, por certo, o cargo de conselheiro; e, em companhias abertas ou fechadas, a possibilidade de serem emittdas ações preferenciais às quais seja assegurado o direito de eleger, também em votação em separado, um ou mais membros do Conselho de Administração. Resta aprofundar o exame sobre a possibilidade de a regra estabelecida no citado § 7º incidir também nestas hipóteses.

41Prof. Jorge Lobo: A toda evidência, a uttlização do regime do voto múlttplo não exclui a hipótese de se proceder à eleição, em separado. Com efeito, alguns minoritários, veri cando suas poucas chances de êxito no processo do voto múlttplo, poderão resolver parttcipar apenas da votação restrita, enquanto outros, ao contrário, caso a quanttdade de ações que possuam lhes permita, poderão parttcipar de ambos os pleitos, dividindo o seu lote de ações. Neste caso, somente poderão requerer o voto múlttplo com a quanttdade de ações que exceder os 15% necessários à eleição direta de seu representante.

42Prof. Jorge Lobo: Embora não haja nenhuma menção na lei acerca do prazo que terão os controladores para disponibilizar a lista tríplice, é certo que a mesma, juntamente com o currículo dos indicados, deverá estar à disposição dos acionistas com a antecedência necessária, a qual sugere-se seja a mesma exigida para a primeira convocação da assembleia, observada, inclusive, a hipótese do art. 124, § 5º, I, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 10.303/01.

43Prof. Jorge Lobo: Não obstante a menção à "prerrogattva a que se refere o § 4º", é certo que a obrigação da companhia de manter registro para identt cação dos acionistas que hajam eleito conselheiros deve incluir, também, a hipótese em que o conselheiro tenha sido eleito, conjuntamente, por minoritários com e sem direito de voto, na forma prevista no art. 141, § 5º.

44Prof. Jorge Lobo: Como ressaltado na nota 34, *supra*, a inteligência da expressão "posição acionária" deve ser ampliada para englobar também valores mobiliários outros que não ações. Assim, se ttver ocorrido modi cação na quanttdade ou qualidade de debêntures, bônus de subscrição ou outros valores mobiliários emittdos pela companhia que sejam de tttularidade de algum membro do Conselho Fiscal, a mesma deve ser imediatamente comunicada à CVM e à Bolsa de Valores ou enttdade do mercado de balcão organizado em que estejam admittdos à negociação os valores mobiliários emittdos pela companhia.

45Em longo "Parecer de Orientação", de nº 2, de 15 de fevereiro de 1979, do Superintendente Jurídico de Comissão de Valores Mobiliários (*DOU* II, de 22 de fevereiro de 1979), foram traçadas normas sobre a correção anual do valor nominal das ações de companhias abertas, que deve ser feita mediante carimbo, elevando o valor nominal das ações ou com a emissão de novos certt cados com o valor corrigido, não sendo admittda, assim, a distribuição, nesse caso, de ações boni cadas, vulgarmente conhecidas como " lhotes".

46Instrução CVM nº 480, de 07.12.2009, dispõe sobre publicações adicionais àquelas determinadas pela Lei nº 6.404/76.

47Trajano de Miranda Valverde, ob. cit., vol. III, p. 780.

48Trajano de Miranda Valverde, ob., vol. e p. cits.

49Pela Circular nº 1.456, de 9 de março de 1989, o Banco Central baixou normas suplementares sobre as incorporações e fusões, havendo, entretanto, esta Circular sido revogada pela Circular nº 1.568/90, a qual foi revogada pela Circular nº 3.017, de 6 de dezembro de 2000.

50Em longo parecer, nº L-154, de 21 de julho de 1977, o Consultor-Geral da República estudou detalhadamente a parttcipação das sociedades de economia mista em outras sociedades.

51A matéria estava disciplinada na Res. 401 do CMN, tendo sido revogada, em razão do processo de desburocrattzação em face da Res. 2.927/2002.

52O Departamento Nacional do Registro de Comércio disciplinou, pela Portaria nº 1/81, de 19 de agosto de 1981, o registro de Grupos de Sociedades nos Registros de Empresas, havendo, posteriormente, editado a Instrução Normattva DREI nº 19, de 05.12.2013, que dispõe sobre os atos de constttuição, alteração e exttnção de grupos de sociedades.

53A Circular nº 3.342, de 03.02.2009, editada pelo Banco Central (*DOU*, de 04.07.1997, pp. 14.110-14.112), dispõe sobre a constttuição e o funcionamento de grupos de consórcio.

XXVII
SOCIEDADES EM COMANDITA POR AÇÕES

371. Conceito – Disciplinada no atual Código Civil, do artigo 1.090 até o 1.092, e ainda na lei do anonimato, a sociedade em comandita por ações pode ser de nida como aquela na qual o capital é dividido em ações, respondendo os acionistas apenas pelo valor delas subscritas ou adquiridas, mas tendo os administradores (diretores ou gerentes) responsabilidade subsidiária, ilimitada e solidária, em razão das obrigações sociais.

A teor da previsão legal (art. 1.090) as sociedades em comandita por ações podem tanto ter rma ou denominação, somente cabe ao acionista administrar e, como diretor, sua responsabilidade é subsidiária e ilimitada frente às obrigações da sociedade.

Referidos acionistas são nomeados estatutariamente, sem limitação de tempo e com poderes inerentes à organização diretiva da empresa.

Na realidade, regem as sociedades em comandita por ações o Código Civil, a lei das sociedades anônimas e eventualmente o Código Comercial, naquilo que se harmonizar com sua própria disciplina.

Vale ponderar que o diretor destituído ou exonerado de suas funções, mesmo assim, continua, durante dois anos, a responder pelas obrigações sociais fruto de sua administração, no que revela o artigo 1.091, § 3º, do Código Civil.

372. Sistema Legal – As sociedades em comandita por ações não possuem estatuto próprio, são reguladas pelas normas do Código Civil, aquelas previstas na Lei das Sociedades Anônimas, e eventualmente por força do Código Comercial, eis que revelam especi cidade e mantém traço peculiar na respectiva formatação. Destarte, observadas as disposições especiais, em tudo o mais devem ser aplicadas as normas das sociedades anônimas.

A lei, nesse particular, restringe as regras gerais para, com tal medida, caracterizar as comanditas por ações. Cumpre observar que o uso dessas sociedades não é muito comum. Na verdade, as comanditas por ações são sociedades em franca decadência, tendo o Código Comercial japonês, revisto em 1951, suprimido as mesmas. Ripert, abordando o tema, esclarece no prefácio que escreveu para a tradução francesa do Código Comercial japonês: "A sociedade em comandita por ações desapareceu. Se ela é mantida na França, não é, sem dúvida, senão pela força da tradição, e não creio que se criem muitas novas".[54] A nosso ver, pelo uso mínimo do tipo societário, as comanditas por ações, no Brasil, deveriam ser abolidas.

373. Histórico – As sociedades em comandita por ações foram criadas pelo Código de Comércio francês, que permitiu (art. 38) que as sociedades em comandita dividissem também o seu capital em ações, sem que outra derrogação fosse feita às regras estabelecidas para essas sociedades. Os sócios comanditários, assim, cariam com a prerrogativa de responder apenas pelas partes referentes às suas ações, enquanto que os comanditados continuavam a responder ilimitadamente pelas obrigações sociais.

O Código Comercial brasileiro não admitiu as sociedades em comandita por ações, mas, na prática, algumas delas foram constituídas. O Dec. nº 1.487, de 13 de dezembro de 1854, proibiu, porém, esse uso, tido como irregular pelas seções reunidas da Justiça, Império e Fazenda do Conselho de Estado, que, atendendo a uma consulta que o Governo lhe fez, considerou ilegal tal prática, "à vista da letra e do espírito do Código Comercial".[55]

Foi a Lei nº 3.150, de 4 de novembro de 1882, que instituiu entre nós as sociedades em comandita por ações, estabelecendo o seu art. 35 que "é permitido às sociedades em comandita (Código do Comércio, arts. 311 a 314) dividirem em *ações o capital com que entram os sócios comanditários*". Note-se que essa lei, ao contrário do que aconteceu com o Código Comercial francês, não permitiu que o capital das sociedades fosse integralmente dividido em ações, mas apenas o *capital dos sócios comanditários*. Isso signi ca que, de acordo com os dispositivos da Lei nº

3.150, de 4 de novembro de 1882, o capital das sociedades em comandita por ações seria dividido em partes iguais, em referência às importâncias com que contribuíam os sócios comanditários, e em partes desiguais, em relação à participação dos sócios comanditados.[56] O Dec. nº 434, de 4 de julho de 1891, que consolidou as disposições legislativas e regulamentares sobre as sociedades anônimas, manteve a mesma orientação, esclarecendo melhor o assunto, ao declarar, no art. 215, que "é permitido às sociedades em comandita por ações (Código Comercial, arts. 311 a 314) dividir em ações o capital com que entram os sócios comanditários. *Não pode ser dividido em ações o capital com que entram os sócios somente solidários responsáveis*. Todavia, não lhes é proibido, com os seus recursos individuais, adquirir ações". O Dec.-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, mudou, porém, de orientação, admitindo que todo o capital da sociedade fosse dividido em ações, sendo a responsabilidade subsidiária dos sócios decorrente, não do fato de não ser o seu capital dividido em ações, mas da posição que os mesmos ocupavam na sociedade, ou seja, a de gerentes ou diretores; a mesma orientação foi mantida pela lei atual. Em tais condições, *todos os sócios das sociedades em comandita por ações são acionistas*; não há mais, nestas sociedades, sócios comanditados nem sócios comanditários. Apenas a lei determina que os acionistas que ocuparem os cargos de diretores ou de gerentes terão responsabilidade subsidiária e ilimitada, pelas obrigações sociais. Será uma responsabilidade decorrente da função e não da qualidade especial de sócio, pois que todos, gerentes ou não, são acionistas e assim respondem, de forma principal, pela integralização das suas ações. A responsabilidade dos gerentes é subsidiária ou secundária.

Com o advento do novo Código Civil, o legislador cuidou de fazer referência à comandita por ações, mas mantendo a sua longa tradição e o regime subordinado às sociedades anônimas, con ando balizamento ao seu conceito nos artigos 1.090 a 1.092 do mencionado diploma normativo.

Na hipótese de existirem vários diretores, todos eles respondem solidariamente, uma vez exauridos os bens sociais, a signi car uma ilimitação entre todos e um vetor de segurança no trato com terceiros.

Depende dos diretores os poderes da Assembleia Geral, visando mudar o objeto, prorrogar o prazo de duração, aumentar ou diminuir o capital, criar debêntures ou partes sociais.

A vinculação se explica, na situação de responderem os diretores de forma subsidiária e ilimitada pelas obrigações da sociedade, ensejando participação direta nas reuniões e o consentimento para efeito deliberação.

374. Características e Natureza – As sociedades em comandita por ações se caracterizam por possuírem sócios de responsabilidade limitada e sócios que, em virtude da função que ocupam, assumem responsabilidade ilimitada e solidária pelas obrigações sociais. Poderão essas sociedades usar rma ou denominação, mas, no primeiro caso, da rma só constarão os nomes dos acionistas que ocuparem as funções de gerentes ou diretores. Em qualquer situação, junto à rma ou denominação serão acrescidas as palavras *comandita por ações*, sendo esse o elemento externo caracterizador do tipo da sociedade.

A sociedade em comandita por ações não tem natureza contratual e sim *institucional*. Nessas condições, a entrada ou retirada de um dos acionistas não afeta a pessoa jurídica, podendo, igualmente, os menores e incapazes a ela se associarem. Contudo, não poderão os menores ou incapazes ocupar as funções de gerentes ou diretores, porque nesses casos assumem responsabilidade solidária e ilimitada pelas obrigações sociais.

De nitivamente, a expressão comandita por ações é aquela que caracteriza e marca de forma indelével, a circunstância da sociedade no cenário do seu registro e em relação a terceiros.

375. Capital e Ações – O capital das sociedades em comandita por ações será dividido em ações, dando cada ação direito a um voto nas deliberações sociais. Os acionistas respondem apenas pela integralização dessas ações, não havendo responsabilidade subsidiária pelas obrigações da sociedade. Apenas os que forem gerentes ou diretores respondem, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações da sociedade, mas essa responsabilidade é subsidiária. Assim, em primeiro lugar, devem esses acionistas cumprir a obrigação principal de integralizar as suas ações. Só depois de

esgotado o patrimônio social no cumprimento das obrigações assumidas pela sociedade é que os gerentes ou diretores serão compelidos a responder pelos compromissos sociais.

A peculiaridade que torna diferenciada a comandita, na sua relação com a incidência de responsabilidade, toca de perto no fator do exaurimento dos bens sociais, em seguida se alcançam aqueles dos diretores, com o lapso de um biênio previsto na legislação.

376. Partes Bene ciárias e Debêntures – A sociedade em comandita por ações poderá, também, possuir partes bene ciárias e debêntures. Contudo, a criação desses títulos só poderá ser deliberada pela Assembleia Geral com o consentimento dos diretores ou gerentes (art. 283).

Ambos representam valores mobiliários sujeitos à livre negociação no mercado, tanto a circunstância da participação no resultado como aquela outra de aporte de capital para a companhia.

Normalmente, as empresas necessitando de capital de giro e na fuga do caminho natural dos elevados juros bancários preferem e por assim dizer optam pela via das debêntures, e percorrem um pressuposto que lhes favorece.

Bem por tudo isso, as regras gerais das sociedades anônimas se aplicam, em grande número, e larga escala, às comanditas por ações, estabelecendo-se um núcleo e a própria simbiose entre os modelos societários.

377. Conselho de Administração, Autorização Estatutária para Aumento de Capital e Bônus de Subscrição – Conforme a Lei de Sociedades Anônimas, se proíbe à comandita por ações ter Conselho de Administração. E, no mesmo pensar, não pode o estatuto conter autorização para aumento do capital (sociedade de capital autorizado) nem, igualmente, a sociedade emitir bônus de subscrição. Sobreditos institutos são peculiares às sociedades anônimas, não se aplicando às comanditas por ações em virtude da responsabilidade subsidiária que assumem os diretores da instituição.

Efetivamente, são marcantes os traços distintivos entre as sociedades (anônima e comandita por ações) fazendo com que haja uma sinergia própria dos negócios e a predisposição no tocante à responsabilidade do órgão administrativo.

378. Constituição e Livros Obrigatórios – A constituição das sociedades em comandita por ações se fará da mesma maneira por que são constituídas as sociedades anônimas. Os mesmos atos serão praticados, obedecendo-se, nesse tocante, ao que dispõe a Lei das Sociedades Anônimas a respeito da constituição das companhias.

Também a sociedade possuirá os mesmos livros obrigatórios das sociedades anônimas, revestidos das formalidades legais. A parte especial da lei das anônimas, que regula as sociedades em comandita por ações, nada alterou a esse respeito, sendo, assim de obedecer-se às regras gerais da lei.

De tudo falado e por aquilo mencionado, na constituição e também frente aos livros obrigatórios, ambas admitem as mesmas características, sem qualquer alteração, para preservação do que fora de nido pela lei do anonimato.

379. Nome Social – As sociedades em comandita por ações têm a faculdade de fazer o uso de uma rma ou denominação, em qualquer circunstância, sempre acrescida das palavras comandita por ações. Na utilização de rma irão gurar os nomes dos diretores, sob pena de responderem os acionistas, que tiveram os seus nomes na mesma, de forma ilimitada e solidária, equiparando-se, consequentemente, aos diretores.

A disposição tem disciplina no Código Civil, artigos 1.155 e seguintes, cuidando do nome empresarial, sem prejudicar a integração e interpretação com a disposição da lei das sociedades anônimas.

Importante destacar na comandita por ações o papel dos administradores, a identi cação, sendo nomeados pelo estatuto, e ainda a percepção do conhecimento da responsabilidade em atenção aos que realizam operações com a empresa.

380. Poderes Sociais

a) Assembleia Geral

Não se pode dizer que a Assembleia Geral, nessas sociedades, seja o mais alto poder social, como acontece com as sociedades anônimas, pois, em vários casos, não pode ela deliberar, a não ser com o consentimento dos diretores ou gerentes. Assim, desejando a sociedade mudar o seu objeto social, prorrogar o prazo de duração, aumentar ou diminuir o capital, criar debêntures ou partes bene ciárias ou aprovar a participação em grupo de sociedades, requer a lei o consentimento dos gerentes, sem o que tais deliberações não terão efeito. Compreende-se esse fato porque qualquer um dos atos enumerados poderá acarretar maiores responsabilidades para os diretores ou gerentes, em face da responsabilidade subsidiária que os mesmos assumem. Nos demais casos, entretanto, a assembleia se instala e funciona nos moldes da instalação e funcionamento das sociedades anônimas.

b) Diretores

Cabe apenas aos acionistas a possibilidade de escolha para administrar a sociedade (art. 1.091 do CC), contrariamente do que acontece nas demais sociedades e na própria anônima, nas quais aos estranhos é facultado por delegado o poder diretivo. Decorre a imposição da lei pelo fato de assumirem os que ocupam as funções de direção responsabilidade de natureza subsidiária diante das obrigações sociais. Os diretores nomeados na dicção do estatuto da sociedade, e a respectiva exoneração ou destituição, se fará por *quorum* quali cado, de acionistas que representem dois terços, no mínimo, do capital social. A nomeação dos diretores se faz sem limitação de tempo, de modo indeterminado (art. 1.091, § 3º, do Código Civil), mas isso não impede, obedecido ao *quorum*, se consubstancie demissão ou exoneração.

No diapasão delimitado o exonerado ou destituído, por dois anos, afetos à sua administração, responde pelos atos praticados, como expressamente disciplina o artigo 1.091, § 3º, do Código Civil, ao se referir às situações contraídas durante sua gestão.

c) Conselho Fiscal

De forma idêntica às sociedades anônimas, as comanditas por ações terão um Conselho Fiscal, com poderes especí cos e regras de funcionamento, objetivando amparar e respaldar as decisões tomadas no aspecto de direção da empresa.

381. Princípios Comuns às Sociedades Anônimas e às Sociedades em Comandita por Ações – Nas demais matérias – exercício social, liquidação, livros etc. – os aspectos que formam os princípios da Lei das Sociedades Anônimas são comuns às em comandita por ações. Estas, como assinalamos, só têm a caracteri-zá-las, diferenciando-as dos demais tipos societários, aquelas regras inseridas nos dispositivos especiais da Lei das Sociedades por Ações (arts. 280 a 284). Insta considerar o Código Civil, nos artigos 1.090 a 1.092 que de forma concisa deu uma visão geral sobre o tipo societário.

54Georges Ripert, Prof. Ao *Code de Commerce du Japon, revisé, 1951*, tr. e notas de Sôzo Komachiya, Paris, 1954, p. 7. A Nova Lei das Sociedades francesa, de 1966, manteve, contudo, as sociedades em comandita por ações (arts. 251 a 262).

55Trajano de Miranda Valverde, ob. cit., vol. III, nº 854.

56É o que ocorre na nova “lei argenttna das sociedades comerciais” (Lei nº 19.550, de 3 de abril de 1972, art. 315).

Capítulo Nono

FUNDO DE COMÉRCIO

XXVIII
INSTRUMENTO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

382. Noção de Fundo de Comércio – O empresário, pessoa física ou jurídica, no desempenho de sua função econômica visando circulação de bens, faz uso de elementos corpóreos e incorpóreos para o exercício de sua atividade. Referidos elementos têm por escopo facilitar o exercício pro ssional empresarial com o to de atrair fregueses para quem a exerce. Diversas atividades empresariais exigem uma variação bem considerável dos meios utilizados pelos empresários. Em todas elas, no entanto, existe uma nalidade comum, qual seja: os elementos empregados pelos empresários para exercerem com sucesso as suas atividades priorizam atração de freguesia.

A tais elementos dá-se o nome de fundo de comércio (do francês *fonds de commerce*) ou azienda (Direito italiano). Sendo corpóreos ou incorpóreos, todos eles são utilizados pelos empresários com aquela destinação; um tratadista já de niu o fundo de comércio como sendo "o direito a uma clientela".[1] Na realidade, se o empresário vive de especulação, como intermediário entre produtor e o consumidor, suas atenções principais se voltam para esse último, que lhe vai propiciar lucros nas suas operações. De fato, o empresário faz uso de diversos meios, dando ao seu negócio uma organização que possibilita a consecução de operações vantajosas. É ao conjunto dos meios utilizados para esse m aos elementos de que dispõe para exercer as suas atividades, que se denomina fundo de comércio, ou ainda fundo de empresa.

383. A Designação "Fundo de Comércio" – A noção de fundo de comércio é inerente à propriedade incorpórea do comerciante; capaz de ser objeto de alienação, surge pela primeira vez em França, na lei scal de 28 de fevereiro de 1872. Na Itália, a expressão usada é *azienda*, na Espanha, *hacienda*, e na Inglaterra, *goodwil*. Na Alemanha, as expressões equivalentes são *Geschaft* ou *Handelsgeschaft*.[2]

No Brasil, pois, tem sido usada para signi car o fundo de comércio, a expressão estabelecimento comercial. Assim cuidam do assunto Carvalho de Mendonça,[3] que dá como sinônimo de estabelecimento comercial a expressão *negócio comercial*, empregada no Regulamento nº 738, de 25 de novembro de 1850, arts. 15 e 157, e pela Lei nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908, arts. 2º, nº 7, 78 e 157; Júlio Pires Ferreira[4] e Waldemar Ferreira.[5] Empregamos, contudo, a designação *fundo de comércio* pela generalização que vem tendo em todo o mundo e porque o Dec. nº 24.150, de 20 de abril de 1934, que regula as condições e processo de renovação dos contratos de locação de imóveis destinados a ns comerciais e industriais – um dos elementos mais destacados do fundo do comércio, ou seja, a *propriedade comercial* – a ela fez referência especial, destacando que "o valor incorpóreo do fundo de comércio se integra em parte no valor do imóvel". Tem, contudo a expressão por nós usada o mesmo signi cado de *estabelecimento comercial*, preferida pelos autores citados.

Um outro motivo pelo qual preferimos a designação fundo de comércio é o fato de estabelecimento comercial poder confundir-se, como via de regra ocorre na prática, com a casa comercial. Podendo ser a casa comercial não apenas o prédio em que o empresário se localiza como, igualmente, a empresa comercial, a confusão se faz de modo fácil, sendo muitas vezes difícil se cogitar quando é empregada num ou noutro sentido. Em razão de tudo isso, se faz mais apropriado o emprego da expressão fundo de comércio em vez de estabelecimento comercial.

O Código Civil atual considera estabelecimento o conjunto de bens organizado para o exercício da empresa, por empresário ou sociedade empresária, a teor do artigo 1.142.

Destarte, com esmero e detalhe, o legislador disciplinou com realce a gura do estabelecimento comercial, seu usufruto o arrendamento, forma de concorrência, e a responsabilidade, englobando a norma do artigo 1.142 ao 1.149 do citado diploma legal.

384. Composição do Fundo de Comércio – Integram o fundo de comércio elementos incorpóreos e corpóreos, utilizados pelos comerciantes nas suas atividades. Cada um desses elementos possui valor próprio, que se re ete no patrimônio do comerciante. Servem eles à exploração comercial e podem alguns deixar de existir em determinados ramos de negócio. Contudo, cada comerciante possui um fundo de comércio, ou seja, o meio utilizado para exercer as suas atividades, adquirindo esse meio um valor patrimonial.

Não se pode, desse modo, dizer qual o elemento preponderante de quantos formam o fundo de comércio. Para o comerciante de varejo pode ser o local em que está instalado, pela sua situação privilegiada no centro da cidade; autores existem que dão a esse elemento do fundo de comércio, o *ponto comercial*, a primazia entre os demais, mas esse critério é passível de crítica, pois comerciantes existem para os quais o local do negócio não tem importância, como, por exemplo, os atacadistas, que realizam as suas vendas por correspondência, ou por intermédio de representantes, valendo, nesse caso, como elemento preponderante de suas atividades, a boa qualidade das mercadorias, ou o preço vantajoso das mesmas, ou, ainda, as condições de pagamento por eles oferecidas. Para outros, o elemento mais destacado do fundo de comércio é a exclusividade de determinados produtos, como os que possuem patentes de invenção, ou o direito ao uso exclusivo de marcas de mercadorias. Há, ainda, autores que julgam ser o elemento primacial do fundo de comércio a clientela ou freguesia, mas a verdade é que a clientela não é elemento do fundo de comércio, mas sim o *direito a uma clientela*, direito que se obtém pela maneira especial de atendê-la, fazendo com que a mesma dê preferência ao comerciante; não se trata, desse modo, da clientela em si, pois essa, na realidade, não pertence ao comerciante, estando a ela ligada apenas pela maneira satisfatória com que foi atendida em suas necessidades.

Compõe-se, portanto, o fundo de comércio de elementos diversos, sem existir um deles que possa ser genericamente considerado preponderante, já que a importância desses elementos varia segundo o ramo de negócio explorado.

Na conjuntura atual muito se assemelha a expressão com a razão de ser do estabelecimento comercial, porém é fundamental dizer que o enraizamento de tudo se vincula à própria atividade do empresário ou da sociedade, na consecução dos objetivos consubstanciados na dimensão do negócio.

385. Valor Patrimonial – No entanto, esse conjunto de fatores possui um valor patrimonial que é incorporado pelo comerciante e que pode ser realizado em dinheiro. Incomum não é o caso de ser vendido um *ponto comercial*, ou seja, o direito de utilização de um prédio locado e que assume alto valor unicamente pela sua situação. O mesmo se pode dizer de outros elementos do fundo de comércio, que muitas vezes representam para o comerciante valor mais alto que as próprias mercadorias do seu negócio.

386. Natureza Jurídica – Diversas teorias debatem, para efeito de caracterizar a natureza jurídica, a concepção do fundo de comércio. Umas o consideram uma pessoa jurídica, com vida própria, autônoma da do comerciante; outras, como um patrimônio de afetação, diverso do patrimônio do comerciante; outras, ainda, como uma universalidade de direito. Mas a verdade é que o fundo de comércio é uma *universalidade de fato*, ou seja, um conjunto de coisas distintas, com individualidade própria, que se transformam num todo pela vontade do comerciante. Não tem, porém, o fundo de comércio uma existência própria, diversa das atividades pro ssionais do comerciante. São coisas corpóreas e incorpóreas de que o comerciante se utiliza, para o exercício de suas atividades, e que adquirem um

valor patrimonial, mas que não podem ser sujeitos de direito ou assumir obrigações. A sua unidade se deve ao fato de procurar o comerciante atender com interesse à freguesia, para isso utilizando os meios que lhe parecem mais convenientes. Cada um desses elementos, contudo, possui sua autonomia, não estando ligados entre si, a não ser pela vontade própria do empresário.

387. Elementos do Fundo de Comércio – Forma-se o fundo de comércio de elementos *incorpóreos e corpóreos*, todos eles servindo ao exercício do comércio pelo comerciante. Como elementos *incorpóreos* destacam-se: *a) a propriedade comercial*, ou seja, o direito ao local em que está sediado o estabelecimento; *b) o nome comercial*, composto de rma ou denominação; *c) os acessórios do nome comercial*, ou seja, o *título do estabelecimento* e as expressões ou *sinais de propaganda; d) a propriedade industrial*, isto é, *os privilégios de invenção*, bem como os privilégios dos *modelos de utilidade e dos desenhos e modelos industriais*, os direitos de uso de *marcas de indústria de comércio* ou de *serviços* e das *indicações de proveniência*; *e) a propriedade imaterial*, ou seja, *o aviamento*, que pode consistir na reputação e crédito do comerciante ou na boa qualidade e variedade de seus produtos etc. Como elementos *corpóreos* temos os bens móveis, sejam os utilizados pelo comerciante para aparelhar o seu estabelecimento, tais como as vitrinas, armações, prateleiras, mobiliário, balcões etc., sejam as mercadorias e produtos que servem ao seu negócio. Integram, também, o fundo de comércio, como elementos *corpóreos*, os bens imóveis pertencentes à empresa comercial.

Segundo se depreende do exposto, compõe o fundo de comércio um conjunto de coisas perfeitamente individualizadas e autônomas, que se congregam, pela vontade do comerciante, a m de possibilitá-lo a exercer o seu comércio, servindo de instrumentos de suas atividades. Dessas coisas, algumas naturalmente se destacam, servindo a cada comerciante em particular de elemento preponderante do seu negócio. Como um bem incorpóreo, uma universalidade de fato, esse fundo de comércio pode ser alienado pelo comerciante, no todo ou em parte.

A bem da verdade, o fundo de comércio é um conjunto que forma o universo dos bens que visam a realização da atividade empresarial, tendo um destaque e certo relevo, na composição do contexto endereçado ao sucesso do negócio.

Efetivamente, tudo isso representa um valor de natureza patrimonial e pode ser destacado, na medida em que surge o interesse na respectiva negociação.

A importância dessa categoria faz parte da inserção empresarial na sua atividade e na diretriz de permitir o alcance das prioridades colimando o próprio lucro.

388. Fundo de Comércio e Empresa – Alguns tratadistas[6] equiparam o fundo de comércio à empresa comercial, tomada esta no sentido do conjunto de capital, trabalho e organização, realizando a circulação das mercadorias com o intuito de lucro. Há, realmente, uma aproximação bem acentuada entre o fundo de comércio e a empresa comercial; e o Código Civil italiano de 1942, baseando o exercício do comércio na empresa, segue, de certo modo, essa orientação. Mesmo aceitando-se o conceito da empresa comercial – para o que naturalmente marchamos –, não se confunde com ela o fundo de comércio, pois este é o conjunto de elementos de que se utiliza a empresa para obter bons resultados de sua atividade.

E por seguir o Código Civil Brasileiro, com dedignidade, a tradição do Código Civil Italiano de 1942, invariavelmente, podemos considerar como o conjunto aglutinado que formam a sinergia disponível ao resultado da atividade econômica.

389. Fundo de Comércio e Direito Industrial – Inúmeros elementos do fundo de comércio, como a propriedade industrial, fazem parte do chamado direito industrial, conjunto de normas que garantem as invenções ou descobertas aplicadas à indústria e ao comércio, reprimindo a concorrência desleal, ao redor da pirataria. Os privilégios dos inventores sobre os seus inventos, a garantia do uso das marcas de indústria e de comércio e de

serviços, o direito do uso exclusivo do nome comercial pelo comerciante foram, paulatinamente, introduzidos no Direito brasileiro por diversas leis, sendo, hoje, expressamente reconhecidos.[7]

Pertencendo esses elementos ao fundo de comércio, aqui os estudamos, ao lado de outros que, não sendo incluídos no direito industrial, fazem parte do mesmo fundo. Cumpre, ainda, destacar que, até bem pouco, o Direito Industrial era estudado nas Faculdades de Direito, juntamente com o Direito do Trabalho, passando, contudo, a matéria a integrar a disciplina do Direito Comercial, por força da Lei nº 2.724, de 9 de janeiro de 1956, que determinou a sua inclusão no programa dessa disciplina.

Num mundo globalizado é cada vez mais importante o respeito às marcas e patentes que experimentam procedimentos infracionais de cópias e com isso uma in nidade de problemas em torno das controvérsias.

A dicção tanto se refere às marcas de indústria, comércio ou serviços, haja vista o calibre que representa e a possibilidade de encontrar uma justaposição no cenário de consumo.

O critério da originalidade e da fonte criativa são os termômetros que balizam o per l imaginativo na distinção do quadro con gurador dessa circunstância, não havendo propriamente a necessidade de se obter o registro para se preservar a forma protetiva incidente no Direito relacionado.

1Georges Ripert, ob. cit., pp. 446 e 450.

2Cf. Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. V, I parte, nº 12.

3Carvalho de Mendonça, *Tratado*, I parte, ttt. I.

4Júlio Pires Ferreira, *Conceito Jurídico do Estabelecimento Comercial*, Recife, 1914, cit., por Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. V, I parte, p. 151.

5Waldemar Ferreira, *Instttuições*, vol. II, 1º tomo.

6Vicente Agusttn Y Gella, ob. cit., vol. I, p. 338.

7Com a data de 27 de agosto de 1945, o Governo baixou, com o Dec.-Lei nº 7.903, um Código da Propriedade Industrial, com normas especí cas para a proteção da propriedade industrial. Esse Código, com exceção do seu Título IV – arts. 169 a 189, referentes aos crimes em matéria de propriedade industrial – foi substttuído por outro, baixado com o Dec.-Lei nº 254, de 28 de fevereiro de 1967, no qual foi baseado o que a respeito escrevemos na 3ª edição deste livro (1967).

Posteriormente àquela edição, revogou o Governo o Código da Propriedade Industrial, baixando um outro, com o Dec.-Lei nº 1.005, de 21 de outubro de 1969, substttuído pouco depois pela Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971. Atualmente, o Direito da Propriedade Industrial encontra-se regulado pela Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, a cujas disposições foi adaptado o texto dos capítulos a seguir.

XXIX
ELEMENTOS DO FUNDO DE COMÉRCIO

390. Divisão – Os elementos integrantes do fundo de comércio se dividem em dois grupos diferenciados: aqueles incorpóreos e os denominados corpóreos. Compõem o primeiro a propriedade comercial, o nome empresarial, isto é, a rma ou denominação, os acessórios do nome empresarial, tais como o título do estabelecimento e as expressões ou sinais de propaganda, a propriedade industrial, ou seja, as de invenção, assim como patentes, as patentes dos modelos de utilidade e desenhos e modelos industriais e as garantias de uso das marcas de indústria, de comércio e de serviços, e a propriedade imaterial, caracterizada pelo aviamento. Os elementos corpóreos são os bens móveis e os imóveis pertencentes aos empresários e por eles utilizados no exercício da atividade empresarial.

I
ELEMENTOS INCORPÓREOS

a) Propriedade comercial

391. O Ponto Comercial – Colimando o exercício das atividades pro ssionais, alguns empresários têm necessidade de um local adequado, no qual sejam expostas as suas mercadorias e que lhes possibilite fácil contato com o público. A esse local se chama de ponto comercial, também conhecido por casa de comércio ou estabelecimento comercial. Nele é que o empresário vai, em geral, realizar suas vendas, casos existindo, naturalmente, em que o ponto comercial ou estabelecimento não tem grande in uência para as atividades do empresário. Depende do gênero de negócio explorado a importância maior ou menor do ponto comercial.

A relativização do conceito se aplica no mundo da informática e da *internet*, onde o ponto virtual tem sua real existência, e mediante simples acesso, o uso de senha, se realiza grande volume de negócios em território nacional e no exterior.

Com efeito, na situação de agrada pela mundialização, se permite por intermédio de inúmeros recursos as compras de produtos e todo o tipo de mercadoria, à escolha do consumidor.

Verdade, portanto, que a posição física do ponto vai sendo relegada a um plano secundário, porque o importante é a divulgação, a propaganda e a respectiva publicidade dando conotação da importância daquele bem ou serviço.

A generalidade dependerá do tipo de negócio; grande importância pode haver onde estará situado o estabelecimento, trazendo vantagens para o empresário. Por tal linha de pensar, assume valor patrimonial destacado pela localização, fazendo com que, no acervo do empresário, gure como um dos elementos mais valiosos. Muitas vezes a quantidade e a qualidade das mercadorias expostas cam superadas diante das vantagens oferecidas pelo ponto comercial, capaz de atrair a freguesia pelas facilidades oferecidas. Um bom ponto dá ao empresário a possibilidade de realizar maior número de transações, e, consequentemente, de auferir lucro acentuado.

392. Garantias Legais à Propriedade Comercial – Representando, assim, elemento preponderante para bons resultados das atividades comerciais, o direito ao ponto comercial constitui uma propriedade do comerciante. Anos passados, essa propriedade não era legalmente reconhecida, subordinando-se a utilização do ponto comercial às regras comuns dos contratos de locação de imóveis. A partir do Dec. nº 24.150, de 1934, a legislação brasileira passou a assegurar ao locatário comerciante o direito de uso do ponto comercial, muitas vezes constituído graças às atividades

do mesmo. A matéria encontra-se hoje regulada pela Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, adotando o princípio, já anteriormente admitido em outras legislações, de que o locatário de um imóvel utilizado para ns comerciais ou industriais deve ter garantias especiais quanto à utilização desse imóvel.

Essas garantias se podem reduzir a duas principais: a) o direito assegurado ao locatário de requerer a renovação do contrato de locação do imóvel, desde que preenchidas certas formalidades legais, e b) o direito a uma indenização em caso de não renovação do contrato. Para obter a renovação da locação, necessário será que o contrato tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado, com um prazo mínimo ou soma de prazos ininterruptos de cinco anos, devendo o locatário estar explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo ininterrupto de três anos (Lei de Locações, art. 51). O direito à renovação do contrato deve ser exercido dentro de um ano, no máximo, e seis meses, no mínimo, antes de terminar o prazo do contrato a ser renovado. A ação renovatória regula-se pelos dispositivos dos arts. 58 e 71 a 75 da Lei nº 8.245, de 1991, aplicando-se supletivamente as normas do Código de Processo Civil.

Os direitos à renovação do contrato de locação de imóveis para ns comerciais ou industriais são, igualmente, assegurados aos cessionários ou sucessores do comerciante, podendo, desse modo, por eles ser exercidos, como se se tratasse de um locatário original.

O atual Código Civil dispôs sobre a locação de coisas, artigos 565 a 578, estabelecendo direitos e obrigações, referindo-se inclusive à retenção por benfeitorias necessárias, ou acaso consentidas, sendo úteis.

393. Cessão de Contrato de Locação – O contrato de locação de imóveis para ns comerciais ou industriais poderá ser cedido, pelo locatário, juntamente com o estabelecimento comercial, ou isoladamente, mediante consentimento do proprietário do imóvel ou se o contrato assim permitir. Em caso de cessão do contrato de locação, ca o senhorio obrigado, não apenas a mantê-lo, de acordo com as cláusulas especí cas no mesmo, como, igualmente, a responder pela indenização em caso de não renovação, segundo as regras estabelecidas na lei especial que trata do assunto.

b) Nome empresarial

394. Noção de Nome Empresarial – Todo empresário, pessoa natural ou jurídica, necessita de um nome para obrigar-se nas suas atividades pro ssionais. Equivale esse nome ao nome civil de qualquer pessoa; é por meio dele que o empresário se identi ca e assume as obrigações atinentes à sua empresa.

Será esse nome empresarial chamado de rma ou denominação, conforme o grau de responsabilidade assumida junto a terceiros pelo empresário ou pelas pessoas que integram a sociedade. Cuidando-se de responsabilidade ilimitada, subsidiária assumida pelo empresário ou sócios das sociedades, tem-se uma rma ou razão social; se os sócios das sociedades empresariais limitam, contudo, a respectiva responsabilidade não se comprometendo, senão, pelas importâncias com que entram para o capital da sociedade, esta não pode usar de rma social e sim de uma denominação ou nome de fantasia.

A previsão normativa está disposta a partir do artigo 1.155 do Código Civil, a destacar o nome empresarial, impossibilidade de sua alienação, e demais aspectos.

Forte nesse ponto, a razão da diferença que expusemos é que das funções do nome empresarial é dar conhecimento a terceiros do grau de responsabilidade assumida pelos sócios das sociedades empresárias. Assim, quando numa sociedade há sócio ou sócios de responsabilidade ilimitada, o seu nome comercial será uma rma, formada pelo nome ou combinação de nomes dos sócios ilimitadamente responsáveis, acrescidos, ou não, das palavras e *companhia*. Não havendo sócios com responsabilidade ilimitada, não serão os seus nomes, em regra geral, empregados na formação do nome empresarial; se, por acaso, o forem, os terceiros poderão, contudo, identi car o tipo de sociedade, pois junto às denominações virão sempre, obrigatoriamente, palavras explicativas da espécie de sociedade. Essas palavras são *limitada*, para as sociedades limitadas; *companhia*, antecedendo a denominação,

ou *sociedade anônima*, por extenso ou abreviadamente (*S.A.*), antecedendo ou seguindo o nome de fantasia, para as sociedades anônimas; e *comandita por ações*, depois da rma ou da denominação, para esse tipo de sociedade. Não há, assim, di culdades para os terceiros, pelo simples enunciado do nome empresarial, conhecerem ou o tipo de sociedade, quando se trata de denominação, ou grau de responsabilidade assumida pelos sócios na mesma, quando se trata de rma. Não possuindo uma denominação, acrescida das palavras acima citadas, tem-se uma rma ou razão social; e as pessoas cujos nomes gurarem nessa rma são sempre ilimitadamente responsáveis, de forma subsidiária, pelas obrigações sociais.

395. Firma do Empresário Individual – Conforme nosso Direito, o empresário individual responde ilimitadamente, com todo o seu patrimônio, pelas obrigações assumidas no exercício da atividade empresarial. Usará, desse modo, uma rma, que será composta por seu nome individual, por extenso ou abreviadamente.

Há, contudo, no Direito estrangeiro, uma corrente doutrinária que procura adotar a limitação da responsabilidade do empresário individual, separando, assim, o patrimônio do empresário em patrimônio *civil*, que, pela regra geral do Direito, responde ilimitadamente pelas obrigações civis por ele assumidas, e patrimônio *comercial*, que responderia, no montante de sua limitação, pelas obrigações assumidas pelo empresário individual no exercício do seu comércio. Essa ousada, mas lógica orientação, já se re etiu no Brasil, sendo um dos pioneiros de sua adoção o Prof. Antônio Martins Filho, da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará, que, nesse sentido, apresentou substanciosa tese ao Congresso Jurídico comemorativo do cinquentenário de fundação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, em 1950.[8]

Se bem que o caráter deste livro não permita discussão do assunto com os detalhes necessários, a guram-se-nos procedentes os argumentos dessa corrente doutrinária, pois exercendo o empresário individual uma atividade pro ssional diversa das suas atividades meramente civis, o patrimônio destinado a essa atividade não se deve confundir com o seu patrimônio particular. Já se viu que, mesmo comerciando individualmente, a pessoa física só está sujeita às regras do Direito Comercial *nos atos praticados no exercício do seu comércio,* o que mostra que o campo do Direito Comercial não invade o do Direito Civil, mesmo que o comércio seja exercido de modo individual. Assim, o empresário individual que adquire gêneros para o seu próprio consumo não está praticando ato de comércio.

Por outro lado, também já se pode dizer que a divisão do patrimônio do empresário individual começou a ser feita, tanto que, no registro de sua rma, terá ele que declarar o capital afetado ao seu negócio, mostrando esse fato que a responsabilidade por ele assumida além desse capital é uma *responsabilidade subsidiária*, da mesma maneira que ocorre com os sócios que afetam parte do seu patrimônio em uma sociedade empresarial e assumem, de maneira subsidiária, responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais. Em ambos os casos, parece idêntica a situação. E se o sócio de uma sociedade empresarial pode limitar suas responsabilidades pelas obrigações assumidas pela sociedade, não se comprometendo subsidiariamente pelas obrigações sociais, identicamente ao empresário individual deve ser facultado o mesmo direito, não se concebendo que um indivíduo possa afetar parte do seu patrimônio em uma sociedade, mas não o possa fazer negociar sozinho.[9]

A Lei 12.441/2011 permitiu a constituição de empresa individual, ao contrário de sociedade com um só sócio, a exemplo do direito comparado, sendo que a responsabilidade de conotação limitada ao capital de 100 salários mínimos poderá ser excepcionada se houver abuso, desvio ou fraude pelo empreendedor individual.

396. Exceções ao Princípio Geral da Formação do Nome Empresarial – Regra geral, o empresário individual e as sociedades nas quais os sócios têm responsabilidade ilimitada adotam, como nome empresarial, uma rma ou razão social, contendo o nome, por extenso ou abreviado, do empresário individual, e o nome ou nomes do sócio ou sócios de responsabilidade ilimitada, nas rmas das sociedades, acrescidos, ou não, das palavras *e companhia*.

Essa regra, entretanto, possui exceções, impostas pela lei, havendo sociedades em que os sócios possuem responsabilidade limitada, que podem usar *rmas* ou *razões sociais*. Essas sociedades são as limitadas, e as sociedades em comandita por ações.

Nas primeiras, pela lei brasileira, a responsabilidade dos sócios é limitada ao total do capital social. Apesar dessa limitação, permitiu a lei que tais sociedades possuíssem *denominação* ou *rma*, mas para que não houvesse dúvidas, por parte de terceiros, sobre a responsabilidade assumida pelos sócios, determinou que junto à rma ou à denominação fosse acrescida a palavra *limitada*, que no caso passou a ser o elemento especí co caracterizador desse tipo de sociedade.

Também a sociedade em comandita por ações pode possuir rma ou denominação, mas nesta a faculdade se justi ca por contar ela com sócios de responsabilidade limitada e sócios que respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais. No caso de adotar uma rma, só poderão fazer parte da mesma os sócios que assumem responsabilidade ilimitada. Em qualquer circunstância, porém, as sociedades em comandita por ações devem incluir, junto à rma ou à denominação, as palavras *comandita por ações*, para que os terceiros que com elas negociam possam, à simples enunciação do nome comercial, identi car o tipo de sociedade e o grau de responsabilidade assumido pelas pessoas que fazem parte da mesma.[10]

397. Inscrição da Firma – A rma do empresário individual ou da sociedade empresária deve ser inscrita no registro de rmas da Junta Comercial, de acordo com os arts. 2º e 32, II, *a*, da Lei nº 8.934, de 1994 e arts. 967 e 968 do Código Civil. As sociedades anônimas não terão as suas denominações inscritas na Junta Comercial, mas para que possam funcionar necessitam ter arquivados os seus atos constitutivos. Dentre os documentos que devem ser arquivados, se encontra o estatuto da sociedade e este, *obrigatoriamente*, conterá a denominação da sociedade. Em tais condições, se não há um processo especial para a inscrição da denominação das sociedades anônimas nos Registros de Empresas, de qualquer forma essa denominação gurará nas mesmas, já que consta do estatuto, e as sociedades não poderão funcionar se não tiverem os estatutos arquivados.

Conclui-se, então, que o nome do empresário, seja uma *rma ou razão social*, seja uma *denominação*, para que possa ser usado, terá que ser inscrito ou arquivado na Junta Comercial. Se essa formalidade não se veri car, o comerciante usará irregularmente o seu nome empresarial e não terá garantidos os direitos de emprego exclusivo que a lei outorga àqueles que o registram.

398. O Duplo Aspecto do Nome Empresarial – O nome empresarial, seja rma ou denominação, tem um dúplice signi cado em relação ao empresário. Em primeiro lugar, é o nome com que o mesmo se assina no exercício de suas atividades, servindo, assim, para identi cá-lo. Visto sob esse prisma, o nome empresarial equivale ao nome civil da pessoa física e constitui um direito personalíssimo do empresário, não podendo ser transferido a outrem, já que é por ele que a pessoa, física ou jurídica, se identi ca.

Analisado sob outro ângulo, o nome empresarial, rma ou denominação pode quali car também a empresa comercial. Nesse caso, adquire um valor patrimonial, maior ou menor, segundo o conceito em que é tida a empresa. Deixa de ser a simples identidade para se converter em um bem incorpóreo, que se agrega ao acervo patrimonial do empresário, como parte da universalidade de coisas que constitui seu fundo de comércio. Pode, em tais circunstâncias, ser cedido, juntamente com o estabelecimento comercial que designa.

399. Garantia do Uso do Nome Empresarial – O Dec. nº 916, de 24 de outubro de 1890, que criou o registro de rmas ou razões comerciais, concedia a exclusividade de uso do nome empresarial apenas na localidade onde o titular tivesse feito o registro.

O Código da Propriedade Industrial baixado com o Dec.-Lei nº 7.903, de 1945, reiterando que o registro da rma ou o arquivamento dos atos constitutivos das sociedades que possuem denominação, nos Registros de Empresas, garantiam o uso exclusivo do nome empresarial nas localidades do registro (art. 106), permitiu (art. 107) que fosse feito o registro do nome empresarial no Departamento Nacional da Propriedade Industrial, dando esse registro o direito de uso exclusivo do nome comercial *em todo o território nacional.*

O Código da Propriedade Industrial baixado com o Dec.-Lei nº 254, de 1967, alterou o direito de exclusividade resultante do registro do nome empresarial nos Registros de Empresas, dando esse exclusividade não apenas para a localidade onde se zesse o registro, como estabeleciam o Dec. nº 916 e o Código da Propriedade Industrial de 1945, mas para *todo o território* (art. 91). Foi mantido o registro no Departamento Nacional da Propriedade Industrial, para garantir a exclusividade em todo o território nacional (art. 91).

O Código da Propriedade Industrial baixado com o Dec.-Lei nº 1.005, de 1969, retirou o registro do nome empresarial do Departamento Nacional da Propriedade Industrial e enviou-o para o Registro de Comércio, dispondo, no art. 166, que "a proteção ao nome comercial ou da empresa, em *todo o território nacional*, é adquirida através do arquivamento ou registro dos atos constitutivos da rma ou sociedade no Registro de Comércio ou no Registro Civil das pessoas jurídicas, conforme o caso".

A Lei nº 8.934, de 1994, manteve o registro dos nomes empresariais no então Registro de Comércio, organizado pelo atual departamento.

Consoante se vinha sustentando até a 12ª edição do *Curso*, proclamávamos a ideia de que o registro do nome empresarial num Registro de Empresa dava o direito de uso exclusivo desse nome, em todo o país, baseados na legislação que tratava da matéria. A propósito o situar do art. 1.166 do atual Código Civil, cujo parágrafo único preconiza a exclusividade a todo o território nacional, se registrado na forma especial. O projeto de lei que deu origem à Lei nº 8.934, de 1994, adotava esse posicionamento, na esteira do dispositivo do art. 5º, XXIX, da Constituição Federal de 1988, determinando que a proteção ao nome empresarial abrangeria todo o território nacional, conforme dispunham os §§ 1º e 2º do art. 33 do projeto. Ocorre que tais dispositivos foram vetados pelo Presidente da República, razão pela qual o Dec. nº 1.800, de 1996, regulamentando a Lei que instituiu o Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades A ns, manteve a disciplina estabelecida pelo então Departamento Nacional de Registro de Comércio (atual Departamento de Registro Empresarial e Integração) na Instrução Normativa nº 93, de 2002, segundo a qual a proteção ao nome empresarial em outra unidade federativa que não a da sede social dependia de arquivamento, em cada Junta Comercial, de certidão expedida para esse m. Assim, o art. 61 do Dec. nº 1.800, de 1996, estatui que a proteção ao nome empresarial decorre automaticamente do arquivamento da declaração de rma mercantil individual, do ato constitutivo de sociedade empresária ou das respectivas alterações, circunscrevendo-se à unidade federativa do Registro de Empresa que procedeu ao arquivamento (§ 1º), podendo-se estendê-la a outras unidades da federação mediante requerimento da empresa interessada (§ 2º), na forma da Instrução Normativa DREI nº 15, de 05.12.2013 (art. 11, §§ 1º e 2º).

c) Acessórios do nome empresarial

400. Elementos Acessórios do Nome Empresarial – O nome empresarial pode conter elementos acessórios para maior identi cação da empresa. Esses elementos são o *título do estabelecimento* e os *sinais* ou *expressões de propaganda.*

401. Nome Empresarial e Título do Estabelecimento – Muitos autores tipi cam o título do estabelecimento como o próprio nome empresarial; inclusive existe um diploma legal brasileiro (Dec. nº 24.507, de 29 de junho de 1934) considerando nomes empresariais os títulos dos estabelecimentos.

O Código da Propriedade Industrial, baixado com o Dec.-Lei nº 254, de 1967, chamava o nome comercial de *nome de empresa*, tratando separadamente do título do estabelecimento. De nossa parte, damos à firma a denominação ou designativo de "nome comercial", e aos elementos que servem para distinguir o estabelecimento comercial dos seus congêneres, qualificando-o devidamente, ou seja, o título e os sinais ou expressões de propaganda, chamamos de "acessórios do nome comercial", já que, na realidade, servem eles para reforçar a identificação da pessoa jurídica, em princípio dada pela firma ou denominação.

I – *Título*

402. Conceito – Por "título de estabelecimento" compreende-se a designação por meio da qual se torna conhecido do público, constando a designação de um nome de fantasia ("Empório das Bonecas", "A Cachaça Mineira", "Casa Oriente") de um termo ou expressão relativa às atividades empresariais do estabelecimento ("Informática Presidente"; "Relojoaria Suíça", "Marcenaria Cometa") ou mesmo da firma ou denominação do estabelecimento ("A Pereira & Cia", "Cia. Têxtil de Roupas"). Neste último caso, o título do estabelecimento se confunde com o nome empresarial.

403. O Título do Estabelecimento como Elemento do Fundo de Comércio – O título do estabelecimento é um dos elementos do fundo de comércio do comerciante e como tal tem valor patrimonial. Os códigos da propriedade industrial anteriores ao atual asseguravam ao proprietário do título certas garantias, desde que o mesmo estivesse revestido das formalidades legais. Essas garantias decorriam do seu registro, no Departamento Nacional da Propriedade Industrial, prevalecendo o mesmo, porém, apenas para o município em que estivesse localizado o estabelecimento, considerando-se como município o Distrito Federal. Os títulos poderiam ser transferidos *inter vivos* ou *mortis causa*, respeitando-se os direitos adquiridos desde que estivessem registrados na forma legal.

Uma vez registrados, os títulos poderiam ser usados pelos estabelecimentos, para qualificá-los, nos seus papéis de correspondência e contabilidade, nos veículos e anúncios, bem como no próprio estabelecimento a que se referissem. Fora desses locais, a lei não permitia fossem empregados os títulos dos estabelecimentos, não se admitindo, por exemplo, que o titular os aplicasse em mercadorias de sua indústria ou comércio. Para tal, teriam que ser registrados como marcas de indústria ou de comércio.

404. A Proteção ao Título de Estabelecimento – A garantia do uso exclusivo de título de estabelecimento, nos termos da legislação atualmente em vigor, embasa-se em regras de responsabilidade civil e penal, na medida em que o uso indevido do título de estabelecimento alheio caracteriza crime de concorrência desleal, conforme prevê a Lei da Propriedade Industrial (art. 195, V), ensejando a apuração das perdas e danos na forma do art. 209. Também o art. 124, V, da Lei nº 9.279, de 1996, veda o registro como marca de reprodução do elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos.

O título do estabelecimento é de magna relevância para o empresário e, como tal, elemento preponderante de seu fundo de comércio, com notável valor patrimonial, razão pela qual teria sido recomendável que o legislador estabelecesse normas expressas para o seu registro, garantindo-se o uso exclusivo sem a necessidade de maiores dilações probatórias. Poder-se-ia, contudo, admitir que, sob a égide da legislação atual, constando o título de estabelecimento do contrato social, destacado como tal, o arquivamento comprovaria o direito de exclusividade do seu uso, à semelhança do que já está reconhecido para o nome comercial e na falta de norma expressa sobre a matéria.

II – *Expressões ou sinais de propaganda*

405. Conceito – Denominam-se *expressões* ou *sinais de propaganda* toda legenda, anúncio, reclame, palavra, combinação de palavras, desenho, gravura, originais e característicos, que se destinem a emprego como meio de recomendar quaisquer atividades lícitas, realçar qualidades de produtos, mercadorias ou serviços, ou atrair a atenção dos consumidores ou usuários.

A expressão ou sinal de propaganda pode ser empregada em papéis avulsos, tabuletas, cartazes, anúncios, placas, sinais luminosos, através da radiofonia ou de quaisquer meios de comunicação. Tal é a sua in uência, no seio do público, que muitas vezes a sua simples enunciação identi ca perfeitamente o estabelecimento, dispensando, mesmo, o emprego do título ou do nome comercial. Por tal razão, dá-se, em comércio, um valor muito grande às expressões ou sinais de propaganda, maneira fácil e feliz de atrair a atenção geral para a boa qualidade dos produtos ou honestidade dos comerciantes.

As marcas de indústria ou de comércio, destinadas, em princípio, a caracterizar as mercadorias, razão por que devem, em regra geral, ser a xadas nas mesmas, podem ser utilizadas como expressões ou sinais de propaganda, quando registradas em nome do mesmo titular ou nas classes correspondentes ao objeto da propaganda.

Podem, igualmente, as expressões ou sinais de propaganda conter a *insígnia* do estabelecimento. Por *insígnia* entende-se o emblema ou qualquer outro sinal que sirva para distinguir o estabelecimento (por exemplo, o desenho de um dedal junto ao nome "Dedal de Ouro"). A Lei nº 9.279, de 1996, vedou o registro, como marca, de sinal ou expressão empregada apenas como meio de propaganda (art. 124, VII), rompendo com a sistemática adotada pelo antigo Código da Propriedade Industrial (Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971).

Com a expansão de redes de franquia, a utilização se tornou símbolo do crescimento ditando efetivamente a prioridade no tratamento dispensado à marca, de forma geral, observando os aspectos de mercado e sua in uência no mundo empresarial.

Simbolizam as marcas o traço de qualidade, e a situação com que o mercado recebe o produto, atento às exigências do consumidor, dessa forma integram o núcleo do negócio empresarial.

Evidente, portanto, que quaisquer marcas de indústria, comércio, ou serviço, na propulsão que virtualmente exibam, são capazes de conquistar a clientela, aumentar a relação de consumo e produzir uma circunstância de vinculação pelo conhecimento do público em geral.

d) Propriedade industrial

406. Conceito – Entende-se por propriedade industrial "o conjunto de direitos resultantes das concepções da inteligência humana que se manifestam ou produzem na esfera da indústria".[1] Como um dos elementos incorpóreos do fundo de comércio, a propriedade industrial é protegida pela lei, efetuando-se mediante a concessão de patentes de invenção, de modelos de utilidade, dos desenhos e industriais e pela concessão do registro, dando ao seu titular a exclusividade de uso das marcas de indústria, de comércio e de serviço. Adquirindo, assim, o privilégio de qualquer um desses elementos, a lei assegura a sua propriedade, garantindo o uso exclusivo e reprimindo quaisquer violações a esse direito.

407. Amplitude da Expressão "Propriedade Industrial" – A expressão "propriedade industrial", muito comum e simpática aos tratadistas, peculiariza um dos elementos incorpóreos do fundo de comércio; na realidade tem uma amplitude muito maior que a sublinhada. Constituem, assim, elementos de propriedade industrial não apenas os privilégios de invenção, dos modelos de utilidade, dos desenhos industriais, das marcas de indústria, de comércio ou de serviço, como o uso dos nomes empresariais, títulos de estabelecimento e expressões de propaganda. A Lei de Propriedade Industrial de 1996 dispõe que a proteção aos direitos relativos à propriedade industrial estabelece-se mediante a concessão de patentes de invenção e modelos de utilidade, concessão do registro de desenho industrial, concessão de registro de marca, repressão às falsas indicações geográ cas e repressão à concorrência desleal (art. 2º),

o que torna bem nítido que o campo da propriedade industrial é muito mais amplo que a simples proteção a invenções, modelos de utilidade, desenhos industriais e marcas de indústria, de comércio e de serviço.

Por outro lado, ao falar-se em "propriedade industrial" deve-se entender o termo *indústria* como abrangendo, igualmente, o comércio, ambos ramos das atividades econômicas que têm por m a circulação das mercadorias por meio de organismos para esses ns criados, designados pelo nome genérico de empresas.

Na globalização cuja técnica se aprimora cada dia mais e no aperfeiçoamento das técnicas, se torna frequente a utilização por meio de cópias, símbolos ou imitações da propriedade industrial, abrindo uma guerra de concorrência, e desabrochando um modelo de vigilância permanente contra os abusos praticados no mercado.

408. Divisão da Propriedade Industrial – A propriedade industrial, como elemento incorpóreo do fundo de comércio, compreende as patentes de invenção e ainda de modelos de utilidade, registro dos respectivos desenhos industriais e das marcas de indústria, de comércio e serviços.

Um número cada vez crescente de marcas proporciona ao mercado um público especí co, dentro do âmbito de sua clientela, a signi car a geração de técnicas por causa de atração produzida, e principalmente o retrato que simboliza a sociedade de consumo.

I – *Patentes de invenção*

409. A Propriedade e o Uso Exclusivo da Invenção – Nem sempre foi reconhecido aos autores de inventos capazes de ser aplicados à indústria o direito de propriedade dos mesmos. Até a Revolução Francesa, em geral os inventos não pertenciam aos seus autores, sendo propriedade comum de certas corporações ou do Estado, que outorgava privilégios de exploração dos novos inventos pela livre vontade do soberano. Foi na segunda metade do século XVIII que o direito de propriedade dos inventores foi reconhecido, passando esses a ter o privilégio de exploração com exclusividade das suas invenções por um tempo limitado.[12]

No Brasil, o alvará de 28 de abril de 1809 reconheceu a propriedade dos autores dos inventos industriais e o privilégio do seu uso exclusivo, por certo tempo, no que foi seguido pela Constituição de 1824 e demais Constituições brasileiras. A partir da Carta de 1967, o texto constitucional passou a assegurar o privilégio de utilização temporária dos inventos industriais. A Constituição Federal de 1988, conservando a mesma orientação, dispõe no inciso XXIX do art. 5º: "A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes das empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país". A Lei nº 9.279, de 1996, seguindo a linha traçada pela Carta Magna, assegura, no art. 6º, o direito de o autor de invenção ou modelo de utilidade obter patente que lhe garanta a propriedade da mesma, estabelecendo uma presunção relativa de autoria em favor do requerente da patente (§ 1º).

Compreende-se, assim, que o autor de invenção capaz de ser utilizada industrialmente é o seu legítimo proprietário, entendendo-se como autor não apenas aquele a quem se deve a invenção, mas também os seus sucessores, sejam pessoas naturais ou jurídicas.

Para que, porém, possam os inventores ter a propriedade dos seus inventos garantida, necessário será que obtenham um documento comprobatório da mesma. Conseguido legalmente esse documento, denominado *patente de invenção*, não apenas ca assegurada a propriedade do invento, como o direito de exploração do mesmo.

O reconhecimento dos direitos da coisa patenteada simplesmente representa a evolução e substancialmente tutela protetiva à criação e seu engenho como mecanismo de radiografar utilidade e sua consecução econômica.

410. Conceito e Elementos das Invenções Industriais – Compreende-se por invenção industrial a criação ou a concepção de um processo, produto, instrumento ou meio novo que possa ser aplicado à indústria, com a nalidade de melhorá-la. A Lei nº 9.279, de 1996, não traz a de nição legal de invenção, contrariamente ao que ocorre com relação ao modelo de utilidade, estabelecendo somente os seus elementos, nos termos do art. 8º: "É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial".

O critério de novidade é de nido, no art. 11 da Lei de Propriedade Industrial, como tudo aquilo que não se ache compreendido no estado da técnica, o qual, por sua vez, compreende tudo o que não houver sido divulgado, por escrito ou oralmente, até a data do depósito do pedido de patente de invenção. Já a atividade inventiva pressupõe uma atividade de criação, no campo técnico, pelo inventor. Por m, é necessário que a invenção tenha aplicação industrial, ou seja, tenha utilidade prática e corresponda à exigência ou necessidade cuja satisfação buscou o inventor, con gurando, em suma, uma ideia aplicada no campo técnico, podendo ser utilizada ou produzida em qualquer tipo de indústria.

Necessário se faz car atento aos modelos que invariavelmente são copiados, mas sem a especi cidade direta, com o escopo de se descaracterizar eventual busca e apreensão e o direito à indenização; porém é o mercado o maior interessado na preservação das regras de registro e qualidade dos produtos.

411. Invenções não Patenteáveis – A Lei nº 9.279, de 1996, enumera, no art. 10, aquelas criações que não se poderá considerar como invenção, a saber: "I – descobertas, teorias cientí cas e métodos matemáticos; II – concepções puramente abstratas; III – esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, nanceiros, educativos, publicitários, de sorteio e de scalização; IV – as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e cientí cas ou qualquer criação estética; V – programas de computador em si; VI – apresentação de informações; VII – regras de jogo; VIII – técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e IX – o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais". Já no art. 18, a lei restringe a concessão de patentes de invenção, declarando não serem patenteáveis as invenções contrárias à moral, aos bons costumes e à segurança, ordem e saúde públicas, assim como aquelas que envolvam matérias ou métodos resultantes de transformação do núcleo atômico e o todo ou parte de seres vivos, estabelecendo uma exceção ao inciso III do art. 18 no que diz respeito aos microorganismos transgênicos que atendam aos requisitos de patenteabilidade previstos no art. 8º. Não há mais qualquer tipo de restrição à patenteabilidade de produtos e processos químicos, farmacêuticos e alimentícios, como ocorria com o Código de 1971.

A aprovação da Lei de Propriedade Industrial gerou enorme polêmica justamente por abordar questões absolutamente novas, que começam a fazer parte da vida diária do homem moderno, notadamente aquelas envolvendo a biotecnologia, por demasiado complexas para serem abordadas neste curso.

Coube ao assunto em pauta, respeitante à biotecnologia, a aprovação de texto pelo Congresso Nacional que representa matéria bem especí ca no fator da medicina, utilização de cédulas-troncos e demais pontos que puderam ser examinados e não contiveram uma aprovação desejada pela comunidade cientí ca como um todo.

412. Garantia de Prioridade – Exige a lei para a concessão da patente de invenção, a gerar a garantia da propriedade e do direito ao uso exclusivo da mesma, a obediência a determinadas formalidades, cujo preenchimento é necessário antes da obtenção daquele registro documental. Entretanto, querendo o inventor fazer demonstrações, comunicação a entidades cientí cas ou exibição em exposições o ciais, ainda o cialmente reconhecidas, o art. 12 da Lei nº 9.279, de 1996, confere um período de isenção de doze meses precedentes à data do depósito ou da prioridade do pedido de patente, o mesmo sucedendo na hipótese de depósito do pedido no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, ou divulgação por terceiros, sem o consentimento do próprio inventor.

Assegura-se o direito de prioridade ao pedido de patente depositado em país com o qual o Brasil mantenha acordo internacional, nos prazos estabelecidos no respectivo acordo, não sendo a prioridade invalidada por fatos acontecidos no decorrer desses períodos (art. 16).

Tem suscitado polêmica e gerado discussão a quebra de patentes feita pelo Governo brasileiro, no sentido de remédios e demais produtos, assegurando ao mercado uma linha de ordem genérica vindo ao encontro da população e reduzindo os gastos decorrentes da exclusividade internacional.

413. Processo de Obtenção da Patente de Invenção – De fato, a obtenção da patente de invenção depende de processo iniciado com a apresentação do pedido de depósito no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, ao qual se segue o exame da invenção e a obtenção da respectiva patente.

O pedido deverá estar devidamente instruído com relatório descritivo do invento e demais requisitos previstos no art. 19 da Lei nº 9.279, de 1996, sendo, então, submetido a exame formal preliminar, após o qual será protocolizado, considerando-se efetuado o depósito na data de sua apresentação (art. 20).

414. Publicação do Pedido de Patente. Expedição da Patente – Manter-se-á em sigilo o pedido de patente até sua publicação, que ocorrerá depois de 18 meses contados da data do depósito ou da prioridade mais antiga, podendo, contudo, a publicação ser antecipada a requerimento do depositante. Publicado o pedido de patente e até o nal do exame, a lei faculta aos interessados apresentar os documentos e informações que entenderem cabíveis (Lei nº 9.279, de 1996, art. 31), podendo-se iniciar o exame do pedido após decorrido o prazo de sessenta dias da sua publicação (parágrafo único). Todavia, o início do exame depende de requerimento do depositante, no prazo de trinta e seis meses da data do depósito, sob pena de arquivamento do pedido (art. 33), podendo o depositante, durante o período que anteceder o requerimento de exame, efetuar alterações para melhor esclarecer ou de nir o pedido de patente, desde que estas se limitem à matéria inicialmente revelada (art. 32).

Concluído o exame, será ou não deferido o pedido, ressaltando-se que a lei não admite recurso contra o deferimento do pedido de patente (§ 2º do art. 212).

415. Depósito Feito no Estrangeiro – Um depósito de pedido, feito no estrangeiro, dá ao depositante o direito de prioridade de obtenção de patente no Brasil, desde que aquele país mantenha com o nosso tratado ou convenção sobre patentes de invenção. O prazo da prioridade é o estipulado no tratado ou convenção, e esse não poderá ser invalidado por nenhum fato ocorrido durante tal prazo, seja o depósito de pedido idêntico no Brasil, seja o uso ou exploração da invenção (Lei da Propriedade Industrial, art. 16).

Sinaliza-se por meio da globalização e seu espírito neoliberal um aumento considerável de patentes estrangeiras e o custo operacional traduzido nos *royalties* pagos, mas é preciso examinar a hipótese e dela extrair a ótica do interesse da comunidade e a salvaguarda do consumidor.

416. Duração da Patente – A propriedade e o direito de uso exclusivo da invenção não são perpétuos: o art. 40 da Lei nº 9.279, de 1996, dispõe que a patente de invenção vigorará pelo prazo de vinte anos contados da data do depósito ou, então, pelo prazo de dez anos a contar da data de sua concessão (art. 40, parágrafo único).

Durante esse prazo, a propriedade da invenção poderá ser cedida, por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, total ou parcialmente e a título gratuito ou oneroso (art. 58), fazendo-se a devida anotação no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (art. 59, I). Poderá também o titular da patente ou o depositante celebrar contrato de licença para exploração (art. 61), o qual deverá ser averbado no Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Tanto a anotação em caso de cessão, como a averbação, na hipótese de licença para exploração, são necessárias para que os contratos produzam efeitos perante terceiros, sempre a partir da data da publicação (arts. 60 e 62, § 1º).

A Lei nº 9.279, de 1996, estabelece igualmente a possibilidade de oferta pública de licença de patente, mediante solicitação do titular ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (art. 64).

Por m, há a possibilidade de o titular da patente sujeitar-se à licença compulsória de exploração da patente, em caso de exploração abusiva ou abuso do poder econômico, reconhecidos por decisão administrativa ou judicial (art. 68). Ensejam também a licença compulsória a não exploração da patente por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, falta de uso integral do processo ou comercialização que não atender às exigências do mercado, somente admitida a importação em caso de inviabilidade econômica (art. 68, § 1º). Nestas últimas hipóteses, a licença compulsória somente poderá ser requerida após três anos da concessão da patente (art. 68, § 5º), admitindo o art. 69 da lei a defesa de desuso por razões legítimas, comprovação de realização de preparativos para a exploração ou impedimento de ordem legal. Há ainda a previsão de licença compulsória cruzada, em caso de patentes em situação de dependência (art. 70), ou de declaração de emergência nacional ou de interesse público pelo Poder Executivo Federal (art. 71). As licenças compulsórias, em todas as hipóteses legais, serão sempre concedidas sem exclusividade, inadmitindo-se o sublicenciamento (art. 72).

417. Das Invenções Ocorridas na Vigência do Contrato de Trabalho ou de Prestação de Serviços – Quando o inventor é empregado ou prestador de serviços e, na vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ocorre a invenção, decorrente da própria natureza dos serviços para os quais o empregado houver sido contratado, a lei estatui que o invento será de propriedade exclusiva do empregador (art. 88). Nesta hipótese, o empregador poderá ou não conceder ao empregado participação nos resultados econômicos de sua criação (art. 89).

No caso de invenção desvinculada do contrato de trabalho e não decorrente da utilização de quaisquer recursos ou equipamentos pertencentes ao empregador, a propriedade será exclusiva do empregado (art. 90). Quando a invenção resultar da contribuição pessoal do empregado e do uso de recursos disponibilizados pelo empregador, a propriedade será comum, salvo disposição contratual em contrário (art. 91), garantindo-se ao empregador o direito exclusivo à licença de exploração (§ 2º). Caberá ao empregador iniciar a exploração da patente no prazo de 1 ano, sob pena de a titularidade tornar-se exclusiva do empregado, ressalvando o § 3º do art. 91 da Lei de Propriedade Industrial as hipóteses de ausência de exploração por razões legítimas.

418. Das Invenções que Interessam à Segurança Nacional – Algumas invenções podem interessar diretamente à Segurança Nacional e nesse caso deverão ser tomadas providências especiais a respeito das mesmas. O pedido de patente deverá ser originário do Brasil, e sua tramitação no Instituto Nacional da Propriedade Industrial terá caráter sigiloso, não se procedendo às publicações de praxe, como ocorre no processo comum de concessão de patentes.

419. Os Certi cados de Adição de Invenção – A Lei nº 9.279, de 1996, prevê a possibilidade de o depositante do pedido ou titular da patente requerer um certi cado de adição para proteger aperfeiçoamento ou desenvolvimento introduzido no objeto da invenção, ainda que a modi cação não decorra de atividade inventiva (art. 76). O exame do pedido de certi cado de adição seguirá o mesmo procedimento previsto para concessão de patentes (§ 2º).

420. Extinção, Caducidade e Nulidade da Patente – Extingue-se a patente de invenção e, desse modo, cessam os direitos de propriedade e uso exclusivo do inventor, pela expiração do prazo de vigência, pela renúncia de seu titular, pela caducidade, pela falta de pagamento da anuidade ou por falta de procurador no Brasil com poderes para representar administrativa e judicialmente o domiciliado no exterior. A caducidade ocorrerá se, no prazo de dois anos após a primeira concessão de licença compulsória, o titular não houver prevenido ou sanado o abuso ou desuso, salvo motivos justi cáveis (Lei nº 9.279, de 1996, art. 80).

Por último, é considerada nula a patente concedida em desacordo com as normas da Lei de Propriedade Industrial (art. 46), podendo a nulidade ser reconhecida administrativa ou judicialmente. A lei faculta ao legítimo inventor, no caso de concessão da patente a pessoa indevida, contrariando a norma do art. 6º, a possibilidade de adjudicação judicial da patente (art. 49).

A ação de nulidade poderá ser proposta enquanto perdurar a vigência da patente, conferindo o art. 56 da Lei nº 9.279, de 1966, legitimidade ativa ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial ou a qualquer interessado para a propositura da ação perante a Justiça Federal.

II – *Modelos de utilidade*

421. Conceito – A Lei nº 9.279, de 1996, conceitua o modelo de utilidade como "o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação" (art. 9º).

O legislador distinguiu o modelo de utilidade das invenções quanto aos seus requisitos básicos, diferenciando a atividade inventiva, já mencionada, do ato inventivo necessário à caracterização do modelo de utilidade (art. 14). O modelo de utilidade corresponde a uma nova forma dada a produto conhecido, da qual resulta uma melhor utilização, mais e ciente ou cômoda em razão da nova guração obtida, estando presente, como visto, o requisito da novidade.

A novidade é a regra do original que apresenta uma modalidade signi cativa a ser tutelada e protegida pela legislação, no seu aspecto de legalidade, daí por que o modelo deve ter todas essas características.

422. A Proteção Legal e demais Disposições Comuns às Invenções e aos Modelos de Utilidade – Os modelos de utilidade, como as invenções, são patenteáveis, para garantia da propriedade e uso exclusivo, caracterizando-se, assim, como bem patrimonial do seu titular. A extensão da proteção conferida pela patente é determinada pelo teor das reivindicações apresentadas por ocasião do depósito do pedido, como base no que contiverem o relatório descritivo e os desenhos (Lei nº 9.279, de 1996, art. 41).

O titular da patente pode impedir que terceiro, sem o seu consentimento, produza, use, coloque à venda, venda ou importe o produto objeto da patente ou aquele obtido diretamente por processo patenteado (art. 42), podendo também impedir que terceiros contribuam para a prática da ilicitude.

Os arts. 183 e 184 da Lei de Propriedade Industrial tipi cam, outrossim, os crimes praticados contra patente de invenção ou de modelo de utilidade.

A Lei nº 9.279, de 1996, estabelece as mesmas regras para aquilo que não se considera invenção ou modelo de utilidade em razão da própria natureza das criações (art. 10) e para aquelas criações que, embora pertencentes à categoria das invenções ou modelos de utilidade, não podem ser patenteadas (art. 18), aplicando-se as observações feitas acerca das invenções, por inteiro, aos modelos de utilidade.

423. Processo para a Obtenção da Patente – Para a obtenção da patente dos modelos de utilidade, segue-se o mesmo procedimento estatuído para a obtenção da patente de invenção (arts. 30 e segs. da Lei nº 9.279, de 1996). O prazo de vigência será de 15 anos, contados da data do depósito, ou no mínimo 7 anos a partir da data da concessão (art. 40).

Aplicam-se aos modelos de utilidade as demais disposições relativas à licença voluntária e compulsória, nulidade, extinção e caducidade das patentes de invenção previstas na Lei de Propriedade Industrial.

III – *Desenhos industriais*

424. Conceito, Requisitos e Registro dos Desenhos Industriais – A Lei nº 9.279, de 1996, aboliu a distinção entre desenhos industriais (bidimensionais) e modelos industriais (tridimensionais), de nindo como desenho industrial "a forma plástica ornamental de um objeto o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua con guração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial" (art. 95).

Deve-se, antes de tudo, como acentuou um tratadista,[13] fazer a distinção entre *modelos* e *desenhos industriais* e *modelos de utilidade.* A aproximação dos nomes, na verdade, não signi ca identidade de conceitos. Estes, os *modelos de utilidade*, são melhoramentos introduzidos em objetos de ns industriais (máquinas, ferramentas etc.) com a nalidade de facilitar-lhes o uso com rendimento mais apreciável para o m a que se destinam. Assim, em uma máquina, cujo manejo é difícil e trabalhoso, introduzindo-se uma melhoria que torne o seu uso fácil e produtivo para as suas nalidades, tem-se um modelo de utilidade que, na realidade, é um invento e como tal privilegiável, para ns de garantir ao inventor não apenas a propriedade como o uso exclusivo. Já os modelos e desenhos industriais são *ornamentações* dadas aos produtos industriais para uma melhor apresentação, razão pela qual também são chamados *desenhos* e *modelos ornamentais*. Para obter essa nova aparência dos produtos industriais, podem ser utilizados moldes, padrões, relevos, linhas ou cores, exigindo-se, porém, que o modelo ou desenho seja novo ou original, capaz, assim, de distinguir-se dos similares existentes no comércio.

Ao autor dos desenhos industriais é assegurado o direito de obter registro que lhe con ra a propriedade, desde que presentes os requisitos da novidade e da originalidade.

O desenho industrial é considerado novo quando não compreendido no estado da técnica, constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data do depósito do pedido de registro, no Brasil ou no exterior (art. 96).

Já o art. 97 de ne a originalidade como resultante de con guração visual distintiva, em relação a objetos anteriores, podendo esta distintividade ser obtida mediante a combinação de elementos conhecidos (parágrafo único).

Os direitos conferidos pelo registro do desenho industrial no Instituto Nacional da Propriedade Industrial são similares àqueles conferidos pelas patentes, como estatui o art. 109, parágrafo único, da Lei nº 9.279, de 1996.

O titular do registro poderá ceder, a título gratuito ou oneroso, os direitos sobre o desenho industrial registrado, assim como celebrar contrato de licença para exploração, na forma dos arts. 58 a 63 da Lei nº 9.279, de 1996, como prevê o art. 121 da lei. Ainda de acordo com o art. 121, o direito do empregado ou prestador de serviços tem a mesma disciplina das patentes de invenções e modelos de utilidade, conforme já estudado.

Por m, a Lei nº 9.279, de 1996, prevê em seus arts. 187 e 188 a tipi cação dos crimes contra os desenhos industriais registrados.

425. Desenhos Industriais não Registráveis – O art. 98 da Lei nº 9.279, de 1996, esclarece que as obras de caráter puramente artístico não são consideradas como desenho industrial. A forma nova e original de desenho industrial, embora desvinculada da função técnica, deve poder ser aplicada à indústria, caso contrário teria cunho meramente artístico e seria passível de proteção pela legislação que rege o Direito Autoral e não aquela relativa à propriedade industrial.

Por seu turno, o art. 100 da Lei de Propriedade Industrial dispõe que não são registráveis os desenhos industriais que forem contrários à moral e aos bons costumes, ofendam a honra ou imagem de pessoas, atentem contra as liberdades individuais ou con gurem forma necessária comum ou vulgar de objeto, ou, ainda, sejam determinados por considerações técnicas ou funcionais, quando, neste último caso, devem ser considerados como invenção ou modelo de utilidade.

426. Procedimento para Concessão do Registro, Vigência, Extinção e Nulidade – O pedido de registro de desenho industrial deve referir-se a um único objeto, segundo estabelece o art. 104 da Lei nº 9.279, de 1996, permitindo-se, entretanto, um número máximo de vinte variações que guardem entre si a mesma característica

distintiva preponderante, devendo o desenho apresentar clara e su- cientemente o objeto e suas variações de modo a possibilitar a sua reprodução por técnico no assunto (parágrafo único). O pedido de registro, no ato de depósito junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial, deve conter, além do respectivo requerimento, um relatório descritivo e as reivindicações, quando for o caso, e obrigatoriamente os desenhos ou fotogra as e o campo de aplicação do objeto e o comprovante de pagamento relativo ao depósito. Após a apresentação, submete-se o pedido a exame formal preliminar para veri car-se a conformidade com as condições estabelecidas na lei, considerando-se, então, depositado o pedido na data de sua apresentação (art. 102). A publicação e expedição do certi cado de registro decorrem automaticamente do depósito, podendo o depositante requerer seja o pedido mantido em sigilo por 180 dias, efetuando-se a publicação somente após este prazo (art. 106).

O registro de desenho industrial vigora pelo prazo de 10 anos contados da data do depósito, prorrogável por três períodos sucessivos de 5 anos, extinguindo-se somente após o decurso do prazo de vigência, pela renúncia do titular, falta de pagamento ou ausência de procurador no Brasil, nos termos do art. 217 da lei (art. 119). O registro de desenho industrial não está sujeito à licença compulsória ou caducidade.

Como visto, a concessão do registro de desenho industrial decorre automaticamente do depósito do pedido, o qual é simplesmente submetido a exame formal de seus requisitos. Por essa razão, a Lei de Propriedade Industrial prevê a possibilidade de o autor requerer o seu exame de mérito, cabendo ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial auferir a observância dos requisitos de novidade e originalidade do desenho registrado, emitindo parecer de mérito (art. 111). Caso o parecer conclua pela ausência de um dos requisitos legais, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial deve instaurar de ofício processo administrativo de nulidade do registro (arts. 111, parágrafo único, e 113, § 1º). A nulidade será reconhecida sempre que o registro houver sido concedido sem observância dos preceitos da lei (art. 112), podendo ser requerida a sua decretação por qualquer pessoa que tenha legítimo interesse. A ação de nulidade também poderá ser proposta perante a Justiça Federal, determinando o art. 118 a aplicação, no que couber, dos dispositivos legais referentes à ação de nulidade de patentes de invenções e modelos de utilidade.

IV – *Marcas de indústria, de comércio e de serviços*

427. Histórico – Data de longo tempo o hábito de serem assinaladas as mercadorias com marcas que as distinguem de outras semelhantes. Autores as encontraram na mais remota antiguidade, quer representadas por guras, quer por letras, nomes ou símbolos. Igualmente, foram notadas na época romana, se bem que, até a Idade Média, não tivessem elas uma nalidade jurídica, como atualmente ocorre, ou seja, não constituíssem uma propriedade do industrial ou comerciante, só por eles podendo ser usadas no intuito de distinguir os seus produtos dos produtos semelhantes.

Até a época romana, desse modo, as marcas que assinalavam os produtos apenas serviam para distingui-los dos semelhantes, sem que tivessem qualquer signi cado patrimonial. Foi na Idade Média que, com o desenvolvimento das rela- ções comerciais entre os indivíduos e os povos, passaram elas a ter papel saliente como elemento patrimonial dos seus proprietários. A princípio, pertenciam às corporações de que faziam parte os produtores e os direitos das marcas eram a essas outorgados. Admitia-se, entretanto, que o artí ce utilizasse a sua marca individual, desde que zesse o depósito da mesma no registro da corporação. Mais tarde, a Revolução Francesa permitiu o uso individual da marca e ao mesmo tempo prescreveu penas para os que zessem concorrência desleal usurpando marcas de outrem, desde que essas marcas estivessem devidamente regularizadas.[14]

A evolução do processo produtivo da marca e sua simbologia produz de forma emblemática um conteúdo que protege o desenvolvimento em escala do produto e sua peculiar radiogra a, não impedindo que modelos copiados sejam introduzidos no mercado.

428. Conceito – Chamam-se *marcas de indústria*, de *comércio* ou de *serviço* os nomes, palavras, denominações, monogramas, emblemas, símbolos, guras e quaisquer outros sinais usados com o m de distinguir mercadorias, produtos industriais ou serviços de outros semelhantes. Serão consideradas *marcas de indústria* as utilizadas pelo fabricante em produtos de sua fabricação; *marcas de comércio* as empregadas por comerciantes nas mercadorias de seu negócio, que são, porém, fabricadas ou produzidas por outrem; e *marcas de serviço* as usadas por pro ssionais autônomos, entidades ou empresas, para distinguir os seus serviços ou atividades.

Dividem-se, assim, as marcas em *marcas de indústria, marcas de comércio* e *marcas de serviço.* Anteriormente, as marcas de indústria eram conhecidas como *marcas de fábrica.* A Constituição Federal de 1891 referia-se apenas às *marcas de fábrica*, compreendendo, porém, a expressão às marcas de indústria e às de comércio. A Lei nº 1.236, de 1904, fez a distinção de marcas de indústria e marcas de comércio, mas o seu regulamento, baixado pelo Dec. nº 5.424, de 1905, voltou a falar em marcas de fábrica em vez de marcas de indústria. O Código da Propriedade Industrial de 1967 se referiu às marcas de indústria e de comércio e introduziu na legislação brasileira a de nição de marcas de serviço, mantidas posteriormente pelas legislações de 1969 e 1971. Com o advento da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, optou-se por fazer singela menção à marca de produto ou serviço, de nidas no art. 123, I, como "aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou a m, de origem diversa", podendo-se conceituar produto como "qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial" e serviço como "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, nanceira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista", conforme de nições apresentadas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, art. 3º, §§ 1º e 2º). Assim, pode-se de nir marca de produto como aquela usada, na indústria e no comércio, para distinguir bens semelhantes ou a ns, de origem diversa, enquanto que a marca de serviço, segundo a lei atual, é aquela que visa diferenciar atividades semelhantes ou a ns colocadas à disposição no mercado por fornecedores diversos.

A Lei de Propriedade Industrial de ne também as marcas de certi cação, usadas para "atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especi cações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada" (art. 123, II), e as marcas coletivas, usadas "para identi car produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade" (art. 123, III).

429. Classi cação – As marcas de indústria, comércio ou de serviços podem ser representados por nomes, sinais ou por nomes e sinais associados, admitindo classi cação em marcas nominais ou verbais, contendo apenas letras ou palavras, marcas emblemáticas ou gurativas, quando constituídas por emblema ou desenho e marcas mistas, encerrando concomitantemente palavras ou letras e desenhos ou guras. Têm essas marcas larga utilização no comércio, e a respectiva con guração depende da vontade do proprietário titular.

430. Proteção Legal – A lei protege a propriedade e o uso exclusivo das marcas, a m de evitar a concorrência desleal. Para isso, é necessário que o comerciante, o industrial ou pro ssional faça o registro de suas marcas, obedecendo aos ditames estabelecidos na Lei de Propriedade Industrial. O registro efetuado junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial é atributivo de direitos, adquirindo-se a propriedade mediante o registro regularmente concedido (art. 129).

A marca registrada goza de exclusividade absoluta com relação aos produtos ou serviços indicados no registro ou às atividades similares e independe do uso, a não ser para a manutenção do registro, exercendo-se os direitos dela oriundos em todo o território nacional. Ao titular ou depositante do pedido de registro assegura-se o direito de zelar pela integridade material ou reputação da marca, mediante a adoção de todas as medidas que entender cabíveis, como a busca e apreensão de produtos que infrinjam as disposições da Lei de Propriedade Industrial ou o ajuizamento de ação de reparação de danos, na forma do art. 209 da lei. A Lei nº 9.279, de 1996, de ne, igualmente, os crimes praticados contra registro de marca, tipi cados nos arts. 189 e 190.

431. Marcas não Registráveis – O art. 122 da Lei nº 9.279, de 1996, dispõe que "são suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais", enumerando, no art. 124, os sinais que não são registráveis como marca, proibindo o registro, dentre outros, de reprodução ou imitação do elemento característico de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos (nº V), de nome civil, da assinatura, do nome de família, de sinal ou expressão empregada apenas como meio de propaganda (nº VII), assim como da imagem de pessoas (nº XV) e de pseudônimos ou apelido notoriamente conhecidos e nomes artísticos, salvo consentimento do titular (nº XVI). Além das proibições previstas no art. 124, é vedado o registro de marca que possa causar confusão, reproduzindo ou imitando, no todo ou em parte, marca notoriamente conhecida (art. 126, § 2º).

432. Marcas de Alto Renome e Marcas Notoriamente Conhecidas – A Lei nº 9.279, de 1996, criou a categoria das marcas de alto renome, às quais sempre que registradas no Brasil ca assegurada proteção especial, em todos os ramos de atividade (art. 125), à semelhança do que ocorria com as denominadas marcas notórias sob o regime do Código da Propriedade Industrial de 1971. A Lei de Propriedade Industrial instituiu também a marca notoriamente conhecida, a qual goza de proteção especial independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil (art. 126), conferindo-se, portanto, proteção a marca de fato, em nosso país, em razão de seu conhecimento notório. O art. 126 da Lei nº 9.279, de 1996, remete ao art. 6º *bis* (I) da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, segundo o qual os países signatários devem recusar ou invalidar o registro de marca que "constitua reprodução, imitação ou tradução, suscetíveis de estabelecer confusão, de uma marca que a autoridade competente do país do registro ou do uso considere que nele é notoriamente conhecida como sendo já marca de uma pessoa amparada pela presente Convenção, e utilizada para produtos idênticos ou similares". O § 2º do art. 126 da lei estatui que o Instituto Nacional da Propriedade Industrial poderá indeferir de ofício pedido de registro de marca que reproduza, no todo ou em parte, marca notoriamente conhecida.

433. Concessão, Vigência, Extinção, Caducidade e Nulidade do Registro – O pedido deve ser apresentado ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial para exame formal preliminar e, estando devidamente instruído na forma do art. 155 da Lei nº 9.279, de 1996, será protocolizado, considerando-se a data do depósito como a de sua apresentação. Tratando-se de pedido de registro de marca coletiva ou marca de certi cação, deve-se atentar para os requisitos especí cos contidos nos arts. 147 e 148, respectivamente. Publica-se, então, o pedido, abrin-do-se prazo de sessenta dias para apresentação de oposição (art. 158), cabendo ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial concluir o exame e deferir ou não o registro pleiteado (art. 160).

O registro é válido por 10 anos, prorrogáveis por períodos iguais e sucessivos (art. 133), determinando a Lei de Propriedade Industrial que a prorrogação do registro deve ser requerida durante o último ano da vigência do registro (§ 1º), ou nos seis meses subsequentes, mediante pagamento adicional (§ 2º).

Extingue-se o registro de marcas, nos termos do art. 142, pela expiração do prazo de vigência, pela renúncia total ou parcial, pela caducidade ou pela ausência de procurador devidamente constituído no Brasil. A caducidade ocorre nas hipó- teses de o titular não iniciar o uso da marca no prazo de cinco anos, contados da data da concessão, de o uso da marca ter sido interrompido por mais de cinco anos consecutivos ou se, no mesmo prazo, a marca tiver sido usada com modi cação que implique alteração de seu caráter distintivo original, salvo razões legítimas apresentadas pelo titular. A Lei de Propriedade Industrial menciona também a possibilidade de cancelamento dos registros, na hipótese do art. 135.

A lei considera nulo todo registro concedido em desacordo com os seus preceitos, podendo a nulidade ser parcial ou total, sendo condição para a nulidade parcial que parte da marca seja considerada registrável, à luz dos requisitos legais. Ao titular de marca registrada em país signatário da Convenção de Paris faculta-se, alternativamente, reivindicar a adjudicação do registro ou requerer a decretação de sua nulidade (Lei nº 9.279, de 1996, arts. 165 e 166).

434. Cessão e Licença de Uso – Consoante previsão expressa ditada pelo art. 134 ca autorizado ao titular ceder seus registros ou pedidos de registros. A referida cessão será anotada junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial, abrangendo todas as marcas iguais ou semelhantes, sob pena de cancelamento do registro ou arquivamento do pedido (Lei nº 9.279, de 1996, art. 135).

Faculta-se ao titular da marca celebrar contrato de licença de uso, sem prejuízo de seu direito de exercer o controle efetivo sobre as especi cações, natureza e qualidade dos respectivos produtos ou serviços (art. 139). O contrato de licença necessita ser arquivado perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

435. Indicações Geográ cas – As indicações geográ cas podem consistir em indicações de procedência, denominação genericamente adotada pelo Código de 1971, ou denominações de origem (art. 176).

Segundo o art. 177 da Lei nº 9.279, de 1996, "considera-se indicação de procedência o nome geográ co de país, cidade, região ou localidade de seu território, que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço". Já as denominações de origem são de nidas como o "nome geográ co de país, cidade, região ou localidade de seu território, que designe produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográ co, incluídos fatores naturais e humanos" (art. 178).

As indicações geográ cas não são registráveis como marcas (art. 124, IX), podendo, todavia, o nome geográ co constituir elemento característico de marca, desde que não constitua indicação de procedência ou denominação de origem e não induza falsa procedência.

O art. 182 da Lei nº 9.279, de 1996, esclarece que o uso das indicações geográ cas restringe-se aos produtores e prestadores de serviços estabelecidos no local que indicam, exigindo-se o atendimento aos requisitos de qualidade para a utilização das denominações de origem, cabendo ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial disciplinar as condições de registro das indicações geográ cas (parágrafo único). A Lei de Propriedade Industrial estabelece, por m, os crimes contra indicações geográ cas e demais indicações (arts. 192, 193 e 194), reprimindo o uso de falsas indicações e protegendo, por conseguinte, aqueles que delas usufruem legalmente.

e) Propriedade imaterial

436. Aviamento e Freguesia – Também constitui elemento do fundo de comércio a *propriedade imaterial*, que se caracteriza pelo que se costumou chamar de aviamento e pela freguesia, elemento do aviamento que, pela sua importância na marcha dos negócios do comerciante, tem papel preponderante nos mesmos.

Por *aviamento* se compreende o bom aparelhamento do comerciante para que o seu negócio obtenha sucesso e possibilite lucros. É, assim, o aviamento o resultado de um, alguns ou todos os elementos do fundo de comércio. Se, por acaso, o estabelecimento comercial está localizado em um lugar privilegiado capaz de atender a uma freguesia numerosa, disso resultando maiores probabilidades de lucros para o comerciante, o aviamento se caracteriza por esse elemento. Mas, em geral, é da conjugação dos vários elementos do fundo de comércio que resulta a expectativa de lucros futuros para os comerciantes. O aviamento será, assim, a fusão de todos esses elementos – nome comercial, boa localização do estabelecimento, capital, pessoal adestrado para atender à freguesia –, tudo criando possibilidade de lucros para o comerciante.

Tem o aviamento valor patrimonial e é comum ao ser transferido o estabelecimento comercial dar-se a este um valor superior ao real. Essa diferença entre o valor real e o da venda do estabelecimento é o preço do aviamento. Alguns autores o denominam de *luvas* ou *chaves*, termos especialmente empregados para a valorização do ponto comercial. De qualquer modo, entendendo-se o aviamento como o conjunto de elementos que tornam o estabelecimento bem afreguesado e, assim, capaz de possibilitar maiores lucros ao comerciante, adquire ele um valor

patrimonial que se efetiva por ocasião da alienação, com um preço de venda superior ao preço real das mercadorias, móveis ou imóveis que dele façam parte.

Como elemento do aviamento, com um valor tão destacado que alguns autores o consideram como um bem isolado do aviamento, encontra-se a *freguesia*, ou seja, o conjunto de pessoas que habitualmente fazem suas compras no mesmo estabelecimento comercial. Na realidade, a freguesia depende do aviamento, sendo, assim, uma consequência desse, não se concebendo um estabelecimento bem afreguesado, se não for bem aviado, ou seja, se não contar com um aparelhamento capaz de atrair os fregueses. Sendo a freguesia o elemento consumidor para o qual constantemente se voltam as atenções do comerciante, já que o sucesso do negócio está diretamente ligado à clientela, veri ca-se que todos os esforços do comerciante, ao aparelhar seu estabelecimento comercial, se dirigem para esse elemento, razão pela qual se pode dizer que o fundo de comércio é um conjunto de elementos constituídos pelo comerciante no sentido de tornar seu estabelecimento capaz de atrair a freguesia. Este será, em resumo, o ponto para que convergem todas as atenções do comerciante. Constitui, desse modo, o elemento preponderante das atividades comerciais, pois é o fator que vai possibilitar a realização do objetivo econômico do comerciante, que adquire mercadorias do produtor justamente com a nalidade de transferi-las a outras pessoas, dessa operação mediadora auferindo lucros.

8V. Antônio Marttns Filho, *Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual*, Fortaleza, 1950.

9O Direito brasileiro está dando passos posittvos para o reconhecimento pleno da separação do patrimônio do comerciante individual. Assim, deve este fazer duas declarações de renda, uma como pessoa ffsica e outra como comerciante. Isso signi ca que a própria lei reconhece que há um patrimônio do comerciante individual diverso do patrimônio parttcular da pessoa ffsica que exerce o comércio. Por outro lado, se o comerciante individual vende um imóvel que está contabilizado como fazendo parte do seu acervo comercial, não necessita da outorga uxória, indispensável nas transações sobre imóveis de pessoas casadas.

A responsabilidade limitada do comerciante individual é reconhecida legalmente no Peru (Lei nº 21.621, de 14 de setembro de 1976). Também o Código de Comércio da Costa Rica, com a reforma da Lei nº 4.327, de 17 de fevereiro de 1969, admittu e regulou a "empresa individual de responsabilidade limitada" (arts. 9º a 16).

10Em princípio, pode-se classi car a rma acrescida de palavras que não os nomes dos sócios e a expressão *e companhia (& Cia.)* como *denominação,* já que a rma deve trazer apenas nomes de sócios. No caso das sociedades em comandita por ações, em que o nome do sócio na rma denota ter essa responsabilidade ilimitada, o fato se deve à natureza da sociedade e não propriamente ao nome social, já que este obrigatoriamente trará a expressão *comandita por ações*, denotando que há sócios de responsabilidade ilimitada. Tanto que, usando como denominação um nome de fantasia, os terceiros sabem que naquela sociedade há sócios de responsabilidade ilimitada, denunciados pela referida expressão *comandita por ações*.

11Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. V, I parte, nº 8.

12Waldemar Ferreira, *Instttuições*, vol. II, pp. 131 e segs.

13Waldemar Ferreira, *Instttuições*, vol. II, 1º tomo, p. 224.

14Cf. Waldemar Ferreira, *Instttuições*, vol. II, 1º tomo, pp. 115 e segs.

II
ELEMENTOS CORPÓREOS

437. Divisão dos Elementos Corpóreos – Não são apenas os elementos incorpóreos, constantes do nome comercial e seus acessórios, da propriedade comercial e industrial e da propriedade imaterial que constituem o fundo de comércio. Também dele fazem parte elementos corpóreos, móveis ou imóveis, desde que destinados ao exercício das atividades pro ssionais do comerciante.

I – *Móveis*

438. Mercadorias – É o empresário um intermediário e, nessa qualidade, adquire, dos produtores ou industriais, mercadorias que se destinam a ser vendidas a terceiros, com o intuito de auferir lucros dessas operações. Chamam-se mercadorias as coisas que os empresários adquirem com a nalidade especí ca de revender. Daí conceituar um tratadista as mercadorias como "coisas móveis, consideradas como objeto de circulação comercial".[15] Desse conceito se conclui que não se consideram mercadorias os imóveis e as coisas móveis fora do comércio.

439. Mercadorias, Gêneros, Fazendas e Efeitos – O Código Comercial emprega como sinônimas de mercadorias as palavras *gêneros* (arts. 87, 88, 89, 90 etc.), *fazendas* (arts. 70, 72 etc.) e *efeitos* (arts. 70, 88, nº 91, 92 etc.). Deve-se, contudo, conforme esclarece Carvalho de Mendonça,[16] considerar a palavra *gêneros* como *produtos da terra* e a palavra *efeitos* como *papéis* ou *títulos de crédito*. A palavra *fazendas* pode signi car mercadorias, no sentido genérico, mas é utilizada correntemente com o sentido restrito de tecidos, panos, donde a expressão *loja de fazendas.*

Embora revogada a parte primeira do Código Comercial, no senso do artigo 2.045 das disposições nais e transitórias, a teoria geral do moderno Direito Empresarial empresta categoria de relevo à palavra *mercadoria,* no sentido da organi- zação da empresa, e dos gêneros, também dos efeitos e fazendas, umas em maior outras em menor porte, devido à função plural da atividade empresarial e a diversi- cação, na prática, de padrões mais condizentes com a evolução do sistema.

440. Acessórios do Estabelecimento Empresarial – Ao lado das mercadorias destinadas à revenda pelo empresário fazem parte do fundo de comércio, de modo igual, nele se compreendendo os acessórios do estabelecimento comercial, abarcando os móveis que são utilizados nas atividades pro ssionais, tais como mobiliário, estantes, carteiras, tapetes, quadros, vitrinas, armários etc. Fazem esses bens parte do estabelecimento comercial com o objetivo de equipá-lo para que possa o empresário realizar sua nalidade máxima, que é atrair fregueses visando lucros nas suas transações. Destarte, ao ser alienado o estabelecimento, esses móveis guram no fundo de comércio, integrando o patrimônio do comerciante.

Nesse diapasão, o Código Civil em vigor, no art. 1.144, estabelece que, na hipótese de alienação, usufruto ou arrendamento do estabelecimento, o ato somente terá efeitos em relação a terceiros depois de ser averbado à margem da inscrição do empresário ou da sociedade empresária no Registro Público de Empresas Mercantis e for publicado pela imprensa o cial.

II – *Imóveis*

441. A Incorporação dos Imóveis ao Fundo de Comércio – Observamos anteriormente, desde tempos passados, que os imóveis não fazem parte da órbita do Direito Empresarial, muito embora possam ser adquiridos para

revenda com to de lucro. No entanto, quando os imóveis pertencem ao empresário, para o seu estabelecimento ou para um serviço necessário à empresa comercial – tais como armazéns para depósitos de mercadorias, prédios apropriados para a instalação de usinas, estacionamentos para cargas etc. –, esses imóveis se incorporam ao fundo de comércio e, na hipótese de ser vendido o estabelecimento comercial, guram no mesmo, salvo se de modo diverso car estipulado pelos contratantes.

Reveste-se o imóvel de caráter de bem comercial pela sua destinação, do mesmo modo que um imóvel do qual o empresário se utiliza para expor os seus produtos se torna elemento do fundo de comércio, muito embora se distinga da mercadoria, que é adquirida para revender.

Não faz, na verdade, o empresário, pro ssão de alienar imóveis usados para o seu estabelecimento; como, porém, esses bens integram o seu patrimônio comercial e a ele estão ligados pelo uso a que são destinados, cam compreendidos no fundo de comércio e podem ser alienados englobadamente com os demais elementos componentes deste.

442. Imóveis Pertencentes ao Empresário Individual – Quando o empresário é pessoa jurídica, ou seja, sociedade empresária, se torna facílima a incorporação do imóvel no fundo de comércio, pois o patrimônio da sociedade se constitui de todos os bens que ela possui. Em se cuidando, no entanto, de empresário individual, há di culdade de se inserir o imóvel no fundo de comércio, visto não ser admitida a divisão do patrimônio de pessoa física que exerce individualmente a pro ssão comercial. A questão se torna mais complicada, pois incorporando-se o imóvel, destinado pelo empresário individual ao seu negócio, mesmo adquirido com os lucros neste obtidos, ao seu patrimônio, a alienação do mesmo requer a outorga uxória, na diretriz do regime matrimonial existente, podendo criar embaraços à alienação.

Comungamos do ponto de vista no sentido de que o patrimônio da pessoa física pode e deve ser dividido, admitindo-se, assim, que o empresário individual tenha patrimônio comercial separado do civil, como enfocamos no trato da limitação da responsabilidade do empresário individual (nº 74). No caso em comento, pertencendo o imóvel ao patrimônio comercial do empresário individual (o que se denota mediante consulta à escrituração nos livros comerciais), a sua alienação não requererá outorga uxória, eis que a gura do empresário se destacava da gura individual. Os bens particulares do empresário poderiam servir de garantia subsidiária das obrigações contraídas, como aliás ocorre com os sócios de responsabilidade ilimitada das sociedades empresárias. Referido ponto de vista, aduzimos, é passível de discussão, porque inúmeros são os problemas advindos.

O atual Código Civil veio solucionar a matéria, cujo artigo 978 é claro no trato do assunto:

> "O empresário casado pode, sem necessidade da outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real".

Desta forma, não há se cogitar de qualquer proibição à venda ou ônus real, com o intuito de tornar facilitado ao terceiro ter segurança e con ança na negociação, sem qualquer restrição ou eventual fator negativo impediente da negociação.

Ademais, tornam-se obrigatórios a averbação e o respectivo arquivamento dos pactos e declarações antenupciais do empresário, a título de doação, herança ou legado, de bens clausulados de incomunicabilidade ou inalienabilidade, a teor do artigo 979 do Código Civil em vigor.

De modo interessante, a decisão que decreta ou homologa a separação judicial do empresário e o ato de sua reconciliação, ambos não podem ser opostos a terceiros, antes de arquivados e averbados no Registro Público de Empresas Mercantis, consoante o artigo 980 do epigrafado diploma normativo.

15Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. V, 1ª parte, p. 28.

16Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. V, 1ª parte, pp. 29-30; Waldemar Ferreira, *Instttuições*, vol. II, 1º tomo, pp. 98 e segs.

XXX
CONCORRÊNCIA DESLEAL

443. Da Concorrência nas Relações Comerciais – O exercício da atividade empresarial por pro ssionais conduz, naturalmente, à concorrência, que, se bem realizada, tem forma salutar. Essa se manifesta de vários modos, seja na apresentação dos produtos, no sistema de vendas, por meio de preços módicos, ou facilidades no pagamento. Contudo, a competição comercial deve ser leal e sincera, transparente, eis que a boa-fé é o símbolo fundamental mais destacado da relação empresarial.

No entanto, muitas vezes isso não ocorre. Empresários e industriais inescrupulosos buscam, comumente, utilizar-se, de maneira ilegal, dos elementos que constituem a base do êxito dos concorrentes para auferir vantagens com o uso dos mesmos. O fenômeno se chama concorrência desleal, sendo que a Lei nº 9.279, de 1996, capitula (art. 195) vários e diversos casos em que tais processos sinalizam o crime denominado "de concorrência desleal", reproduzindo quase que integralmente o art. 178 do Dec.-Lei nº 7.903, de 1945, mantido em vigor sob a égide da Lei nº 5.772, de 1971.

De fato, com a privatização de centros empresariais poderosos e a entrega em mãos de controladores estrangeiros, sem a experiência ainda no mercado regulador e na repressão, comumente aparece a gura da concorrência desleal, na forma de preços arti ciais sob a con guração de *dumping*, imitação de produtos, e invariavelmente a venda desabrida de mercadorias de renome, como se originais fossem, com o valor estrategicamente inferior.

O modelo relativo à concorrência desleal foi substancialmente modi cado pela Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011, com o prazo de 180 dias de *vacatio legis*, estabelecendo uma estrutura correspondente ao sistema brasileiro de defesa da concorrência, revogando diversos diplomas normativos, dotando o país de mecanismo transparente para enfrentar os desa os de uma economia globalizada.

Com efeito, a grande reclamação em relação à estrutura do Cade se fazia no sentido da demora em apreciar os fatos, sem a mesma velocidade dos processos societários, e ainda subordinado à discussão judicial, como no caso da empresa Garoto.

No entanto, com a vigência da Lei nº 12.529/2011, sem sombra de dúvida, reformula-se por completo o panorama, na medida em que os atos de concentração passam a ter controle preventivo, quando envolverem operações, entre grupos econômicos, com faturamento bruto ou volume de negócios de R$ 400 milhões, ou, ainda, por outro grupo envolvido, faturamento de R$ 30 milhões (art. 88, incisos I e II).

O legislador, ao disciplinar o modelo de concorrência, procurou frear as infrações prejudiciais à livre-iniciativa ou livre concorrência, domínio de mercado relevante de bens e serviços, o aumento arbitrário dos lucros e a chamada posição dominante.

E a globalização da economia e, ao mesmo tempo, a crise que não dá tréguas, sem tempo diagnosticado de ser encerrada, tudo isso prognostica processo societário de aumento do domínio econômico e posições de grandes conglomerados, os quais a autoridade scalizadora, por meio da lei, passa a ter comando direto.

O diploma normativo será, portanto, testado e desa ado, contemplando 128 artigos, tendo revogado a Lei nº 9781/99, os artigos 5º e 6º da Lei nº 8137/90 e também os artigos 1º a 85 e 88 a 93 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

Somente o tempo e a aplicação da lei poderão demonstrar o seu acerto e, por consequência, maior visibilidade, dotada de transparência para que o órgão de controle se manifeste preventivamente e apure, também com auxilio de outras entidades, a prática de controle ou de abuso nocivas e perniciosas ao consumidor.

Na visão sempre lembrada de Tullio Ascarelli[17] a disciplina da concorrência desleal não se prende pois a uma limitação da concorrência, mas a um meio necessário de se disciplinar o mercado de modo complementar, eis que caso

contrário a competição entre os empresários não teria limites, interferindo na tutela do consumidor e na segurança do mercado.

A realidade mostra que a concorrência desleal cada vez mais se aperfeiçoa com técnicas e recursos aprimorados, a ludibriar a boa-fé, pelo elemento subjetivo, e impor graves danos à ordem econômica, pelo aspecto objetivo da tipicidade delituosa.

Na lição de Guglielmetti[18] a visão sobre a teoria envolvendo a concorrência desleal, de seu turno, fez com que o legislador criasse um verdadeiro instituto jurídico, na de nição de um fato típico dotado de princípios especí cos próprios.

Advertem Yves Serra e Jean Calais Auloy[19] que diante dos elementos da moderna sociedade neoliberal, no regime da economia globalizada, a concorrência perfeita não existe e nem pode existir. A concorrência não se presta a fazer a felicidade dos consumidores, eis a razão pelo qual, em todas as economias de mercado, são protegidos para se evitar fatalmente os desacertos.

Destarte, comete crime de concorrência desleal, nos termos do art. 195 da Lei de Propriedade Industrial, quem:

I – publica, por qualquer meio, falsa a rmação, em detrimento de concorrente, com o m de obter vantagem. O conceito do comerciante sofre com essa falsa a rmação, enquanto que o detrator se bene cia com o fato. Baseando-se o comércio no crédito e na lisura das transações, uma a rmação infundada pode ter consequências muito sérias para aquele que a sofre, merecendo, por isso, tal fato ser punido com severidade;

II – presta ou divulga, acerca do concorrente, falsa informação, com o m de obter vantagem. A legislação anteriormente em vigor utilizava-se da palavra lucro em lugar de vantagem, devendo-se reconhecer o acerto da atual redação por sua maior abrangência, podendo a vantagem obtida ser direta ou indireta. O crime tem na falsidade da informação a sua principal caracterização;

III – emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem. Já vimos que o elemento mais preponderante do fundo de comércio é, sem dúvida, a clientela, ou freguesia, pois todas as atividades do comerciante se voltam para ela. Desviar, de modo fraudulento, a freguesia do comerciante é causar-lhe sério prejuízo, pois é da freguesia que o comerciante vai obter lucros com a venda das mercadorias adquiridas ao produtor. Com trabalho muitas vezes penoso, o comerciante constitui uma freguesia certa, que tem in uência considerável na marcha dos seus negócios. O desvio dessa freguesia, por meios fraudulentos, ou o simples emprego desses meios para desviá-la, constitui crime merecedor da sanção penal, que a lei estabelece;

IV – usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimento;

V – usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

VI – substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;

VII – atribui-se como meio de propaganda recompensa ou distinção que não obteve;

VIII – vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto alterado ou falsi cado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsi cado, se o fato não constitui crime mais grave;

IX – dá ou promete dar dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;

X – recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar a vantagem a concorrente do empregador;

XI – divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados con denciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou

que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

XII – divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou

XIII – vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não seja, ou menciona-se, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;

XIV – divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Por não serem objeto de registro os sinais e expressões de propaganda, títulos de estabelecimento e as insígnias objeto de registro, segundo os termos da Lei nº 9.279, de 1996, o legislador inclui na disciplina do art. 195, IV e V, o uso indevido desses sinais como tipo penal, garantindo-lhes, assim, proteção legal.

Outros atos, porém, não mencionados na lei, podem causar prejuízos ao comerciante, seja prejudicando a sua reputação, seja atingindo os seus negócios, ou, ainda, causando confusão entre estabelecimentos comerciais ou industriais ou entre mercadorias e produtos postos no comércio. Ocorrendo um desses atos, o prejudicado tem o direito de haver perdas e danos pelos prejuízos sofridos, nos termos expressos do art. 209 da Lei de Propriedade Industrial. Baseando-se o exercício do comércio na sinceridade dos comerciantes mediante uma competição honesta, atos que os prejudiquem com a nalidade de carrear para os seus concorrentes lucros indevidos serão punidos como concorrência desleal, já mediante a aplicação das penas na lei estipuladas, já pela apuração de perdas e danos sofridos pela parte lesada.

Na realidade, a concorrência desleal representa um risco ao consumidor, um dano ao mercado e a latência se reproduz, quanto menor o controle, scalização e consequente repressão, daí porque a simples busca e apreensão de produtos imitando marcas famosas têm o condão paliativo de inibir, mas não de impedir que se prossiga adiante na empreitada delituosa.

Falta um nexo que leve à indenização, pela falta de patrimônio que os culpados, por si só, representam, e na di culdade de se tentar mensurar o ditado pelo prejuízo patrimonial.

Nenhuma dúvida paira no ar que o Brasil perde vultosa soma em razão dessa quantidade signi cativa de produtos fraudulentos, a exemplo de roupas, mercadorias famosas, discos e cd, tudo entra na rotina da deslealdade com o escopo de obter o lucro ilícito.

En m, a punição deve ser bastante rigorosa, notadamente na esfera penal que visa privilegiar o bom produto e sancionar aquele atravessador e aproveitador ocasional de mercado, única fórmula e razoável solução para que não se prolifere a irregularidade.

E, se a concorrência reputada normal é naturalmente vantajosa para o mercado e o consumidor de uma forma geral, a denominada desleal, como erva daninha, constitui-se num verdadeiro cancro a ser extirpado, não apenas pela maior scalização, atenção redobrada, mas com o espírito de impor sanções rigorosas que impliquem, além do perdimento do produto, interdições do estabelecimento e de natureza penal.

17Tullio Ascarelli, *Teoria de la Concurrencia y de los Bienes Imateriales*, Barcelona, p. 168.

18Giannantonio Giglielmettt, *La Concorrenza e i Consorzi*, Torino, p. 10.

19Yves Serra e Jean Calais, *Concurrence et Consomatton*, Auloy, Dalloz, p. 122.

XXXI
DIREITOS DO CONSUMIDOR E CONCORRÊNCIA

444. Princípios Gerais e In uência no Direito Empresarial – O Código Civil priorizando o modelo das relações de consumo sob a ótica do diploma normativo nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, destacou matéria de relevo em atenção aos contratos, seus predicados e a manutenção do equilíbrio entre as partes. Contudo, a relação de consumo é mais abrangente e se espalha nos contratos envolvendo planos de saúde, bancários, de seguro, de venda e compra de produtos, de nanciamento imobiliário etc., a mostrar a capacidade de se encontrar meios que tutelam direta e rmemente o economicamente menos favorecido.

Numa situação plural de grandes empresas que produzem bens ou serviços, e uma centralização da oportunidade mediante contratos padronizados ou em massa, acontece a hipótese concreta que trata da onerosidade excessiva, da vulnerabilidade e consequente instabilidade das atividades atreladas ao negócio jurídico subjacente.

A importância macro da gura do consumidor não pode ser descartada; ao contrário, deve representar o marco fundamental que preside o movimento em torno da conquista de uma maior clientela e a sintonia na com os hábitos do seu ambiente natural para auferir maior lucratividade.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor partilhou conceito de se tratar da pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário nal, daí porque a importância do governo na dinâmica de normas que visam evitar o abuso do poder econômico, no panorama da concorrência e do grau de concentração que fere as leis de mercado.

Pensando nisso o Código Civil cogitou da desconsideração da personalidade jurídica; de modo igual o Código do Consumidor no seu artigo 28 tocou nesse ponto fundamental, ampliando o tema, na hipótese de falência, insolvência, encerramento ou inatividade provocados por má administração.

O resguardo que se busca na denominada relação consumerista traz como corolário o descortinar da inversão do ônus da prova e a responsabilidade do fabricante pelo fato do produto, criando a consciência pública de órgãos que atuam de forma direta, a exemplo do Procon, e os juizados especializados que recebem os procedimentos voltados para a tutela dessas circunstâncias práticas.

445. Consumidor e a Concorrência Empresarial – Existe um elo de verdadeira interdisciplina entre o consumidor e a técnica da concorrência, o sistema de pesos e contrapesos que gera uma tendência lógica de vaso comunicante para se evitar o abuso e restringir os domínios de mercado.

A interação se mostra permanente na medida em que os consumidores são as ferramentas indispensáveis que alimentam a concorrência, na qualidade da boa propaganda e na eventualidade da exata publicidade; a partir desse fato os produtos nacionais e estrangeiros passam a ser dotados de características informativas, mostrando o prazo de validade e ainda as calorias para reverter em proveito da saúde, da vida e o próprio bem-estar da sociedade.

De fato, no âmago do direito da concorrência surgem alguns predicados contrários aos interesses dos consumidores; assim, a proteção do consumidor e da concorrência algumas vezes não se harmonizam, mas em ambos os casos sobressai um interesse coletivo, orgânico, difuso, que perfaz sua razão de ser no escopo de atingir a sociedade.

Dentro desse âmbito, o convívio entre o direito do consumidor e da concorrência pode inibir ou estimular um ao outro, isolada ou conjuntamente, dependendo do instrumento, cujo mecanismo serve de tônica à regulação do mercado e subsídio ao livre equilíbrio das forças.

Entretanto, nos países de economia em desenvolvimento, fundamental é o papel desempenhado pelo Estado na gestão desses fatores, na prevenção dos impasses e no encontro dinâmico de soluções.

É que muitas vezes o consumidor é premido pela concorrência e lhe falta uma melhor opção diante de certas categorias de produtos, mercadorias, ou serviços, mormente quando existe um quadro ditando linha de nivelamento de preços e um ganho excepcional favorecendo determinados setores da economia.

O que é preciso fazer é deixar o mercado funcionando, na qualidade e na transparência, por meio de uma política dinâmica que alimente a concorrência entre produtos e serviços.

A di culdade maior que tem sido observada no momento de reestruturação do Estado brasileiro marcha na direção da formulação de regras próprias, porque, se de um lado há um excesso protecionista do consumidor, de outro existe um reclamo geral baseado na perspectiva do contingenciamento da atividade e restrição ao seu desenvolvimento.

Entretanto, num aspecto no qual o Estado oferece parcos serviços e se ocupa de uma produção meramente scalista, o entrechoque de interesses entre o consumidor e a concorrência mostra tendência de se elevar, na justa dicção da formação de grupos interessados na manutenção dos seus privilégios e o contorno de quaisquer limitações por intermédio do exercício da atividade em larga escala e com um mercado crescente.

A retrospectiva delineia a necessidade de uma concorrência plural que venha estrategicamente proliferar, sem alterar a qualidade do produto ou a natureza do serviço prestado, mas haverá de monitorar a relação que empresta brilho ao consumidor, intencionando dessa maneira privilegiar a continuidade da atividade econômica, porém submetida às regras gerais que governam a livre-iniciativa no regime de grandes empresas que se enquadram no estágio de governança corporativa.

Capítulo Décimo

PRESERVACÃO E RECUPERACÃO DE EMPRESA

XXXII
CRISE DA EMPRESA

446. A Empresa e sua Preservação – Muito se debateu ao longo dos anos sobre o papel fundamental a ser preenchido pela empresa, cuja conotação disciplina uma função social constitucionalmente prevista, a tal ponto de se delimitar a ação do Estado, dos agentes no momento da eclosão de crise, visando assim sujeitar às leis concorrenciais, ou simplesmente dispor de aparato su ciente à salvaguarda do negócio empresarial.

Não se trata de assunto simples e de solução preparada, mas da reforma de princípios e conceitos em torno da preservação da empresa em crise. Sabemos que as leis, prestigiando o modelo neoliberal e globalizante, propugnam uma concentração cada vez maior e o afunilamento em torno da transparência dos negócios econômicos.

Na realidade, a dúvida consistia em saber o papel do Estado liberal diante das empresas e suas crises, qual seria a respectiva participação e o calibre da reforma normativa, haja vista o Decreto-Lei nº 7.661/45, sem condição alguma de gerir o mecanismo de recuperação da empresa.

Adveio assim a Lei nº 11.101/05, cujo principal aspecto consubstancia a estratégia de rever o instituto da concordata e remodelar a insolvência formatando preceitos de conservação dos ativos.

Enfrentando o tema, na França, Yves Guyon[1] dizia que o mundo judiciário gasta muito tempo e energia de dinheiro para um resultado que considera medíocre. Segundo ele, parafraseando o Evangelho, seria preferível deixar às economias mortas o cuidado de enterrar as empresas falecidas, pois o melhor direito das empresas em di culdade seria de não ter empresas em crise, prestigiando uma economia salutar.

Seja qual for a projeção deste ponto de vista, as economias periféricas e de blocos econômicos incipientes, a exemplo do Brasil, não podem ter despreocupação em torno do assunto, diante das crises que empurram resultados sociais negativos e acalentam aumento da criminalidade, afora a integração do Estado nesta fatia do social perdido.

447. Diagnóstico da Crise e Recuperação – Antevista a crise da empresa como sendo um processo transitório que leva a um ajuste nas estruturas de produção e manutenção dos seus custos, priorizando a fomentação de instrumentalizar a atividade, o legislador editou a Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, entrando em vigor em 09 de junho de 2005, e assim preservando as empresas em di culdade.

Na quadra segmentada, a crise deve ser vista com traço cientí co e papel de rápido enfrentamento, debelando no seu nascedouro as consequências desagradáveis da insolvência e decretação da quebra.

Proclamam Phillippe Peyramaure e Pierre Sardet[2] que, frente à crise da empresa, três mecanismos se mostram imperativos e inadiáveis, quais sejam: a rapidez da reação, o realismo e a descrição, tudo objetivando medidas que revertam o problema e assegurem à atividade poder de recuperação.

O direito comparado começou a se tornar presente no tema a partir da Segunda Grande Guerra e evidenciava traços de leve intervenção a partir do *déblacle* de 1929, e nesta situação, portanto, França, Espanha, Portugal e Alemanha cuidam da crise, e o modelo americano enfrenta no *Chapter Eleven* os interesses de assegurar a continuidade dos negócios.

No Brasil, o projeto fora discutido por mais de uma década, mas as in uências e interferências do Executivo e vindas de fora exibilizaram a tendência de proteger os assalariados e manter harmonia entre a classi cação dos créditos.

Verdadeiramente, o País perde milhares de postos de serviço com a quebradeira, tendo, na ponta, duplo fator estimulante a alta taxa de juros e a carga tributária, sendo o Estado o maior algoz das atividades que sem outras opções derivam e naufragam.

Veri camos que o privilégio do crédito é retirado no direito concursal Europeu e se conferem ao juízo certas regalias em direção à equalização do quadro geral, podendo inclusive desclassi car, excluir ou reduzir as garantias e respectivos percentuais.

Os elementos que cuidam da recuperação judicial e extrajudicial podem ser encontrados na Lei nº 11.101/05, contendo várias alternativas, e desburocratizando as intervenções do juízo e Ministério Público.

Em resumo, é essencial plano especial, para micro e pequena empresa, cujo objetivo é a aprovação pela assembleia, prazo máximo de pagamento 36 meses, e adoção da taxa Selic, de acordo com as alterações provenientes da LC nº 147/2014.

Na sua inteligência, o referido diploma normativo possibilita que o plano se estenda não apenas aos credores quirografários, mas sim a todos eles, excetuando-se créditos de repasse de recursos o ciais, aqueles scais, e os contemplados no art. 49, §§ 3º e 4º, da Lei 11.101/05.

O plano poderá ainda ser dotado de abatimento dos valores das dívidas, porém, se houver objeção de credores titulares de mais de metade de qualquer classe, a teor do art. 83 da Lei de Recuperação, o juízo julgará improcedente o pedido e decretará a quebra, conforme a nova redação do art. 72, parágrafo único, introduzida pela LC nº 147/2014.

448. Recuperação e seu Procedimento – Em linhas gerais, a recuperação tanto judicial como extrajudicial, previstas na legislação, visam ao exaurimento dos meios instrumentais para se evitar a falência da empresa em crise, mantendo os empregos, a arrecadação, fornecedores e acima de tudo o nome com o respectivo conceito no mercado.

O procedimento de recuperação abarca a demonstração da viabilidade do negócio, podendo haver o afastamento do controlador ou sócio administrador em casos excepcionais, donde é fundamental assinalar as causas da crise e os remédios em torno da execução do plano.

Visualiza-se uma pluralidade de alternativas em razão da recuperação judicial, levando em conta o custo/benefício e a situação real da empresa, cujo administrador judicial se encarregará de monitorar e apresentar os relatórios ao juízo, enquanto grandes empresas terão um comitê de credores com idêntica tarefa.

A recuperação tanto se aplica às empresas de grande porte como às pequenas e micro, as quais seguem um plano dito especial, envolvendo apenas credores quirografários, com o intuito de manter o recolhimento da folha de pagamento e demais encargos scais, regidos pela disciplina tributária do regime denominado Simples.

Dentre as modalidades recuperatórias podemos citar mudança do controle societário, substituição parcial ou total dos administradores, aumento do capital social, redução salarial, venda parcial de bens, emissão de valores mobiliários etc.

As medidas adotadas poderão encerrar um conjunto que se coadune com o estado de crise e impacto de choque para debelar o passivo e diluir as condições de vencimento, com alongamento e redução dos valores em prol da empresa.

Relatava com propriedade o saudoso professor Nelson Abrão[3] a passagem do conceito privado para aquele público que se faz comum na empresa em crise, de modo a retirar a via liquidatária e solutória pelo caminho da conservação da atividade econômica.

E, nesta quadra, ousou o legislador querendo dilargar as hipóteses de recuperação e reduzir o assombro das falências decretadas, cujo maior número atinge invariavelmente atividades de pequeno e médio portes, aquelas que mais contratam mão de obra e serviços na conjuntura moderna.

Na recuperação extrajudicial, o próprio devedor se incumbe de conseguir "quórum" e levar à homologação o plano que pretende executar, sem preterir credores ou reduzir suas garantias.

449. Responsabilidade Tributária e Trabalhista – Com a introdução da Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, e a revisão da previsão da sucessão trabalhista, os pilares da reforma inseriram diagramas distintos e favoráveis ao estado de recuperação da empresa em crise.

Com razão, o empresário em di culdade não precisa manter o enraizamento das dívidas acaso aliene parcialmente algumas unidades da sua atividade, e, consequentemente, o adquirente não assume o passivo tributário, menos ainda aquele trabalhista.

É certo que várias restrições incidem no crédito trabalhista, desde os 5 salários mínimos, quando ocorrer a quebra, a título de remuneração devida nos 90 dias anteriores à falência e outrossim o teto de 150 salários, destacando classi cação harmônica com a utilidade de preservar a empresa.

Encargos nanceiros, ladeados daqueles trabalhistas e tributários somados inviabilizam qualquer empresa. Pensando nisso, o legislador edi cou preceito que permite a livre negociação, eliminando a sucessão tributária e aquela de natureza trabalhista.

De outro ângulo, o sco nunca sai perdendo neste campo, uma vez que ainda possui a via da penhora *on-line,* as execuções não cam suspensas e não estará sujeito à habilitação do crédito.

Contrariamente ao que se propunha, a previsão da classe trabalhadora fomenta restrição e sacrifícios, mas se cogitarmos a continuidade do negócio, os empregados seriam os mais privilegiados, porque de nada adianta querer receber e perder o emprego com o fechamento da empresa.

Veri ca-se que a Lei nº 11.101/05 torna mais rápida e efetiva a apuração dos ativos com a possibilidade de arrendamento, usufruto, cessão, venda parcial e outros processos societários, a traduzirem completo estado de crise em transformação.

A revogada legislação de 1945 disso não tratava, acerca da matéria da crise, e esgotada a sua nalidade, melhor foi preconizar a cessação do estado de insolvência, por meios e cientes de recuperação.

A dúvida em relação à obtenção da certidão negativa tributária, para efeito de recuperação, não se localiza mais pela razão da renegociação baseada no Re s ou lei ordinária que regule aquela complementar (118/05), de tal modo que o devedor não ca aprisionado ao passivo e à restrição de crédito junto ao mercado.

Essencialmente, a nova visão da empresa em crise implica a redução dos privilégios dos credores e um novo aceno em relação aos tributários e trabalhistas, com o rompimento do papel de manter a sucessão em detrimento da conservação da atividade empresarial.

450. O Estado Falimentar – Embora possa ser frustrada a tentativa de recuperar a empresa em crise, via judicial ou extrajudicial, dependente de homologação do juízo, a inevitável situação de quebra poderá decorrer de convolação, autofalência ou requerimento pelos interessados.

Neste diapasão, também buscou o legislador criar modelos de insolvência que dizem respeito aos valores do requerimento de quebra, no importe de 40 salários mínimos, provando-se por meio do protesto, sem inibir a soma dos valores para efeito de requerimento falimentar.

Denota-se que o prazo passa de 24 horas para 10 dias em termos de defesa, cuja contestação poderá emprestar e cácia de projetar plano de recuperação, a lacração passa a ser excepcional e a realização do ativo não ca na expectativa da feitura do passivo.

Bem antes da apresentação do quadro geral de credores, diversas medidas poderão ser adotadas que preservem os ativos, dando economicidade e efetividade processual.

Por tudo isso, a liquidação da empresa inviável deverá ser menos custosa possível e com maior agilidade, a m de evitar eternização dos procedimentos e dilapidação patrimonial, com a manutenção dos bens inativos.

Regem-se os ditames falimentares pela instrumentalidade, economia processual e maior grau de custo/benefício, evidenciando, pois, a mudança da falência-meio, para aquele resultado com o propósito de reduzir os obstáculos e minorar as di culdades de percurso.

Remodelam-se os crimes falimentares, com aumento das penas, dando-se ainda novo prisma de visão à ine cácia dos atos (art. 129) e propriamente à revogabilidade (art. 130), e sob a ótica da restituição, excepcionalmente, caberia na recuperação judicial se e somente se dela decorresse perigo à consecução do plano.

Evidente que nem todos os princípios falimentares se aplicam à metodologia da recuperação, assim, distingue-se a forma de separar os atos presumidamente de boa-fé daqueles outros com o propósito de reduzir o patrimônio ou os ativos da massa.

De qualquer sorte, somente o tempo se encarregará de dizer se o novo modelo que se introduz a partir de junho de 2005 será e ciente, dinâmico e acima de tudo capaz de reestruturar a empresa em crise e mentalizar ao máximo a potencialidade dos efeitos nefastos da falência.

Nitidamente, as pequenas e médias empresas correm agora na direção de vertentes que impulsionem os negócios e minorem os riscos, mediante investimentos e assegurando, na sua nalidade, uma agregação de valores consentâneos com a propulsão da livre-iniciativa.

1Yves Guyon, *Droit des A aires*, 9e éditton, Paris, Econômica, 2003, tome 2.

2Phillippe Peyramaure e Pierre Sardet, *L'entreprise en di culté*, 3e éditton, Paris, Delmas, 2002.

3Nelson Abrão, *O novo direito falimentar*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1985.

XXXIII
ROUPAGEM DO SERVIÇO PÚBLICO

451. Formatação do Serviço Público – O princípio da desestatização foi coroado com a menor presença possível nas atividades empresárias, exceto aquelas consideradas essenciais, mantida a forma primacial de sociedade de economia mista.

Coube ao Estado Brasileiro rede nir mediante procedimentos voltados à realidade da sociedade, uma típica característica de concessão, delegação ou por meio de parcerias.

Indistintamente, todos os setores, de transporte, de rodovias, de mineração, de ferrovias, de portos e de aeroportos etc., seguiram um modelo de privatização; com isso também vários bancos estatais foram vendidos, e os capitais nacional e estrangeiro se privilegiaram da exploração do serviço público.

Basta veri car a telefonia móvel celular contando com mais de cem milhões de usuários e, nessa vertente, a con guração de empresas, dentre as quais muitas em consórcio, ou com apoio do BNDES, passaram a deter o controle do serviço junto ao consumidor nal.

É fundamental realçar que, nos setores de energia, água, saneamento, educação e em tantos outros, abriram-se diversas oportunidades com o surgimento de empresas internacionais e nacionais, controladas pela agência reguladora.

O Estado mínimo, cuja mão invisível apenas surge em tempos de crise, renova o neoliberalismo e os aspectos fundamentais que encerram a globalização.

As novas sociedades empresárias, atentas aos editais e às diversas etapas de concessão ou parceria, projetam investimentos e, em algumas modalidades, não sofrem concorrência, haja vista o estado monopolista, ou às vezes do duopólio.

Referidos empreendimentos, como pressupostos, buscam o lucro e a máxima desoneração do Estado no atendimento dos serviços à população. Vejamos, a propósito, o sistema de saúde, no qual mais de 50 milhões de brasileiros estão adstritos à chamada facultatividade da saúde suplementar.

Despojando-se da sua leniência e de resultados malsucedidos, o Estado passa a gerenciar o serviço por meio de agências reguladoras, a exemplo, ANEEL, ANATEL, ANAC etc., porém os ltros de acesso da população são insu cientes, e os consumidores sofrem com os custos e a má qualidade impregnada em boa parte dos casos.

A posição privilegiada de certas empresas na exploração delegada do serviço público, vez ou outra, con gura abuso do poder econômico e, a esse respeito, temos presente o CADE ao lado da Secretaria de Direito Econômico.

A partir da entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011 disciplinando o sistema brasileiro da concorrência, cujo objetivo permeia maior proteção ao consumidor na prestação do serviço e na realização de atividades que possam ensejar concentração, posição dominante ou aumento dos lucros.

Efetivamente, fruto da privatização, muitas empresas hoje em dia exploram os serviços públicos, de transportes, de telefonia, portos e aeroportos, sendo que, entre elas, ocorrem verdadeiras parcerias e também processos societários que acabam eliminando a concorrência e obrigando o consumidor a car sem opção.

Bem nesta diretriz, sem qualquer dúvida, a Lei nº 12.529/2011 representa um reforço substancial para reprimir quaisquer atividades contrárias à ordem econômica, deixando sadia a livre-iniciativa, reformulando o procedimento administrativo e alterando o tipo legal penal.

Na lição sempre atual de Benjamin M. Shieber,[1] as empresas pretendem dominar os mercados e eliminar a concorrência, o que no cenário local se torna mais fácil quando em face de uma situação de monopólio ou de simples duopólio, quando observamos os preços praticados perante a relação consumerista.

Importante destacar que as sociedades empresárias que exploram o nicho do serviço se subordinam às regras das companhias abertas, e muitas delas em nível de governança corporativas, prestando informações ao mercado e sujeitando-se à scalização da Comissão de Valores Mobiliários.

Sentimos uma relativa melhora em alguns setores, mas um absoluto *non sense* em outros, principalmente se olharmos o modelo espelho das telefonias, com graves problemas, constantes intervenções do BNDES e fundos de pensão, afora o custo elevado.

Arnoldo Wald e outros,[2] analisando as Leis nos 8.987/95 e 9.074/95, evidenciam a evolução do capitalismo na Europa e nos EUA, dando ênfase à primazia da empresa, cujo interesse social permeia suas relações e materializa seu relevo na economia concorrencial.

452. Prestação do Serviço Público – Frisamos que o Estado se retirou de cena e con ou o papel da atividade econômica às empresas por intermédio de procedimentos que, em princípio, davam transparência e visibilidade inclusive pagamento de ágios e outras performances, cujas incongruências foram constatadas posteriormente.

Fato é que, nos editais, verdadeiras normas programáticas, não poderia subsistir conotação de predominância no mercado ou algum tipo de monopólio, a m de privilegiar a livre concorrência.

Contudo, empresas que se propuseram à telefonia xa por meio de arquitetura societária, logo em seguida, estavam no ramo da telefonia móvel celular, banda larga, televisão digital etc. Assim, a regulação e a consequente scalização passaram a experimentar sérias di culdades.

Considerado um País em desenvolvimento, o Brasil conta com uma poupança interna muito pequena se comparada a outras Nações. No entanto, a essencialidade do serviço público evidenciou, no mais das vezes, a percepção clara e nítida do lucro, ao lado do predomínio de mercado.

Efetivamente, as empresas passaram a se associar e também a terceirizar alguns serviços, prejudicando, dessa forma, o consumidor, vítima dos percalços de mínima concorrência e da sujeição aos apagões e panes.

A propósito, calha a lição sempre oportuna de Ivo Waisberg[3] quando sublinha que o nível díspar de desenvolvimento pede diferentes objetivos legais, os quais não podem ser enclausurados no viés da e ciência econômica. Destarte, as realidades social e política in uenciam os objetivos e as próprias leis.

Ainda que possa o Estado que delegou o serviço público, em hipóteses estabelecidas, resgatar e encampá-lo novamente, a preferência tem sido alocar recursos inclusive do BNDES, para efeito de manter a premissa da atividade empresarial.

Em face do aumento de reclamações, não obstante o esforço do Procon em elencar as queixas mais comuns, faz-se necessária uma solução rápida e e ciente, capaz de oferecer alternativas favoráveis ao consumidor.

Criticam-se o modelo, a forma da remuneração, a divisão exploratória e a percepção de uma roupagem ainda incipiente, mas repleta de nuances, sem adaptação do mecanismo de funcionamento do mercado interno pelas empresas estrangeiras, fazendo com que algumas não mais se interessem em permanecer no país com seus investimentos.

Os padrões europeu e americano são muito distintos e adaptá-los à realidade nacional é quase impossível, mas a continuidade do serviço é fundamental e indissociável da capacidade, com a preocupação das metas desenhadas e da visão do órgão regulador.

Chegamos a um estágio irreversível do progresso econômico, em que as atividades reputadas essenciais são feitas mediante parcerias ou concessões, a exemplo do pré-sal e de soluções pontuais destinadas à infraestrutura do Brasil.

453. Direito Concorrencial – O solopamento de algumas vigas da estrutura liberal do capitalismo contemporâneo, sem sombra de dúvida, adjetivou a necessidade ímpar de o Estado fazer o meio de campo para solucionar a crise descortinada nos mercados nanceiros, a partir da *sub-prime* no ano de 2008.

Processos de fusão aceleram a busca incessante de contornar os descaminhos da bolha e da abrupta queda de preços dos papéis no mercado de capitais.

O emergente direito concorrencial sopesa o dualismo e caminha para amenizar a crise que resulta da escassa competição mercantil e tem, como consequencia lógica, o abuso do poder econômico. Se no começo deste procedimento a realidade convergia para a discussão em torno do monopólio ou duopólio, o pós-crime repensa o momento e coloca em evidência a manutenção e ciente do sistema.

Pensamento colhido de José Julio Borges da Fonseca[4] re ete que o Diploma Normativo nº 8.884/94 sinalizou um sistema antitruste semelhante ao direito europeu, na medida em que posiciona conceitos qualitativos e quantitativos das operações de concentração subordinados ao controle.

Praticamente revogada, por inteiro, a Lei nº 8.884/1994 representou um marco, ao tempo das privatizações, sendo a matéria hoje disciplinada pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

Estruturalmente, o diploma suscitado modernizou a forma de controle e emprestou musculatura ao CADE, não apenas para adjetivar controle preventivo, porém, para impor sanções e multas, scalizando e supervisionando as entidades responsáveis pela livre-iniciativa, não prejudicando também a propositura de ações coletivas no interesse da sociedade e do próprio consumidor.

O papel que coube ao CADE passa a ter relevo e, ao mesmo tempo, marcante técnica de veri cação preventiva de compra e alienação de controle, notadamente quando houver a participação do capital estrangeiro, priorizando assim maior e ciência.

Não podemos, por outro ângulo, esquecer que, durante o período de crise, uma das alternativas, para efeito de saneamento, diz respeito à alienação da parte preservada do negócio, o que coloca em evidência o papel do CADE no ritmo da concentração e domínio de mercado.

Demonstrado o modelo, cumpre questionar até que ponto o CADE tem agilidade e mapeamento su cientes à manifestação, precedendo o processo concentracionista, uma vez que nosso contencioso administrativo, ao contrário do modelo francês, não é provido da coisa julgada.

Muitas vezes, a saída é pela preservação da empresa em crise, mas um fenômeno que se observa é o aumento de concentração do mercado. Podemos recordar os processos falimentares das empresas aéreas (Vasp, Transbrasil e Varig), que culminaram no duopólio de outras duas (Gol e TAM), situação que não se aplaude, posto que o mercado é pujante para car subordinado à prevatência de poucas empresas; daí a revisão da legislação com a possibilidade de exploração pelo capital estrangeiro.

É indispensável reconhecermos a necessidade cada vez mais ampla de regime da livre concorrência, no qual se permitam vantagens ao mercado e principalmente ao consumidor nal, com elenco de opções e demais aspectos inerentes à exploração do serviço público.

Tópico muito relevante diz respeito ao tempo de exploração concedido às empresas consideradas habilitadas, as quais reclamam que o retorno dos investimentos acontece em médio e longo prazo.

Anota com precisão invulgar o professor Calixto Salomão Filho[5] que a lei brasileira, em tese, traz única justi cativa para as condutas anticoncorrenciais: a e ciência.

Na percepção do elemento e ciência é que se classi ca a maior ou menor concorrência, porém, quando as empresas atravessam crises, e o Estado não está disposto a alocar recursos do Tesouro ou via BNDES, a hipótese residual comporta rearranjo do setor.

Excepciona-se o ângulo do domínio de mercado se a atividade enfrenta a sua própria sobrevivência com a derrocada da concorrência, sob o prisma de um processo natural, no mais das vezes, problemas de gestão e de má administração, implicando o redesenho da operação empresarial.

Forte neste aspecto há um elo muito próximo entre a capilaridade do serviço público, da concorrência, e notadamente a regra de respeito ao consumidor. Entrosados todos os elementos, obtém-se uma equação que deve proporcionar e ciência e um custo dentro dos padrões esperados.

O descontentamento em torno da atividade regulatória tem sido frequente, não apenas por causa do modelo ou da forma de remuneração, mas mediante tomada de posições que não re etem a ideologia do consumidor nal.

Criam-se con itos de interesse, cercados pelo antagonismo entre a regulação, o serviço e a xação da concorrência em razão do consumidor; daí por que a circunstância delineia a necessidade de maior e ciência na responsabilidade de supervisionar o serviço e atribuir falhas a ele, inclusive para impor sanções e penalidades.

A gura da concorrência imperfeita se incorpora ao multidisciplinar papel das empresas que exploram o serviço, mas se adjetivam o lucro, não podem deixar de lado a satisfação do cliente e a e ciência fundamental para qualquer aprovação.

Os problemas, invariavelmente, se mostram mais agudos e assistimos a paralisações, panes gerais, esgotamento da rede, má dimensão do seu alcance, tudo sem que a agência reguladora proponha soluções efetivas.

454. Tutela do Consumidor – A engrenagem de funcionamento do sistema atrelado ao serviço público na esfera da sociedade empresária, ao lado da concorrência, despertou maior número de reclamações, evidenciando, assim, uma inadequação entre o empreendedor e o respectivo destinatário do serviço.

Não basta somente, a realidade assim disciplina, colocar à disposição do público consumidor determinado serviço, antes é preciso garantir sua própria e ciência, dentro do aspecto de normalidade e constante continuidade.

Verbera o insuplantável Dominique Legeais[6] que o direito de concorrência existe para assegurar o respeito ao princípio da livre concorrência, inerente à liberdade do comércio e da indústria.

Entretanto, dois fatores decisivos se somaram à questão da tutela do consumidor; primeiro, o aumento da base piramidal daqueles para os quais o serviço se destina; o outro, igualmente relevante, a qualidade depurada pela forma publicitária de sua divulgação.

As empresas em regime de concorrência não medem esforços para de agrar processos de arranjo na conquista de maior clientela, porém esse procedimento não vem acompanhado de medidas que demonstrem a capacidade de atendimento.

É notável uma ine ciência em determinados serviços, congestionamento no atendimento da malha de consumidores e soluções paliativas, as quais sempre conferem às prestadoras, na maior parte das vezes, a razão.

Não sem razão, o aumento considerável do número de processos aponta a má qualidade dos serviços, defeitos de publicidade na modalidade de propaganda enganosa.

Malgrado a salutar competição e a malévola concorrência desleal, o entrosamento de empresas fez com que construíssem modelos próprios de participações societárias e, ao mesmo tempo, se bene ciassem de lacunas nos procedimentos de privatização.

Fundamental ressaltar que, na órbita desse serviço, os Juizados Especiais se revelaram despreparados para o considerável aumento da demanda nos ramos de telefonia, plano de saúde, seguros e nanciamentos de longo prazo mediante condições abusivas.

Houve uma progressão geométrica atendendo aos consumidores que anos a o não contavam com uma linha de telefone xo ou um telefone celular, mas em contrapartida, com o adensamento dos usuários, a qualidade deixou a desejar, e o volume de reclamações atingiu níveis inimagináveis.

O ponto nevrálgico repousa quase sempre na inserção do consumidor no cadastro de negativação; a empresa, por sua vez, não é punida, ou sofre algum tipo de sanção quando não revela competência, ou demonstra capacidade na sua atividade empresarial.

Com razão, José Geraldo Brito Filomeno[7] estabelece uma con guração precisa acerca do consumidor, aquele considerado individualmente, ou de forma isolada, e coletivamente, ou seja, na modalidade dos interesses difusos, coletivos, interesses individuais homogêneos, em atenção ao produto ou serviço.

Bem, por tudo isso, o moderno direito empresarial deve participar do incremento dos serviços e produtos oferecidos, construindo interpretações equânimes e colaborando na elaboração de novos textos normativos. São objetivos desta desejada modernidade a justiça aos anseios consumeristas, sem olvidar o aprimoramento do mercado. Sem essas vertentes bem traçadas, o modelo atual não terá uma continuidade salutar. Embora possamos presenciar a facilidade no manuseio do serviço e na aquisição de novos produtos, é perceptível a continuidade de mecanismos prejudiciais aos interesses dos consumidores, os quais se tornam presas fáceis da propaganda e não podem reclamar com efetividade a correção das falhas apontadas.

Ainda que a posição adotada pela agência reguladora ou órgão de defesa econômica sempre procure no Poder Judiciário a *ultima ratio* aos desmandos praticados, parece-nos claro que a insubordinação do poder econômico é prevalente.

Sujeitou-se a sociedade civil, sem alternativas, ao modelo de exploração do serviço público no qual o consumidor é apenas um detalhe no longo processo de persuasão e venda em massa dos contratos.

Assiste-se, ao mesmo tempo, a um aumento de defeitos de fabricação ou má qualidade, e, consequentemente, à imperativa necessidade de o consumidor vir a público demandar ao fabricante a reti cação das falhas.

455. Enfoque consumerista – Destacamos que a relação prestador-consumi-dor é estabelecida com projeção em contratos de massa padronizados, em que o consumidor ou aceita em bloco as regras e condições, ou não tem opções que lhe atenda às prioridades.

O con ito de interesses é consequência da forma pela qual o consumidor é tratado, da mínima atenção que lhe é dispensada, do que resultam entrechoques e descontentamentos.

Consubstanciado o impasse entre o consumidor e a empresa ou aquela que terceiriza o serviço em parte ou no seu todo, o caminho a ser percorrido é o mais moroso da Justiça.

Nesse diapasão, houve um aumento das ações coletivas, principalmente para melhorar a e ciência e questionar cláusulas potestativas, ou de teor abusivo, criando quadro de lesividade.

Emblematicamente, o número elevado de processos, em boa parte, deve ser imputado às empresas que exploram serviços públicos e não mantêm diálogo com os consumidores, preferindo anulá-los ou omitindo-lhes informações ou esclarecimentos.

O quadro somente disporia de melhor e ciência se houvesse plena e maior concorrência, com a participação de signi cativo número de empresas interessadas na prestação, arregimentando capitais e priorizando a imagem e o atendimento do consumidor nal.

Faltam transparência e e ciência na maioria das vezes, e o custo-benefício quase sempre é desfavorável ao consumidor, que, por falta de opção, se sente impelido a comungar daquela realidade em torno do produto ou de eventual serviço.

Em linhas gerais, a interpenetração do serviço público, agora na esfera particular, com a coloração de sua concorrência, soma-se à quali cação precisa do consumidor; esses são os três aspectos que se refundem na catalogação do funcionamento vigoroso do direito empresarial.

O mais difícil ao longo desse modelo é apontar as verdadeiras responsabilidades pelos defeitos e falhas, a m de se cogitar a melhora e, se necessário, o afastamento da empresa que não reúne condições técnicas para se manter à testa da prestação.

Muito se exige do consumidor para que venha a usufruir do serviço ou ter acesso ao bem de consumo, mas as empresas continuam se privilegiando do modelo sem transparência e e ciência. Entretanto o futuro se encarregará de mostrar a de nição de um mecanismo de concorrência que preconize regras mais perenes em prol do desenvolvimento

e do crescimento, ancorando o macromercado emergente que será a palavra nal em termos de aprovar ou reprovar a presença do negócio em detrimento dos interesses coletivos e fundamentalmente da sociedade civil.

Incogitável, portanto, a permanência do monopólio e duopólio, pois a verdadeira concorrência é a razão de ser da economia livre, que atende aos reclamos do mercado e a própria satisfação do consumidor.

1Benjamin M. Shieber, *Abusos do Poder Econômico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966.

2Arnoldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald, *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

3Ivo Waisberg, *Direito e Polítca da Concorrência*, São Paulo, Lex Editora, 2006.

4José Júlio Borges da Fonseca, *Direito Antttruste e Regime das Concentrações Empresariais*, São Paulo, Atlas, 1997.

5Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial – as condutas*, São Paulo, Malheiros, 2003.

6Dominique Legeais, *Droit Commercial et des a aires*, 16ème éditton, Paris, Armand Colin, 2005.

7José Geraldo Brito Filomeno, *Manual de Direitos do Consumidor*, São Paulo, Atlas, 1991.

Capítulo Décimo Segundo

A RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL

XXXIV
A ATIVIDADE EMPRESARIAL E SUA RESPONSABILIDADE

456. A Responsabilidade do Empresário – A atividade empresarial é essencialmente de natureza pro ssional e traz a conotação inerente do risco re exo de seu desempenho.

Uma vez que as sociedades empresárias, salvo raras exceções, não apresentam capital social integralizado compatível com a própria atividade que assumem, suscita o tema da responsabilidade grande controvérsia.

A responsabilidade empresarial, via de regra, sinaliza aspecto baseado na culpa, art. 186 do Código Civil, mas pode repercutir para o ângulo objetivo em algumas hipóteses.

Nota-se, por tal prisma de visão, que o enfrentamento do tema encontra séria polêmica, porquanto espalha seus efeitos para várias áreas da produção empresarial, invariavelmente no estilo societário e no pressuposto da solidariedade, ou subsidiariedade.

Demonstra-se, portanto, que a primeira parte do Código Comercial, tendo sido revogado pelo atual Código Civil, encerrando a dúvida sobre autonomia, enfeixando as obrigações, trouxe marca característica a respeito do dano e o aspecto da comprovação do nexo.

Efetivamente, a responsabilidade empresarial é ampla e situa toda atividade inerente à sociedade empresária, pelo risco assumido, e na conjugação dos esforços empenhados na consecução do lucro.

Partilha-se o pensamento da certeza e segurança jurídicas, monitorando o ambiente empresarial, evitando, com isso, decisões judiciais que colham de surpresa o empresário, cujos remédios processuais mostram-se e cazes.

Não se pretende apenas, em apertado capítulo, traçar um panorama acerca da responsabilidade, porém, enfatizar a importância de não causar procedimento eclodindo crise empresarial e o estado de insolvência.

457. Tipos e Formas da Responsabilidade Empresarial – O contexto empresarial pode encerrar inúmeros tipos de responsabilidade, os quais re uem da presença do negócio jurídico, não se esquecendo ainda daquelas empresas exclusivamente permitindo o comércio eletrônico.

Consequentemente, em linhas gerais, temos a responsabilidade civil, aquela que emerge da relação de consumo, outra própria da imposição tributária, de conotação trabalhista, e aquela empresarial propriamente dita.

As circunstâncias delimitam a atividade empresarial e a incidência de regra que permita a caracterização de vínculo, não apenas no seio societário, mas, em relação a terceiros, compreendendo-se a preservação do patrimônio e da própria empresa.

Na ótica do Código Civil, a responsabilidade marcante é de natureza subjetiva, como assinalava o antigo Código de Napoleão, incorporado ao direito pátrio, e mais de perto, na realidade presente, do Código Civil italiano.

Descortina o art. 186 do Código Civil a prática de ato ilícito e con gura responsabilidade do ente empresarial, ou de rma individual.

Em atenção à relação de consumo, parte da premissa do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, aliada à vulnerabilidade e aos princípios da transparência e exatidão do informe, evitando-se, com isso, propaganda enganosa em desprestígio ao consumidor nal.

No aspecto tributário, sem dúvida alguma, a grande maioria das empresas revela endividamento e re nanciamento da carga, parecendo a hipótese do art. 135 do CTN e sua interpretação, para vislumbrar o enquadramento do sócio e eventual encerramento irregular da empresa.

Pertinente ao campo trabalhista, o art. 2 º da CLT adjetiva enfoque do grupo, porém, a interpretação é mais ampla, abrangendo, ao longo dos anos, os sócios, e demais responsáveis, os quais, direta ou indiretamente, projetaram a realização da atividade e con guraram o vínculo de trabalho.

Bem se percebe que o enfeixar de todo o negócio empresarial suscita amplo leque de responsabilidade não apenas com a sociedade, o consumidor, Fazenda Pública, meio ambiente, e todos os demais aspectos que sedimentam o risco da operação.

A multidisciplina da responsabilidade empresarial é tema candente na doutrina e rotineiro na jurisprudência, para se de nir o alcance da inclusão de sócios, de empresas, desconsideração inversa, desconsideração direta, aplicação do art. 50 do Código Civil, notadamente quando houver a caracterização da má gestão do negócio.

458. Limites e Extensão da Responsabilidade – Cogita-se, na dicção da responsabilidade, a apuração do seu limite e a respectiva extensão, objetivando, com isso, desenhar quadro seguro para consubstanciar as medidas judiciais tomadas dentro da legalidade.

Presente a ideia de se tratar a empresa de atividade econômica, englobando bens incorpóreos e corpóreos, ponto primordial diz respeito à capacidade daquela entidade de responder pelo valor da obrigação.

Referida responsabilidade pode estar diante de pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, nada obstante, também se veri ca se o sócio responde com seu patrimônio, e aquele sócio retirante permanece com a obrigação.

Inúmeras medidas judiciais adotadas equacionam a questão, mas trazem solução traumática, a exemplo da penhora Bacen on-line, penhora de faturamento, de quotas ou ações, do estabelecimento, do próprio imóvel e eventual usufruto.

A posição ocupada pelos sócios, em geral, deve alcançar apenas aqueles responsáveis pela gerência ou administração, no tocante à extensão, eventual desconsideração, sem esquecer da formação do grupo, fundamentalmente se não estiver revestido de personalidade jurídica.

Tocante ao tema, portanto, insta considerar se o valor da obrigação encerra a possibilidade de uma solução em nível societário, ou envolve a disputa pela participação do grupo, direta ou indireta ou do próprio sócio.

Inesgotável, por assim dizer, a responsabilidade empresarial transita na roupagem societária e na sua modalidade, hoje estão em voga, em virtude do Código Civil, a sociedade limitada e aquela anônima.

Ao dissecar o tema é relevante permear o novo direito empresarial na sociedade globalizada, formas de parceria, de participação, de controle direto ou indireto, coligação, empresas subsidiárias, e qualquer outro aspecto que se torne imprescindível ao enfrentamento da matéria.

E por não ser multifacetária a responsabilidade societária, o seu enraizamento parte do ato danoso, causando prejuízo, dentro do contexto de sua atividade, ainda que se adote a teoria da aparência para não lesar terceiros.

Em síntese, pois, a responsabilidade empresarial de ne-se pelo alcance da regra aplicada, do seu campo especí co, conforme a medida judicial adotada e a plausibilidade reportada ao valor da obrigação.

459. A Responsabilidade Objetiva e a Posição dos Sócios – A rmamos que a responsabilidade, pluralmente destacada, tem natureza subjetiva, catalogando o elemento culpa, porém, em determinadas atividades, posicionou-se o legislador favorável ao ditame objetivo.

Referido aspecto é bastante salutar, notadamente quando se trata de obrigação de resultado e não de meio.

Bem nesta percepção, a título exempli cativo, aquele que contrata o transporte aéreo tem por pressuposto a con abilidade do serviço e a responsabilidade do transportador de lhe transportar incólume até seu destino.

Da mesma forma, no que toca de perto, a realização de cirurgia plástica, cujo resultado é previamente acordado, con gurando campo na responsabilidade objetiva.

Consolida-se, portanto, o sistema da responsabilidade objetiva, independentemente da culpa, mais de perto em torno do tema do dano moral.

Consistente o prejuízo extrapatrimonial, causando sofrimento, dor, abalo, a exemplo da perda de ente querido, em acidente de trânsito, com vítima fatal, tudo indica a presença da gura catalogada, sendo desnecessária a prova do elemento culposo.

Adquire esta feição maior color com a de nição da relação de consumo, na perspectiva de conferir maior segurança e proteção, mais de perto, quando diante do comércio eletrônico.

Consequência de tudo isso, responsabilidade objetiva vai alcançar o nexo e o grau pertinente ao valor da obrigação, para projetar centro de atração em relação aos sócios.

Quando se analisa a responsabilidade objetiva e se constata que a empresa não apresenta solidez para ressarcir o dano, encontramos nas pessoas dos sócios, gerentes ou administradores, a possibilidade de se prosseguir, com a desconsideração da personalidade, ou se houver confusão patrimonial, mediante desconsideração inversa.

Devemos car atentos com a posição dos sócios, gerente ou administrador, também em relação às alterações societárias, muitas vezes as modi cações apresentam simples rotina, outras, contudo, visam arrefecer a tentativa da localização de patrimônio para o alcance da responsabilidade.

Congruente com esse pensamento, não tendo a sociedade empresária força su ciente para satisfação da obrigação, a posição dos sócios, gerentes e administradores, vai no sentido de inserção, exceto se comprovarem fato impediente, ou que se retiraram da sociedade, não podendo ser alcançados pela medida.

Forma-se a perspectiva da responsabilidade objetiva para assegurar ao consumidor, de forma geral, uma garantia da efetiva prestação do serviço, ou, propriamente, da qualidade do produto, essencialmente na sociedade de consumo.

Efetivamente, a posição de se con gurar objetiva responsabilidade possibilita questionar os atos praticados pelos sócios e suas respectivas posições, em razão do patrimônio, inclusive para apuração do desvio ou confusão no propósito de servir de biombo ao cumprimento de eventual decisão judicial.

O fato merece maior atenção quando houver caracterizado o estado de insolvabilidade da sociedade empresária, no campo da extensão dos efeitos e da criteriosa veri cação das responsabilidades dos sócios.

A má gestão permite, de acordo com o diploma normativo 11.101/05, no seu artigo 63, o afastamento do administrador, na preservação da empresa, manutenção dos empregos e continuidade da atividade econômica.

460. A Constrição Judicial e sua Finalidade – A tônica do processo judicial, independente do tipo de responsabilidade empresarial, cerca-se de medidas as quais preocupam-se com a estabilidade da empresa e a forma de pagamento da obrigação.

Essa premissa deveria ser a regra geral, porém, em muitos casos, localizamos equívocos na interpretação e constrições que acarretam não apenas insegurança, mas o próprio risco do negócio empresarial.

A possibilidade de penhora de numerário da empresa, dependendo do valor, atinge diretamente seu capital de giro, e, preferencialmente, deveria compor um conjunto de princípios para não afetar o seu estado de liquidez.

Em relação à penhora de quotas, ou de ações, dúvida ainda não subsiste na atualidade, a respeito da legalidade da medida e de suas consequências práticas.

Quando cuidamos das quotas limitadas, além da possibilidade de remir, qualquer alienação judicial não assegura a condição de sócio, sendo viável a redução do capital, ou a exclusão por maioria.

A dicção da penhora de faturamento necessita de melhor inteligência na sua repercussão, uma vez que pode afetar o próprio negócio e o percentual, sem diagnóstico preciso, fragmentam a continuidade da atividade.

Destacamos que a penhora de faturamento serve como parâmetro para adequar a realidade do débito, com a possibilidade da empresa, cumprindo ao administrador aferir a situação e subsidiar o juízo para tomar medidas, sem dúvida alguma, preservando a empresa.

Não nos esqueçamos, também, da penhora do estabelecimento, do próprio imóvel, no qual a atividade é realizada, e, por último, do usufruto, mediante o qual o credor, periódica e constantemente, retira do negócio algum valor que se lhe permita o pagamento da obrigação.

Mostra-se, na prática, crítico o calibre de cada medida judicial, por se desconhecer, de forma mais profunda e verdadeira, o critério de liquidez da empresa, seu uxo de caixa, e grau de endividamento.

O moderno direito empresarial não é imune à de nição da responsabilidade, porém, prioriza critérios, regras de segurança, e mais do que isso, transparência.

Não é sem razão que se permite conta bancária vinculada para, exclusivamente, permitir a constrição judicial, sem o comprometimento dos demais valores para o funcionamento diário da atividade empresarial.

Fundamental, na linha de raciocínio adotada, veri car se a constrição apresenta característica de menor onerosidade ao devedor e não deixa transparecer qualquer comprometimento presente ou futuro do negócio.

Folgo em dizer que a nalidade da constrição é, concomitantemente, permitir a garantia do credor, mas também não engessar a atividade empresarial, quando novas alternativas desa am a sensibilidade do julgador.

O impacto da medida e a repercussão da constrição, em atenção à responsabilidade empresarial, muitas vezes descortina desacerto e risco maior à estrutura do negócio, daí por que necessitamos compatibilizar o crédito com o débito, visando alcançar solução compatível.

Os esforços desenvolvidos no campo empresarial trazem à tona, sempre atual, a discussão a respeito da responsabilidade do empresário e os subsídios para efeito de identi cação do patrimônio.

Hodiernamente, a utilização de meios digitais e eletrônicos permitem acessos aos bancos de dados da Receita Federal, do Banco Central, dos Registros Públicos, verdadeiro rastreamento se permite para com isso inibir qualquer tentativa de se desgarrar do campo subjetivo, ou até objetivo, con gurado o prejuízo.

A construção de um fundamento sólido adjetivando a responsabilidade empresarial, tipi ca verdadeiro marco regulatório para inibir qualquer excesso ou suprimir mínima plausibilidade de se avançar em relação ao campo patrimonial.

Os tempos modernos da atividade empresarial local e internacional fazem com que seja repensado o aspecto nevrálgico da responsabilidade do empreendedor e os re exos causados na direção do negócio.

Entretanto, as regras da relação de consumo vislumbram novo modelo reoxigenando as estruturas em torno do velho tema da responsabilidade civil, alojando no campo empresarial mecanismos seguros e permanentes para o enfrentamento do tema, cujo desa o maior é o equilíbrio entre o dano provocado e a sua forma de ressarcimento, sem pulverizar o estado de liquidez do negócio.

Capítulo Décimo Terceiro

A ATIVIDADE EMPRESÁRIA INDIVIDUAL

XXXV
O MICROEMPRESÁRIO E A EMPRESA INDIVIDUAL

461. O microempresário individual e o aspecto tributário – O legislador atual, atento aos ciclos econômicos e às profundas crises reveladas no cenário internacional, observando também que o Código Civil atual é lacunoso, para conter a ampliação da economia subterrânea, denominada informal, priorizou o microempresário individual e, posteriormente, por intermédio da Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011, disciplinou, pura e simplesmente, a empresa individual de responsabilidade limitada.

Em relação ao microempreendedor individual, a sua introdução no cenário jurídico adveio por intermédio da Lei Complementar nº 128/2008, com vigência a partir de 01/07/2009, com ressonância, propriamente dita, no campo scal.

Haveria um entrelaçamento entre ambas as situações, do empresário individual e da empresa individual, corpori cando-se uma na outra, porquanto o legislador preconizou a possibilidade de haver negócio com único responsável.

Diferentemente do direito comparado, no qual se permite a sociedade com apenas um sócio, o cenário jurídico nacional destaca o microempresário individual, para ns tributários, e a empresa individual, no conceito de limitação de responsabilidade.

Sabemos que o grande volume da atividade empresarial se concentra nas micro e pequenas empresas, portanto, o governo, conhecedor desse mecanismo, incrementou o campo tributário do microempreendedor individual e, também, in- uenciou na regulamentação da empresa individual.

O aspecto do microempreendedor individual, cuja sigla utilizada é MEI, apresenta con guração do Código Civil, artigo 966, tipi cando renda bruta anual, cuja receita alcance o limite de R$ 60 mil, disciplinado pelo Simples Nacional.

Evidente que, ao padronizar o espírito do microempreendedor, o legislador se atrelou à de nição de empresário, disposta no art. 966, e também no parágrafo único, estruturando a sua realidade.

A percepção disposta no espírito do legislador salienta, por causa do art. 966, a seguinte redação:

"Considera-se empresário quem exerce pro ssionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce pro ssão intelectual, de natureza cientí ca, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da pro ssão constituir elemento de empresa."

Bem se observa, pela dicção relacional, que o alvo fundamental abraçado pelo legislador consubstanciou o rastreamento auferido na receita bruta, para classi cação e enquadramento tributário.

Diversi ca-se o microempreendedor individual, portanto, pela receita auferida, enquanto, por outro ângulo, a empresa individual especi ca capital social integralizado, logo na constituição, de 100 salários mínimos.

Pontuando a matéria e a sua realidade, buscou o legislador empurrar para a formalidade todas aquelas atividades relacionadas aos serviços, dando uma capa de proteção ao microempreendedor individual.

462. A regulamentação do microempresário na economia não informal – A disposição concernente ao microempreendedor individual ganha contorno singular na aferição de sua receita e no pressuposto de nido no artigo 966 do Código Civil.

No âmbito da receita, ano-calendário delimitado, toma-se como referência o Simples Nacional, alcançando a soma de R$ 60 mil, anualmente.

A regulamentação se refere ao limite a partir de 1º de janeiro de 2012, isso porque, até 31 de dezembro de 2011, em termos de faturamento, os valores serão menores, obedecendo-se o ano-calendário, a importância de R$ 36 mil, adjetivando o Simples Nacional.

Fortalecendo esse parâmetro, cuja diretriz sinaliza um ganho mensal de R$ 3 mil, adotando-se o início da atividade e o número de meses abrangidos para ns de incidência e da inerente tributação.

Cumpre ao microempreendedor individual, independentemente da receita bruta que vier a auferir, sem qualquer dúvida, a opção pelo sistema de recolhimento em valores xos mensais dos tributos inseridos no Simples Nacional (SIMEI).

Visualiza-se no campo especí co da atividade do microempreendedor individual a uni cação, dentro do princípio da rami cação dos tributos, o que descomplica, e muito, a sujeição ativa, na medida em que, sobre aquilo que recolher, estará havendo uma repartição para todos os órgãos bene ciados.

Entendemos que o valor de R$ 60 mil, a partir de janeiro de 2012, contando com sua vigência, simboliza mecanismo de transparência e subministrando maior realidade, porquanto permite ganho mensal de R$ 5 mil.

Muito embora, dependendo do estado da federação, o valor de R$ 5 mil não traduza termômetro nacional, para manutenção do próprio negócio, representa grande avanço em relação àquela importância de R$ 36 mil, vigente até 31/12/2011.

Disponibilizada, dessa maneira, regulamentação dos ganhos auferidos reportados à receita bruta, do microempresário individual, torna-se possível concluir que, durante o ano de 2012, houve sensível aumento para efeito de ganho real do empreendedor individual.

Baliza-se, pois, o espírito inovador do legislador de conferir ao empresário individual ganho em escala, porém limitado à sua atividade e no enquadramento previsto no Simples Nacional.

463. Conceito de empresa individual – Atento aos novos rumos do dinamismo empresarial, preocupado com a necessidade de adequar a atividade ao reclamo de diversas categorias, e suprindo lacuna do Código Civil, foi que o legislador enraizou a Lei 12.441, de 11 de julho de 2011.

O propósito normativo veio a alterar a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil, para sinalizar a regulamentação, propriamente dita, da empresa individual.

Abstraído o prisma de visão relacionado ao negócio empresarial, ditou-se enorme viabilidade de trazer à baila, desde a sua constituição, a integralização do negócio, sob a ótica do capital social.

Ninguém discute a importância de se inserir no contexto da atividade econômica, aquela própria do empresário individual, dando maior visibilidade e inegável senso prático, principalmente na prestação de serviço e comercialização de produtos.

Contudo, e aqui se chama a atenção, tímido foi o legislador em acompanhar a moderna evolução do cenário internacional, o qual, desde o antigo Código Civil italiano, de 1942, já alimentava a presença da sociedade com único sócio.

A realidade pátria apenas imprime referida realidade, circunstancialmente, na saída do sócio, ou no seu falecimento, razão pela qual, em termos concretos, não há qualquer possibilidade de se admitir, formal e regularmente, sociedade de apenas um sócio.

Disciplinou o legislador, portanto, para ns scais, o microempreendedor individual e na personi cação do negócio concentrou a sua identidade na empresa individual.

A mencionada empresa individual se sustenta no preceito da limitação de responsabilidade por meio do capital social, desde o início, integralizado, o que permite, emblematicamente, acenar pela natureza do negócio e o alcance da implicação e sua repercussão no contexto das responsabilidades.

O nascimento da empresa individual, por meio do diploma normativo, passou a vigorar 180 dias após sua publicação, isto é, em janeiro de 2012, de acordo com o artigo 3º da epigrafada legislação.

Nota-se, entretanto, um salto qualitativo de registro de empresas e apenas a partir da instrumentalidade normativa é que se poderá avaliar, com maior transparência e inarredável senso prático, se o pressuposto da empresa individual recebeu prestígio na sua concretude.

A perspectiva normativa se fez a partir do artigo 980-A, para incidência no Código Civil em vigor, deslocando-se a con guração e o espírito do empreendedor individual, alimentando-se, com isso, a realidade de uma nova abertura para regularização de empreendimentos ligados à economia informal.

Vantagens e desvantagens decorrem a respeito da legalização da empresa individual, porém somente o tempo será capaz de determinar, por intermédio da abertura do negócio, se efetivamente vingou o modelo desenhado pelo legislador na sua percepção de se evitar a proliferação de atividades irregulares.

Veri ca-se uma impropriedade do legislador e uma certa confusão entre a pessoa jurídica, formatada na própria empresa individual, e o pressuposto do sócio, como titular do negócio regularmente constituído.

Subsidiariamente, a empresa individual, quando houver brecha contratual, poderá se valer de regras relacionadas às sociedades limitadas.

Enormemente, a empresa individual desponta a sociedade limitada, aferindo-se o equivalente a 100 salários mínimos, o que não resulta, de forma alguma, na necessidade de se atualizar o valor com o passar dos anos.

Explica-se o pensamento na medida em que a empresa individual, formal e regularmente constituída, adequando-se aos 100 salários mínimos, do capital social previsto, ao longo do tempo, a importância estará desatualizada e exigirá, seguramente, uma readequação do legislador para extirpar a dúvida.

Antes da introdução do Plano Real, o processo in acionário debilitou a moeda, e os fracassados planos econômicos pretéritos colocaram o país em situação deveras complicada, não apenas no mercado interno, mas para objetivar investimentos.

Somente a partir da estabilidade da moeda e de sinais visíveis do planejamento, o país conseguiu superávit nas suas contas externas e reservas cambiárias, que tornam menos traumática qualquer passagem por eventual crise, notadamente no setor bancário.

É inegável que o controle multiforme e também multidisciplinar da economia possibilitou, por causa da crise externa, número crescente de investimentos e a injeção de moeda estrangeira su ciente para reduzir, ao longo dos anos, o preço da moeda norte-americana.

464. Pressupostos da empresa individual e sua importância – A empresa individual, em vigor a partir de janeiro de 2012, conforme a *vacatio legis* de 180 dias, a partir da edição legal, datada de 11/07/2011, apresenta pressupostos fundamentais, cuja importância diagnostica o modelo e seu leque de atividade.

Preliminarmente, a empresa individual, diga-se de passagem, apresenta o titular do negócio, impossibilitado de qualquer outra atividade classi cada na mesma espécie do exercício da atividade do próprio enquadramento.

Em outras palavras, o legislador admite apenas um tipo de negócio, cujo titular representa a empresa individual, de responsabilidade limitada, desde que atenda aos pressupostos de nidos na legislação.

A alteração feita no Código Civil, a m de permitir a formatação da empresa individual, de responsabilidade limitada, tentou ao mesmo tempo mesclar a tipologia com um viés inadvertido do sócio único.

No entanto, para a consecução da empresa individual, é imprescindível a integralização, do início, pertinente ao capital social, correspondendo a 100 salários mínimos.

Contrariamente aos demais modelos societários, nos quais a integralização é permitida, de acordo com o estatuto e a vontade manifestada pelos sócios, o legislador preocupou-se em preencher a lacuna e determinar capital mínimo.

Muitas críticas foram lançadas em relação à tendência legislativa, com o primordial ponto de vista de se demonstrar eventual inconstitucionalidade com os princípios constitucionais da livre-iniciativa e da liberdade econômica.

Não se enxerga dessa maneira, isso porque a soma correspondente a 100 salários mínimos para empresa individual não pode ser considerada elevada, excessiva, ou refratária à concorrência, na medida em que suscita a expressão da responsabilidade limitada.

Mesclando conceitos híbridos e pouco trabalhados, o legislador tentou estabelecer, por intermédio da empresa individual, a fenomenologia da responsabilidade limitada e, alternativamente, na hipótese de lacuna, aplicar os mesmos preceitos desse tipo societário.

Essencial e indispensável o registro da empresa individual, para ter e cácia e validade perante terceiros, cuja expressão, a m de de ni-la, será EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada).

Tipicamente, a empresa individual poderá ser originalmente constituída ou, em outras hipóteses, resultar de concentração de quotas de outro modelo societário, num único sócio, sem se explorar a razão pela qual obteve a concentração única.

Signi car dizer que, no âmbito e no próprio ambiente societário, por condições previstas ou imprevistas (óbito), determinado sócio passe a gurar como único titular das quotas.

Reavivamos o exemplo ocorrido na prática, no qual mãe e lho faziam parte de uma sociedade limitada, cuja genitora veio a óbito, sendo o outro sócio, portanto o próprio lho, único descendente e herdeiro.

Desta maneira, pois, na hipótese descrita, as quotas provenientes do falecimento da mãe foram herdadas pelo lho, permanecendo único sócio, com a faculdade de se adequar à empresa individual de responsabilidade limitada, Lei nº 12441/2011.

Bem nessa maneira, e no encaminhamento do modelo da empresa individual, milhares de circunstâncias existentes no mercado proclamam a regularização da atividade, baseando-se, em muitas hipóteses, em serviços prestados, os quais poderão, por intermédio do titular, ser traduzidos na empresa individual.

Baseado nessa informalidade, ao longo dos anos, visando legalizar a situação, o legislador disciplinou a empresa individual de responsabilidade limitada com tripla nalidade: reduzir a economia subterrânea, permitir abertura de novos negócios e, também, por último e não menos importante, alcançar uma receita scal originária, ou derivada de re nanciamento de contribuintes inadimplentes.

Inegável destacar, por outro ângulo, que, a par dessa peculiaridade, também devemos adjetivar que, além dos 100 salários mínimos, custo inicial do negócio, outras reservas deverão ser aplicadas no registro, emissão de documentos, cuja escrituração priorizará a forma eletrônica.

Descortinando, sem sombra de dúvida, diagnóstico relacionado ao novo negócio empresarial, dúvidas existirão referentes ao per l da responsabilidade, nas esferas comum, trabalhista e tributária.

Folgo em dizer que a repaginação de empresa individual, cujo valor do capital social mínimo será de 100 vezes o maior salário mínimo vigente, demonstra dupla sintonia, a primeira em torno da transparência da atividade do negócio e a outra de oferecer ao consumidor, fornecedor e terceiros, de maneira geral, segurança no enfrentamento de repercussões advindas.

Ao ferir o tema da responsabilidade limitada, o legislador trouxe para o circuito e polemizou fato absoluto, mas de per l relativo, isto é, não se pode a rmar categoricamente e de forma taxativa que o empresário individual poderá se esconder sob o manto da limitação de responsabilidade.

Efetivamente, a empresa individual pode nascer da livre vontade de seu titular, mas de exploração única, não permitindo qualquer outra atividade similar, resultante de concentração de quotas, intencionando o respectivo registro, cuja aplicação subsidiária será do modelo da sociedade limitada.

Na envergadura do modelo societário brasileiro, de empresas de grande porte, companhias abertas de um lado e, do outro, as sociedades limitadas, sem a aparente demonstração de capital mínimo, sucede que a empresa individual exibiliza ambas as ferramentas e relativiza o conceito a respeito da própria responsabilidade limitada.

Somente o porvir ditará esclarecimento sobre a viabilidade e o número de registros respeitantes às empresas individuais, na agremiação da pessoa natural titular da rma ou de denominação social especí ca.

Cuidou o legislador de estabelecer a premissa da empresa individual hospedada tanto na gura do empreendedor mediante rma, ou endereçado à denominação social, porém sempre com a expressão EIRELI.

Dinâmico o fator constitutivo da empresa individual, a limitação de responsabilidade não poderá ser aplicada se houver fraude, violação do estatuto, contrato ou prática de atos lesivos à clientela, representada pelo consumidor.

O princípio geral que norteia a empresa individual decorre da segurança, aliada à regra de transparência, solidi cando, assim, na sua estrati cação, o desenvolvimento do negócio empresarial no qual possa o empreendedor saber, de antemão, que a sua responsabilidade revela diretriz de nida.

No entanto, sobredita particularidade poderá ser relativizada, mesmo in rmada, quando se demonstrar fraude, contrariedade ao objeto social, culpa grave assemelhada ao dolo, colocando em risco direitos dos fornecedores e dos consumidores.

Embora inde nida a hipótese, não se descon a que a empresa individual su-bordina-se, teleologicamente, ao disciplinado na Lei nº 11.101/2005, tanto na ótica da recuperação, mas também subordinada aos efeitos da quebra.

Regular e validamente constituída a empresa individual, tem-se que o valor mínimo de 100 salários mínimos se coaduna com aquele de 40, necessário para efeito de requerimento falimentar, não estando descartada a situação de recuperação do empreendedor que atravessa di culdade transitória.

465. Relevância do empreendedorismo e o cenário societário – Os grandes investimentos realizados na atividade empresarial se fazem por meio da catalogação e de nição de um modelo societário especí co para exibilizar os atos praticados e desenhar, concomitantemente, o per l da responsabilidade empresarial.

O empreendedorismo passa a ser a pedra de toque do governo e das autoridades de uma forma geral, para atacar a crise e diminuir as fontes de desemprego, de tal modo que, se a realidade do cenário internacional não é estimulante, no mercado doméstico a preocupação governamental se aloja em dotar o empreendedor de segurança, estabilidade e, mais do que isso, discernimento.

As guras do microempreendedor individual e da empresa individual, ambos frutos de diplomas normativos mencionados, ambientam a construção de um cenário especí co no qual se evita o con ito e se permite, com recursos de nidos, atividades de menor impacto no contexto econômico.

Vantagem principal da empresa individual é a inexistência de con ito e a livre manifestação de seu titular para gerir a atividade e, ao mesmo tempo, descortinar, individualmente, ou mediante parcerias, a sorte da entidade.

Entretanto, a gura-se desvantajoso, diante do modelo do empreendedor individual, qualquer fator que impeça a sua livre administração, eventual doença, moléstia, provocando o afastamento, causando solução de continuidade e, mais de perto, se vier a óbito.

Poderíamos destacar que o microempreendedor individual e a empresa individual se sustentam naquele antigo conceito “intuitu personae” adjetivando o enquadramento societário, alterações internas, as respectivas modi cações e aquilo que permeia a responsabilidade.

Envolveu-se o legislador com relativa ambivalência, haja vista que o empreendedor individual, quando se utiliza da personalidade jurídica, nada mais nada menos, tipi ca o microempresário individual sob a capa da personi cação.

Flui no contexto que a empresa individual corresponde ao microempreendedor, sendo que a recíproca não é verdadeira, isto porque poderá o empresário individual, apenas e tão somente, manter enquadramento sem querer tornar-se pessoa jurídica.

Baseado nesse ângulo que desa a o raciocínio em torno do tema, o microempreendedor individual tem um balizamento referente ao ganho auferido na casa de R$ 60 mil, em vigor a partir de janeiro de 2012, diagnosticando receita mensal de R$ 5 mil.

Estabelecidos os parâmetros do microempreendedor sob a ótica scal, e da empresa individual, assim concebida, desde a sua constituição, tanto para prestação de serviços, mas também no escopo da atividade comercial, prestigiou-se as atividades informais, dando-lhes perspectivas de regularização, fazendo com que exista uma escrituração eletrônica e os negócios possam ser melhor administrados.

Com efeito, a grande preocupação, talvez a essencial, do governo, se insere no tema arrecadação, e como estados e municípios também conservam o fenômeno de notas scais, a m de que o cliente e o próprio consumidor tenham meios de exigir o documento, natural se faz que referidas atividades tenham calço legal.

Justi ca-se que a primordial modelagem do microempreendedor individual e da empresa individual possam representar valores signi cativos em termos de arrecadação e maior possibilidade do consumidor de contratar e conseguir transparência.

É inegável que o governo, com os dados atualizados e registrados, possibilita a troca de informações e consegue rastreamento das notas, fazendo com que se reduza, enormemente, a burla à legislação e, por óbvio, a sonegação scal.

O crescimento vertiginoso da atividade empresária somente pode ser compatibilizado com a perspectiva de crescimento da economia, o produto interno bruto, e a renda per capita da população, assim, as esperanças que renascem indicam que as crises, por maiores que sejam, consolidam as economias domésticas e sua autorregulamentação.

Forte nesse aspecto, eclodiu o legislador, com o viés governamental da regulamentação scal, disciplinar o microempreendedor e, posteriormente, a empresa individual, desenhando-se um caminho a m de que ambos contingenciassem e pudessem integrar o modelo da atividade empresarial.

Na hipótese de ocorrer uma derrapagem da economia como um todo, automaticamente globalizada, com o aumento do desemprego, as ferramentas do microempreendedor individual e aquela da empresa individual poderão se constituir em desa os nos quais o colchão anticrise terá repercussão para minimizar as consequências de eventuais turbulências.

O futuro conterá dados sólidos e subsídios imprescindíveis para a consolidação dos institutos, sem que possamos esquecer que a jurisprudência inaugurará uma nova etapa, de um certame promissor, cujo espelho re etirá a tônica do questionamento sobre a limitação de responsabilidade e as diretrizes concorrenciais do modelo exteriorizado no mercado empresarial.

Os imperativos determinantes das medidas enraizadas nos institutos fortalecem o primado da livre concorrência e adicionam ingredientes salutares para que as microempresas e os pequenos empreendedores recebam tratamento privilegiado constitucionalmente assegurado.

Capítulo Décimo Quarto

CONTROLE DA CONCORRÊNCIA E O PAPEL DO CADE[5]

XXXVI
O NOVO DIREITO DA CONCORRÊNCIA EMPRESARIAL

466. O direito concorrencial na economia global – O Brasil buscou se ajustar, ao longo dos anos, às regras da globalização e do mercado concorrencial, principalmente com a injeção de recursos externos e a circunstância de empresas nacionais com operações internacionais.

De fato, o baixo crescimento econômico não pode ser atribuído a um fator isolado, porém às adversidades e burocracias que imperam, notadamente, em termos de fusão, aquisição e mudança do controle societário.

A defesa da livre concorrência e das práticas de mercado depende da e ciência do órgão regulador, representado pelo CADE, na prévia análise dos procedimentos, desembocando na imposição de sanções e multas na proteção dos interesses dos consumidores, para que as práticas abusivas sejam debeladas.

A exposição plena e transparente da legislação concorrencial exige utilização de forte ferramenta de análise dos princípios, considerando também o fato de que, no modelo brasileiro, a solução administrativa não se sujeita aos efeitos da coisa julgada.

A abertura de mercado e a criação de infraestrutura propiciam a vinda do capital externo, com a maciça participação de fundos de investimentos, sendo retrato mais pungente da consolidação da atividade empresarial em mãos do capital estrangeiro.

Coube ao legislador pátrio, na turbulência da economia internacional, na tempestade dos mercados e na instabilidade das empresas, sobrepor modelo que defende a isonomia e ataca práticas concorrenciais predatórias, de modo a viabilizar a consecução da atividade empresarial, irradiando, no cenário desenhado, os ditames do desenvolvimento e do crescimento.

Nessa toada, portanto, também é relevante assinalar a criação de uma consciência de empreendedorismo pelo microempresário e empresa individual, mediante a simpli cação do registro e uni cação do sistema scal, tudo eletronicamente. Na dinâmica da atividade empresarial, forte nesse aspecto, o comércio eletrônico apresenta números extremamente relevantes e hoje a grande maioria dos consumidores tem essa ferramenta à sua disposição, apesar dos inúmeros problemas relacionados à entrega de produtos e à segurança dos procedimentos.

Fundada nessa situação, e para equacionar a integração da concorrência à economia globalizada, sobreveio a Lei nº 12.529, de 30 de novembro 2011, apresentando importantes inovações, chamadas revolucionárias, atribuindo superpoderes ao CADE, na dinâmica preventiva e também sancionadora de condutas reputadas anticoncorrenciais.

467. O capital estrangeiro e a preservação do mercado – O substancial aumento do capital estrangeiro na economia nacional tem sido uma constante preocupação, mas, ao mesmo tempo, mola propulsora para gerir a indispensável infraestrutura, atendendo setores carentes, a m de que a economia re ita sobre problemas insolúveis, que somente agora estão sendo atacados, tornando o Brasil um cartão de visita internacional obrigatório para as demais nações.

É certo que algumas atividades ainda sofrem restrições na dinâmica de seus recursos, principalmente o setor rural, a aquisição de terras, as comunicações e as concessões aéreas; porém, mais cedo ou mais tarde, tudo deverá ser

revisto, sem impedir que o controle permaneça com sócio nacional e as participações menores, atreladas ao capital estrangeiro.

A crise internacional que abala os mercados, hospedada na *subprime* de 2008, nos Estados Unidos, causou na Europa séria repercussão, com discussão sobre o abismo scal e a consolidação da moeda única. Por outro lado, o Brasil, apesar dos solavancos, tem apresentado inúmeras oportunidades na área empresarial, de pesquisa e de consórcios, transformando, assim, o seu parque industrial, com inovações visando a deter tecnologia de ponta.

Em termos concorrenciais, o constante monitoramento do mercado permite divisar se as empresas estrangeiras estão atendendo ao princípio da e ciência do serviço e qual a qualidade disponível ao consumidor e, emblematicamente, o preço exigido.

Observa-se que as participações público-privadas descortinaram novo ambiente, em horizonte promissor, na medida em que o superado capitalismo estatal sempre refreia o espírito animalesco empresarial, e somente a junção entre ambos permite atacar o atavismo e selecionar novos empreendimentos para revitalizar a infraestrutura do país.

O órgão regulador, no papel que lhe incumbe, transmite a segurança e, ao mesmo tempo, exerce o controle da atividade, haja vista que, numa economia globalizada, a cada dia aumenta o número de concentração de empresas, sendo necessário redobrar a atenção para as práticas abusivas e cartelizadas, em prejuízo do consumidor.

De mais a mais, a tônica mercadológica não se apresenta apenas com o viés econômico, isto porque muitas atividades devem se adaptar à sustentabilidade, à preservação do meio ambiente, por exemplo, a construção de usinas hidrelétricas e condomínios fechados em áreas de preservação ambiental.

A própria disputa na aprovação do novo Código Florestal revelou verdadeiro braço de ferro entre o situacionismo na atividade do agronegócio e a revolucionária e inovadora técnica da produção de grãos para o mercado externo, tentando assim conciliar os mecanismos, porquanto a receita do produto interno bruto estimula o aproveitamento de áreas ainda não ocupadas.

Re etida a técnica conferida ao órgão regulador, os procedimentos societários apresentam tecnicismo e inúmeras operações complexas, as quais intencionam vivi car a atividade econômica, sem perder de vista a relevância do mercado e a destinação em prol do consumidor.

O despertar dessa consciência motivou a reforma da legislação de controle da concorrência para fomentar três aspectos indissociáveis: o primeiro, a necessidade de agilidade no exame prévio da questão; o segundo é o diagnóstico em atenção à separação das atividades concentracionistas, diante do princípio do fato consumado; e, por último, a concatenação de sanções, de ordem pecuniária, as quais transmitam o respectivo grau de segurança e desestimulam fortes grupos econômicos ao domínio de mercado.

468. A multidisciplina da Lei nº 12.529/2011 – A legislação inovadora entrou em vigor no nal de maio de 2012 e trouxe revolucionárias variantes para neutralizar a força do poder econômico e também propiciar a reversibilidade dos atos típicos da concorrência.

Nesse diapasão, o Brasil carecia de uma legislação moderna e efetiva, a qual será testada ao longo dos anos. A Lei 12.529/2011 estabelece diretrizes do controle de concentração, prazos menores de análises, pesadas multas, o que é bastante salutar, porque extirpa aquele grave problema de submeter o ato ao órgão regulador somente depois do processo societário.

A Lei nº 8.884/94 estava necessitando de uma plural revisão, que foi o objeto do Diploma Normativo nº 12.529/2011, disciplinando o papel primordial do CADE, inclusive a legitimidade do Ministério Público e a cobrança das multas lavradas.

A principal repercussão da nova legislação se veri cou quando as empresas submeteram, ao órgão regulador, seus atos de concentração, para que não cassem sujeitas ao novo diploma legal vigente.

Com razão, expressivo volume de negócios fora trazido ao órgão regulador antes da Lei nº 12.529/2011 vigorar, permitindo assim, pela transição temporal da norma, que os atos concentracionistas, resultantes da fusão, cisão e

incorporação, tivessem enfrentamento pela antiga legislação. Possibilita-se a intervenção de terceiros no procedimento sujeito ao CADE, na instância administrativa, os quais poderão ser atingidos pela decisão especí ca, devendo ser estabelecido um norte para diferenciar o interesse meramente econômico daquele de conotação jurídica, materializando-se eventual dano, podendo alcançar terceiro, demonstrando, assim, o interesse do órgão regulador.

A regra da ordem econômica, na concentração de atos empresariais, também se alastra para todo e cada tipo de atividade, relacionando-se com a propriedade industrial, direitos incorpóreos, marcas e patentes, tudo que possa resultar no campo tecnológico.

É bem verdade que a tecnologia que predomina está adstrita, sem sombra de dúvida, ao capital estrangeiro; porém, milita a presunção da higidez de mercado, e qualquer procedimento danoso poderá se subordinar à suspensão e à aplicação de multas pelo órgão regulador, atingindo até 20% do faturamento.

Os respectivos atos inerentes à concentração de mercado passam pelo exame prévio e subordinado ao per l do órgão regulador, ajustando-se ao faturamento e também ao proveito econômico da respectiva operação.

É sempre preciso lembrar que os efeitos in acionários são perversos e o potencial expresso em moeda pode trazer algum inconveniente, principalmente por força da desvalorização cambial e de outras circunstâncias da economia globalizada.

Independentemente disso, o legislador estabeleceu somas xas, baseadas no faturamento, no balanço, concatenando, assim, a submissão dos atos de concentração e o estabelecimento de prazo para aferição de conduta, o que demonstra maior transparência, inclusive de governança corporativa.

Nessa linha de raciocínio, os meios de comunicação transmitem, com riqueza de detalhes, principalmente pela internet, diversas mudanças societárias, não apenas nas propostas, mas na consolidação dos negócios.

Enraíza-se o pressuposto de que toda alteração de controle societário de grandes companhias desperta interesse no órgão regulador e as condições estipuladas cam sujeitas à sua aprovação, de tal modo que fato inovador se sujeita à prévia comunicação e análise dos atos de concentração para se evitar danos, não apenas econômicos, mas supostamente irreversíveis pelo fato consumado.

Reformulado o sistema de concorrência, por intermédios dos novos poderes conferidos ao CADE, vigorante o Diploma Normativo, em maio de 2012, o tempo e a experiência ditarão o ajustamento de condutas e as práticas nocivas à livre concorrência, fortalecendo, cada vez mais, a integração dos mercados e a maleabilidade, consistente na tutela protetiva ao consumidor.

Nota-se, por consequência, que a prática infracional da ordem econômica sujeita a empresa à multa de 0,1 até 20% do faturamento bruto da própria empresa, grupo ou conglomerado, referente ao exercício anterior à instauração investigativa na esfera administrativa.

Não estando enquadrado o infrator na ótica empresarial, sendo pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, associações, dotadas ou não de personalidade jurídica, e não havendo meios de se aferir o critério de faturamento bruto, a multa cará no patamar mínimo de R$ 50 mil e no máximo de R$ 2 bilhões.

Não se enxerga com precisão e maior transparência a perspectiva do legislador na atribuição de valores tão díspares entre si e de patamar máximo extremamente elevado, o que não pode trazer à baila o caráter aleatório ou destoante das circunstâncias próprias do caso concreto.

Cabível, ainda, ponderar que o responsável pela infração, no caso do administrador de empresa, se vier a agir com culpa ou dolo, também responderá pela multa de 1%, patamar mínimo, ou de 20%, patamar máximo, que vier a ser aplicada à empresa. Isto quer signi car a gravidade do fato, correspondendo ao ressarcimento e ao grau de punição existente.

A efetivação da multa também confere legitimidade para sua cobrança, nos termos da Lei nº 6.830/80, mas sempre é importante assinalar que, na maioria das vezes, no entanto, a entidade infratora busca discutir a matéria no âmbito judicial, para excluir a sua incidência, mas também, alternativamente, para redução do valor.

Diagnostica-se, com isso, uma verdadeira revolução, impregnada na Lei nº 12.529/2011, porém sem o condão de obstar processos de verticalização de concentração econômica, ou minar os interesses do capital estrangeiro.

A presença marcante de fundos internacionais chama a atenção, notadamente, pela aquisição de empresas nacionais, o que acarreta, numa economia globalizada, a desnacionalização das atividades empresariais e os conceitos padronizados a partir da mundialização do negócio econômico.

Em que pese a inclusão do País no celeiro internacional, entre as maiores economias, fato é que, mesmo diante da crise, o capital estrangeiro sempre se interessa por atividades que lhe ensejem bons investimentos e rentabilidade e por um quadro de consumo em crescimento.

469. Aspectos jurídicos da análise concorrencial preventiva – A análise preventiva do procedimento concentracionista respalda melhor técnica, cujo objetivo é o exame da matéria pelo próprio órgão regulador, sem acarretar prejuízos ou desregulamentação do mercado, em razão da dinâmica da atividade empresarial.

A roupagem, encerrada na nova Lei de Concorrência, preconizou prévia análise do procedimento submetido ao CADE, evitando desaprovação posterior e o desfazimento de fatos consumados, o que trazia prejuízos irreversíveis, inclusive no seguimento do mercado acionário.

A comunicação é uma exigência da governança corporativa que afeta, invariavelmente, o preço do papel negociado em Bolsa, de modo que uma reprovação futura absorverá eventual ganho de escala, além de permitir responsabilizar os administradores da economia.

No propósito de reduzir as etapas e permitir investigação sumária da operação de concentração, a Lei nº 12.529/2011 introduziu importante capítulo, de exame preventivo, resvalando, assim, na projeção do resultado a ser adotado pelo órgão regulador. Basicamente, a submissão do procedimento ao Relator fará com que ele analise a nova situação antes que se consuma o ato, podendo apontar restrições, fazer exigências, delimitar a integração das atividades, eventual demissão de funcionários, fechamento de estabelecimentos, extinção de marcas ou linha de produtos, afetando, ainda, o setor de *marketing*.

Esse verdadeiro despacho prévio, de análise do Relator, sem avançar o mérito da questão, permite discorrer a respeito de limitações e restrições impostas, ainda que em cognição sumária, antes do exame colegiado pelo órgão regulador.

Caracteriza-se, assim, um conjunto de exigências, as quais visam, sobretudo, à proteção do mercado, da atividade econômica, seu monitoramento, absorção da mão de obra, impedimento de demissões ou fechamento de estabelecimentos comerciais.

É bem verdade que o comércio eletrônico agrega fatores distintos, porém a preocupação vital do órgão regulador não se concentra, exclusivamente, no vulto da operação, mas permeia a independência do mercado, sua concentração e a imposição determinante para não implicar, abertamente, em causas de desemprego ou qualquer outro modelo destoante.

Ninguém discute que as operações de concentração envolvem limitado custo-benefício para o trabalho e de natureza ilimitada para o capital. Assim, a junção entre ambos, e a busca de um denominador comum, parece ser o termômetro de equilíbrio que reforça a importância do papel do CADE.

A cargo do Relator, a análise prévia da operação, cujas multas infracionais poderão atingir cifras milionárias, e, dependendo da complexidade da operação, o Relator detalhará, de forma transparente, concisa e objetiva, as peculiaridades impostas para acompanhamento do desencadeamento de concentração de mercado.

Envolvendo oferta pública de ações, haverá restrição em relação ao exercício do direito de voto do adquirente no tocante ao pacote acionário adquirido, porém o ato deverá passar pela aprovação prévia do órgão regulador.

Houve elastecimento no prazo de análise da operação, que passou para 330 dias corridos, o que evidencia transcurso su ciente e razoável para contemplar a apreciação pelo órgão colegiado, sua aprovação ou restrições e limitações exigidas.

É sempre obrigatória a noti cação do ato de concentração, cuja observância deve acontecer depois da lavratura do instrumento formal, vinculando as partes.

Bem se proclama que a imprensa, de uma forma geral, apresenta a comunicação, quando do interesse da compra do controle ou de participação societária, para posterior sujeição do ato à análise do órgão regulador.

A portaria interministerial dos Ministérios da Fazenda e da Justiça, sob o nº 994/2012, elucidou a necessidade do registro da operação em que pelo menos um dos grupos tenha registrado faturamento bruto no Brasil de, no mínimo, R$ 750 milhões, no último exercício scal, ao passo que o outro grupo deverá ter apresentado faturamento mínimo de R$ 75 milhões no mesmo período.

Abriga-se, nesse aspecto, a transmissão de valores entre o grupo que adquire a participação (ou, eventualmente, o controle) e o alienante, para efeito de cálculo do faturamento, o que propiciou melhor nivelamento e seletividade de controle da atividade operacional.

Com a participação do capital estrangeiro, sempre crescente, e a integração de fundos de investimento, adveio a necessidade de se disciplinar a ferramenta que participa a aquisição pelos respectivos fundos, o papel do gestor e os próprios quotistas.

Envolvendo a operação, a participação dos fundos de investimentos, levando em conta o aspecto do faturamento, deverão ser analisados os cálculos provenientes de gestão, vinculados ao gestor e relacionados aos quotistas que possuam, direta ou indiretamente, mais de 20% das quotas de pelo menos um dos fundos, além das empresas que integram o portfólio dos fundos, cujas participações, simétricas ou assimétricas, apresentem patamar igual ou superior a 20% do capital social votante.

Preciosa inovação também se consubstanciou ao se permitir ao CADE submeter atos de concentração não expressamente previstos na Lei nº 12.529/2011, no prazo de um ano, uindo da data de nalização da operação.

A regra tem signi cativa valia, isto porque entidades associativas, fundamentalmente consumidores, fornecedores, clientes, estão legitimados para provocar o pronunciamento do CADE, ainda que os atos praticados não estejam diretamente relacionados à prévia análise.

Dito isso, os atos concentracionistas que espelham mudança da atividade empresarial passam a submeter ao novo regulamento inspirado na legislação, provocando, de alguma forma, a eliminação da concorrência, o vetor da posição dominante, em atenção aos bens e serviços, dependendo, também, da questão essencial do faturamento mínimo obtido.

Nesse contexto, a expressão “ato de concentração” tem tipologia ampla e sua interpretação pode encerrar: aquisição do controle, total, parcial, compartilhado; fusão de duas ou mais companhias; aquisição de ativos envolvendo participações minoritárias, a denominada incorporação de empresa; o consórcio entre empresas, com exceção das concorrências públicas.

Projeta-se, assim, um parâmetro moderno e completamente inovador, no qual o ato de concentração sofre análise prévia e se subordina ao ditame do Relator, para efeito de, liminarmente, exigir restrições e limitações, as quais poderão ser aceitas pelo órgão colegiado, ou relativizadas.

A exibilização do procedimento pelo órgão regulador, na sua etapa prévia, signi ca que se poderá autorizar a negociação subordinada às condições, peremptoriamente estabelecidas, levando-se em consideração a cadeia produtiva, a manutenção dos postos de emprego e, substancialmente, dos estabelecimentos comerciais relacionados.

Invariavelmente, sempre que houver comunicação de ato de concentração, e bem antes da análise do órgão regulador, cria-se uma expectativa, justi cadamente negativa, no sentido da demissão em massa, da redução da jornada de trabalho, do fechamento de alguns estabelecimentos, en m, uma válvula de escape que pressiona, numa análise preventiva, o próprio órgão regulador a se pronunciar.

Quanto à absorção pelo capital internacional de empresas nacionais, além de revelar a importância do negócio, tão mais relevante é proporcionar a manutenção do emprego e disponibilizar alternativas que atendam ao consumidor, cujo elemento exclusivo do faturamento não pode servir de termômetro para preterir o interesse coletivo.

A nova visão que se propicia ao órgão regulador, sob a égide da Lei nº 12.529/2011, visa evitar a demora na análise do ato concorrencial, submetendo-o à prévia análise, porém impondo, programaticamente, certas restrições ou limitações para acalmar o mercado e transmitir, à massa trabalhadora, a impossibilidade de acarretar demissão em massa.

470. Os re exos da concorrência na tutela do consumidor – O papel fundamental do órgão regulador é manter a higidez do mercado e a livre concorrência, assegurando o cumprimento dos princípios constitucionais, inerentes à ordem econômica.

No entanto, uma questão básica e fundamental para o processo concentracionista repousa na proteção ditada ao consumidor, isto porque o ganho econômico em escala não signi ca, direta e decisivamente, que o destinatário nal será recompensado.

Essa análise é essencial, na medida em que as múltiplas circunstâncias relacionadas à concentração empresarial, a par do domínio de mercado e estabelecimento de preços, têm trazido preocupação latente ao consumidor.

Na esfera jurídica, tudo caminha para a publicização dos atos da tutela coletiva ou difusa, tendo os juristas Claudia Lima Marques e Bruno Miragem[6] concluído que, na sociedade atual, o economicamente relevante, prioritariamente, assimila o imaterial, os fazeres e serviços complexos do novo mercado, a exemplo do comércio eletrônico com os consumidores.

Essa mescla de pensamento permite o convívio, em pleno século XXI, da Idade Média das favelas, a modernidade dos parques industriais fordistas e a pós-modernidade das relações virtuais, com acentuada despersonalização, desmaterialização e instabilidade, verdadeira nivelação das culturas.

O traçado socio losó co é in uente para a adoção realística em prol do consumidor, constitucionalmente identi cado, porém, invariavelmente esquecido e submetido ao plano de plena vulnerabilidade jurídica ou cientí ca.

É cada vez menor, na economia globalizada, o potencial de in uência ou interferência da massa de consumidores frente ao processo de concentração de empresas, daí por que cabe ao órgão regulador, diretamente, a preservação do mercado econômico e, no mesmo plano de sua equação, a redução de tensão entre o con ito do capital com os interesses difusos e coletivos dos consumidores.

A conjugação da integração econômica com as novas regras de mercado traz um ponto de interrogação em relação à importância destacada à massa dos consumidores.

Em contrapartida, a evolução protetiva do direito das minorias, dos chamados grupos minoritários, identi ca mudanças mais acentuadas, não apenas no Brasil, mas, substancialmente, no mercado externo.

Verdadeiro braço de ferro se consubstancia na luta pelo mercado e sua proteção, arregimentando, assim, a participação dos Bancos Centrais, cuja calmaria é sempre relativa, descortinando um novo horizonte, principalmente quando a mão invisível do Estado sempre pode ser vista nos momentos de crise.

Bem por tudo isso, a nova lei da concorrência, hospedada no Diploma Normativo nº 12.529/2011, ao regular o papel de funcionamento do mercado, suscita a sua convergência e con uência, com a importância baseada no espectro do consumidor.

Métodos invasivos acarretaram o chamado processo de privatização, com vantagens e desvantagens, e o mesmo critério pode ser aduzido no que concerne às fusões, incorporações e alterações do controle das companhias.

A respeito, o papel do BNDES tem repercutido fortemente, principalmente diante da crise em alguns setores, indagando-se, assim, se as prioridades vocacionadas ao capital estrangeiro também se destinam às micro e pequenas empresas.

A possibilidade de intervenção no processo concentracionista, a cargo de entidades associativas organizadas, mais perto dos consumidores, merece aplausos, porquanto permite, ainda que indiretamente, a dedução de dados seguros que rompam com o imobilismo e eventual desacerto da decisão.

O duopólio do mercado empresarial aéreo tem trazido diversas repercussões negativas e o Brasil precisa se conscientizar que a plena modernidade capeia ampla concorrência em todos os setores da economia.

Muito bom seria, portanto, que a exemplo do setor automobilístico, todas as atividades econômicas fossem realizadas por pelo menos uma centena de empresas, dando opção ao consumidor, integração de preços, resistência à cadeia de domínio, livre escolha na junção dos fatores do ganho e da qualidade do serviço.

Em resumo, a grande prioridade encerrada na legislação é revelada a partir da integração do Brasil nos mercados globalizados e diz respeito à proteção contra perdas e danos ao consumidor.

En m, se a atividade empresarial trouxer benefícios pelos atos de concentração, o que se espera, inelutavelmente, é que esses lucros incessantes não revelem prejuízos constantes ao mercado consumidor.

O crescimento da economia dependerá fortemente do acesso ao crédito, mas sempre da livre concorrência e da opção de escolha do consumidor, o que reforça o papel do órgão regulador na aprovação, restrição ou reprovação do ato submetido à análise.

Nessa importante quadra da história, a nova Lei de Concorrência terá função primacial de romper com os defeitos do passado, superar as di culdades do presente e consolidar, na linha de sua manifestação, um padrão futuro, capaz de prestigiar o papel do consumidor, minando os atos concentracionistas empresariais, para que os princípios constitucionais do desenvolvimento econômico e da liberdade da atividade empresarial coroem o fortalecimento econômico do Brasil.

5De autoria de Carlos Henrique Abrão.

6MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

XXXVII
O COMÉRCIO ELETRÔNICO

471. A importância do comércio eletrônico na economia globalizada – O cenário econômico global desperta o uso constante e permanente da ferramenta consubstanciada na internet, daí por que o comércio eletrônico incorpora viva atenção diante do aumento do número de usuários e da necessidade de uma legislação especí ca.

Acredita-se que pelo comércio eletrônico, também conhecido na categoria virtual, mais de 70 milhões de brasileiros possuem acesso e fazem compras, utili-zam-se de serviços e outras características.

O faturamento estimado ultrapassa a casa de 50 bilhões de reais por ano, número considerável, trazendo diversos aspectos vantajosos, dentre os quais a rapidez, a agilidade e fundamentalmente a possibilidade de efetuar o negócio sem o deslocamento, invariavelmente congestionado em grandes e médias cidades do País.

É evidente que o comércio eletrônico, de um lado, sinaliza e sintoniza uma presença própria da evolução global e das economias das nações mais desenvolvidas, oferecendo produtos e serviços, sem contar ainda a popularização dos negócios em relação à China.

Bem por tudo isso, não apenas pelos números relatados, mas essencialmente pelo acesso que milhões de brasileiros ostentam, trata-se de procedimento irreversível, cuja tendência é o aumento vertiginoso na próxima década.

E, para tanto, os órgãos de regulamentação do consumidor, com toda a razão, mostram-se preocupados, tanto assim que o Governo não tem medido esforços para rever políticas públicas destinadas ao comércio eletrônico, inclusive o grande impacto que repousa na carga tributária.

Fundamental ponderar que o comércio eletrônico traz vantagens e desvantagens. Inegavelmente, porém, as primeiras são superiores às segundas porque o grau de contentamento dos consumidores mede-se pela expectativa do impacto e da constante utilização da ferramenta.

Ninguém desconhece vários problemas surgidos nesse ramo do comércio eletrônico, inclusive com medidas adotadas por entidades de defesa dos interesses coletivos, notadamente em épocas especiais, natal, nal de ano, quando uma boa parte das empresas não consegue entregar seus produtos e seus atrasos são preocupantes.

Ineliminável, portanto, reconhecer o grau de penetração do comércio eletrônico em todos os rincões do País, até para disciplinar atividade empresarial, a qual deve dispor de mecanismos, priorizando a transparência e a segurança na entrega do produto.

Das velhas feiras do comércio medieval, onde se enraizou o direito comercial, até o mecanismo mais moderno de comércio eletrônico, sentimos uma verdadeira revolução que aumenta enormemente o consumo, de todas as classes da população. Além do que, com a utilização do cartão de crédito, milhões de compras são efetuadas em questão de alguns minutos, em todo o mundo.

As facilidades crescentes do comércio eletrônico indicam que ele veio para car, modernizando-se a sua principal maneira de tratar o consumidor, balizando preços e disponibilizando quantidade e qualidade do produto.

Firme nesse propósito, e com a melhor distribuição de renda, o comércio eletrônico deve dispor de um registro, dado técnico para amparar o consumidor, propondo atender as diversas classes sociais, com a característica própria do produto, sendo o conforto evitar o deslocamento e perda de tempo muito comum nos grandes centros urbanos.

Na vertente do comércio eletrônico, de um lado está o Governo que busca disciplinar e regulamentar a atividade, do outro o empresário que se organiza para oferecer bens e serviços, e na ponta o consumidor que também exige qualidade e preços mais justos.

Não é raro observarmos a di culdade do consumidor em buscar ser ressarcido do seu prejuízo e responsabilizar as empresas, ou seus intermediários, pela incidência de regras inerentes ao Código de Defesa do Consumidor.

472. A repercussão do comércio eletrônico – A atividade desenvolvida no âmbito empresarial no comércio eletrônico tem conotação especí ca, de sua repercussão, em termos de mercado, de concorrência, da qualidade dos serviços ou produtos, e basicamente da respectiva regulamentação.

No cenário nacional, o consumidor consegue acesso ao sítio das empresas especializadas, na situação de aquisição de produtos, ou prestação de serviços, objetivando encurtar etapas e ter todas as circunstâncias descritas quando do fechamento do negócio.

Elucida-se que a regra do comércio eletrônico, sem a menor dúvida, está sob a disciplina da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, por envolver típica operação subordinada à relação de consumo.

E cada vez mais preocupado em priorizar regras para regulamentar o comércio eletrônico, o Governo Federal, por intermédio do Decreto 7.962, de 15 de março de 2013, buscou diminuir os riscos inerentes à operação de contratação.

Temos um novo contrato eletrônico, o qual se perfaz por meio da rede mundial de acesso, porém exigem-se da empresa algumas cautelas nas informações para que a repercussão seja extremamente ao nível da consulta e satisfaça ao interesse coletivo.

Diagramada essa questão, portanto, o contrato tem uma característica peculiar e singular, além do que, como se trata de uma nova realidade, fez bem o Governo inserir regras que colaboram com o espírito da legislação consumerista.

O contrato eletrônico tem sido uma nova realidade não apenas para esse setor, mas também diversas instituições bancárias, ao contratarem, disponibilizam no sítio de acesso do banco o modelo para que o consumidor nal tenha conhecimento.

O ponto nevrálgico do contrato do comércio eletrônico, cuja repercussão é de grande monta, traduz o contentamento, o aspecto do arrependimento, ou mesmo a desistência do negócio, no sentido de comunicar à administradora do cartão de crédito, evitando-se a emissão de fatura, em função do prazo concedido de sete dias no interesse da legislação em vigor.

É fundamental ainda ressaltar que a disciplina proveniente do decreto encontra ressonância no Projeto 1.572/2011, trazendo capítulo especí co a respeito do comércio eletrônico.

A roupagem do contrato eletrônico, sempre modelo em massa, já impresso, mediante cláusulas e condições, de maneira invariável, traduz para o consumidor o seu discernimento e a técnica de contratação.

A hipótese da hipossu ciência técnica sempre poderá permear a operação, naquilo que se consagra em termos da inversão do ônus da prova, na eventualidade de uma disputa judicial.

A assertiva do funcionamento da atividade empresarial hospedada no comércio eletrônico regulamenta um marco muito positivo para o crescimento dos negócios e o aumento das vendas.

No entanto, se a di culdade local de responsabilizar o empreendedor virtual é muito grande, em atenção aos *sites* internacionais, as peculiaridades são ainda maiores, porém não podem reunir opacidade na consecução de prejuízos incorridos.

Em outras palavras, quando adquire um produto por meio do comércio eletrônico, notadamente se a oferta é feita no exterior, o consumidor precisa ter em mãos subsídios para responsabilizar aquele que não cumpre a sua atividade, ou a faz fora das características da propaganda e das informações.

Na conjuntura delimitada, também representa ponto muito interessante aquele das reclamações feitas pelo consumidor e registradas na internet, pois dessa forma, antes de qualquer negócio, o consumidor pode acessar as consultas e ver as principais reclamações existentes contra a empresa que realiza o comércio eletrônico.

A repercussão negativa da atividade própria do comércio eletrônico, no mínimo, coloca dúvida no espírito do consumidor, mais ainda quando não há resposta que satisfaça o seu livre pensar.

Na realidade, a atividade empresarial do comércio eletrônico não pode apresentar tropeços ou deslizes, qualquer notícia negativa, demora na entrega, produto pirateado, falta de garantia, ou qualquer outra natureza, tudo isso in uencia desfavoravelmente o mercado consumidor.

Ao acessar o *site* da empresa de comércio eletrônico, vendo as fotos e demais características, normalmente o consumidor não tem uma amplitude, tal e qual desejada, porém precisamos analisar se houve algum erro, defeito, e sua capacidade de discernimento aquilataria comportamento distinto.

Bem regrados a matéria e seu ponto de relevo, entendemos que o comércio eletrônico apresenta uma repercussão inigualável da economia do País, projetando não apenas as empresas, mas também dando margem para novas ideias, produtos e serviços, sem as despesas próprias do ponto comercial, da delização da clientela e, sobretudo, a alta carga tributária que desmotiva os empreendedores, afora a gritante insegurança que permeia no negócio.

473. Características do Decreto 7.962/2013 – A disciplina normativa especí ca pautada pelo Decreto 7.962, de 15 de março de 2013, relativa ao comércio eletrônico, trouxe várias inovações, com aperfeiçoamento e aprimoramento do próprio contrato.

Com efeito, contemplando apenas nove artigos, o decreto entrou em vigor em maio de 2013, traçando novas linhas para proteção do consumidor e disciplinando os sítios eletrônicos para oportunizar acesso e consulta e re etir menor grau de risco na feitura do contrato eletrônico.

É fundamental, pois, que a disciplina clareie as informações com facilitado atendimento e priorize direito ao arrependimento, etapa essa inseparável da própria manifestação de vontade do consumidor.

Básica e essencialmente, os sítios eletrônicos trarão informações a respeito do nome empresarial, inscrição do fornecedor, cadastro de pessoa física ou jurídica, endereço físico e eletrônico, o que coloca em maior grau de segurança a própria realização da operação.

Em relação ao produto ou serviço, deverá ser descrito o elemento de sua característica, se traz algum risco à saúde, à segurança do consumidor, com o respectivo preço, incluindo despesas adicionais ou acessórias, tais como entrega ou seguros.

A respeito da garantia estendida, ou do seguro, a Resolução 296 do Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP –, datada de 25 de outubro de 2013, estabeleceu nova regra em atenção ao propalado contrato de seguro.

Sobredita Resolução proporciona garantia legal, após o vencimento daquela contratual, do fabricante ou produtor, em prol do consumidor.

Não sendo possível o reparo do defeito, a indenização se fará pela reposição de idêntico bem. Na impossibilidade, o consumidor será restituído daquilo pago, conforme constante do valor da emissão do documento scal.

O contrato de garantia estendida é realizado por meio de sociedade seguradora ou de corretor de seguros, com vinculação entre a rescisão do contrato e da própria cobertura contratada.

Ficam proibidos a contratação obrigatória do contrato de seguro de garantia estendida e igualmente qualquer desconto no preço para esse tipo de contrato.

Inova-se com a possibilidade da desistência pelo segurado, no prazo de sete dias, contados da assinatura da proposta, sendo a apólice individual, ou da emissão do bilhete, no caso de sua feitura.

A apólice do seguro de cobertura poderá sofrer endosso, quando o fabricante do produto que apresenta defeito, durante a vigência da garantia do fornecedor, resolve substituí-lo, justi cando-se a transferência para sua consecução mediante acordo entre as partes.

Quando o comércio eletrônico envolver compra coletiva, ou trouxer essa modalidade análoga, o Decreto 7.962/2013 preconiza informações imprescindíveis, dentre as quais a quantidade mínima de consumidores para realização do contrato, o prazo para utilização da oferta pelo consumidor e a identi cação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecedor de produto ou serviço.

Nota-se, com tudo isso, que as contratações realizadas na esfera do comércio eletrônico deverão se ater ao cumprimento das condições da oferta, com a entrega dos produtos e serviços, observando-se prazo, quantidade, qualidade e adequação.

A não observância das regras disciplinadas no decreto é capaz de permitir sanção, nos termos do art. 56 da Lei 8.078/1990.

474. O Projeto do Novo Código Comercial – O novo direito legiferante, ainda que encerre dúvidas, incertezas e acesos debates sobre a necessidade de passarmos para uma nova codi cação do direito empresarial, matéria polêmica, abastece o conteúdo cientí co para levar ao conhecimento dos operadores do direito, portanto, a respeito da matéria sinalizada. O capítulo III estabelece a dinâmica do comércio eletrônico, e assim o de ne: "É eletrônico o comércio em que as partes se comunicam e contratam por meio de transmissão eletrônica de dados".

Com razão, o comércio eletrônico não envolve apenas mercadorias, mas insumos, prestação de serviços e também aqueles larga e amplamente utilizados, denominados bancários.

O empresário dedicado ao ramo do comércio eletrônico também recebe as mesmas exigências daquele empresário que atua por meio do estabelecimento comercial, exceto se houver qualquer prazo especí co na realização de menor burocracia a respeito.

Em algumas nações desenvolvidas, diga-se de passagem, a constituição de atividade empresarial eletrônica é rápida, simpli cada e sem qualquer burocracia.

Em menos de uma semana, o empresário consegue obter seu cadastro, registro e, por meio disso, operacionalizar a sua atividade, de forma local, ou internacionalmente.

O Projeto traz especi cidade quando se refere ao sítio visando aproximação entre potenciais consumidores voltados para a realização do negócio.

Nessa hipótese, o empresário encarregado da aproximação não responde, de modo algum, pelos atos praticados pelos vendedores e compradores de produtos e serviços, porém ca obrigado a retirar do endereço eletrônico quaisquer ofertas lesivas, em prazo razoável após a noti cação, mantendo a política de privacidade.

Consagra o projeto, também, que o nome de domínio do empresário é próprio do elemento do estabelecimento empresarial, porém não podemos perder de vista que a atividade virtual não se coaduna com aquela física do estabelecimento, do ponto, da clientela e da *azienda*.

Quando houver registro de marca alheia, a conduta se denomina parasitária, e o prejudicado poderá requerer a imediata transferência, além de perdas e danos, considerando-se, ainda, ocorrer ato ilícito quando o registro tiver a nalidade de prejudicar a imagem ou arranhar o negócio do empresário.

Feito o cotejo entre o Decreto 7.962, de 15 de março de 2013, voltado especi camente para proteção do consumidor, e o PL 1.572/2011, nota-se, com grande facilidade, que o texto governamental é mais amplo, transparente e claro na sua identi cação, ao passo que o capítulo destinado ao comércio eletrônico ainda merece reformulação, maior transparência e características que assimilem a intenção do negócio com o respeito ao consumidor, essencialmente quando envolver compras coletivas ou ofertas com descontos acima da média, para o efetivo cumprimento da obrigação.

Os aspectos norteadores da revelação do comércio eletrônico, tanto na disciplina governamental como pelo aparato do novo código sinalizado pelo projeto, todos esses ingredientes, signi cam que essa modalidade empresarial arregimentou signi cativo número de consumidores, incrementou o comércio, as vendas, diminuindo as visitas físicas e os comparecimentos dos clientes à loja, preservando-se a imagem da marca, do produto e da oferta trazida pelo empresário virtual.

Quando implementado o arrependimento do consumidor, impactando no contrato eletrônico e também no contrato de seguro de nido pela garantia estendida, alguns elementos precisam receber melhor tratamento.

Comunicado pelo consumidor o seu arrependimento, cabe imediatamente ao fornecedor transmitir ciência à instituição nanceira ou à administradora do cartão de crédito.

Exercido o direito ao arrependimento, no prazo de sete dias, e chegando ao conhecimento do fornecedor, ele repassará o informe para que a transação não seja lançada na fatura do consumidor, caso contrário, se já for feito, fará jus ao estorno correspondente à importância daquela operação.

O fornecedor deve dar ciência à nanceira, ou à administradora, mas também enviar ao consumidor con rmação sobre seu arrependimento.

O consumidor nal poderá, para sua maior garantia, dependendo do valor gasto com o produto, efetivar contrato de seguro que represente ampliação do prazo de cobertura, sob a forma de garantia estendida.

Cabe ao consumidor o pagamento do prêmio para ampliar o tempo de garantia do fornecedor.

Existentes contratos coligados, de comércio eletrônico e da garantia estendida, a questão que se coloca é saber se o arrependimento manifestado pelo consumidor, durante o prazo de sete dias, também encerra a mesma situação para garantia estendida.

A Resolução 296/2013, no seu artigo 14, facultou ao segurado desistir do seguro, no prazo de sete dias contados da assinatura da proposta e da emissão do bilhete.

A situação aparente simboliza que o arrependimento do consumidor, em tese, também implicaria a sua manifestação para reembolso daquilo pago a título de garantia estendida.

A melhor técnica a ser aprimorada e aperfeiçoada ditaria que o próprio fornecedor comunicaria à nanceira, eventualmente à administradora de cartão de crédito, e também à seguradora: à primeira, para que não lance o valor na fatura, e à outra, para que tenha ciência de que o contrato acessório de cobertura estendida, desfeito o principal, também não se consumou.

A incidência da manifestação é deveras importante, na medida em que, desconhecendo a realidade, a seguradora pode exigir o valor, emitindo boletos, e causar restrição indevida do nome do consumidor.

Colimando, portanto, pleno exercício de sua manifestação de vontade, o consumidor deve receber a con rmação do fornecedor, e ainda dar conhecimento à empresa de seguro, no sentido de impedir qualquer cobrança, inibir restrição, com a ruptura do contrato entabulado.

475. O comércio internacional eletrônico e os aspectos concorrenciais – A dimensão do comércio eletrônico não se limita ao território nacional, mas atravessa fronteiras, e tem amplo horizonte, no sentido da livre concorrência entre os países, suas economias, quantidade e qualidade de proventos disponíveis.

O primeiro registro que cabe fazer diz respeito à situação de empresas internacionais de comércio eletrônico, cujo acesso é feito pelo consumidor local para alcançar seu objetivo em relação à aquisição de mercadorias ou serviços.

Nessa linha de raciocínio, o consumidor, quando objetiva aquisição do produto, tem em mira informações precisas, preços e demais características.

A sinalização é essencial para evitar dissabores e eventuais transtornos, pois o exportador do produto eletrônico não tem obrigação de conhecer a legislação tributária do país importador para ns de se cogitar da alíquota sobre o imposto de importação.

Ao acessar determinados sítios, o consumidor ca sabendo a respeito da qualidade do produto, seu preço em moeda estrangeira, invariavelmente norte-americana, previsão de entrega, porém, quando entra no território nacional, por via aérea ou marítima, na liberação do produto, o interessado cará sabendo, se for tributado, quanto pagará de imposto de importação.

Localmente, a guerra scal é a mais difícil de ser combatida pelo Governo e pelo Confaz, na medida em que se estuda a revisão de políticas tributárias em atenção ao comércio eletrônico.

Foram redigidas propostas de Emenda Constitucional, 103 e 113, ambas de 2011, as quais adotam o caminho da equação sobre a tributação do comércio não presencial, envolvendo ainda serviços.

Os Estados mais desenvolvidos da Federação, principalmente São Paulo, não comungam do ponto de vista do Governo, pois haveria uma sensível queda da arrecadação se a repartição dos negócios do comércio eletrônico tomasse nova conotação e um color distinto.

É consabido que, no comércio eletrônico, a alíquota do ICMS é menor do que do comércio físico, porém, como boa parte das empresas tem seu sítio virtual no Estado de São Paulo, o repasse entre o local do consumo e seu destino implementaria uma nova realidade que alteraria o princípio da arrecadação.

A questão da tutela do consumidor relacionada com sítios internacionais é uma cautela maior que deve conter a mobilidade do governo, das entidades encarregadas, e das políticas públicas administrativas, eliminando, assim, qualquer descon ança ou risco para o consumidor nal.

Notadamente, os tratados internacionais devem reposicionar o assunto, e quanto maior a abertura do País para integração de blocos econômicos, mais oportunidades estarão abertas para que os sítios estrangeiros disponibilizem mercadorias e serviços para consumo dos brasileiros.

Ao examinar tema importante, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.383.354 – São Paulo, Relatora Ministra Nancy Andrighi, enfrentou a questão do comércio eletrônico sob a ótica da Lei 9.279/1996.

Naquela situação especí ca, o Superior Tribunal de Justiça apreciou a propalada dilação da propriedade industrial cometida pelo instrumento do comércio eletrônico.

Na origem, a liminar fora deferida, porém revogada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, sob o fundamento de que a comercialização de produtos com a marca Citizen, por si, não con gura violação do direito de marca, ressalvando que nada obsta que os adquirentes, de forma regular, pudessem vendê-los.

Com muita propriedade, a Ministra Relatora entendeu não ser possível, dada a variedade de ofertas de serviços por terceiros, ter o controle e scalização, até porque os próprios *sites* não garantem a qualidade ou a procedência do produto.

Extrai-se da lição de Rui Stoco[7], que o provedor de internet seria mero fornecedor dos meios físicos, serve apenas de intermediário, repassando mensagens e imagens para outras pessoas, e, porque não as produziu, ou exerceu scalização, ou juízo valorativo, não pode ser responsabilizado.

Curial e peculiar que esse novo direito digital encerra absoluta impossibilidade de completo monitoramento da rede, para o equilíbrio de direitos e deveres dos mais complexos *players* do mundo virtual.

No entendimento da Corte, pois, o Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso da empresa, por todos esses argumentos, não reprimindo a comercialização do produto, ou a exposição da matéria no sítio eletrônico.

Abeberado nesse fundamento, o novo direito digital atinente ao comércio eletrônico quanti ca a importância da concorrência, mas, ao mesmo tempo, quali ca a relevância do consumidor, e o sistema internacional ainda se ressente de falhas e lacunas para que os tratados internacionais e as autoridades governamentais locais propiciem, àqueles prejudicados, o exercício pleno dos seus direitos, na consecução do justo.

A nova descoberta do comércio eletrônico propiciará, mediante regulamentação, técnicas e instrumentos, que, ao longo dos anos, a própria sociedade se defenda de empresários inescrupulosos, e que as entidades protetivas dos consumidores tenham salvaguardas e cientes na consecução de medidas preconizando o ressarcimento dos prejuízos e indenizações, inclusive dano moral coletivo.

7Rui Stoco, *Tratado de responsabilidade civil*, 6. ed., São Paulo, RT, 2004, p. 901.

XXXVIII
A LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL

476. A inovação legal e sua importância – Editada a Lei 12.846, de 1.º de agosto de 2013, a qual entrará em vigor no nal de janeiro de 2014, ela contempla 31 artigos extremamente relevantes para o diagnóstico das condutas e comportamentos contra a moralidade e a eticidade das empresas privadas, no contexto dos negócios feitos com os agentes públicos, mesmo envolvendo parcerias público-privadas.

O impacto da nova legislação se re ete não apenas na circunstância que envolve a atividade empresarial, mas, principalmente, pelas sanções e pesadas multas, em atenção aos comportamentos lesivos.

Em um cenário internacional, a situação do Brasil, em termos de corrupção, sempre foi de total falta de comando e intenção de reduzir o nível prejudicial à sociedade civil.

Ao contrário, na atualidade, existe uma completa malha detrimentosa ao cidadão, a qual contamina inúmeros negócios realizados e celebrados, que não podem ser scalizados pelas Cortes de contas, e a recuperação do numerário sorvido muitas vezes é frustrada e leva anos a o.

O principal escopo da legislação é admitir dupla responsabilidade, uma de natureza administrativa e outra civil, de característica judicial; uma não prejudica a outra, e ambas podem ser aplicadas, independentemente daquilo que a administração pública analisar, ou a Justiça vier a se pronunciar.

A principal dúvida que precisa ser enfrentada se refere não apenas ao texto isolado do diploma normativo, mas também à presença constante da Receita Federal, do Bacen, COAF, e outros organismos, para monitorar as operações e constatar os atos ilícitos praticados.

A falta de infraestrutura de que padece os mencionados órgãos é ponto crucial para o sucesso ou insucesso da Lei 12.846/2013, pois todas as autoridades públicas, de alguma forma, apresentam envolvimento no diagnóstico do ato ilícito e na propositura da ação, até mesmo o Ministério Público.

O conceito enraizado na nova Lei Anticorrupção abriga punições, cadastro especí co, inibe contratação, proíbe participar de licitações, além do que encerra responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, podendo inclusive abranger aquela dos sócios.

Situado esse aspecto, analisam O. C. Ferrell, Fraederich e Linda Ferrell (*Ética empresarial*: dilemas, tomadas de decisões e casos. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso Ed., 2001), que o dilema da sociedade globalizada é procurar o modelo que desenvolva ética empresarial, avaliando o papel das empresas multinacionais, analisando o relacionamento correspondente de grandes corporações, para poder extrair o mínimo conteúdo relacionado ao sistema e seu funcionamento.

Evidente, pois, que a cultura anticorrupção, pressuposto dos negócios, oscila de região para região, de nação para nação, existindo um quadro muito dilacerado daquelas economias em desenvolvimento ou conhecidas como emergentes.

Nos países de primeiro mundo, os índices de corrupção medidos são muito baixos, principalmente nos países nórdicos, além de Singapura, que deu passos muito constantes na última década.

Na doutrina de Chaïm Perelman acerca do direito e da moral[8], podem existir boas razões para que as determinantes morais não sejam completamente iguais às regras jurídicas, as quais estão subordinadas às condições de segurança, presunção e técnica de prova, diferentemente do juízo moral.

A delimitação-alvo do legislador passa, necessariamente, pela de nição das condutas do corruptor e igualmente do corrupto. Assim, para que o estado de governabilidade não seja vítima ou refém dos procedimentos das grandes corporações, basta que tenha um mecanismo de scalização e autocontrole e cientes.

Contudo, a extensão territorial do País, número de prefeituras (mais de cinco mil), o conjunto de Estados e o modelo federativo colocam em uma situação de risco a própria realidade, e a simples presença de uma legislação, por si só, não refreará o efeito malé co ou danoso que, invariavelmente, permeia as grandes contratações.

O instrumento legal, forçoso reconhecer, mostra-se revolucionário, inovador, próprio do século XXI, porém não pode ser interpretado isoladamente, mas no contexto da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/1998), Lei das Licitações (Lei 8.666/1993), Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), Lei do Sigilo das Operações Financeiras (LC 105/2001), Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), Lei do Mercado de Valores Mobiliários – CVM (Lei 6.385/1976), as quais dizem respeito a supervisões e scalizações do Bacen, Susep, CVM, Receita Federal e também do COAF.

Sobressai, sem sombra de dúvida, que o Brasil tem uma consistente musculatura legislativa; para tanto, basta ver o número de diplomas normativos a respeito do tema, mas falta saber se existem integração e composição no momento da apuração da responsabilidade e punição dos faltosos.

O caráter sancionatório e punitivo da Lei 12.846/2013 abre um novo tempo para de nir a responsabilidade objetiva e diluir as práticas corporativas empresariais ilícitas.

Essa tecnologia da corrupção, verdadeiro *savoir faire*, precisa ser desmantelada por meio de mecanismos que se associem no combate à atividade espúria da economia globalizada, de empresas concertadas para prejudicar o Estado e o próprio contribuinte.

A atividade empresarial, antes de mais nada, necessita de um Estado menos intervencionista, mas capaz de mostrar sua mão invisível e apanhar quaisquer atividades lesivas, abusivas ou ilícitas que evidenciem domínio de mercado, cartelização, combinação de preços, superfaturamento ou expediente detrimentoso à normalidade do serviço público ou em parceria.

477. As responsabilidades administrativa e civil – Destinatárias da norma expressa na Lei 12.846/2013 são as sociedades empresariais, inclusive sociedade simples, personi cadas ou não, independentemente do modelo de organização, alcançando fundações, associações de entidades ou pessoas, sociedades estrangeiras, as quais tenham sede, lial ou representação no País, constituídas de fato e de direito, mesmo temporariamente.

Nesse contexto extraído do art. 1.º, parágrafo único, da mencionada legislação, a conclusão que se extrai também abrange organizações não governamentais, notadamente quando se desviam de sua nalidade e recebem recursos públicos, sem aplicações especí cas, mas em proveito dos próprios administradores.

A sociedade empresária é aquela de nida pelo Código Civil, no conceito da atividade econômica organizada para a produção de bens ou serviços.

Destacam-se, pela legislação especí ca, as companhias abertas e fechadas, e também as sociedades limitadas, modelo mais em voga na economia nacional.

A substancial nalidade normativa se sustenta na responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, no âmbito administrativo e civil, em virtude dos atos lesivos praticados, no seu próprio interesse ou benefício, de modo exclusivo ou não.

A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica independe daquela dos sócios, os quais serão enquadrados pelos ilícitos praticados, na medida da culpabilidade.

Qualquer reengenharia societária não ca imune à previsão normativa, de tal modo que permanece a responsabilidade na alteração contratual, fusão, incorporação, transformação ou cisão societária.

No âmbito administrativo classi cado pelo legislador, a teor do art. 6.º do diploma normativo declinado, as sanções serão moduladas conforme a conduta, em repercussão da gravidade.

A multa imposta poderá ser de 0,1% até o teto de 20% do faturamento bruto do último exercício anterior à instalação do processo administrativo, excluídos os tributos, não se afastando a vantagem auferida, sendo possível sua estimação.

Em linhas gerais, as multas, obedecido o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, estarão na escala de R$ 6 mil a R$ 60 milhões.

Os fatores adstringentes na dosagem da multa são todos aqueles disciplinados no art. 7.º, circunstâncias que quali cam e denotam o nexo causal da gravidade do fato.

A Controladoria-Geral da União, insta mencionar, terá competência concorrente para instauração dos processos administrativos, avocação, exame da regularidade ou correção de andamento.

O prazo para conclusão do processo administrativo é de 180 dias, cujas sanções aplicadas deverão adotar a forma da motivação e dos seus elementos típicos da responsabilidade.

No que concerne à responsabilidade judicial, as providências poderão ser adotadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio das advocacias públicas ou seus órgãos de representação, também tendo legitimidade o Ministério Público.

Na esfera cível da responsabilidade, as sanções impostas variam desde o perdimento dos bens, suspensão ou interdição da atividade, dissolução compulsória da pessoa jurídica e a proibição de receber subsídios e subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas, instituições nanceiras ou controladas pelo Poder Público, pelo prazo mínimo de um e máximo de cinco anos.

Nas ações de responsabilidade civil, objetivando conotação judicial, será observado o rito da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985.

Bem se percebe, em uma análise sumária da legislação, a vigorar no nal de janeiro de 2004, a severidade das sanções, tanto na esfera administrativa como na judicial.

Remanesce dúvida, no entanto, se o poder público, seus agentes e demais entidades conseguirão, no prazo de 180 dias, concluir os procedimentos administrativos instaurados e se, na esfera judicial, as sanções impostas demonstram a e cácia e plena validade incorporada ao Diploma 12.846/2013.

478. De nição dos atos de corrupção – O legislador, ao abordar atos e fatos, dentro do aspecto da tipicidade e respectivas lesões causadas ao erário público, diante dos comportamentos que ferem a ética e a moralidade das empresas, fez uma classi cação, *numerus clausus*, evitando-se assim interpretações elásticas e distantes do seu espírito.

Forte nesse aspecto, a Lei Anticorrupção visa proteger a administração pública de atos contrários ao funcionamento normal e regular das atividades realizadas por meio de concessão, delegação ou em parcerias público-privadas.

Nessa ótica singular, o legislador confere comportamentos especí cos, os quais reputa, evidentemente, desonestos e contrários ao bom funcionamento da máquina administrativa.

Estruturam-se nas circunstâncias previstas pelo legislador os seguintes comportamentos:

a) prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada.

Basicamente qualquer vantagem tem por escopo obter algum privilégio, resultando em desvantagem do erário, do contribuinte e da sociedade.

A atividade empresarial, em uma economia globalizada, não pode se propor ou se permitir conluios, vantagens ou irregularidades junto ao agente público ou a terceira pessoa que mantenha algum relacionamento direto ou indireto com a própria administração.

Consequentemente, a vantagem indevida é uma via de mão dupla, pois, se de um lado o agente público recebe algum benefício (corrupto), do outro a empresa também é bene ciada por algum esquema que lhe retira a scalização ou submissão à norma (corruptor).

b) Comprovadamente, nanciar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática de atos ilícitos, previstos nessa lei.

O comportamento abusivo e desabrido da atividade empresarial ou de qualquer ente análogo, refratário ao conteúdo da norma, demonstra o enfraquecimento da máquina administrativa e vantagens para evitar o controle e a scalização, tornando os atos ilícitos uma rotina.

Deveras, a ilicitude dos atos gera um con ito, um entrechoque de interesses, acarretando dano à administração pública e, consequentemente, ao próprio contribuinte.

As empresas particulares, quando se propõem a fazer contratos administrativos, participar de parcerias, ou licitações, não podem agir com reserva mental, ou de maneira combinada, mas sim colimar correto atendimento, com lisura, das regras e preceitos estabelecidos.

c) Comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica, para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos bene ciários dos atos praticados.

É bastante comum, na seara do ilícito, do ato que envolva corrupção, o simulacro, o comportamento dissimulado, com o uso de pessoa física ou jurídica, di cultando ao máximo a scalização e o controle.

Reverbera que a preocupação do legislador foi no sentido da máxima transparência, vedando-se a ocultação e a blindagem por intermédio de interposta pessoa.

Os aspectos e circunstâncias também respingam naquelas pessoas consideradas publicamente expostas, as quais deveriam ter controle mais rigoroso da Receita Federal, ao menos no tocante à evolução patrimonial.

De igual conteúdo, a prática mencionada ressoa na Lei de Lavagem de Dinheiro, haja vista que os bene ciários diretos ou envolvidos na fraude, na corrupção, normalmente desviam recursos para paraísos scais e impedem que medidas mais e cazes sejam adotadas, inclusive a própria recuperação de ativos.

Esmiuçada essa realidade, o legislador trouxe um quadro mais detalhado e pormenorizado em relação às licitações e contratos administrativos.

As vertentes e diretrizes norteadoras procuram evitar combinação de preços, fraude, afastamento de licitantes, oferecimento de vantagens, a especí ca criação de pessoa jurídica para participar de licitação, incluindo-se prorrogação de contratos, sem autorização em lei, manipular o equilíbrio econômico nanceiro, di cultando o monitoramento e a scalização, inclusive no âmbito das agências reguladoras.

Consubstancia-se, portanto, a partir do art. 5.º da Lei 12.846, de 1.º de agosto de 2013, com entrada em vigor no nal de janeiro de 2014, uma série de instrumentos que permitem à Administração Pública, seus agentes, o completo monitoramento e a scalização dos atos e a possibilidade de sanção na esfera administrativa e também judicial.

A riqueza normativa detalhada somente poderá ser alvo de aferição e controle passado algum tempo de vigência, cuja análise concreta dos casos revelará a higidez do comando legal.

O quadro evolutivo normativo não signi ca que o aumento da corrupção terá um comportamento constante e correspondente, coevo, dos atos ilícitos praticados.

Desguarnecidas a administração pública e a infraestrutura do controle e monitoramento permanente das redes digitais, de mecanismos seguros, caímos no con ito entre modernas normas, porém sem capacidade de aplicação correlata.

479. Acordo de leniência – A exemplo da delação premiada, muito comum na esfera do ato ilícito, o legislador prestigiou o denominado acordo de leniência, visando facilitar a apuração dos fatos, conhecimento de técnicas e solução das investigações.

Compete à autoridade máxima de cada órgão ou entidade estipular acordos de leniência com aquelas pessoas jurídicas responsáveis pelos atos classi cados na lei anticorrupção.

Essencial destacar que o acordo objetiva o resultado concreto de trazer elementos e subsídios, a m de que a Administração Pública se recomponha do prejuízo e consiga a recuperação de ativos.

Entabulado o acordo de leniência, no pressuposto da investigação e na nalidade do processo administrativo, as características básicas descortinam, em primeiro lugar, a identi cação dos demais envolvidos, além de obtenção ágil das informações e documentos comprobatórios dos ilícitos.

Consistente nesse acordo, a administração de agrará o resultado auspicioso para atingir e alcançar todos os envolvidos, concluindo assim suas investigações, com todos os subsídios, demonstrando o cometimento do ato ilícito.

Decorre disso, por assim dizer, o encerramento antecipado das investigações, restando incontroverso o ilícito, cujos envolvidos delatados sofrerão punições correspondentes aos respectivos graus de culpa.

O acordo não pode ser frustrado na sua entabulação ou trazer informações imprecisas, haja vista que a leniência somente pode ser compreendida no propósito de um resultado alcançado.

Formatado o acordo de leniência, na consecução da prova do ilícito e nos comportamentos dos envolvidos, disso resulta, portanto, o abrandamento das sanções e punições aplicáveis à espécie.

Conquanto a pessoa jurídica não esteja livre de reparar o dano, a multa poderá ser reduzida em até 2/3 do seu valor cabível à espécie.

Na hipótese do descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica cará sujeita à impossibilidade de nova estipulação, pelo prazo de três anos, contados do descumprimento e do conhecimento da administração pública.

É cabível ainda à própria Administração Pública celebrar acordo de leniência em relação aos procedimentos licitatórios, diretamente com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos ilícitos, sob a égide da Lei 8.666/1993.

Referido esse aspecto igualmente moderno na legislação, a qual vigorará a partir de janeiro de 2014, o acordo de leniência, notadamente nos casos de empresas corporativas internacionais, representa mecanismo de incremento, de incentivo, para se debelar a corrupção e repatriar o valor desviado.

480. A prescrição do ilícito e o cadastro – Comporta dizer que a feitura do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional em relação aos atos ilícitos disciplinados na legislação.

Bem andou o legislador ao prever a hipótese, haja vista que a frustração do acordo de leniência, descoberta pela administração pública, poderia frustrar a apuração investigatória, em função do lapso prescricional incorrido.

Em relação aos atos ilícitos previstos na legislação, o prazo prescricional é de cinco anos, contados da data da ciência da infração, ou, se for de natureza permanente ou continuada, do dia da sua cessação.

Correto a rmar, por outro ângulo, que o prazo radiografado, de cinco anos, se a gura razoável, plausível e consentâneo com a natureza da infração e com a apuração pela própria Administração Pública.

Signi ca reconhecer, antes de tudo, considerando o prazo de mandato conferido no exercício do cargo público, de quatro anos, e não havendo reeleição, que a nova gestão teria, em tese, um ano para diagnosticar o ilícito e proceder à abertura do procedimento administrativo, sob pena de prescrição.

Natural ainda salientar que o prazo prescricional de cinco anos será interrompido quando da instauração do processo, administrativo ou judicial, colimando apuração da infração.

Dessa forma, a interrupção se materializa, mediante atos concretos visando instauração de procedimento administrativo ou do processo judicial.

É consabido que, uma vez interrompido o prazo, ao contrário da suspensão, volta a correr novamente a partir daquela data para espargir seus efeitos no curso do procedimento ou do processo judicial.

Questão bastante interessante, de natureza cientí ca, e que será debatida oportunamente, a partir da vigência da lei, reporta-se à prescrição intercorrente.

Existe um pensamento que admite a prescrição intercorrente na esfera administrativa e, com maior facilidade, naquela judicial.

Consequentemente, se não for concluído o procedimento administrativo, no prazo de cinco anos, nos depararemos com a prescrição intercorrente, igualmente análoga ao que acontece na esfera judicial.

Os mecanismos utilizados pelos administradores públicos, seus representantes ou agentes, inclusive no âmbito judicial, devem evitar quaisquer manobras ou comportamentos que, direta ou indiretamente, colimem alcançar a prescrição intercorrente.

As empresas submetidas ao crivo da legislação em comento cam sujeitas, se vierem a ser responsabilizadas, a constarem do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP).

A inserção do nome da empresa no respectivo cadastro visa dar conhecimento, no âmbito nacional, possibilitando, assim, eventual restrição de conotação a reprimir sua participação em outras atividades.

O Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), criado no âmbito do Poder Executivo federal, galvaniza qualquer responsabilidade aplicada pelo Executivo, Legislativo e Judiciário, de todas as esferas de governo, contendo as sanções aplicadas.

Sobredito cadastro, de acesso nacional, trará a razão social, o número de inscrição da pessoa jurídica ou entidade, no CNPJ, o tipo de sanção, a data da aplicação, a data nal da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso.

Quando houver acordo de leniência, as autoridades responsáveis também manterão informado o banco de dados do cadastro, exceto na hipótese de se tornar empecilho à investigação do processo administrativo.

Tratando-se de hipótese do descumprimento do acordo de leniência, a circunstância será registrada no cadastro para conhecimento multidisciplinar, em nível nacional, de todos aqueles que zerem o acesso ao subsídio.

O cadastro será mantido e de nitivamente excluído depois de decorrido o prazo estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência, repercutindo na reparação do dano causado, por meio de solicitação do órgão ou entidade sancionadora.

É de enfatizar também que, nos casos de multa e perdimento de bens, respectivos valores serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas.

A apuração de responsabilidade no âmbito do Diploma normativo 12.846/2013 não impede responsabilização por ato de improbidade administrativa e demais ilícitos, estampados na Lei 8.666/1993.

Considera-se um avanço na modernidade do Estado brasileiro a nova lei anticorrupção, permeando critérios objetivos de responsabilidade, pesadas multas impostas, com o adminículo do cadastro, tudo isso como forte instrumento para oportunizar que as atividades empresariais desenvolvidas no seio da economia globalizada se pautem por mecanismos éticos e morais, favoráveis à higidez dos negócios e à defesa intransigente da sociedade.

4Chaiim Perelman, *Éttca e direito*, 2. ed., São Paulo, Marttns Fontes, 2005.

XXXIX
TÍTULOS DE CRÉDITO ELETRÔNICOS

481. Princípios gerais dos títulos de crédito – O velho e tradicional conceito a respeito de título de crédito deita raízes nos estudos de Cesare Vivante e do insigne Tullio Ascarelli, materializados no atual diploma do Código Civil no respectivo art. 887.

Prevaleceu sempre o entendimento no sentido de que a concretude do crédito fosse a expressão da manifestação de vontade, por intermédio de um documento formalmente preenchido, revestido dos elementos da literalidade, autonomia e cartularidade.

É bem verdade que a revolução tecnológica impregnou a virtualização dos títulos e projetou a respectiva desmaterialização, porém, no cotidiano, milhões de títulos de crédito ainda circulam e têm a função proveniente de negócios, prestação de serviços, ou mesmo emissão, a título de garantia para formalização do ato jurídico.

Com a revolução tecnológica e o adensamento do uso do cartão de crédito e pagamentos por outros sistemas eletrônicos, forçoso se torna reconhecer que, ao longo dos anos, os títulos de crédito foram perdendo a substância e se incorporando à nova realidade, contingenciada pelo mecanismo da globalização.

Nada obstante, os cheques, por maior recusa que possam ter, fazem parte da maioria das emissões de títulos de crédito, bastado observar o grande número de emissões e o banco de dados coletados, inclusive para medição do grau de inadimplência.

O nascimento dos títulos de crédito se reporta ao período *medioevo*, no qual a insegurança dos deslocamentos foi substituída pela emissão de títulos, com o nascimento das casas bancárias, destacando-se o Banco San Giorgio.

Ao cogitarmos de títulos de crédito eletrônicos, estes não cam subtraídos das incidências da teoria da inoponibilidade das exceções, transferência mediante endosso e da garantia solidária consistente no aval, aguardando-se regulamentação para que esses mecanismos possam ser implementados digitalmente.

Enquanto destacamos o instrumento eletrônico, fazemos a a rmação, baseados no importante papel desempenhado pelos bancos, os quais se permitem desconto dos títulos ou o recebimento por meio de endosso-mandato, com a nalidade pura e exclusiva da cobrança.

Os agentes de produção e toda a cadeia que depende do crédito, apesar de não ser à vista o pagamento encerrado na duplicata, normalmente contempla 30, 60 ou 90 dias, procuram os bancos com os quais mantêm suas carteiras para regular negociação e a cobrança por meio eletrônico.

A classi cação geral sobre os títulos de crédito vai desaguar na análise ao portador, nominativa ou à ordem, porém a maioria deles, desde o famigerado Plano Collor, exige a identi cação do favorecido para, inclusive, impedir irregularidades ou o cometimento de atos ilícitos, a exemplo de lavagem de dinheiro e crimes tributários.

482. Duplicata, cheque e nota promissória – Os títulos de créditos mais comuns, duplicatas, cheques e notas promissórias, além da cédula de crédito bancário, diploma nº 10.931/04, evidenciam as diversas operações entre particulares, comerciantes e instituições nanceiras.

Existem tantos outros títulos de crédito disciplinados pela legislação extravagante, a exemplo da cédula de crédito industrial, cédula de crédito rural, cédula do produtor rural, letras imobiliárias, en m uma pluralidade que representa o universo mais impregnado, interligado com as relações de crédito nas diversas atividades de conteúdo empresarial.

No âmbito propriamente dito, no cenário empresarial temos as duplicatas mercantis, as quais estão assentadas na Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968; hoje em dia, a grande maioria tem o aspecto eletrônico, o que não impede a circulação, transferência, inclusive cessão para os chamados fundos creditícios.

A duplicata pode representar uma operação de compra e venda mercantil, de prestação de serviços também, não se exigindo o aceite para ns de protesto, mas o comprovante de entrega das mercadorias, eventualmente da prova efetiva dos serviços prestados.

O vendedor das mercadorias ou o prestador de serviços procede ao saque da duplicata, com a respectiva fatura, com destino para o comprador, via transportadora, e para efeito do aceite ou comprovação de entrega.

Esse requisito é essencial, não apenas para o protesto do título, mas, fundamentalmente, colimando, na impontualidade, o requerimento de quebra.

As duplicatas normalmente são emitidas e, portanto, sacadas com prazos especí cos, de 30, 60 e 90 dias, constam nos registros eletrônicos das empresas, e hoje virtualizam a realidade pragmática do setor de cobrança dos bancos.

Os cheques estão disciplinados na Lei nº 7.357/85 e invariavelmente, apesar da desmoralização do instituto, são largamente recusados no comércio em geral, independentemente de estar em vigor o cadastro positivo, sua existência decorre da abertura de conta-corrente.

Os cheques podem ser emitidos ao portador, à ordem ou nominativos, em geral consta o nome do bene ciário, entende-se como ordem de pagamento à vista, embora se generalize pelos usos e costumes o modelo *pro solvendo*, o que signi ca a emissão com data futura de vencimento.

E a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que a apresentação antecipada de cheque *pro solvendo* con gura dano moral, conforme Súmula 370 do STJ.

É o chamado cheque pré-datado, na realidade pós-datado, na medida em que o emitente, não dispondo de recursos para imediata compensação, lança data ao alcance de sua reserva a m de não haver a devolução e a inclusão do nome do emitente no cadastro dos emitentes de cheques sem fundo, junto ao Banco Central.

Consabido que os cheques circulam, estão sujeitos a endosso, em branco ou em preto, com o nome do favorecido, e ainda particularizam o aval, garantia solidária.

Em relação às notas promissórias, cuja legislação se reporta à Lei Uniforme de Genebra, atualmente perderam muita substância na respectiva constituição de título, isso porque, entre particulares, trazem um traço de promessa de pagamento na formalização de algum contrato, ou propriamente de garantia, quando adotadas pelas instituições nanceiras.

No preenchimento devem constar requisitos mínimos, e aqueles considerados não necessários poderão ser lançados pelo próprio portador legitimado ou terceiro de boa-fé, desde que não in uencie a própria realidade do negócio.

Essas circunstâncias, por si sós, de nem os títulos abstratos e causais: na primeira classe teremos os cheques e, na segunda, as promissórias e também as duplicatas mercantis ou de prestação de serviços.

Apesar disso, nada impede que haja discussão sobre a realidade do próprio negócio para acertamento de valores.

Nos empréstimos garantidos por meio de cheques, geralmente, quando a matéria chega à esfera judicial, a defesa alega agiotagem, usura, tratando-se de prova diabólica e, portanto, de coloração causal à respectiva emissão da cambial.

483. Teoria da inoponibilidade das exceções – Os denominados títulos de crédito são considerados pela própria lei do rito, o Código de Processo Civil, títulos executivos extrajudiciais, e o fato de terem sistemática causal ou abstrata não retira o argumento da teoria da inoponibilidade das exceções.

O interessado poderá cogitar de exceção pessoal ou causal, com escopo de afastar a obrigação cambiária e demonstrar eventual ausência de *causa debendi*.

A sistemática ca mais em evidência quando existe a respectiva circulação do título por intermédio do endosso, para se conhecer efetivamente se o portador legitimado, além de estar revestido da necessária boa-fé, conhece ou não a

causa do próprio negócio. Admitamos que a duplicata mercantil tenha sido descontada e endossada junto ao banco, o qual, munido do título ou de sua forma eletrônica, indica-o ao protesto formalizado.

O sacado devedor, em sua defesa, portanto, alega a não entrega das mercadorias e a total ausência de *causa debendi*. A m de sabermos sobre o grau de comprometimento da instituição nanceira, a jurisprudência distinguiu o endosso mandato, aquele puramente especí co visando à cobrança, do endosso translativo, incorporando todos os direitos materializados na cártula.

As Súmulas 475 e 476, respectivamente, do STJ abordam a questão, resvalando na circunstância do endosso-mandato e translativo, matéria que vem sistematicamente, quando empresas de faturização, ou mesmo fundos, recebem os títulos e não se acautelam para efeito do conhecimento da respectiva origem.

Vital, nessa linha de raciocínio, explorar a *causa debendi* e saber se o terceiro agiu conforme os riscos pro ssionais e as cautelas inerentes ao negócio, sob pena de ter responsabilidade solidária juntamente com o endossante.

A declaração de inexigibilidade da obrigação em relação ao interessado não faz desaparecer o elo, o respectivo vínculo entre endossatário e o endossante, de tal modo que o regresso ca assegurado.

A principal virtude da teoria da inoponibilidade das exceções consiste na veri cação do ônus probatório do título causal e também na transformação do título abstrato nessa modalidade, com o argumento resvalando da ausência de boa-fé, de *causa debendi.*

Inexiste uma absoluta abstração do título, pelo simples fato de poder estar vinculado ao ato jurídico subjacente e ter repercussão inequívoca na análise da situação fática, principalmente em relação ao cheque, subordinado ao diploma nº 7357/85.

Questão interessante e muito discutida em sede jurisprudencial consiste no ônus probatório para evidenciar a inexigibilidade da obrigação, defeito ou excesso do valor pretendido.

A sistemática processual trabalha hoje com o padrão do ônus dinâmico da prova e a simbologia, dissociando fatos constitutivos daqueles extintivos, não sendo o juízo órgão passivo observador da matéria, provocando, em cada parte, a sua devida intervenção para a formação do seu livre convencimento.

484. O Código Civil e a disciplina legal – Em vigor desde janeiro de 2003, portanto há mais de uma década, o Código Civil regulou os títulos de crédito a partir do art. 887 até 926, de forma muito generalizada, mediante contornos que não satis zeram os estudiosos, tanto assim que se levanta uma corrente favorável à elaboração de um novo Código Comercial, cujo atual repousa vigorante desde 1850.

O Código Civil, no seu art. 887, trouxe a de nição a respeito de títulos de crédito e cuidou de indicar os requisitos de forma e de fundo, para o preenchimento da cambial e a sua consideração de validade.

Encarregou-se ainda o legislador de permitir que o portador legitimado e o terceiro de boa-fé preenchessem títulos incompletos, cujos requisitos não seriam essenciais, para efeito de executoriedade e exigibilidade da obrigação cambiária.

Uma das grandes características representativas do cumprimento da obrigação cambiária, simbolicamente, exterioriza a respectiva tradição do título em mãos daquele que honrou a obrigação.

É muito comum observarmos, em diversas matérias de cobrança de títulos de crédito, a repetitiva argumentação do pagamento, porém se o título não se encontra em mãos do obrigado principal, ou garante solidário, e nenhuma ressalva fora feita na cambial, a presunção milita em desfavor do interessado.

Muito também se reclama em relação à falta de audiência de instrução quando nos deparamos com as cobranças de títulos de crédito. As respectivas ações podem ser de cobrança, monitória ou de execução, sempre atreladas à prescrição, de cinco anos, erigida na Súmula 503 do STJ.

Com efeito, a Súmula 503 cuida da prescrição quinquenal em relação ao cheque, computando-se o dia seguinte à sua emissão, já aquela 504 disciplina a nota promissória, também prazo prescricional quinquenal, a partir do dia seguinte do vencimento do título.

Essas súmulas vieram preencher uma lacuna muito importante, em razão da dualidade de interpretação que se fazia, aplicando-se a lei uniforme de Genebra, ou a prescrição da própria legislação do título e, posteriormente, aquela do Código Civil, nenhuma dúvida remanesce, isto porque o Superior Tribunal de Justiça considerou e uniformizou os prazos prescricionais, para o alcance de cinco anos.

O Código Civil também indica as formas de transferência dos títulos, faz menção à sua qualidade de garantia, menciona o endosso, sempre lançado na própria cambial, cogitando da garantia representada pelo aval.

Importante questão consiste em saber se o aval exige o consentimento do cônjuge, ou se o ônus da prova seria invertido. Concretizando melhor o assunto, numa microempresa na qual o casal gura na qualidade de sócio, proporcionalmente cada qual com 50%, concretiza-se o empréstimo junto ao banco formalizado em cédula de crédito com aval do sócio. Não honrada a obrigação, procede-se à execução da cambial, invocando a esposa não ter se manifestado favoravelmente à obrigação solidária e o comprometimento do regime de casamento, para efeito de afastar a sua responsabilidade ou nuli car o aval.

Predomina na jurisprudência o entendimento do benefício experimentado pelo casal do empréstimo tomado pela sociedade empresária, sem a imprescindibilidade da outorga uxória.

O importante é aferir a regular transferência do título, a cadeia de endosso e as alegações que fazem parte dos motivos pelos quais a obrigação não fora adimplida. Evidentemente, o Código Civil em vigor não dedicou muito espaço aos títulos de crédito e criou aparente con ito de normas, entre aquelas consideradas gerais e as outras disciplinadas por regramentos de legislações extravagantes, sem qualquer revogação expressa.

É fundamental ainda considerar o surgimento dos boletos bancários, na dimensão dos títulos de crédito e os respectivos aspectos inerentes ao protesto. Havendo uma generalização da Lei nº 9.492/97, a qual disciplina o protesto, ao mencionar títulos e documentos de dívida, forte nesse sentido, a jurisprudência caminha na direção de aceitar o boleto bancário com as respectivas especi cações do título.

A propósito, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, aos 3 de setembro de 2014, Relator Desembargador Mário Zam Delmiro, reputou que os boletos bancários, com as especi cações do título e acompanhado pelo instrumento de protesto indicação, além do comprovante de entrega de mercadoria, simbolizam duplicata virtual, revestindo-se de força executiva – acórdão nº 818065, 2ª Turma Cível, apelação.

Bem nessa dicção, os limites objetivos impostos pelo Código Civil, depois de uma década, estão sendo preenchidos, implementados e complementados pelos estudos doutrinários e a interpretação jurisprudencial, de tal modo a não prejudicar a circulação de riqueza e a própria simbologia dos créditos.

485. Títulos eletrônicos – A revolução tecnológica e a modernidade do dinamismo empresarial zeram que os títulos eletrônicos fossem emitidos com maior frequência e regularidade, inclusive pelo fator de segurança e agilidade das operações.

O Código Civil em vigor, no seu art. 889, § 3º, trouxe o caminho adstrito aos títulos de crédito eletrônicos, a rmando a possibilidade de emissão a partir de caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente, contando da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos.

É bem verdade que a evolução tecnológica da última década fora impressionante, tempo de vigência do Código Civil, daí por que grandes operações hoje, inclusive de pagamento, código de barras, emissão de pagamento se concentra no sistema de telefonia móvel celular.

O próprio conceito de sustentabilidade e respeito ao meio ambiente, tudo isso acalentou a desmaterialização dos títulos de crédito e a enorme velocidade da virtualização.

Nesse amplo espaço dinâmico dos títulos eletrônicos ligados às cambiais, principalmente duplicatas, promissórias e alguns outros títulos, revoluciona-se, por completo, o prisma de visão a respeito da circulação, endosso, aval, e a especí ca responsabilidade.

Avoluma-se, igualmente o enfrentamento de matéria atrelado aos garantes solidários, cuja devedora principal encontra-se em recuperação judicial, para eventual sobrestamento da execução singular, perda do objeto pela novação recuperacional ou até mesmo a interpretação direta do art. 49 da Lei nº 11.101/05.

O Superior Tribunal de Justiça, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, aos 18 de fevereiro e 2014, no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 250.853-SP oportunizou a viabilidade das duplicatas mercantis virtuais, por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados, com amparo na Lei de Protesto, diploma nº 9.492/97, assinalando-se assim que essa modalidade representada pelo protesto, baseado no boleto bancário, é válida, desde que acompanhado do aceite ou da entrega de mercadoria.

No caso comentado, tirou-se o protesto por indicação do boleto bancário, cercado da comprovação do aceite e da entrega de mercadorias, reputando-se legal e legítimo o procedimento, não havendo qualquer cerceamento de defesa para solução do caso especí co.

A plasticidade da modernidade caminha no sentido do reconhecimento dos títulos de crédito eletrônicos, ou simplesmente virtuais, com a perda daqueles clássicos conceitos da literalidade, documento necessário, haja vista o dinamismo das relações empresariais, projetam um novo horizonte, não apenas no âmbito entre cliente e fornecedor, mas principalmente do crédito, via de regra, antecipado, por meio de desconto, pelas instituições nanceiras.

Sinalizou igualmente o Superior Tribunal de Justiça, relatora Ministra Nancy Andrighi, Recurso Especial nº 1.024.691 – PR, datado de 22 de março de 2011, ser perfeitamente possível o processo de duplicata virtual ou eletrônica por intermédio dos boletos de cobrança bancários. Reforça o pensamento da validade e e cácia dos boletos bancários, devidamente acompanhados dos instrumentos de protestos por indicação e comprovante de entrega da mercadoria ou prestação de serviços.

Não há mais necessidade de se obedecer ao requisito da emissão física do título cambiário, mas sim do atendimento, na emissão eletrônica, de todas as etapas antecedentes e emergentes, as quais foram conducentes à liquidez e certeza da obrigação exteriorizada na cambial.

É natural ainda reconhecer a falta de uma legislação especí ca, não apenas para o desenho dos títulos de crédito virtuais ou eletrônicos, mas, substancialmente, de institutos relacionados, a exemplo do endosso eletrônico, do próprio aval, outras categorias as quais sistematicamente integram a interface da obrigação cambiária.

Focada assim a matéria, com os conceitos gerais e abrangentes dos títulos de crédito, a disciplina do atual Código Civil, o prisma da modernidade faz surgir, com os títulos eletrônicos, o aspecto virtual, que permeará uma nova idealização do tema e a disciplina de todos os institutos, congruentemente integrados com o nascimento da obrigação cambiária.

XL
OS CONTRATOS EMPRESARIAIS

486. Princípios gerais contratuais – O novo modelo de globalização trouxe cenário capaz de redesenhar as formas e modelos de parcerias público-privadas, além de arregimentar fatores muito mais criativos e imaginativos do que aqueles dispostos no Código Civil em vigor.

De forma geral, os contratos empresariais são celebrados com dinamismo, menor formalismo, agilidade, traço de combinação de sinergias, inclusive naquilo que se costumou chamar de parcerias empresariais.

Efetivamente não podemos nos subsumir aos critérios já ultrapassados do Código Civil em vigor, na medida em que o uxo internacional de recursos e as constantes oscilações das economias zeram surgir fenômenos contratuais diferenciados.

Os estreitamentos de tratados internacionais também aglutinam a percepção de outras modalidades, tais quais o arrendamento mercantil, a franquia empresarial, a ança comercial, todos oportunizando o crescimento e padronizando uma realidade do sistema empresarial dominante.

Com a derrocada do estado capitalista e a necessidade de concessões e privatizações, foram criadas agências reguladoras e mecanismos de proteção ao controle da concorrência, em sintonia com a tutela do consumidor.

Não podemos nos esquecer ainda dos contratos tradicionais de transporte e seguro, envolvendo aqueles marítimos, aéreos e terrestres, principalmente se considerarmos que a logística e a infraestrutura ainda carecem de padrões modernos e a maioria do transporte de carga, respeitante ao modelo multimodal, sempre encontrará no transporte terrestre a sua essência.

Fortemente nesse setor, ao lado do contrato de transporte, fruto de generalizada insegurança existente, notabiliza-se o seguro, em todas as suas formas, como mecanismo de redução do prejuízo e proteção às partes envolvidas, notadamente quando as mercadorias representam custo-benefício securitizável.

A par disso, o Código Civil também disciplinou o contrato de comissão, de agência e distribuição, corretagem, podendo ainda sublinhar aquele do representante comercial, disciplinado pela Lei nº 4.886/65, com a reforma feita pelo diploma nº 8.420/92 e as especi cações do vigente Código Civil.

Os contratos empresariais também se submetem ao crivo da tecnologia eletrônica, isso porque a cadeia de crédito, de nanciamento, da qual participa a instituição nanceira, disponibiliza, por esse sistema, a contratação e o modelo de adesão ao seu equacionamento.

Muitos contratos empresariais apresentam a cláusula de arbitragem, denominada compromissória, quando existe o equilíbrio e a boa-fé objetiva, posto que, naquelas hipóteses em que há o predomínio do poder econômico, monopólio ou duopólio, a inserção da cláusula não pode car livre da apreciação do acesso ao Judiciário.

Os contratos em massa personi cam o conceito de adesão, porém é essencial descortinarmos que as empresas, desde a linha de produção até o destinatário nal, o próprio consumidor, realizam um número indeterminado de contratos empresariais para o alcance da nalidade lucrativa e do próprio objeto social.

A tecnologia do século XXI, impregnada de modernidade, faz surgir um novo espírito de contrato empresarial, não apenas representado pelo conteúdo físico, mas fundamentalmente pela técnica eletrônica, a qual permite milhões de acessos, em qualquer continente, de conhecimento das cláusulas e condições do negócio.

Externado esse ponto de vista, os contratos empresariais têm um traço diferenciado, qual seja, o escopo do lucro, mas não deixam de atender às cláusulas gerais consubstanciadas no Código Civil em vigor.

A rapidez, agilidade e dinamismo, todos esses ingredientes vão retirando do contrato empresarial aquele modelo ultrapassado do escrito papel para a redação eletrônica, virtual, observando-se a capacidade, manifestação de vontade e, principalmente, o equilíbrio durante a contratação, a m de se evitar onerosidade e lesividade.

As grandes economias mundiais marcam forte presença em virtude de uma regulação e maior exibilização de práticas contratuais de mercado, passando a disciplina a ser a consequência de causas nascidas em contratos anteriormente realizados.

E nem poderia ser diferente, na medida em que o desenvolvimento econômico e o crescimento se submetem às transformações, sem deixar de lado o órgão regulador, a liberdade de mercado, a livre concorrência, cujos impactos poderão ser melhor analisados em função da xação de preços ou cartelização.

O papel regulador do Estado tem sido debatido mundo afora, notadamente em razão das economias em expansão, na sistemática de se evitar o domínio e a submissão às grandes corporações, talvez o maior trabalho a ser desenvolvido durante o século XXI.

Com a multiplicidade de processos societários envolvendo aquisições, fusões e aquisições, as grandes companhias impuseram as regras do jogo e se desvencilharam cada vez mais das amarras do Estado scalizador, assim mediante arbitragem ou decisão judicial, cumpre questionar esse poder quase totalitário das grandes corporações, não apenas diante do consumidor nal, mas durante todo o processo produtivo, em todas as suas fases e etapas, parcerias, representações, comissões, tudo o que possa, de alguma forma, gerar incerteza ou insegurança para a exploração da atividade empresarial.

487. As modalidades dos negócios contratuais – A rmamos que os contratos empresariais não podem car sujeitos aos rótulos disciplinados pelo Código Civil em vigor, mas sim aos conteúdos que delimitam âmbito exploratório de nova envergadura e peculiar capilaridade.

O volume em massa dos contratos empresariais suplanta qualquer elemento de previsibilidade, na medida em que as grandes empresas e atuais corporações se valem desses instrumentos para alcançar o mercado e levar seus produtos até os consumidores nais.

A partir da parceria público-privada, essencial para se alcançar infraestrutura, correspondente logística em setores vitais, portos, aeroportos e ferrovias, os contratos empresariais marcam o novo viés do moderno Estado Brasileiro e a posição extremamente essencial do capitalismo em desenvolvimento.

Forte nesse aspecto, a tradição do revogado Código Comercial, na sua primeira parte, do ano de 1850 traçava, com enorme riqueza de detalhes, os contratos de transporte e outros de natureza empresarial.

A vertente atual do moderno ciclo de produção empresarial se permite formas mais exíveis e sumárias, em obediência ao dinamismo e à realidade do lucro das empresas. O arrendamento mercantil, também conhecido como *leasing*, surge da necessidade de se oportunizar ao consumidor determinado bem ou produto com a previsão de opção de compra, porém temos imperfeições, principalmente na ótica tributária, esvaziando seu aperfeiçoamento e, mais do que isso, a utilização no ramo da construção civil.

Os contratos de comissão, agência, distribuição e corretagem, todos eles estão incorporados à razão de ser do núcleo da atividade empresarial e à destinação comercial, de tal modo que se passa a instrumentalizar a regulamentação de determinadas pro ssões e suas participações para proteção na hipótese de ruptura do vínculo contratual.

O legislador regulamentou a comissão a partir do art. 693 até o art. 709 do Código Civil, contemplando a sua de nição direitos e deveres do comissário e a reciprocidade em relação ao comitente, inclusive ao dispor sobre o pagamento de juros entre ambos, na hipótese do adiantamento do cumprimento das ordens.

O contrato de agência e distribuição tem sua disciplina legal nos arts. 710 a 721 do atual Código Civil, para ns de setorização de determinadas zonas, no propósito do agenciamento e também distribuição de mercadorias. Trata-se de regra que costumeiramente prioriza a exclusividade para distribuição em determinada área, vetada a concorrência de outros produtos, encarregando-se o agente de agir com toda a diligência para atender às instruções provenientes do proponente.

Estabelece-se uma forma de remuneração de acordo com o volume de negócios e, quando houver a ruptura do negócio, sem justa causa, agente ou distribuidor fará jus à determinada indenização, ainda quando qualquer inovação no contrato repercutir no próprio cumprimento daquela obrigação, tornando-a antieconômica.

Os contratos dessa natureza poderão ser por prazos determinados ou indeterminados, neste último caso, o aviso prévio será permitido, desde que comunicado com a antecedência de 30 dias, considerando-se, antes de tudo, o tipo de negócio e o porte do investimento feito.

É bastante comum que nesse tipo de contrato se reclame a respeito do prejuízo incorrido, em razão de sua ruptura, o porte do investimento e nenhum retorno, com o desfazimento contratual.

Evidente que a parte contratada pode ter investido em determinado ponto, transformado o estabelecimento, feito reformas, empatado o capital, cuja ruptura contratual não fará diluir o investimento e o prejuízo experimentado.

Nos contratos de agência e distribuição, quando as regras não forem expressas, subsidiariamente poderão ser aplicadas aquelas do contrato de mandato e comissão.

O corretor tem natureza de atividade tipicamente empresarial, na realização de seus serviços, de aproximação entre as partes, de forma transparente e clara, cuja obrigação é de meio, e não de resultado.

Bastante natural o procedimento de reivindicação de remunerações quando o negócio contratual não chega a bom termo ou é rompido sem a culpa do corretor, devendo ser analisada a regra contratual pactuada.

A representação comercial continua apresentando tônica especí ca, de acordo com a sua modalidade, no intercâmbio entre representante e representado, principalmente quando houver a denúncia, exigência do aviso prévio, e se tornar essencial a justa indenização.

As empresas, de uma forma geral, procuram padronizar seus contratos de representação comercial, se assegurando de áreas territoriais, para o exercício conjunto ou isolado do empreendimento, mas sempre levando em consideração o volume de venda, e também o risco, vedada a garantia da cláusula *del credere,* pela qual o representado responderia em caso de não pagamento do comprador nal do produto.

488. Contratos de franquia, arrendamento mercantil e parcerias – A expansão da atividade empresarial, notadamente *shopping centers* e *outlets*, além do ambiente residual do comércio de rua, todos esses elementos impulsionaram a franquia empresarial, cujo contrato-padrão estabelece regras especí cas para a sua consecução.

O modelo atual incute a possibilidade de inúmeros tipos de franquia e valores correspondentes, daí porque cabe ao franqueador estabelecer diretrizes, metas, fornecer tecnologia e conhecimento, além do treinamento de pessoal.

Existem franquias de grande, médio e pequeno porte, as quais geram uma série de questionamentos sobre a validade de cláusulas e condições, mais de perto quando houver desinteligência e os aspectos do franqueado para ressarcimento de eventuais prejuízos.

Notadamente, franquias de maior porte posicionam-se mediante cláusula compromissória arbitral, para solução de impasses, haja vista que o setor representa bilhões em negócios, na moderna economia, com vínculos o comércio globalizado.

Existe uma certa dependência entre franqueador e franqueado, em razão da utilização de produtos e serviços, porém as limitações impostas não poderão impedir ou causar prejuízo ao regular desenvolvimento da franquia.

Grupos estrangeiros renomados também se apresentam no mercado local para abertura de franquias, em diversos setores, impulsionados pelas vantagens e projeção de preços, consequente aumento de lucros, mais de perto quando usufrui dos benefícios do empreendimento comercial no modelo de *shopping center*, e até mesmo *outlet*.

Decorre disso uma enorme penetração de sucesso dos contratos de franquia comercial e sua dissipação em várias regiões do país, donde a importância de existir uma boa infraestrutura, um setor de logística, e também de treinamento de pessoal.

Em relação aos contratos de arrendamento mercantil, podem envolver máquinas, equipamentos agrícolas e normalmente veículos, constituem-se, comumente, contratos de adesão, cuja situação permite a cobrança de um valor

residual de garantia, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a m de possibilitar ao interessado, ao término do contrato, a opção de compra.

Trata-se, a bem da verdade, de uma locação feita para facilitar a circulação de riquezas, cujo interessado, decorrido algum tempo, e com base no prazo contratual estabelecido, pode opcionar a compra.

Essa tecnologia traduz ferramenta insubstituível, diante da rapidez e do cenário revolucionário que, a cada dia, implementa novos produtos superiores àqueles quando da contratação.

Grandes corporações e empresas de uma forma geral não precisam disponibilizar somas elevadas se logo após os equipamentos estarão com a tecnologia superada, assim o arrendamento mercantil possibilita, sem gastar ou empacar capital, a utilização no próprio bem e a vantagem de sua aquisição, ao tempo da duração nal do contrato, por intermédio de uma nova sistemática favorável à compra.

O valor residual de garantia, antes de mais nada, percorre o caminho de amortizar o cenário, isso porque, muitas vezes, o equipamento, o maquinário é importado, e a oscilação cambial reproduz disparidades, as quais representam desvantagem no momento da opção em relação ao arrendatário.

Entretanto, enquanto persistirem dúvidas acerca da relação tributária do arrendamento, o contrato sofrerá imprecisões e inseguranças, as quais evidenciarão o desinteresse do consumidor e das empresas na contabilidade dos seus tributos.

As parcerias empresariais não estão formalmente disciplinadas e dependem de um acertamento entre as partes para monitoramento de suas obrigações e alcance de suas nalidades especí cas.

O tecnológico século XXI, no conceito de economia globalizada, revigorou as parcerias empresariais, o custo-benefício, a ergonomia e a sinergia do processo produtivo.

As parcerias levam em consideração a experiência, a infraestrutura, o conceito de logística e também o custo nal do produto.

Nessa vertente, os países asiáticos fabricam produtos manufaturados com a logomarca de renomadas empresas internacionais, em virtude do barateamento da mão de obra, vantagens scais e tributárias e acesso da logística em relação aos países desenvolvidos.

O cruzamento de interfaces das parcerias empresariais tem sido fundamental no aprimoramento e aperfeiçoamento das tecnologias, fazendo surgir capacitação e modernização em diversos setores da atividade empresarial.

A remuneração proveniente da parceria poderá ser mediata ou imediata, traduzida em pecúnia, ou em algum outro benefício que possa gerar entre os parceiros alguma situação mais transparente de vantagens agregadas em relação aos negócios realizados.

A dinâmica empresarial re ete a compenetração do conhecimento, da tecnologia e da capacitação, para que as parcerias possam agregar valores e transmitir integração, desde a produção até o deslocamento nal do produto em mãos do consumidor.

Parcerias existem em outros ramos e setores, as quais visam ao aprimoramento pro ssional, com re exo na remuneração do lucro, desencadeando uma série de dúvidas em torno de regras jurídicas aplicáveis à espécie.

O desenvolvimento de atividade empresarial, rotulado na categoria de parceria, envolve ampla liberdade, com menor formalismo, direcionada à consecução dos propósitos especí cos objetivados.

Não é sem razão que o modelo de Sociedades de Propósitos Especí cos (SPE) alinha-se ao conceito de constituição de entidade com tempo limitado de duração para alcançar seu escopo, sem qualquer integração ao grupo ou vicissitude decorrente de sucessão empresarial.

Transbordam, ineliminável e inexoravelmente, os modelos de contratos empresariais, os quais mesclam conhecimento, capacidade e investimentos, no sentido de agregar e representar, emblematicamente, o cerne da produção globalizada.

489. *Shopping centers* e *outlets* – As médias e grandes cidades incorporaram à modernidade o modelo de construção avançado de grandes espaços comerciais, conhecidos por *shopping centers*, cujo enraizamento disponibiliza infraestrutura e, na maioria dos casos, baseia-se em grandes empresas, fundos imobiliários, os quais se capacitam à administração e gerenciamento dessas inovações contratuais empresariais.

Normalmente, os *shopping centers* se destinam a cidades com população a partir de 500 mil pessoas e também às maiores, denominadas capitais, com intensa circulação de consumidores, com horários de expediente especí cos e regra de concorrência sob a scalização e supervisão do próprio Conselho de Administração de Defesa Econômica.

O vertiginoso crescimento dessa modalidade de empreendimento salta aos olhos e traz uma preocupação, hoje reinante nos EUA, quando vários *shopping centers* estão sendo desativados e permanecem sem qualquer utilização, totalmente inativos, haja vista o desinteresse do consumidor e o atingimento de um nível de consumo disperso e usufruído pelo próprio comércio eletrônico.

As grandes capitais do País estão experimentando na última década a invasão de *shopping centers*, escala essa que repagina o comércio, agrupando diversos estabelecimentos comerciais, mediante per l arquitetônico e administrativo, centralizadamente.

As lojas são responsáveis pelo pagamento de um aluguel xo e variável aos seus proprietários, conforme exploração feita pelos locatários, uxo de caixa, crescimento de vendas e a própria lucratividade.

É um modelo de comércio varejista que se implantou no Brasil na década de 60 e se desenvolveu paulatina e sistematicamente, principalmente no ramo de alto luxo, aglutinando comércio de lojas internacionais, com acesso mais seletivo do público e preços diferenciados.

É natural reconhecer que diversos agentes fazem parte desse tipo de empreendimento, cujo custo é elevado, diluído ao longo de décadas, formando-se uma cadeia de empresas especializadas na administração e participação, inclusive, de fundos de pensão.

Acontece mais frequentemente hoje em dia a desocupação também de lojas de *shopping centers*, pelo elevado custo, cujo lojista, além de pagar alugueres, conforme o espaço utilizado, é responsável pela segurança e ainda responde pelos dias especiais quando há promoções, a exemplo do dia dos pais, dia das mães, dia das crianças, principalmente no nal do ano, para embelezar esse tipo de empreendimento.

O Estado da Federação que abriga o maior número de *shopping centers* é São Paulo, tendo mais de 50 unidades, seguido depois pelo Rio de Janeiro, Minas Gerais e regiões Sul e Sudeste, especi camente, porém a expansão tem sido feita também em outras regiões do País, notadamente quando abriga mais de um milhão de habitantes.

O período de crise redimensiona essa estrutura empresarial, fazendo que algumas obras se desacelerem e possam retomar o ritmo de planejamento, de acordo com a injeção de recursos ou captação de investimentos junto ao mercado de capitais.

As participações são distribuídas mediante quotas, para empreendedores, investidores e demais interessados, o que mobiliza um capital bastante plural, no propósito de alavancar recursos, quando não de expandir aqueles construídos nas décadas passadas.

Existem empreendedores administradores que agregam à natureza empresarial do negócio, a exemplo da Brascan, La Fonte, Multiplan, BRMALLS e tantos outros que se cercam do pro ssionalismo, gerando uma fonte de renda baseada na segurança do público visitante, na variedade de lojas colocadas à disposição do cliente, no conforto extraído de se encontrar toda e qualquer mercadoria e prestação de serviço naquela localidade.

Prevalece a cláusula de concorrência entre *shoppings*, isso porque o empresário lojista que exercer atividade numa área especí ca estaria proibido de fazê-lo, concorrencialmente, noutra região, conforme cláusula limitativa exigida pelo empreendedor, aspecto que também considera a distância territorial entre os *shoppings*.

A matéria tem sido abordada no CADE e algumas vezes pela jurisprudência, reputando a violação do livre comércio e de exigências as quais destoam da própria nalidade de atendimento do consumidor.

Existem modalidades de *shoppings*, principalmente no interior, que se viabilizam por meio de lojas âncoras, as quais exercem forte corrente de interesse de clientela, por serem mais conhecidas, ocupando maior espaço, inclusive entrando com recursos nanceiros compatíveis à realização do empreendimento.

As lojas âncoras se constituem, desde o início, participação operante, além do que costumam ser proprietárias de suas próprias lojas, a exemplo da C&A, Renner, Lojas Americanas etc.

Baseado ainda no exemplo americano, desenvolveu-se uma nova modalidade de comércio, intitulada *outlet*, geralmente são empreendimentos feitos ao longo de estradas com grande circulação de veículos, de menor espaço, investimento proporcional, atraindo forte camada da população a título de clientela.

Em alguns Estados da federação, *outlets* são desenhados mediante a projeção de um empreendedor chefe, que aposta em determinada área para expansão dos negócios e, depois disso, disponibiliza o local para ns de aquisição ou locação, preferencialmente dos interessados lojistas.

Chama a atenção o layout desse negócio, no qual não se faz uso de elevadores ou escadas rolantes, as lojas normalmente estão situadas no piso térreo, ou com pequeno degrau de diferença, funcionam, a exemplo dos *shoppings*, diariamente, de segunda a segunda, porém com horário diferenciado.

A modalidade propriamente dita de *outlet* desempenha algumas funções essenciais, dentre as quais disponibilizar produtos e mercadorias do comércio varejista, no qual as grandes lojas de fábrica podem proporcionar ao consumidor custo diferenciado e menor que em outros estabelecimentos.

Existe, por certo, fruto do preço menor, alguma diferença de acabamento, pequeno defeito da peça, ou mesmo na costura, o que não impede seja comercializado e entregue ao consumidor nal com preços vantajosos e mais equilibrados.

A mudança de muitos habitantes da capital para o interior, como em grandes centros do primeiro mundo, atraiu também o agrado da oferta de produtos e serviços, fazendo surgir o comércio de *outlet*, isso porque a distância é pequena e a viagem pode ser feita no mesmo dia, além do que existe praça de alimentação e outros entretenimentos, que permitem ao visitante a segurança, geralmente o estacionamento é gratuito e, fundamentalmente, não existe congestionamento humano como invariavelmente se constata em *shopping centers*, notadamente em ocasiões festivas e nal de ano.

Congregam esses mecanismos estruturais empresarias uma forte intenção de atrair a clientela, contribuindo para agregar preços e trazer efetiva segurança, com localidade de estacionamento, possibilitando o encontro de todo e qualquer produto, facilitado ainda por um serviço de localização de lojas e pisos com os respectivos lojistas.

490. Integração e interpretação dos contratos empresariais – Os contratos empresariais disciplinados pelo Código Civil em vigor, e também pela legislação extravagante, cercam-se ainda da inteligência tecnológica e dos padrões técnicos que muito colaboram para a mudança estrutural do século XX.

Com efeito, no século XXI o dinamismo é bem maior, aceleração dos negócios evidente e o resultado prático buscado traz, ao lado do lucro, a consolidação de mercado, sem frear a concorrência ou impedir a livre negociação das mercadorias.

Essencial ainda mencionar que o fabuloso comércio eletrônico participa dessa engrenagem e coopera para milhões de contratos realizados pelos interessados em qualquer lugar do mundo, bastando o acesso ao *site*, localização da ferramenta no momento da aquisição com a utilização, muitas vezes, do cartão de crédito.

A preocupação mais candente dos contratos empresariais está hospedada na interpretação, sem perder de vista a fenomenologia da coligação pela integração dos instrumentos colocados à disposição do consumidor.

Quando o cliente se dirige para contratar determinado crédito junto à nanceira, as empresas do grupo disponibilizam diversos serviços, inclusive cobertura securitária, daí a integração do negócio, pela coligação contratual, cercando-se de uma interpretação para estabelecer a boa-fé objetiva e o equilíbrio entre ambos.

Questão bastante atual se consubstancia na cláusula de limitação da responsabilidade incluída no contrato empresarial, sua validade e a respectiva visão do conjunto do ordenamento jurídico.

O Código Civil em vigor nada se refere à limitação de responsabilidade, parte da doutrina entende se tratar de cláusula não escrita, outros preconizam sua absoluta impossibilidade de validade, na medida em que o consumidor a ela não aderiu e, se tivesse opção, não a aceitaria.

O direito comparado moderno considera que se houver dolo ou culpa grave, as respectivas cláusulas limitativas de responsabilidade não podem prevalecer e devem ser excluídas de qualquer consideração.

É assim que de ne o Código das obrigações Suíço, em seu art. 100, o Código Civil Italiano, art. 1.229, ambos inspiradores e fontes basilares do atual Código Civil em vigor.

Não é diferente também o sistema alemão, art. 276 do Código Civil, e ainda o Código Civil francês na redação do art. 1.150, de tal modo que a culpa grave e o dolo excluem a teoria que imputa limitação da responsabilidade nos contratos empresariais.

As companhias aéreas, valendo-se de tratados internacionais, procuram, indistinta e invariavelmente, a limitação de suas responsabilidades, notadamente no furto e extravio de bagagem e, ainda, nos chamados acidentes aéreos, acarretando vítimas fatais.

É bastante problemático se apontar uma indenização para os familiares de uma vítima fatal de um acidente aéreo, considerando que a aeronave é estrangeira, o voo, portanto, internacional, e passageiros de diversas nacionalidades se encontram naquele voo sinistrado.

Há casos ainda nos quais o desaparecimento da aeronave não permite sequer a localização dos corpos, como vimos no caso de uma empresa aérea estrangeira, cuja aeronave simplesmente desapareceu do radar e, até hoje, apesar de insistentes buscas e diligências, nenhum indício do avião ou dos corpos das vítimas lograram localizar.

Dessarte, a xação de um ponto de equilíbrio indenitário passa por um caminho de comum entendimento das legislações, porém sem prejuízos ou amesquinhamento de valores tarifados, como pretende a maioria das companhias aéreas.

Ponto fulcral nos contratos empresariais, na teleologia da cláusula e sua interpretação, diz respeito ao equilíbrio e à boa-fé objetiva. Assim, nenhuma cláusula de irresponsabilidade pode ser considerada válida, e também a limitação deverá ser analisada de modo concreto, para que não rompa com a transparência do negócio e o fator de risco inerente.

As limitações de responsabilidade são bastante comuns nos contratos de transporte e de seguro, inclusive com especi cações bem sinalizadas das excludentes, na medida em que se considera a própria modalidade e o fator da sinistralidade.

Fortuito e força maior também in uenciam na contratação e na própria responsabilidade, isso porque, em determinadas regiões do País, quando uma transportadora, que leva produtos muito procurados por quadrilhas, não pode deixar de se cercar de cautelas mínimas para o acompanhamento de segurança particular e monitoramento da carga.

Existem companhias que sequer fazem cobertura de acordo com a região e tipo de mercadoria; alternativamente, existe uma majoração vertiginosa do preço do prêmio, desestimulando a própria contratação.

Qualquer interferência do Estado no contrato empresarial somente é admissível como indutor da atividade econômica, para o alcance do equilíbrio, devendo sempre se pautar pelo respeito à autonomia privada, sob pena de engessar agrantemente a celebração de negócios jurídicos e esvaziar o interesse de investidores e demais interessados na aquisição de produtos e mercadorias, além de serviços.

Re etindo mais e melhor as hipóteses, vivemos em pleno século XXI a modernidade da revolução tecnológica, do comércio eletrônico, e das grandes conquistas que se incorporaram, amiúde, ao cotidiano, cujo papel principal a ser buscado se refere às coordenadas, diretrizes da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual.

Existente injusti cado privilégio de uma das partes em detrimento da outra, a autonomia de vontades estará cerceada, cabendo sua harmonização com o contexto do contrato, cláusulas e condições pontuais, notadamente quando manifesto o dolo ou comprovada culpa grave.

Resplandece, de modo inconteste, que os contratos empresariais são essenciais, não apenas no comércio local, mas também naquele internacional e, emblematicamente, naquele eletrônico, com o engajamento entre o direito econômico e o direito comercial, realinhando, de modo claro e transparente, a pujança dos negócios em uma sociedade civil moderna, em constante transformação.

XLI

REPERCUSSÃO DO NOVO CPC NO DIREITO EMPRESARIAL

491. Relação de consumo e foro de eleição – O diploma normativo nº 13.105, de 16 de março de 2015, consagrou o novo Código de Processo Civil, em vigor a partir de 18 de março de 2016.

Naquilo que interessa ao direito empresarial, cercado de suas cautelas, torna-se imprescindível cogitar algumas questões, isso porque as micro, médias e grandes empresas terão um novo panorama nas suas relações com os consumidores, com a cadeia de fornecedores, com a clientela de uma forma geral.

Envolvendo a relação de consumo, o art. 63 do novo Código de Processo Civil proíbe a eleição de foro nos chamados contratos de adesão.

Os denominados contratos em massa tomam conta de todo o cenário de padrão preestabelecido. A maioria deles tem natureza de contrato empresarial, não apenas diante do consumidor, mas também aqueles nos quais existe algum vínculo especí co (podemos invocar o de transporte aéreo, o de arrendamento mercantil, o de representação comercial, o de franquia, toda essa vertente que se incorpora ao moderno direito empresarial de mercado).

Consequentemente, sem ingressar na categoria de hipossu ciência técnica, ônus da prova e demais circunstâncias relacionadas ao contrato, a proibição de eleição de foro premia a questão do deslocamento, ao passo que a maioria das empresas hoje possui sucursais e liais, sendo que o consumidor também tem a prerrogativa de demandar perante o seu domicílio.

Estamos diante da presença cada vez maior dos contratos de adesão, cujas cláusulas e condições são preestabelecidas, sendo desin uente a diferença entre contratos de natureza civil ou comercial, de tal modo que os ingredientes visam assegurar que o agente, no caso, o poder econômico, não disponha de ferramenta exclusiva e unilateral para prejudicar qualquer demanda protetiva ao consumidor.

Cabe registrar que os consumidores também podem ter vez e voto por intermédio de suas agremiações e associações de classe, responsáveis pelo ajuizamento de ações coletivas, trazendo à colação o interminável caso dos expurgos in acionários, provocados pelos planos econômicos para estabilização da moeda.

Sinalizada assim a posição contida no art. 63 do novo Código de Processo Civil, representa avanço considerável na questão de impedir qualquer modi cação nas relações de equilíbrio entre as partes, não admitindo, naqueles contratos de adesão, portanto, a eleição de foro.

O caso é ainda mais candente quando tratamos da relação de consórcio, de bens ou serviços, envolvendo, no grupo, plural presença de consumidores, cuja administradora, pela redação do novo CPC, estará proibida de eleger cláusula de foro nessa modalidade contratual.

É bem verdade que alguns grupos contemplam milhares de consumidores consorciados, na vertente de obtenção do serviço ou da própria coisa, porém, cumpre à própria interessada manter quadro pro ssional à altura, isso quando não disciplinar a solução do impasse por meio de mediação ou arbitragem.

Conclui-se, portanto, que as empresas, doravante, terão que se adaptar ao contingenciamento do mercado de consumo, ou de serviço, a m de que, quando acionadas, possam resolver o impasse, sem alegação de incidente de exceção de incompetência.

Naturalmente, em algumas regiões, o consumidor se vale do Procon para que, administrativamente, consiga alguma resposta à sua solicitação, o que coloca a empresa em estado de alerta para futura demanda, se não houver resolução amistosa ou se o atendimento deixar a desejar.

492. As citações eletrônicas das empresas – Em compasso com a Lei nº 11.419/06, a qual introduziu o processo eletrônico, praticamente uma década depois, considerando a vigência em março de 2016, coube ao legislador

disciplinar que, de acordo com o art. 246, § 1º, do novo CPC, regulasse o ato citatório pela via eletrônica, sendo as empresas obrigadas a manter cadastro nos sistemas, colimando também forma de intimação, de modo preferencial.

O legislador desonerou microempresas e aquelas de pequeno porte, fazendo com que as empresas públicas e privadas sejam obrigadas à feitura de um cadastro, no propósito de cumprir as regras dos processos eletrônicos, recebendo intimações e citações dessa natureza.

Invoca-se alguma di culdade na aplicação do dispositivo para médias e grandes empresas, já que não se aplica às microempresas e aquelas de pequeno porte, sob a ótica de pessoa encarregada do recebimento das correspondências eletrônicas.

Forçoso reconhecer que a teoria da aparência estaria sendo ventilada, evitando-se, assim, que qualquer alegação de nulidade da intimação ou do ato citatório viesse a contaminar todo o andamento do processo eletrônico.

Os Tribunais também deverão modi car seus regimentos internos, disponibilizando chave de acesso, no desiderato de permitir que as médias e grandes empresas oportunizem seus cadastros e nome do responsável, o que vai agilizar, so- bremodo, o aspecto da localização, não estando sujeitos os atos ao horário forense, ainda que a contagem do prazo se faça apenas nos dias úteis.

Não se preocupou o legislador em impor qualquer sanção às empresas que, por algum motivo, justi cado ou não, deixarem de realizar seus cadastros perante os órgãos judiciários, impedindo a adoção do modelo eletrônico, o que poderia levar ao juízo assinalar prazo para regularização da situação, isto porque o prazo de um ano da *vacatio legis* se mostrou razoável, visando à criação de um banco cadastral de médias e grandes empresas.

O tempo perdido com o deslocamento e as frustrações citatórias, por si só, também farão minimizar os efeitos da prescrição, não apenas intercorrente, mas aquela que determina prazo de dez dias, prorrogáveis por mais noventa, a m de que ocorra a interrupção do ato citatório.

É bastante desalentador constatar que processos caminham rumo à extinção quando os atos citatórios deixam de ser efetivados, ou ao encerramento irregular, mostrando-se inativa a empresa, sem manter cadastro atualizado perante o registro público.

Estilizado, assim, o novo contexto, intimações e citações eletrônicas para empresas de médio e grande porte tornam-se uma realidade à altura da modernidade e também para conter o excesso de litigiosidade em determinados setores de prestações de serviços, do comércio em geral, não acreditando que tenhamos um congestionamento no sistema por causa do acesso em nível nacional, visando disciplinar a regra normativa.

493. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica – A desconsideração da personalidade jurídica tem sido, desde sua introdução em solo pátrio, alvo de polêmica, concernente ao espírito redacional do art. 50 do Código Civil em vigor.

As críticas e farpas lançadas se referem à rotinização e completa banalização do instituto, colocando em risco a própria atividade empresarial, haja vista que não é apenas a empresa responsável que tem o véu levantado, mas qualquer outra que disponha de algum vínculo ou esteja na situação grupal, sob o prisma da atividade econômica.

Colocando cerceio à realidade, fato surpresa, quando muitos empresários se sentiam tomados de indignação com a medida, máxime pela ausência do contraditório ou de qualquer ponderação antes da constrição, o novo CPC redesenhou a formatação do instituto da desestimação da pessoa jurídica.

Cria-se o denominado incidente de desconsideração da personalidade jurídica, sendo cabível em qualquer fase do processo de conhecimento, cumprimento de sentença e também na execução de título extrajudicial ou judicial.

Com o novo modelo introduzido pelo CPC de 2015, o incidente de desconsideração abrangerá o contraditório e o devido processo legal, o que não impede o reconhecimento, oportuno, da fraude ou dilapidação durante a tramitação e solução dessa matéria.

Acolhida a questão incidental da desconsideração, o incidente será registrado e instaurado, citando-se o sócio ou a pessoa jurídica.

Compreende-se, portanto, que, antes de mais nada, será essencial a citação do sócio ou, dependendo da modalidade da atividade econômica, grupo de fato ou de direito, será citado o representante da pessoa jurídica.

Não é incomum a di culdade do credor de citar o representante legal da empresa ou o próprio sócio. Remanescendo a dúvida, instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, mas frustrada a citação, a questão a ser feita é se estaria inviabilizada a desconsideração.

Analisando concretamente a hipótese, estando o juízo convencido das barreiras impostas, poderá, mediante o poder geral de cautela, ordenar o arresto e, dentro do prazo legal, realizar a citação para automática convolação em penhora.

Criou-se uma nova fase e etapa do incidente de desconsideração, sem qualquer cogitação a respeito da tutela de urgência ou de evidência, deixando-se lacuna, isso porque estará o incidente submetido a uma decisão interlocutória.

Não se afasta ainda a possibilidade de recurso contra a decisão proferida pelo Relator, no caso de agravo interno, além do que, se for prestigiada a tese da desconsideração, os atos praticados reputar-se-ão em fraude à execução, tornando-se ine caz em relação ao credor.

Dessa forma, pois, com os atos praticados pelo sócio, ou pela pessoa jurídica – e aí não se estabelece o interregno –, ditada a decisão interlocutória, e caracterizado o estado de insolvência, estaremos diante da ine cácia perante o credor, o que poderá gerar desassossego, em atenção aos atos empresariais e eventuais terceiros de boa-fé.

Registrado o incidente da desconsideração, perante o distribuidor, ninguém mais poderá alegar desconhecimento ou ignorância, porventura, prolatada a decisão interlocutória, declarada a ine cácia do ato, em face do credor.

Evidente, não se pode descartar que o benefício do contraditório, reconhecida vantagem, poderá trazer, em contrapartida, desvantagem do esvaziamento patrimonial.

Citado para o incidente, o sócio poderá praticar atos, zerar contas bancárias, investimentos e quaisquer fatos relacionados ao patrimônio, implicando maior di- culdade do ônus da prova, no sentido comprobatório do argumento.

Invariavelmente, quando a medida constritiva sucede e depois se intima o devedor solidário, houve o redirecionamento da causa, munido de informes do Imposto de Renda, tem-se que o sucesso é quase pleno e, com a nova redação do CPC, a partir do art. 133, além de razoável tramitação do incidente, o comportamento atentatório do devedor executado deverá receber as reprimendas cabentes pelo juízo.

Falamos da desconsideração direta, mas também é preciso enfatizar aquela indireta, ou inversa, estabelecida no art. 133, § 2º do novo CPC, isso porque, se normalmente instaurado o incidente, permanecerá suspenso o processo, essa situação não se aplica quando se tratar da desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Contempla a desconsideração inversa mecanismo que reduz a solvabilidade do devedor pela utilização da pessoa jurídica, contingenciando sua participação e eventual migração de bens ou patrimônio em detrimento do credor.

Bem nessa visão, criou-se o propalado incidente de desconsideração, cujo propósito especí co é de minimizar o arrepio ao contraditório e devido processo legal, notadamente perante a Justiça do Trabalho e o Fisco, quando sistematicamente se operacionaliza o sistema para responsabilização na técnica do redirecionamento da ação.

494. Dissolução parcial de sociedades – A dissolução societária vinha sendo regrada pelo vetusto CPC de 1939, quando assim lacunoso no regramento de 1973, passando a elaborar minudente regra, fruto da aprovação da lei processual que vigorará a partir de março de 2016.

Emblematicamente, a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, preocupou-se em fruti car, de forma detalhada, com riqueza de mananciais, a partir do art. 599 até o art. 609, o signi cado da parcial dissolução e seu mecanismo de funcionamento.

A novidade que se estabelece reporta-se à dissolução parcial de companhia fechada, quando detiver o acionista 5% ou mais do seu capital social, cuja legitimidade vem regrada pelo art. 600 do novo CPC.

Uma vez citados todos os sócios, dispensa-se a citação da sociedade empresária, a qual cará subordinada aos efeitos da decisão e da própria coisa julgada.

Fortalece-se a posição da sociedade empresária, quando o legislador lhe confere a possibilidade de formular pleito indenizatório, compensável com apuração de haveres.

Aquiescendo a sociedade empresária de modo expresso e unânime com a dissolução, sem mais formalidades, o juízo consolidará o ato, passando à fase seguinte da liquidação.

Fato extremamente importante na dissolução parcial visa à apuração de haveres, seu contingenciamento, estabelecimento de cláusulas e condições, permitindo ao perito delimitar o âmbito, isto porque, partindo-se do *an debeatur*, quota do dissidente, caberá ao vistor de nir o *quantum debeatur*.

A m de facilitar o levantamento de dados, a parte incontroversa da obrigação deverá ser depositada em juízo respeitante aos haveres, não impedindo o levantamento pelo então sócio, espólio ou sucessores.

Introduziu o legislador processual a nomeação de perito para liquidação e apuração dos haveres do sócio retirante, ou falecido, recaindo a nomeação, preferencialmente, em pessoa especialista em avaliação de sociedades.

Não nos parece que a redação prime pela boa técnica, considerando que a expressão "avaliação de sociedades", além de ser genérica, não se coaduna com o discernimento a respeito da contabilidade, inclusive eletrônica, noções de economia, multidisciplina, a qual não se limita, por certo, à esfera societária.

Ferramenta ainda que poderá gerar dúvida é aquela assinalada no art. 607 do novo CPC, permitindo que o juízo, antes de iniciada a produção de prova técnica, possa rever a data da resolução e o critério da apuração de haveres.

O legislador fez incursão atípica sobre a forma do cômputo dos haveres, antes ou depois da resolução do contrato e a forma de indexação, isto porque, se não houver previsão estatutária de pagamento, adotar-se-á o disposto no art. 1.031, § 2º, do Código Civil.

A redação do dispositivo suscita prazo de 90 dias, a partir da liquidação, para o pagamento, salvo se houver estipulação contratual em sentido contrário.

Consubstancia o instrumento de dissolução poderosa regra que se aplica ao sócio excluído, àquele que exerceu o recesso, e também àquele falecido, para apuração, em tempo razoável, dos valores a serem pagos, de acordo com previsão estatutária ou noventa dias, contados da liquidação.

De maneira encorajadora, o legislador ainda situou a respectiva data da resolução da sociedade:

a)No caso de falecimento, a data do óbito;

b)Retirada imotivada, sexagésimo dia seguinte ao do recebimento pela sociedade da noti cação;

c)Recesso, no dia que a noti cação for recebida pela sociedade;

d)Quando se cuidar de justa causa ou de exclusão judicial de sócio, o trânsito em julgado da decisão que dissolveu a sociedade;

e)Na exclusão extrajudicial, a data da deliberação da assembleia ou de reunião dos sócios.

Desenhadas assim, e também de nidas, uma a uma, todas as hipóteses consagradas pelo ordenamento jurídico, quando não existir a faculdade peculiar da arbitragem, o procedimento judicial contemplará o disposto no Código Civil e também no atual Código de Processo Civil, suprimindo lacuna do revogado Código, para efeito de permitir ao juízo uma clara noção a respeito da disputa e das questões que envolvem litígio sob a ótica patrimonial e da apuração de haveres.

Nessa toada, os herdeiros, o sócio retirante e ainda aquele que fora excluído, a seu tempo, exercerão o direito de ação para reivindicar o correspondente à quota de participação, na limitada, ou em sociedade anônima fechada, sem implicar a paralisação dos negócios, mas simples apuração de balanço especial, divisando, com transparência, o exato valor que a sociedade se obriga a lhe pagar, sem prejuízo do depósito judicial da soma incontroversa.

As disputas societárias acesas agora terão controle, scalização e supervisão, em razão da regulamentação da dissolução parcial, enfocando as hipóteses e também detalhando ao juízo como deverá ser feita a respectiva apuração de haveres, elaboração do laudo, grau de complexidade, inclusive para rateio das despesas periciais entre as partes, nova fórmula introduzida pelo legislador.

495. Responsabilidade empresarial e as modalidades de penhora – A di- culdade maior que encerra o processo judicial, em sentido amplo, consiste na forma da localização do patrimônio e oportuno tempo de sua excussão.

Muito se reclama a respeito da insegurança e instabilidade empresariais, diante do amplo poder conferido ao juízo, em tempos de crise, prejudicando a normalidade da atividade empresarial.

Entretanto, o juízo é mero porta-voz daquilo que se encontra escrito e redigido no diploma normativo, utilizando-se da ponderação e da prudência, de modo a reduzir a onerosidade da empresa executada e não provocar danos ao regular exercício, à própria atividade.

Contemplou o legislador no art. 835 do CPC as modalidades de penhora, envolvendo títulos e valores imobiliários, cotados em mercado, ações e quotas de sociedade simples, empresárias, percentual do faturamento de empresa devedora, podendo-se interpretar de modo exível o comando, a m de se evitar contratempo ou risco à normalidade da atividade empresarial.

Quando o legislador cogitou acerca de títulos e valores mobiliários, quis identi car créditos a receber, a exemplo de ações de companhias abertas, cédula do produtor rural, debêntures, normalmente cetipados e com valores de nidos para a satisfação parcial ou integral da obrigação.

Ao tratar das ações de companhias fechadas, normalmente sociedades familiares, haverá de se cercar do valor patrimonial, assim também quando a constrição recair sobre quotas de sociedade limitada ou de natureza simples.

Respeitante à penhora de faturamento, sua incidência é excepcional, não podendo acarretar prejuízo maior à empresa, calibrando-se e modulando-se o percentual, porém sempre em termos de custo/benefício.

Nesse diapasão, o legislador cuidou de evidenciar que a penhora não será levada a efeito quando o produto da execução for totalmente absorvido pelo pagamento das custas de execução.

Diagramada assim essa realidade, a responsabilidade empresarial assume nuances para cada tipo de procedimento, na órbita trabalhista, na esfera tributária, e também da Justiça Comum, sem se esquecer que o procedimento de recuperação judicial, antes de mais nada, consagra a regra do soerguimento do negócio e do menor grau de interferência dos outros juízos, a m de que aquele responsável pelo saneamento da empresa, em conjunto com o administrador judicial, possa delimitar os riscos provenientes das medidas constritivas.

Natural ainda mencionar que o legislador permitiu que a expropriação alcance a apropriação de frutos e rendimentos da empresa, estabelecimento e outros bens.

Essa questão se resolve, em parte, pela penhora do faturamento, sempre modulada para não afetar a normalidade da atividade empresarial, podendo abarcar o próprio estabelecimento como um todo, propriedade material e imaterial, desde que não se constate comprometimento do exercício, como, por exemplo, na retirada de maquinário indispensável para fabricação de produto comercializado junto ao mercado, acarretando o encerramento e fechamento da empresa.

A agressão do patrimônio empresarial torna lícita, a gradação prioritária em dinheiro, consolidada pelo legislador, no art. 835, I, e também no § 1º, cuja redação é a seguinte:

"É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no *caput*, de acordo com as circunstâncias do caso concreto."

A grande indagação que se faz diz respeito às consequências propriamente ditas da constrição em dinheiro de uma média ou pequena empresa, e seus re exos para a preservação do negócio.

No enfrentamento da crise, é gritante a redução do capital de giro, acesso ao crédito e demais operações, cuja penhora prioritária em dinheiro, dependendo do valor, poderá as xiar o negócio, a ponto de provocar solução de continuidade, em que o critério prudencial do juízo e de ponderação, haja vista que uma parte do dinheiro poderá ser mantida em depósito judicial e a outra liberada, se apresentar o devedor-empresário capacidade de substituição ou compatível com o respectivo valor da dívida, em termos de custo/benefício.

Implementada, assim, a regra que revigora a responsabilidade empresarial nas suas multifacetárias diretrizes, o novo CPC representa um avanço na técnica mais segura de priorizar o valor em dinheiro, mas, ao mesmo tempo, coloca sob a responsabilidade do juízo uma de nição precisa sobre o caso concreto.

É importante ainda proclamar que muitas empresas se socorrem da recuperação judicial e, com isso, deferido o processamento, a Lei nº 11.101/05, impecável nesse aspecto, proíbe qualquer constrição, blindando a atividade empresarial pelo prazo de 180 dias, cuja prorrogação excepcional poderá ser concedida a critério do juízo, no aspecto único de se evitar bombardeio de constrições, pulverizando o próprio mecanismo de salvamento de sua atividade.

XLII

A NOVA LEI DE ARBITRAGEM – LEI Nº 13.129/15

496. Autocomposição e arbitragem – A desjudicialização ganha contornos palpáveis e se incorpora à metodologia preocupada na rápida solução dos litígios, com o abarrotamento de processos na esfera do judiciário, por intermédio das chamadas soluções alternativas, dentre as quais apresenta importância a própria arbitragem.

Revista a Lei nº 9.307/96, agora sob o Diploma nº 13.129 de 26/05/2015, em vigor a contar de 25 de julho do mesmo ano, avançou o legislador nas suas propostas, notadamente quando as grandes corporações e o poder econômico ambicionam resultados rápidos, na efetividade da composição mediante o juízo arbitral.

Leciona Paula Forgioni que, nos contratos entre empresas, a autonomia econômica não resulta tributo ao velho individualismo, daí as lacunas e os defeitos poderão ser preenchidos mediante arbitragem, não signi cando que o interesse egoístico do agente deva prevalecer sobre qualquer outro m.[5]

Muitos contratos empresariais ostentam acentuada complexidade, e a discussão judicial imporia instabilidade e incerteza, donde remanesce o preenchimento dessa incompletude, sob responsabilidade do árbitro, na diretriz de solucionar questões dessa natureza, reduzindo seus custos e diagnosticando diretamente intérpretes que consigam performatar a manifestação de vontade lacunosa.

A Ministra do STF, Ellen Gracie, quando dirigia a Corte, re etiu que não existem formas rápidas para a solução dos con itos, sendo a arbitragem um diferencial para o uxo comercial e de signi cativo poder de barganha dos contratantes.

Constitui-se, pois, a arbitragem fórmula privada e efetiva, na consecução de uma solução nal vinculante para determinar a disputa, sem a necessidade de socorro à Corte Estatal.

E retomando o tema, a própria Ministra a rmou que a presença de um nicho especializado de atividade representa metodologia mais segura de um especialista, do que um generalista jurídico.

O insuperável José Carlos Barbosa Moreira, sempre preocupado com a efetivação do processo, acenou nos meios e cientes para realização do direito material, a respeito do processo socialmente efetivo.[6]

A técnica fora amplamente divulgada desde o trabalho do saudoso Mauro Cappelletti, Bryant Garth, quando a rmavam que o acesso à Justiça traz, em sentido concreto, novas modalidades para resolução dos con itos, propalando soluções alternativas à jurisdição.

A autocomposição se de ne por um conjunto básico de fatos e atos estabelecidos, regramento hospedado no procedimento para acelerar a solução do litígio e disponibilizar, às partes interessadas, verdadeiro denominador comum que possa, em tese, agradar à sua materialização.

É correto a rmar que a nova Lei de Arbitragem, nº 13.129, de 26 de maio de 2015, recebeu veto presidencial em algumas matérias, especialmente naquelas relacionadas à relação de consumo, projetando forma de autocomposição, a qual absorveu princípios do direito comparado, na correta distribuição de alternativas para amparar discussões e mecanismos complexos, ao alcance das Câmaras, as quais apresentam composição própria e pessoal técnico habilitado.

O novo CPC, Lei nº 13.105/15, em vigor a partir de março de 2016, não deixou de disciplinar a realidade, quando, no seu art. 3º, tratou de preservar o acesso à Justiça, sempre que houver ameaça ou lesão a direito, permitindo o § 1º de permitir a arbitragem, na forma da lei, ao passo que o § 2º dinamiza a solução consensual dos con itos, promovida pelo Estado.

Essas chamadas normas fundamentais reguladoras do processo, e do próprio procedimento, trazem à baila uma nova visão, de conotação e ciente, sem perder de vista o contraditório e os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, legalidade, publicidade, a m de que se consiga a composição entre as partes em litígio.

O novo marco regulatório da arbitragem inova bastante em relação à antiga legislação, diploma nº 9.307/96, essencialmente no tocante às relações empresariais, tutelas cautelares e de urgência, cumprimento da carta arbitral, seu poder quase exclusivo em relação às sociedades anônimas e o próprio direito de recesso.

Notamos que as salvaguardas constitucionais asseguradas são verdadeiras cláusulas pétreas, na tônica do acesso à justiça, como previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Política.

É bom que se enfatize que o procedimento arbitral, ainda que tenha maior agilidade e rapidez, apresenta custo elevado, de trato individual, carregando consigo o espectro da con dencialidade.

Em linhas gerais, o diploma nº 13.129 de 26/05/2015, vigorando a partir de 25 de julho do mesmo ano, tentou dar uma nova visão à realidade do juízo arbitral, do credenciamento e cadastramento de árbitros, tutelas cautelares e de urgência, construindo assim um sistema adaptado à globalização e modernidade das relações empresariais.

497. Soberania do Judiciário e a arbitragem – Os artigos 2º e 3º, respectivamente, da nova lei de arbitragem, devem passar pelo crivo da constitucionalidade, notadamente no que se refere aos artigos implementados 22-B e 22-C, além, é claro, da controvertida questão, de conotação impositiva, a respeito do árbitro para solução de todo e qualquer caso que envolva sociedades anônimas, com a alteração do art. 136 da Lei nº 6.404/76, passando para 136-A.

Inquestionavelmente, a lei ordinária não pode con itar com a harmonia entre os poderes, autonomia e a própria independência, isso porque o art. 2º da Lei nº 13.129/15, dando nova versão, apresenta os artigos 22-B e 22-C, contrariando o sistema vigente e a própria função do juízo arbitral.

Explica-se o raciocínio.

Antes de ser aberto o juízo arbitral, por opção ou cláusula compromissória pactuada, podem os interessados requerer tutelas cautelares ou de urgência junto ao poder judiciário.

Nesse sentido, o parágrafo único do art. 22-A proclama que a tutela perdurará pelo prazo de 30 dias, contados da efetivação da decisão e, não havendo, pois, a instauração do juízo arbitral, automaticamente cessará sua e cácia.

Os parâmetros são análogos e quase idênticos à realidade processual, da tutela antecipada, sem a propositura da ação principal, trazendo, por conseguinte, a revogação daquele provimento e a própria extinção da cautelar promovida.

Contudo – e aqui reside eventual divergência –, o art. 22-B permitiu que o árbitro mantivesse, modi casse ou revogasse a tutela cautelar ou de urgência, a qual promana do poder judiciário.

Deveras, ocorre aqui o entrechoque de interesses, acentuado con ito, porquanto não se pode, de forma alguma, invadir a esfera judicial para que juiz não togado, simples árbitro, possa revogar ou modi car o provimento cautelar ou de urgência.

Na mesma ideologia desa ada, o art. 22-C, ao mencionar a carta arbitral, delega para o órgão judicial seu cumprimento, no âmbito da territorialidade, sem previsão de custos, cujo segredo de justiça decorre da con dencialidade haurida na arbitragem.

Signi ca dizer que o árbitro terá poderes de instar o juízo para cumprir a carta arbitral, não revelando custo, decretando segredo de justiça, regras essas esfumaçadas pela boa constitucionalidade da norma.

A câmara arbitral – existem várias delas –, trata de assuntos peculiares a seus interesses, formando-se dentro do âmbito de federações, indústria, comércio, associações comerciais, bolsa de valores, entidades estrangeiras, todas elas pavimentando o caminho da autocomposição e da conciliação dos interesses de grandes companhias.

A presença de única câmara arbitral, ligada ao setor, para resolver os problemas e os impasses, pode acender a dúvida sobre sua absoluta neutralidade e imparcialidade, além do custo do serviço, porquanto se trata de um monopólio, destinado à solução dos con itos relacionados àquela entidade.

Os árbitros são normalmente pessoas categorizadas, cadastradas e credenciadas para levar a cabo a instauração de procedimento no juízo arbitral, podendo cada parte indicar o seu, com as diversas circunstâncias da matéria abordada, por envolver direito patrimonial disponível.

A regra do novo art. 136-A da Lei de Companhias, de modo semelhante, requer re exão e exame, pelo seu conteúdo, isso porque impõe a arbitragem para todos os acionistas, principalmente os minoritários, e aqueles que divergirem das deliberações da companhia, reunindo 5% ou mais das ações, poderão exercer o direito de recesso.

Nota-se, nessa resenha estabelecida, que o legislador procurou de nitivamente, por meio da arbitragem, paci car os con itos e dar soluções alternativas para muitas empresas, emblematicamente, sociedades de economia mista, controladas pelo Estado, em sentido amplo.

Com base nesses elementos surge a autocomposição, sempre trazendo em evidência a posição da empresa e seu interesse em solucionar o con ito por intermédio da instauração do juízo arbitral, evitando-se qualquer disputa na seara judicial.

498. Poderes do árbitro e matéria de direito patrimonial indisponível – As prerrogativas conferidas pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, atribuem ao árbitro amplos poderes para se chegar a um denominador comum, inclusive, consoante a rmado, de revogar ou modi car tutela cautelar ou de urgência, da competência do poder judiciário.

A partir da instauração da arbitragem, cessa toda e qualquer discussão no âmbito judicial, daí porque os pedidos deverão ser formulados diretamente ao juízo arbitral, inclusive medidas cautelares e de urgência.

Os árbitros, como já a rmado, são pessoas habilitadas e credenciadas, passando pelo crivo da entidade, para efeito de cadastramento, conhecedoras da matéria e de seu grau de complexidade, trazendo alternativa de autocomposição, sem impedir que cada parte também indique alguém que acompanhará os desenvolvimentos dos trabalhos até o momento da decisão a ser proferida.

Doravante, os árbitros poderão proferir sentenças parciais, envolvendo apenas direito patrimonial disponível. Qualquer lacuna ou necessidade de complementação poderá ser solicitada perante o judiciário.

Fundamentalmente, se o árbitro não consegue resolver, de forma ampla, geral e plural, todos os aspectos mapeados perante o juízo arbitral, isso não impede que, proferida sentença arbitral parcial, essa incompletude seja dirimida na esfera do judiciário.

A regra vem assinalada a partir do art. 33, § 4º, do diploma legal, facultando à parte interessada ingressar em juízo para prolação de sentença arbitral complementar.

Muitos casos ocorrem nos quais a parte que se julga prejudicada ingressa em juízo para reclamar da nulidade da sentença, oportunidade na qual o judiciário poderá reconhecê-la, a m de que o árbitro ou tribunal arbitral novamente se manifeste.

A pretensão à nulidade da decisão poderá ser alegada por meio de recurso à via judicial ou sob a égide do art. 475-L do antigo CPC, atual art. 525, cuidando de impugnação ao título arbitral.

Comumente, a sentença arbitral tratará de dispor, um a um, de todos os direitos reclamados, sendo curial esse tipo de solução de impasse, nos contratos de franquia comercial, representação, transporte, arrendamento mercantil, e tantos outros nos quais o agente, para se livrar do acalorado debate judicial, impregna o instrumento na situação típica do juízo arbitral.

Enumeradas assim as hipóteses concretas particularizadas em relação à arbitragem, e reescrita a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, foram revogados o art. 22, § 4º, o art. 25 e também o art. 32, inciso V, respectivamente, consolidando-se o diploma normativo em ser potente instrumento da autocomposição, inclusive para administração direta e indireta, celebração de convenções e acordos de transação.

499. Sentenças parciais e complementação pelo Judiciário – Revolucionariamente, o legislador, preenchendo lacuna do passado, abrigou a hipótese de sentenças arbitrais parciais, quando trazem matérias complexas ou não envolvam direitos patrimoniais disponíveis, contemplando menores incapazes, refugindo o debate no cenário da Lei nº 13.129/15.

A complementação da prestação do procedimento poderá ocorrer pelo ingresso da ação em juízo, caso o árbitro não resolva todos os pedidos inerentes à arbitragem.

Conquanto o legislador nada expresse a respeito do prazo ou do lapso prescricional, seguro se torna a rmar que, uma vez instituída a arbitragem, a prescrição estará interrompida.

Os prazos para complementação da parcial sentença arbitral proferida, em juízo, devem seguir as regras próprias do Código Civil, sem causar dubiedade, lacuna ou con ito normativo.

A concatenação do ordenamento arbitral traça o signi cado marcante de cláusulas de necessidade e de imprescindibilidade, a partir do momento em que o árbitro deve solucionar o âmbito da controvérsia e ausente sua capacidade, competência, ou por não se tratar de direito patrimonial disponível, avizinha-se típica situação de imprescindibilidade da via judicial.

Os alemães, de seu turno, na própria estrutura fundamental do federalismo, divisaram essas cláusulas, de necessidade (*Dedurfnisklausel*), e a própria imprescindibilidade (*Erforderlichkeitsklausel*), de tal forma a permitir uma correta integração entre a soberania judicial e a limitação de competência na esfera arbitral.

Segundo o modelo clássico, haveria uma competência básica, outra necessária, e as chamadas competências de divergência, priorizando-se a utilização para que não houvesse fragmentação jurídica do sistema, mas sim submissão ao princípio da superioridade constitucional.

Compreendido que o lapso prescricional é disciplinado pela regra do art. 205 do Código Civil, sendo que o prazo máximo de dez anos, do art. 205, conforme a natureza da matéria, o interessado deverá solicitar a complementação e pedir que o provimento seja abrangente.

Questão que se consolida diz respeito à nulidade parcial da decisão arbitral, reconhecimento judicial e eventual pronunciamento, radiografando sistema complementar ou simplesmente de substituição do pronunciamento arbitral.

Uma vez que o árbitro exerce suas funções submetido à cláusula de competência, da matéria, e do substrato territorial, poderá a parte prejudicada reclamar a nulidade ao tempo da execução do título, ou simplesmente ingressar com a ação, para que isso aconteça, sem prejudicar nova decisão judicial.

E quando falamos em nulidade, absoluta ou relativa, inexistiria lapso prescricional especí co para sua postulação. Imaginemos o caso de uma decisão arbitral envolvendo menor, participante de sociedade limitada, cuja dissolução parcial fora trazida à baila, porém, além de outros sócios, envolveu a tutela de menor, para quanti car, em apuração de haveres, o valor a ser recebido diretamente da sociedade.

Esse pronunciamento arbitral fere de morte a gura do menor, sem intervenção do Ministério Público ou da participação do Estado Juiz, na dinâmica de se encontrar, com a sua retirada da sociedade, o valor de sua quota de participação.

Navega-se, por tal motivo, em uma prioridade da decisão arbitral parcial, por inúmeros motivos, podendo o judiciário ser instado para complementação do provimento, quando todos os pedidos não forem analisados, examinados e resolvidos.

500. Causas de nulidade da arbitragem – Estabelecidas essas regras dinâmicas de competência, toda e qualquer nulidade poderá ser invocada, reconhecida na esfera judicial, dentro do seu limite territorial, independentemente do lapso temporal decorrido e de eventual prejuízo provocado.

A autocomposição, em si, re ete causa de dissolução do litígio, porém dentro dos parâmetros conferidos pelo legislador, sem avanços na circunstância do âmbito judicial, acarretando o sistema de pesos e contrapesos.

Con ui para esse raciocínio o controle jurisdicional da atividade do juízo arbitral, haja vista que a nulidade rompe com a efetividade pretendida e reabre a necessidade de uma nova decisão em torno do tema.

Independentemente de ser nulidade relativa ou absoluta, se a matéria não contiver direito patrimonial disponível, cará fora da alçada do juízo arbitral.

A nulidade sentencial arbitral haverá de ser requerida, dentro do prazo de 90 dias após o recebimento da noti cação da respectiva sentença, parcial ou nal, ou da decisão relativa aos esclarecimentos.

O caminho permite concluir que o lapso de 90 dias seria decadencial, e não propriamente prescricional, para efeito de permitir que a parte interessada recorra ao judiciário para demonstrar a nulidade parcial ou total da sentença arbitral.

Evidente que o juízo poderá deferir provimento antecipatório, de urgência, de evidência, sustando os efeitos da sentença arbitral até nal pronunciamento, a m de que não se consolide qualquer irregularidade ou contrariedade à estabilidade da relação jurídica.

Proferida decisão que reconhece a nulidade da sentença arbitral, podemos estar diante de um caso de nulidade da convenção. O juízo devolverá a matéria, se for o caso, para o árbitro ou o próprio tribunal arbitral, órgão colegiado, para que pro ra nova sentença arbitral.

A nulidade poderá ser objeto de ação direta, dentro do prazo de 90 dias, ou indireta, quando iniciada a fase de execução do título arbitral, consoante se autoriza concluir a partir do art. 33, § 4º, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, com redação determinada pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.

O outro aspecto não menos relevante, o qual é inadiável sublinhar, reporta-se à redação do art. 136-A, *caput*, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com a seguinte disciplina: "A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quórum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45".

Instituiu a Lei de Arbitragem verdadeira anomalia, completo *nonsense*, afetando e abalando o direito empresarial das companhias, na medida em que segrega toda e qualquer ilegalidade, irregularidade, abuso, desvio do controlador, para solução no caminho da arbitragem.

A concentração do poder de controle estampa fenomenologia que ocorreu na última década, logo no início do século XXI, diante do modelo dos fundos de investimento de multicarteira, daí porque simboliza verdadeiro massacre contra o minoritário reconhecer a legalidade da cláusula compromissória, para não apenas privá-lo dos direitos de acionista, mas, sobretudo, expulsá-lo da companhia, mediante valor simbólico de reembolso.

Não podemos, na conjuntura existente, jamais nos conformar com essa criação surrealista, mirabolante, encomendada, quando milhares de acionistas minoritários foram prejudicados pelos desmandos do controlador, em particular, naquelas hipóteses de sociedade de economia mista, inoperante a scalização e leniente a supervisão junto ao mercado acionário.

Re exo de tudo isso, a nova Lei de Arbitragem, em vigor desde 25 de julho de 2015, representa um marco de conquista na solução alternativa de con itos e autocomposição, porém sem se esquecer dos direitos e garantias individuais proclamados na Lei Maior, com o exame pelo judiciário da violação ao seu direito para clarear e dar transparência na motivação dentro do âmbito da justiça.

Finalmente, forçoso registrar que as arbitragens ocorrem de forma individual, direitos homogêneos, não se podendo conceber a con dencialidade, diante de matéria relevante do interesse coletivo ou difuso, muitas vezes social e paradigmático no que representa a própria funcionalidade das sociedades abertas.

Comungamos do ponto de vista no sentido de que a imposição unilateral do juízo arbitral, em termos de sociedades anônimas, representa, para além do retrocesso, o perigoso precedente que poderá signi car a diáspora do minoritário do mercado de capitais.

5FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais*: teoria geral e aplicação. São Paulo: RT, 2015, p. 273.

62002, apud NASSER, Paulo Magalhães; SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Arbitragem como forma de resolução de con itos empresariais. In: *Direito processual empresarial*: estudo em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 626.

XLIII
O MODERNO DIREITO SOCIETÁRIO

501. Regras de governança corporativa – A integração das sociedades empresárias e suas participações, no modelo de companhias abertas junto aos mercados de capitais do Brasil e do exterior, implicam regras de conduta que sugerem mecanismos próprios da governança corporativa.

As informações devem ser prestadas em tempo real, e, costumeiramente, qualquer perspectiva de risco, assinalada para que não apenas os acionistas, mas também os investidores tenham um panorama e uma visão especí ca sobre a governança corporativa.

O papel da governança corporativa é de permitir um procedimento metodologicamente de transparência, voltado para a estabilidade das relações negociais, transmitindo, entre os órgãos diretivos da companhia e aqueles que a integram, uma perfeita dinâmica daquilo que se passa dentro e fora da empresa.

A opacidade societária, muitas vezes, repercute no grau de avaliação e na participação no mercado exterior, assim, todas as vezes que as regras são violadas, os órgãos de controle e scalização devem exercer seus poderes, colimando a punição dos administradores e responsáveis, com exposição de risco e imperfeições na conjuntura societária.

O Brasil adotou o modelo de não exigir capital mínimo para as sociedades, independentemente da sua nomenclatura, quer limitadas ou sociedades anônimas, nem mesmo para determinadas atividades, as quais exigem não apenas discernimento, mas a formação de um patrimônio para assegurar aos investidores, minoritários e consumidores, portanto, certeza de ressarcimento se a conduta praticada extrapolar os limites regulados pelo direito societário.

Conveniente destacar que as empresas listadas no mercado de ações possuem deveres funcionais periódicos, de apresentação de balanços, demonstrações nanceiras e comunicações em torno de mudanças que possam causar repercussão ou afetar o relacionamento com seus investidores.

Quaisquer mudanças de paradigmas e que afetem a rentabilidade dos negócios implica reconhecer a responsabilidade dos gestores e administradores, como vimos no passado, quando grandes companhias assumiram o risco de derivativos e, com a forte oscilação da moeda norte-americana, pagaram preço elevado, inclusive, obrigando a modi cação societária, sob a forma de fusão, incorporação e até mesmo alienação do controle.

Categoricamente, a governança corporativa parte do pressuposto da ocorrência de grandes escândalos internacionais, nos mercados estrangeiros, nos Estados Unidos e na Europa, fazendo que a comunidade adote regras seletivas de transparência, informação, auditorias interna e externa, todas como medidas acautelatórias, para assegurar que não há qualquer alteração capaz de causar a responsabilização dos gestores e administradores por atos praticados e que coloquem em risco o próprio funcionamento da atividade empresarial.

Reclamam as empresas de auditoria, muitas vezes, não ser possível, dado o volume de documentos a ser analisado, descer a detalhes ou compatibilizar a realidade da scalização com investigações mais profundas, apurando atos ilícitos ou desvios de conduta.

Entretanto, as empresas de auditoria não podem se eximir de suas responsabilidades, notadamente, quando as variantes apontam o descontrole, excesso de risco e operações que transformem a companhia e prejudiquem a normalidade nos seus negócios.

O poder de controle deve ser exercido para a consecução do seu objetivo, e não de forma autoritária, mediante operações abusivas e completamente dissonantes da nalidade para a qual o objeto social da companhia se desenvolve, daí por que tornou-se regra a contratação de seguro facultativo, para que os membros do conselho de administração, da diretoria e, eventualmente, do conselho scal possam, na hipótese de alguma anormalidade, ter a necessária cobertura das empresas seguradoras, que arcarão com os prejuízos incorridos.

A evasão de fundos de investimento também provocou forte mudança nas sociedades anônimas, com a detenção do controle e pulverização, e algumas companhias, que, em razão da divisão, cam, por algum tempo, portanto, provisoriamente, sem o controlador de nido.

E a disputa societária tem sido o forte fator que desestabiliza o relacionamento da companhia com os investidores e acionistas minoritários, quando a autocomposição não se aplica, e grupos, que se cercam da vocação do controle, disputam na Justiça as nomeações, convocações de assembleia e as respectivas manifestações de voto, no sentido de eliminar as respectivas divergências e, com isso, amealhar pacote acionário su ciente para o exercício do controle.

A governança corporativa não encerra, minimamente, a obrigação da sociedade para com os investidores, integrantes da sua atividade, fornecedores, consumidores, mas uma autodisciplina que permita solidez e responsabilidade assumida nas informações e comunicados emitidos, sempre que houver qualquer mudança de padrão, implicando margem de ganho ou eventual prejuízo, identi cando, assim, transparência em atenção ao funcionamento da atividade empresarial.

O sucesso da governança corporativa não é privilégio da atividade empresarial, mas instrumento de uso também dentro de empresas públicas, sociedades de economia mista e demais órgãos do Governo, a signi car uma constante e permanente scalização e eliminação das divergências, com apontamento das falas e incorreções e comportamentos contrários à estabilidade do padrão empresarial.

É lógico que, conforme há exploração da atividade empresarial, as sociedades empresárias preferem criar departamentos encarregados da própria governança, normatizando, assim, técnicas especí cas, as quais procuram detectar, internamente, alterações, as quais possam contaminar as operações ou determinar providências emergenciais.

Essa roupagem não implica somente o comportamento interno, mas o relacionamento com as demais entidades, principalmente para se evitar o aproveitamento de atos ilícitos, como na lavagem de dinheiro e na sonegação scal. Daí a importância da empresa e, fundamentalmente, da cadeia de negócios, para o diagnóstico seguro e preciso de quaisquer irregularidades ou dúvidas que possam surgir merecendo questionamentos.

O aprimoramento da governança corporativa deve ser perseguido de forma consistente e procurando, assim, descortinar análises do cenário nacional e também do ambiente dos negócios, excluindo-se agressões ao meio ambiente, impon-do-se regras de redução de emissão de poluentes, en m, um conjunto de medidas as quais se endereçam para o próprio bem-estar da sociedade.

Dentro do mecanismo da economia globalizada, do capitalismo nanceiro é cada vez mais constante a presença de instituições e de fundos para assumir o controle e delimitar as exigências de alteração, para a expansão dos negócios, e o retorno, que sucede não apenas em favor da administração do negócio, mas para investidores e demais acionistas.

502. *Compliance* e suas diretrizes – As sociedades empresárias, invariavelmente, devem cumprir as leis e manter transparência plena em atenção à prática de atos que são inerentes ao exercício da própria atividade empresarial.

O cenário do ambiente dos negócios indica, com muita propriedade, um entrelaçamento de favores entre as grandes empresas e o Estado, o que de agrou uma série de alterações na legislação, a partir da mentalização obrigatória de uma lei anticorrupção dentro do campo empresarial.

A condução dos negócios feita pelos administradores nomeados ou delegados muitas vezes não propicia a visibilidade ou permite o alcance da realidade, mais do que isso, quando os controladores estão representados por fundos de investimentos, no mais das vezes, de capital estrangeiro, a pro ssionalização diretiva assume importância inescapável.

O modelo de privatização inaugurado não resultou na prestação de serviços adequados ao consumidor, devido a falhas das agências reguladoras que não fazem suas intervenções pontuais, ampliando o leque do inconformismo e dos abusos praticados por grandes empresas de capital nacional ou estrangeiro.

O procedimento de *compliance* vem se tornando universalizado, com base em padrões internacionais, a serem seguidos, em virtude dos valores e dos negó-cios realizados, muitas vezes envolvendo bilhões de dólares, grandes companhias, disputa concorrencial e o próprio domínio de mercado.

Não é sem razão que a maioria das empresas, no caso as companhias listadas em Bolsa, hoje procura adotar um departamento criado para administrar, scalizar, supervisionar e interagir com todos os outros, aferindo as regras e colocando em ordem aquilo que necessita de mudança.

As revoluções tecnológicas do século XXI e o dinamismo dos negócios empresariais pautam as transformações que as empresas devem fazer no intuito de adaptação ao consumidor e adequada prestação de serviços, além da produção de mercadorias e outros bens de interesse da sociedade.

Adaptando-se aos parâmetros tecnológicos, da comunicação e ciente e rápida, da mobilidade e do uso de celulares, as companhias vislumbram horizonte cada vez mais amplo a ser pavimentado, inclusive na expectativa de transparência integral dos seus quadros.

Essa regra também se aplica internamente, para divulgação das informações dos administradores e gestores, os chamados executivos de grandes empresas, divulgando os benefícios recebidos, além dos salários e as boni cações pagas pelo conceito de produtividade.

Não há engano algum ao se cogitar de regras entrelaçadas de governança corporativa ao lado da *compliance*, utilizados com frequência em países avançados, para a superação dos gargalos e dos con itos de interesse empresariais.

503. A Lei de Sociedades Anônimas – A Lei Brasileira de Companhias, o Diploma nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, festejando o seu 40º ano em vigência, incrementou o mercado acionário brasileiro, trazendo muito da experiência do direito norte-americano, em termos de oferta pública, subscrição de ações e recompra, vedando-se informações privilegiadas e mecanismos abusivos do controlador, com a disciplina de scalização colocada em mãos da Comissão de Valores Mobiliários.

Contudo, depois de tanto tempo em vigor, nota-se a exigência, quase reputada unânime, de se alterar pontualmente a legislação para a inserção de mecanismos os quais priorizem maior scalização e participação de investidores e minoritários, além do conteúdo programático do exercício da atividade empresarial.

As sanções impostas pelos desvios de conduta e cometimento de atos irregulares dos administradores e gestores, além de contemplar uma multa não compatível com a exigência de valores, contextualiza a participação da contratação de seguro facultativo para amortizar o prejuízo a ser suportado pela companhia ou pelo seu gestor.

Caso emblemático se colhe da jurisprudência, na apuração de procedimento lesivo entre grandes empresas – companhias e fundos de pensão estatais –, quando então se permitiu, dentro do âmbito da análise das condutas, a suspensão do exercício de toda e qualquer atividade no mercado nanceiro e no mercado de capitais e, também, a suspensão do exercício de qualquer cargo ou função de direção na empresa ou grupo empresarial. Trata-se de decisão de conteúdo acautelatório, proferida em julho de 2016, pelo juízo da 10ª Vara Federal do Distrito Federal, operação Zelotes, de grande capilaridade e de aspecto revolucionário.

Depois de pagamento de ança vultosa, alguns diretores foram autorizados a retornar ao comando e/ou direção das empresas investigadas, porém o depósito realizado, por si só, mostra-se su ciente para efeito de ressarcimento dos prejuízos acarretados ao erário.

Baseado nos elementos investigatórios, o juízo suspendeu qualquer participação do agente no mercado nanceiro e de capitais e, para além disso, também proibiu, ainda que temporariamente, o desempenho de cargo ou função na

direção da sociedade empresária ou do grupo econômico ou jurídico. O impacto da decisão, sob o prisma de visão estritamente legal, gera a discussão em torno de sua consecução e a percepção de índole constitucional.

Não há dúvida de que a suspensão temporária visa, antes de mais nada, evitar contaminação, aumento do prejuízo ou utilização de privilegiamento de grandes empresas, lesando fundos estatais mediante aplicações absolutamente destoantes de regras de segurança, transparência e do risco.

Nota-se, por tal ângulo, que, se a legislação do anonimato é tímida no sentido de permitir a tomada de providência para eliminar os abusos do controlador, observando-se que, muitas vezes, ele está hospedado numa sociedade *holding* e não naquela operacional, a emblemática decisão proferida pelo juízo da Vara Federal do Distrito Federal traz um sentimento de energia favorável aos ventos que sopram na direção de eliminação das irregularidades, quando refratárias da governança corporativa ou do sistema de *compliance*.

A retirada provisória, mediante suspensão do cargo ou da função, na empresa ou no grupo econômico, em termos de mercado, representa uma tendência que poderá se tornar realidade, mas que, ao mesmo tempo, higieniza as relações empresariais e também coloca em relevo o papel da Comissão de Valores Mobiliários para a apuração das responsabilidades, isso porque o desassossego provoca repercussão no exterior.

Com efeito, as empresas que procedem dessa forma, normal e invariavelmente, participam de operações nos mercados acionários, principalmente nos Estados Unidos. Daí por que o súbito aumento de processos disponibilizados no exterior contra empresas brasileiras, sejam elas sociedades de economia mista ou empresas exclusivamente privadas, já que não se atentaram para as regras e, de algum modo, pilhadas em agrante. Em decorrência disso, seus papéis apresentam queda e desvalorização, por não revelarem esses negócios, autorizando que investidores estrangeiros processem as empresas fora do país e obtenham indenizações vultosas.

A suspensão da atividade empresarial, cabe dizer, como medida judicial aparentemente legal, deve merecer averbação no registro público de empresas, colimando, assim, a publicidade a todos, além daqueles que negociam com aquela sociedade empresária, fornecedores, clientela, e, também, pelo princípio da responsabilização ou até mesmo na tomada de posição em relação aos pedidos de recuperação judicial ou extrajudicial.

504. A desconsideração direta e inversa da personalidade jurídica – Matéria palpitante e que sempre tem despertado polêmicos debates, no âmbito societário, se refere à desconsideração da personalidade jurídica, de forma direta ou inversa, para permitir, muitas vezes, o cumprimento de sentença judicial com trânsito em julgado. No ambiente do revogado Código de Processo Civil, do ano de 1973, a medida poderia ser tomada independentemente do contraditório, da hipótese de estarem presentes seus requisitos no art. 50 do Código Civil.

É correto a rmar que a desconsideração é uma exceção à regra, mas que se rotinizou na Justiça Brasileira, principalmente nas ações trabalhistas e nas execuções scais.

Pondo cerce a essa situação, o novo Código de Processo Civil criou um incidente especí co para o procedimento relativo à desconsideração da personalidade jurídica, implicando o contingenciamento do contraditório e a sua repercussão em torno dos gestores e administradores responsáveis.

Previsto a partir do art. 133 do vigente Código de Processo Civil, nele se disciplina o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o qual poderá ser instaurado a pedido da parte interessada ou do Ministério Público, sendo cabível em todas as etapas e fases do processo, no cumprimento de sentença e também na execução de título executivo extrajudicial.

Não se permite mais agressão ao patrimônio dos sócios sem a instauração do incidente, o qual de agrará imediata comunicação perante o distribuidor para as devidas anotações. Nada impede, ainda, que, se a empresa estiver em di culdade, inativa ou, por qualquer outro motivo justi cado, a desconsideração seja requerida na petição inicial, dispensando a instauração do incidente.

O incidente determina, além da comunicação junto ao distribuidor, citação no prazo de 15 dias, visando manifestação dos envolvidos. O juízo poderá admitir a produção de provas ou, se reputar su cientes aquelas

existentes, então proferirá a decisão interlocutória, tanto em 1º como em 2º graus. No âmbito da Corte, se o relator acolher a desconsideração, será cabível o agravo interno, cuja competência para julgar é do órgão colegiado.

Ressalva importante diz respeito ao comportamento do sócio durante o procedimento do incidente, se vier a alienar ou onerar bens, quando então, existente decisão favorável ao credor, será proclamada a fraude à execução e a ine cácia do ato em relação ao interessado.

Caberia, no caso especí co, colacionar, a título de exemplo, hipótese envolvendo dano ambiental e o procedimento a cargo do Ministério Público para obter dos sócios ampla indenização no interesse da comunidade lesada, daí por que qualquer ato praticado com redução ou diminuição do patrimônio será considerado ine caz e, ainda, maculado de fraude à execução.

Nos chamados grupos econômicos, ou até mesmo nos grupos jurídicos, não se pode deixar de mencionar o signi cado da desconsideração inversa, quando se atinge, exclusivamente, a participação daquele sócio para objetivar o ressarcimento ou o cumprimento de decisão judicial com o trânsito em julgado.

Procede-se ao levantamento do véu da personalidade jurídica, inerente ao seu integrante, sócio ou acionista, sempre com a exigência de se comprovar que a empresa fora favorecida pelo seu comportamento, em prejuízo dos credores ou, inclusive, o comportamento assumido fora de molde a provocar sua insolvência e a formação de concurso de credores.

A nova regra metodológica, inspirada sempre no propósito do devido processo legal e do amplo contraditório, inaugura uma nova etapa, partindo-se dos pressupostos não mais de simples direito material, enraizado no art. 50 do Código Civil, mas, substancialmente, do direito processual, que cuida da instauração do incidente, com resposta e o necessário investigar para aqueles que já saíram da sociedade há mais de 2 anos, que não exerceram cargo de gerência ou administração, não venham a ser responsabilizados por atos que não praticaram.

505. Controle e scalização societários – Dissemos que a Lei de Companhias, vigente desde 1976, encerrou o ciclo de grandes realizações, ao completar 40 anos em vigor, necessitando de pontuais alterações e reformas, diante do mecanismo exercido pelos controladores, a maioria fundos de investimentos, os quais não têm limites para impor suas deliberações, ainda que os órgãos diretivos não exerçam suas funções, conforme previsto na legislação.

É de se indagar como grandes companhias, nelas se localizam atos irregulares e ilícitos, os quais passaram pelos diretores, departamento técnico, auditoria, conselho administrativo, conselho scal e, quando forem sociedades de economia mista, no âmbito federal, pela Controladoria-Geral da União e, também, pelo Tribunal de Contas da União.

Esse papel multidisciplinar, interno e externo, de controle, em primeiro lugar, deveria ter um compartilhamento, ou seja, o acesso para que se pudesse analisar, em tempo real, a prática e o resultado do ato; num segundo momento, o desenho sem explicações ou esclarecimentos caberia na impossibilidade de sua votação e aprovação, enquanto não dirimidas as dúvidas e explicadas as suas consequências práticas; por último e não menos relevante, o papel das auditorias, que tem sido muito debatido, isso porque o sistema de rodízio e revezamento, a par de oxigenar o setor, não é su ciente, considerando o pequeno número de empresas no setor e o grande número de companhias que delas necessitam para conferir os dados, elaborar os demonstrativos nanceiros e se encarregar de assinar os balanços.

Nessa toada, pois, a modernização exige, inclusive pelo próprio avanço tecnológico, uma transparência real, e não simplesmente virtual, das empresas, mais de perto, aquelas públicas e de sociedade de economia mista, as quais causam prejuízos enormes, devastando a capacidade de investimento e colocando nas mãos do contribuinte a carga de esforço para recomposição dos danos.

Explica-se aquilo que se pronuncia: às empresas brasileiras que não obedeceram às regras de governança e se desviaram mediante prática de atos irregulares ou ilícitos, quando processadas em solo estrangeiro, as decisões terão consequências inúmeras, não apenas pelo pagamento de pesadas indenizações, mas por se tratar de patrimônio da sociedade, obrigando a uma nova etapa de capitalização, o que já fora feito no passado, inclusive mediante depósitos fundiários.

Estamos vivendo um momento de criminalização de atos societários, cuja descriminalização somente virá à baila se, e somente se, os órgãos de controle e scalização funcionarem a contento, isto porque, quando as decisões judicias surgem, exceto aquelas em caráter liminar ou de tutela de urgência, provavelmente não terão mais o condão de minimizar o prejuízo.

A mudança de representação no seio da sociedade anônima é inadiável, a partir da presença de investidores e minoritários, pela meritocracia, sem impacto político, de gestão e governança corporativa.

As empresas perdem enormemente suas capacidades de investimento quando abusam dos seus limites ou seus cargos são preenchidos mediante compadrio, por intermédio de uma velada promiscuidade entre o público e o privado, sempre com o comprometimento do dinheiro público e da responsabilização de novos impostos, para que o contribuinte seja indiretamente responsável pelos desarranjos societários internos.

Frustrado o modelo de scalização, supervisão capacitada, orientação e diretriz, não apenas pelas auditorias, mas por todos os demais, a renovação da esperança pende para a recriação de regras minimamente e cientes e que reduzam o distanciamento entre o gestor e os demais departamentos da sociedade empresária, mediante autorregulação, auto scalização, procedimentos internos, os quais contribuam, em tempo real, para diagnosticar os deslizes, reparar as falhas e excluir as mazelas que desequilibram o normal convívio entre o controlador e os minoritários.

XLIV

A DISCIPLINA DAS EMPRESAS ESTATAIS E ECONOMIA MISTA

506. A Lei nº 13.303/2016 – Repaginando a metodologia como verdadeiro estatuto anticorrupção, a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, procurou rever princípios, regras e diretrizes relacionados à governança corporativa, nomeação e responsabilidade do controlador, facultando adoção de solução por meio da arbitragem e não impedindo que o lesado promova demanda contra os responsáveis pelos desmandos gerenciais.

Re exo mais evidente do que aconteceu nos últimos anos no País, com a manipulação das empresas estatais, em particular, sociedades de economia mista, o Governo se embrenhou na formação de uma ideologia própria, tentando trazer à baila nomeações de pessoas experientes, por intermédio do mérito, criando, na gestão pública, um aspecto da responsabilidade civil securitária, aquela contratada para reduzir os impactos dos prejuízos causados.

A legislação resultou de forte debate parlamentar, encontrando eco na sociedade civil e também pelo aspecto de se manter no País mais de 200 empresas públicas, incluindo sociedades de economia mista, quando, numa economia globalizada, é cada vez menor a intervenção do Estado e maior os procedimentos regulatórios.

No que tange à empresa pública, a Lei nº 13.303/2016 veda lançamento de debêntures ou quaisquer títulos concernentes aos valores mobiliários, conversíveis em ações, abrangendo partes bene ciárias, criando uma série de encargos, sob a forma de transparência e divulgação permanente das atividades realizadas dentro da empresa.

Conjuga-se o diploma legal, em termos da disciplina da sociedade de economia mista, com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, a qual alcançou 40 anos de vigência, e, apesar da forte contribuição que trouxe para o mercado acionário, necessita correção das imperfeições, imprecisões, notadamente, a respeito do órgão scalizador e das punições exemplares aos administradores das companhias.

A Lei nº 13.303/2016 se aplica às sociedades de economia mista, regidas pela Lei de Sociedades Anônimas e, também, aquelas de propósito especí co (SPE), controladas por empresas públicas ou economia mista.

Concernente à transparência de gestão e redução do risco da administração, coloca o legislador prática de governança e controle proporcional à relevância, à materialidade e às repercussões do negócio, pondo em evidência a necessidade de relatório, condições de alavancagem nanceira, avaliação de inversões nanceiras, execução de projetos relevantes, traduzindo detalhamento, pormenores e minúcias, tendo o condão de aprimorar a visibilidade perante a sociedade e também junto aos órgãos de scalização.

Cabe destacar, ainda, que, na conceituação de empresa pública, o legislador indica que a maioria do capital votante permaneça com a União, Estado, Distrito Federal ou Município, permitindo a participação de pessoas jurídicas de direito público interno, além de entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Redimensionar esse caráter de participação, ainda que minoritário, exigirá maior controle e plena scalização, para além do risco, das repercussões, do nível de endividamento e das operações que poderão trazer a conotação de parcerias para a execução de tarefas e prestação de serviços junto à comunidade.

Dissipa-se, assim, a nuvem cinzenta que permeou, durante longos anos, indicações políticas para as empresas estatais, levando à criminalização de seus gestores e a escândalos de repercussão internacional, que agora se pretende corrigir, ainda que tardiamente, criando mecanismos de aprimoramento e aperfeiçoamento, com prestação de contas das funções e tarefas exercidas, além da possibilidade de os minoritários terem acesso e acento junto ao conselho da companhia.

Editam-se normas gerais para as sociedades de economia mista, colimando reforço estatutário, para a divulgação constante de informações relevantes, principalmente estrutura de controle, a remuneração da administração, a política de distribuição de dividendos, e maior transparência nas demonstrações nanceiras, além da auditoria independente.

Obriga-se a feitura de uma carta anual de governança corporativa capaz de consolidar, num só documento escrito, de forma clara e direta, toda a regra do art. 8º, inciso III, assim descrita: "Divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes, em especial as relativas às atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico- nanceiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração".

Múltiplos órgãos scalizatórios são vocacionados à quebra da opacidade da gestão, da scalização, mediante supervisão e apuração, sem prejuízo do código de conduta inteiramente vinculado à atividade empresarial e às deliberações tomadas pela companhia.

507. A sistemática da responsabilidade do controlador – As empresas públicas, em geral, e aquelas de economia mista, em particular, celebram atos, realizam fatos, concretizam alterações, sempre na direção do exercício do poder de controle e, portanto, devem responder pelos prejuízos causados, direta ou indiretamente, líquidos ou ilíquidos, certos ou indeterminados.

Traçou-se, ao longo dos anos, uma teoria da conspiração, na qual essas empresas seriam vítimas das ações praticadas pelos gestores e, portanto, não estariam submissas à reponsabilidade empresarial pura e de nida na Lei de Sociedades Anônimas.

Contudo, a par da criatividade e da imaginação incorporadas à tese, vimos, com bastante frequência, processos abertos no exterior, principalmente nos Estados Unidos da América, contra companhias brasileiras, tanto de economia mista, mas também particulares, as quais foram incapazes de apresentar relatórios minuciosos ou tiveram a mácula da corrupção em contratos ou operações frequentemente escondidas pelas respectivas auditorias.

A Lei nº 13.303/2016, em termos de responsabilidade do controlador, viu conjugar a perspectiva e suprir lacuna, isto porque, sob o prisma de visão exclusivamente societário, incabível impedir a responsabilização e a punição do controlador, o qual é o encarregado pela nomeação do conselho e também da administração. Assim, se não foi e ciente para minar essas consequências, cabe sua responsabilidade, até na esfera objetiva ou simples comprovação do nexo causal.

Reza o art. 14 da Lei nº 13.303/2016 a obrigação do controlador de constar do Código de Conduta e Integridade, aplicável à alta administração, a vedação à divulgação, sem autorização do órgão competente, de informação que possa causar impacto na cotação dos títulos e nas suas relações com o mercado ou com os consumidores e fornecedores. Não se cuida, evidentemente, de uma mordaça ou prévia censura, a qual se coloca em relação aos cargos de alta administração, mas sim de instrumentalizar o subsídio por meio dos canais competentes da companhia.

Natural cogitar que a violação da regra poderá implicar punição, algum tipo de sanção, inclusive demissão do infrator, porém, quando os atos envolvem matéria de ordem ilícita, não se pode, por qualquer ângulo, responsabilizar aquele que procurou alertar a companhia, seu controlador e reduzir os impactos junto ao mercado, consumidores e fornecedores.

Admitamos, exempli cativamente, que em uma sociedade de economia mista pertencente ao Estado, encarregada do fornecimento de água e tratamento de esgoto, descubra o seu administrador graves fatos que possam resultar no corte do fornecimento do abastecimento, trazendo dissabores para milhões de consumidores, isto porque um equipamento vindo do exterior não atende às necessidades da companhia para bombeamento e distribuição do produto. Não querendo a companhia expor a público sua própria mazela, a licitação e compra de equipamento incompatível com as necessidades da empresa, divulgação do fato, ainda que grave, tem o condão de amenizar as repercussões negativas e permitir sumária investigação, além da mudança do equipamento, já que o problema fora detectado, porém não divulgado polo órgão competente.

Evitando-se entrechoque de interesses e também o denominado poder de in- uência, a Lei nº 13.303/2016 veio preservar a total independência do conselho de administração no exercício de suas funções.

A propalada independência não signi ca, em absoluto, que o acionista controlador esteja desinformado, sem capacidade de compreensão ou de análise crítica dos procedimentos internos.

Compete, ainda, ao controlador, forte nesse aspecto, observar uma política de indicação na escolha do administrador e membro do conselho scal.

Reforçando o paradigma da responsabilidade do controlador, o art. 15 sinaliza sua integral vinculação pelos atos praticados com abuso de poder, nos termos da Lei nº 6.404/76.

A respectiva ação de reparação poderá ser proposta pela própria sociedade, conforme o art. 246 da Lei do Anonimato, pelo terceiro prejudicado ou pelos demais sócios, independentemente de autorização da assembleia geral de acionistas.

A inteligência redacional do dispositivo normativo, na sua intelecção, traz uma dicção diferenciada, a qual permite ao terceiro prejudicado e aos demais sócios, não declinando qual a quantidade do percentual acionário para ns e efeitos da abertura de ação de responsabilização.

Suprime-se qualquer autorização necessária da assembleia geral de acionistas, tanto ordinária, mas também extraordinária, considerando, principalmente, a di culdade do quórum e os percentuais colimados refratários ao controle feito pelo sócio interessado ou pelo terceiro prejudicado.

Didaticamente, estabelece o art. 15, § 2º, da Lei nº 13.303/2016, que a ação indenizatória tirada contra o controlador prescreverá em 6 anos, contados da data da prática do ato abusivo, reportando-se ao § 1º do mesmo artigo mencionado.

Acreditamos que a redação está a merecer aprimoramento, aperfeiçoamento e uma interpretação ampla, no sentido da prática do ato abusivo ou da respectiva omissão, causando, no seio societário, o prejuízo objeto da demanda.

Deve-se ter em mente, ainda, que os atos praticados poderão ter uma sequência, continuidade, o que faz protrair a contagem do prazo prescricional.

Explica-se com maiores detalhes: quando o administrador exerce sua atividade de forma a tornar o risco mais evidente, o conjunto de atos deve ser examinado, e não apenas aquele isolado, até porque somente se perfaz mediante a conclusão da deliberação tomada pelo gestor.

Enaltece-se a inserção de prazo mais dilatado, de 6 anos, porém é preciso evitar, desde logo, que o início de sua contagem esteja enraizado na esfera do ato abusivo, porquanto a delimitação será materialmente complexa e, nos mais das vezes, impossível.

508. A nomeação da diretoria e do conselho de administração – Na sistemática do Diploma nº 13.303/2016, são considerados administradores da empresa pública e da sociedade de economia mista os membros do conselho de administra- ção e da diretoria, adotando-se, assim, o conceito unívoco para ambos, isto porque as determinações, deliberações e matérias, no mais das vezes, envolvem atos de envergadura e devem passar pela aprovação dos órgãos componentes da sociedade.

Revoluciona-se, ainda que em tese, a forma de nomeação dos administradores e empresas públicas e sociedades de economia mista, o que também exigirá a máxima cautela e uma interpretação coerente com o exercício da atividade para o cargo.

A regra do art. 17 da Lei nº 13.303/2016 sustenta que, para os membros do conselho de administração e para cargos de diretoria, abrangendo o presidente, diretor-geral, diretor-presidente, serão escolhidos cidadãos de reputação ilibada, de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e, cumulativamente, aqueles dos incisos II e III.

Signi ca dizer que o legislador criou dupla ferramenta de critérios, alternativos ou cumulados, para a nomeação dos membros do conselho e cargos de diretoria.

Em relevo, o preceito da reputação ilibada e o âmbito do notório conhecimento, assim, vejamos as disciplinas especí cas, alternativas do inciso I, letras “a” e “b”.

No primeiro comando normativo, o indicado deverá ter 10 anos no setor público ou privado, na área de atuação da empresa pública ou de sociedade de economia mista ou área conexa àquela para a qual fora indicado em função de direção superior, ou 4 anos ocupando, pelo menos, um dos seguintes cargos: cargo de direção de che a superior em empresa de porte ou objeto social semelhante ao da empresa pública ou da sociedade de economia mista, compreendendo-se, como cargo de che a superior, aquele situado nos dois níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa. Também se considera cargo em comissão ou função de con ança, equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público.

Finalmente, cargo de docente ou de pesquisador em áreas de atuação da empresa pública ou de sociedade de economia mista, e 4 anos de experiência como pro ssional liberal em atividade, direta ou indiretamente, vinculada à área de atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista.

Feita a leitura dos elementos concernentes ao critério não cumulativo, cabe analisar o outro, de acordo com os incisos II e III do art. 17 da Lei nº 13.303/2016.

O legislador exige formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado, e não se enquadra nas hipóteses de inelegibilidade previstas nas alíneas do inciso I do *caput* do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, com as alterações feitas pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010.

Bem analisadas essas perspectivas, temos que o legislador criou um verdadeiro *mix* para categorizar, avaliar e também examinar o aspecto competencial e da meritocracia daqueles que serão os integrantes do conselho de administração e também farão parte dos cargos de diretoria.

O art. 17, no seu § 1º, em relação ao gestor público, também faculta a contratação de seguro de responsabilidade civil pelos administradores.

Essa tendência tem sido universal e fortalecida ainda mais, sobretudo pelos riscos da má-gestão, envolvimento na scalização e a incapacidade econômico- -nanceira de ressarcir os prejuízos causados.

Notamos, com muita evidência, que os administradores e gestores, quando punidos pelo órgão de scalização, cuja multa máxima alcança R$ 500.000,00, indicam as seguradoras para cobrir o prejuízo e proceder ao ressarcimento das importâncias.

Grande dúvida se estabeleceu, inclusive na esfera judicial, no sentido de se saber se a cobertura – seguro facultativo – alcançaria atos dolosos, reputados ilícitos e também punidos na esfera criminal.

As empresas de seguro, de uma forma geral, estão recusando ressarcir prejuízos, os quais têm o viés de cometimento de ato ilícito – o contrário da boa prática da governança –, e que foram alvo de sentença penal condenatória, mesmo sem o trânsito em julgado.

A con uência desse pensamento também serve como modelo para que os administradores, de uma forma geral, sejam dissuadidos de agir com dolo direto ou dolo eventual, haja vista que a culpa é a única que assenta a possibilidade da cobertura securitária.

O comitê de administração deverá ser composto, no mínimo, por 25% de membros independentes ou pelo menos um décimo, na hipótese do exercício da faculdade do voto múltiplo pelos acionistas minoritários, consoante o art. 141 da Lei nº 6.404/76.

O legislador conceituou o conselheiro independente, sem vínculo algum com a empresa (exceto participação de capital, livre de qualquer parentesco até o 3º grau, inclusive em atenção aos ocupantes dos cargos do executivo), que não tenha mantido, nos últimos 3 anos, qualquer vínculo com a entidade, não ter sido, também, nos últimos 3 anos, empregado ou diretor, também da coligada ou subsidiária, não ser fornecedor, comprador direto ou indireto, não ser funcionário ou administrador, não receber outra remuneração, além daquela do cargo de conselheiro, exceção feita à distribuição de dividendos e juros sobre o capital provenientes das ações possuídas.

Para o cargo de diretoria, é fundamental assumir o compromisso de metas e resultados especí cos, cuja aprovação dependerá do conselho de administração encarregado de scalizar o seu cumprimento.

É dever da diretoria apresentar plano de negócios para o exercício anual seguinte, estratégia de longo prazo, atualizada com análise de riscos e oportunidades para, no mínimo, os próximos 5 anos.

Deverá o conselho de administração, sob pena de responder por omissão, promover anual análise do atendimento das metas e resultados, na execução do plano de negócios e da estratégia de longo prazo, devendo publicar as conclusões perante os órgãos legislativos e tribunais de contas, quando existirem.

509. A suspensão do exercício da gestão e a indisponibilidade de bens – Marco relevante na tessitura do tratamento dispensado às empresas públicas, a par da Lei de Companhias e do atual Diploma nº 13.303/2016, reveste-se do caráter de afastamento dessa sistemática e da proibição da continuação de atos considerados incompatíveis com o princípio da boa governança corporativa.

A jurisprudência tem se manifestado a respeito no propósito de suspender os administradores e gestores que, comprovadamente, deram margem de prejuízo às empresas e não se comportaram consoante as regras estatutárias e o Código de Conduta, sendo, inclusive, essa preocupação também exteriorizada pelas Cortes de Conta.

No exercício do seu poder de polícia, a interpretação não pode ser acanhada ou estreita, no sentido de que as Cortes de Conta somente poderiam tomar medidas relacionadas aos órgãos scalizados, porquanto a promiscuidade entre empresas públicas e privadas re ete forma compatível com medidas assecuratórias da redução do prejuízo.

Tentemos esclarecer com detalhes essa realidade, haja vista que, se um determinado consórcio que contrata a feitura de linhas de transporte metropolitano e a Corte de Contas conclui ter havido superfaturamento, nada mais concreto do que providenciar o bloqueio, criteriosamente e de forma prudencial.

E, para além dessa regra normativa, se no ajuste havia velada corrupção, intencionando favorecimento de determinados partidos ou de alguns políticos, não se pode, com o dinheiro público, enriquecer empresas privadas e distanciá-las da scalização com a Corte de Contas.

Antes de mais nada, é preciso sublinhar que o fundamento do bloqueio, forçoso concluir, se refere à contratação feita dentro da órbita pública. Dessa forma, se uma re naria teria que ser construída pelo preço certo de 2 bilhões de reais e, ao seu término, a soma fora de 20 bilhões de reais, acarretando prejuízo incomum ao erário, essa vantagem indevida deve ser imediatamente auditada, revelada e o valor, bloqueado pela Corte de Contas, isto porque os elementos examinados foram no sentido da impossibilidade do reajustamento ao longo dos anos, alcançando um valor bem superior aos padrões internacionais ou mesmo de mercado.

Fundamental, assim, que os órgãos administrativos, supervisionados pela Justiça, possam monitorar essas causas e circunstâncias, notadamente envolvendo fundos de pensão das empresas estatais, com repercussão negativa em relação a milhares de empregados e ao rombo na carteira, provocado por aplicações e investimentos extremamente prejudiciais e danosos ao equilíbrio atuarial.

E, nos casos extraídos da realidade, seguramente, não haverá cobertura, nos termos do art. 17, § 1º, da Lei nº 13.303/2016, considerando extrapolada a culpa para a de nição do dolo direto ou do dolo eventual.

A suspensão do exercício da atividade, diga-se de passagem, é apenas provisória, e não de nitiva, e deve conter duração determinada para evitar a incerteza e também a possibilidade de alguma conclusão que desfavoreça ao superfaturamento ou eventual corrupção da máquina administrativa.

A indisponibilidade patrimonial, naturalmente, tem sido fator determinante para que o próprio causador do prejuízo venha a materializar o ressarcimento, independentemente da companhia ou da cobertura securitária.

Invariavelmente, no Brasil, não existe precedente de a companhia voltar-se contra o administrador, para dele exigir a reparação do prejuízo. O controlador teria como obrigação essa demanda para cobrar dos administradores e gestores os danos provocados, diretos e indiretos, inclusive, por força de ações propostas no exterior.

Bem retratada a realidade da Lei n º 13.303/2016, com minúcias e detalhes, os quais oferecem campo seguro para minar qualquer tentativa de desvio, inoperância ou até desconhecimento de causa; também é fundamental resvalarmos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, a qual disciplina a Lei Anticorrupção.

O legislador obriga que os administradores eleitos participem anualmente de treinamentos especí cos sobre legislação societária e mercado de capitais, com a divulgação de informações, controle interno, Código de Conduta, Lei Anticorrupção e outros temas vinculados à atividade da empresa pública ou sociedade de economia mista, conforme reza o art. 17, § 4º, da Lei 13.303/2016.

A despeito da auditoria independente, também é criado um Comitê de Auditoria Estatutário, para a scalização, governança corporativa e maior transparência do exercício inerente à empresa pública e à própria sociedade de economia mista.

510. Fiscalização, transparência e governança corporativa estatal – As inúmeras preocupações com a maior e ciência e controle das empresas estatais foram su cientes para a edição do Diploma Normativo nº 13.303, de 30 de junho de 2016, criando um verdadeiro estatuto, a nível nacional, reverberando integração e maior disciplina para se evitar verdadeira sangria existente, notadamente, naquelas subordinadas ao controle da União.

Criou-se um Comitê de Auditoria Estatutário, órgão auxiliar do conselho de administração, com dezenas de funções e tarefas, a rigor do preceito do art. 24 e seguintes da Lei nº 13.303/2016.

É fundamental exteriorizar que o Comitê de Auditoria Estatutário tem independência e capacidade para analisar a contratação e destituição do auditor independente, veri car as atividades envolvidas nas áreas de controle interno, fazer o monitoramento das demonstrações nanceiras, informações e medições divulgadas pela empresa pública ou sociedade de economia mista.

Compete, ainda, ao Comitê de Auditoria Estatutário avaliar e monitorar o risco da empresa, a remuneração da administração, os gastos incorridos, a adequação das transações com partes relacionadas, deixando assinaladas as divergências signi cativas entre a administração, auditoria independente e Comitê de Auditoria Estatuária em relação às demonstrações nanceiras.

O Comitê poderá receber denúncias, inclusive sigilosas, internas e externas; deverá fazer reuniões, no mínimo, bimestrais, com a divulgação das atas das re-uniões; é dotado de autonomia operacional e dotação orçamentária anual ou por projeto, dentro dos limites aprovados pelo conselho de administração.

O Comitê será formado por 3 membros, no mínimo, e 5, no máximo, estabelecendo o art. 25 da Lei 13.303/2016 os impedimentos e vedações para que possa o interessado vir a compor o respectivo Comitê de Auditoria Estatutário.

A disciplina da Lei nº 13.303/2016 traça, ainda, o per l do conselho scal, inerente às empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme o Diploma nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, relativamente aos poderes, deveres e responsabilidades, no escopo do investidor e remuneração.

Podem ocupar o conselho scal pessoas naturais, residentes no Brasil, com formação acadêmica compatível com o exercício da função e que tenham exercido, por prazo mínimo de 3 anos, cargo de direção ou assessoramento da administração pública ou cargo de conselheiro scal ou administrador de empresa.

Ao menos um membro do conselho scal será indicado pelo controlador, servidor público com vínculo permanente à Administração Pública.

Revigoram-se, por tais predicados, os elementos indispensáveis à gestão da governança corporativa estatal, ampliando-se o leque de organismos internos e também externos, responsáveis pelo controle e depuração dos atos praticados, con-centrando-se, assim, no aspecto de previsibilidade, a m de evitar cometimento de irregularidades, anomalias e prejuízos ao erário.

O preceito maior está vinculado, de nitivamente, à função social da empresa pública ou da sociedade de economia mista.

Signi ca dizer, dentro do preceito da função social, a consecução da realização do interesse coletivo ou do atendimento a imperativo de segurança nacional, expresso no instrumento de autorização que determinou a sua criação.

Devemos separar a atividade-meio daquela considerada atividade- m, no sentido de que o conjunto de atos praticados possa alcançar o bem-estar econômico, com alocação dos recursos geridos, sendo relevantes a ampliação econômica sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços, o desenvolvimento ou adoção de tecnologia nacional para a produção e oferta de produtos e serviços, de maneira economicamente justi cada.

Tornam-se obrigatórias, ainda, para as empresas públicas e sociedades de economia mista, práticas de sustentabilidade ambiental e da reponsabilidade social corporativa, consonantes com o mercado no qual atuam.

As empresas públicas e aquelas classi cadas como de economia mista terão a faculdade de celebrar o convênio ou contrato de patrocínio com pessoas física ou jurídica, visando promoção da atividade cultural, social, esportiva, educacional e de inovação tecnológica, mas, para tanto, deverão comprovar vinculação ou fortalecimento da marca, observando, naquilo que couber, as regras de licitação e contratos administrativos em geral.

O panorama exponencial radiografado por intermédio do Diploma Normativo nº 13.303, de 30 de junho de 2016, no seu art. 92, de ne que o registro público de empresas mercantis e atividades a ns manterá banco de dados público e gratuito disponível na internet, contendo a relação de todas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Revigora-se o princípio da transparência, do livre acesso e de diretrizes empresariais capazes do fortalecimento dessas entidades, passando por procedimentos scalizatórios voltados para a e ciência da prestação do serviço ou do desempenho da atividade empresarial.

O parágrafo único do art. 92 da Lei nº 13.303/2016 veda que a União trans- ra, voluntariamente, recursos para Estados, Municípios e Distrito Federal, que não fornecerem, ao registro público de empresas mercantis e atividades a ns, as informações relativas às empresas públicas e às sociedades de economia mista a eles vinculadas.

Explicita-se, de forma cabal, que o princípio da informação, contemplando transparência e absoluta governança corporativa, passa a ter um sentido pragmático, concreto e materializado na previsibilidade, de se acautelar e de se evitar prejuízos ao erário, no fundo, à própria sociedade civil, maior interessada em resgatar preceitos da moralidade e eticidade na função social das empresas estatais.

ANEXOS

ENUNCIADOS DA 1.ª JORNADA DE DIREITO COMERCIAL

Colimando organizar a melhor interpretação do moderno direito empresarial, realizou-se a 1.ª Jornada de Direito Comercial, em Brasília, com a aprovação de 57 enunciados, abrangendo temas relativos a toda essa área, que apresenta substancial interesse para os operadores desse ramo jurídico.

Embora se trate de um curso de direito comercial, com maior interesse daqueles que começam a aprender a ferramenta, reputamos indispensável trazer ao conhecimento os respectivos enunciados, os quais priorizam matérias relevantes e palpitantes.

Com efeito, os 57 enunciados aprovados na 1.ª Jornada de Direito Comercial fazem uma interpretação plural de vários institutos, da área societária, dos contratos comerciais, da empresa em crise, do estado falimentar, da propriedade industrial, da desconsideração da personalidade jurídica, sobre a incidência da relação de consumo etc.

Notamos, portanto, que, independentemente da perspectiva avançada do estudo, aqueles que pretendem militar na área e ter conhecimento completo não podem se privar de conhecer os enunciados invocados.

Bastante oportuno, assim, na visão plena do direito empresarial moderno, que possam os operadores tomar conhecimento dessa realidade, vislumbrando não apenas a posição da doutrina, mas substancialmente a evolução jurisprudencial.

Os Enunciados são os seguintes:

1.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.

2.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 n. 9.279/1996), deve ser interpretada restritivamente e em consonância com o art. 1.166 do Código Civil.

3.A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI não é sociedade unipessoal, mas um novo ente, distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária.

4.Uma vez subscrito e efetivamente integralizado, o capital da empresa individual de responsabilidade limitada não sofrerá nenhuma in uência decorrente de ulteriores alterações no salário mínimo.

5.Quanto às obrigações decorrentes de sua atividade, o empresário individual tipi cado no art. 966 do Código Civil responderá primeiramente com os bens vinculados à exploração de sua atividade econômica, nos termos do art. 1.024 do Código Civil.

6.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.

7.O nome de domínio integra o estabelecimento empresarial como bem incorpóreo para todos os ns de direito.

8.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.

9.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.

10.Nas sociedades simples, os sócios podem limitar suas responsabilidades entre si, à proporção da participação no capital social, ressalvadas as disposições especí cas.

11.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.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.

13.A decisão que decretar a dissolução parcial da sociedade deverá indicar a data de desligamento do sócio e o critério de apuração de haveres.

14.É vedado aos administradores de sociedades anônimas votarem para aprovação/rejeição de suas próprias contas, mesmo que o façam por interposta pessoa.

15.O vocábulo "transação", mencionado no art. 183 § 1º, d, da Lei das S.A., deve ser lido como sinônimo de "negócio jurídico", e não no sentido técnico que é de nido pelo Capítulo XIX do Título VI do Livro I da Parte Especial do Código Civil brasileiro.

16.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 especí ca a esse respeito.

17.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.

18.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.

19.Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor às relações entre sócios/acionistas ou entre eles e a sociedade.

20.Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários em que um dos contratantes tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços.

21.Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais.

22.Não se presume solidariedade passiva (art. 265 do Código Civil) pelo simples fato de duas ou mais pessoas jurídicas integrarem o mesmo grupo econômico.

23.Em contratos empresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação dos requisitos de revisão e/ou resolução do pacto contratual.

24.Os contratos empresariais coligados, concretamente formados por unidade de interesses econômicos, permitem a arguição da exceção de contrato não cumprido, salvo quando a obrigação inadimplida for de escassa importância.

25.A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a so sticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada.

26.O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial.

27.Não se presume violação à boa-fé objetiva se o empresário, durante as negociações do contrato empresarial, preservar segredo de empresa ou administrar a prestação de informações reservadas, con denciais ou estratégicas, com o objetivo de não colocar em risco a competitividade de sua atividade.

28.Em razão do pro ssionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperiência.

29.Aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especi cidades dos contratos empresariais.

30.Nos contratos de shopping center, a cláusula de scalização das contas do lojista é justi cada desde que as medidas scalizatórias não causem embaraços à atividade do lojista.

31.O contrato de distribuição previsto no art. 710 do Código Civil é uma modalidade de agência em que o agente atua como mediador ou mandatário do proponente e faz jus à remuneração devida por este, correspondente aos negócios concluídos em sua zona. No contrato de distribuição autêntico, o distribuidor comercializa diretamente o produto recebido do fabricante ou fornecedor, e seu lucro resulta das vendas que faz por sua conta e risco.

32.Nos contratos de prestação de serviços nos quais as partes contratantes são empresários e a função econômica do contrato está relacionada com a exploração de atividade empresarial, as partes podem pactuar prazo superior a quatro anos, dadas as especi cidades da natureza do serviço a ser prestado, sem constituir violação do disposto no art. 598 do Código Civil.

33.Nos contratos de prestação de serviços nos quais as partes contratantes são empresários e a função econômica do contrato está relacionada com a exploração de atividade empresarial, é lícito às partes contratantes pactuarem, para a hipótese de denúncia imotivada do contrato, multas superiores àquelas previstas no art. 603 do Código Civil.

34.Com exceção da garantia contida no artigo 618 do Código Civil, os demais artigos referentes, em especial, ao contrato de empreitada (arts. 610 a 626) aplicar-se-ão somente de forma subsidiária às condições contratuais acordadas pelas partes de contratos complexos de engenharia e construção, tais como EPC, EPC-M e Aliança.

35.Não haverá revisão ou resolução dos contratos de derivativos por imprevisibilidade e onerosidade excessiva (arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil).

36.O pagamento da comissão, no contrato de corretagem celebrado entre empresários, pode ser condicionado à celebração do negócio previsto no contrato ou à mediação útil ao cliente, conforme os entendimentos prévios entre as partes. Na ausência de ajuste ou previsão contratual, o cabimento da comissão deve ser analisado no caso concreto, à luz da boa-fé objetiva e da vedação ao enriquecimento sem causa, sendo devida se o negócio não vier a se concretizar por fato atribuível exclusivamente a uma das partes.

37.Aos contratos de transporte aéreo internacional celebrados por empresários aplicam-se as disposições da Convenção de Montreal e a regra da indenização tarifada nela prevista (art. 22 do Decreto n. 5.910/2006).

38.É devida devolução simples, e não em dobro, do valor residual garantido (VRG) em caso de reintegração de posse do bem objeto de arrendamento mercantil celebrado entre empresários.

39.É admitido o aval parcial para os títulos de crédito regulados em lei especial.

40.O prazo prescricional de 6 (seis) meses para o exercício da pretensão à execução do cheque pelo respectivo portador é contado do encerramento do prazo de apresentação, tenha ou não sido apresentado ao sacado dentro do referido prazo. No caso de cheque pós-datado apresentado antes da data de emissão ao sacado ou da data pactuada com o emitente, o termo inicial é contado da data da primeira apresentação.

41.A cédula de crédito bancário é título de crédito dotado de força executiva, mesmo quando representativa de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta-corrente, não sendo a ela aplicável a orientação da Súmula 233 do STJ.

42.O prazo de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor.

43.A suspensão das ações e execuções previstas no art. 6º da Lei n. 11.101/2005 não se estende aos coobrigados do devedor.

44.A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade.

45.O magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão de abuso de direito.

46.Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico- nan-ceira do plano de recuperação aprovado pelos credores.

47.Nas alienações realizadas nos termos do art. 60 da Lei n. 11.101/2005, não há sucessão do adquirente nas dívidas do devedor, inclusive nas de natureza tributária, trabalhista e decorrentes de acidentes de trabalho.

48.A apuração da responsabilidade pessoal dos sócios, controladores e administradores feita independentemente da realização do ativo e da prova da sua insu ciência para cobrir o passivo, prevista no art. 82 da Lei n. 11.101/2005, não se refere aos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

49.Os deveres impostos pela Lei n. 11.101/2005 ao falido, sociedade limitada, recaem apenas sobre os administradores, não sendo cabível nenhuma restrição à pessoa dos sócios não administradores.

50.A extensão dos efeitos da quebra a outras pessoas jurídicas e físicas confere legitimidade à massa falida para gurar nos polos ativo e passivo das ações nas quais gurem aqueles atingidos pela falência.

51.O saldo do crédito não coberto pelo valor do bem e/ou da garantia dos contratos previstos no § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005 é crédito quirografário, sujeito à recuperação judicial.

52.A decisão que defere o processamento da recuperação judicial desa a agravo de instrumento.

53.A assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação judicial é una, podendo ser realizada em uma ou mais sessões, das quais participarão ou serão considerados presentes apenas os credores que rmaram a lista de presença encerrada na sessão em que instalada a assembleia geral.

54.O deferimento do processamento da recuperação judicial não enseja o cancelamento da negativação do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito e nos tabelionatos de protestos.

55.O parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, e não uma faculdade da Fazenda Pública, e, enquanto não for editada lei especí ca, não é cabível a aplicação do disposto no art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e no art. 191-A do CTN.

56.A Fazenda Pública não possui legitimidade ou interesse de agir para requerer a falência do devedor empresário.

57.O plano de recuperação judicial deve prever tratamento igualitário para os membros da mesma classe de credores que possuam interesses homogêneos, sejam estes delineados em função da natureza do crédito, da importância do crédito ou de outro critério de similitude justi cado pelo proponente do plano e homologado pelo magistrado.

ENUNCIADOS DA 2.ª JORNADA DE DIREITO COMERCIAL

ENUNCIADOS APROVADOS EM PLENÁRIA REALIZADA
NO DIA 27 DE FEVEREIRO DE 2015.

EMPRESA E ESTABELECIMENTO

58.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.

59.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.

60.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.

61.Em atenção ao princípio do tratamento favorecido à microempresa e à empresa de pequeno porte, é possível a representação de empresário individual, sociedade empresária ou EIRELI, quando enquadrados nos respectivos regimes tributários, por meio de preposto, perante os juizados especiais cíveis, bastando a comprovação atualizada do seu enquadramento.

62.O produtor rural, nas condições mencionadas do art. 971 do CCB, pode constituir EIRELI.

DIREITO SOCIETÁRIO

63.O nu-proprietário de quotas ou ações gravadas com usufruto, quando não regulado no respectivo ato institutivo, pode exercer o direito de scalização da sociedade.

64.Criado o conselho de administração na sociedade limitada, não regida supletivamente pela Lei de Sociedade por Ações (art. 1.053, parágrafo único, do Código Civil) e, caso não haja regramento especí co sobre o órgão no contrato, serão aplicadas, por analogia, as normas da sociedade anônima.

65.O mandatário do sócio residente ou domiciliado no exterior (art. 119 da
Lei 6.404/1976) não é responsável pelas obrigações de seu mandante. 66. A limitação de distribuição de dividendos periódicos de que trata o art. 204, § 1º da Lei das Sociedades por Ações refere-se ao lucro distribuível, reconhecido em balanço intermediário levantado conforme o Estatuto Social, e não à antecipação do pagamento de dividendos por conta do lucro cuja existência é provável, nos termos da legislação tributária.

OBRIGAÇÕES EMPRESARIAIS, CONTRATOS E TÍTULOS DE CRÉDITO

67.Na locação *built to suit*, é válida a estipulação contratual que estabeleça cláusula penal compensatória equivalente à totalidade dos alugueres a vencer, sem prejuízo da aplicação do art. 416, parágrafo único, do Código Civil.

68.No contrato de comissão com cláusula *del credere*, responderá solidariamente com o terceiro contratante o comissário que tiver cedido seus direitos ao comitente, nos termos da parte nal do art. 694 do Código Civil.

69.Prescrita a pretensão do credor à execução de título de crédito, o endossante e o avalista, do obrigado principal ou de coobrigado, não respondem pelo pagamento da obrigação, salvo em caso de locupletamento indevido.

70.O prazo estabelecido no art. 21, § 1º, da Lei n. 9.492/97, para o protesto por falta de aceite é aplicável apenas na falta de disposição diversa contida em lei especial referente a determinado título de crédito (por exemplo, duplicatas). Aplica-se, portanto, a disposição contida no art. 44, 2ª alínea, da Lei Uniforme de Genebra, ao protesto por falta de aceite de letra de câmbio.

71.A prescrição trienal da pretensão à execução, em face do emitente e seu avalista, de nota promissória à vista não apresentada a pagamento no prazo legal ou xado no título, conta-se a partir do término do referido prazo.

CRISE DA EMPRESA

72.A legitimidade do Ministério Público para propor e conduzir a ação de responsabilidade de que trata o art. 46 da Lei n. 6.024/1974 não cessa com a decretação da falência da instituição submetida a regime especial, porquanto o art. 47 da mencionada lei foi revogado tacitamente pelo art. 7º, II, da Lei n. 9.447/1997.

73.Para que seja preservada a e cácia do disposto na parte nal do § 2º do artigo 6º da Lei n. 11.101/05, é necessário que, no juízo do trabalho, o crédito trabalhista para ns de habilitação seja calculado até a data do pedido da recuperação judicial ou da decretação da falência, para não se ferir a *par condicio creditorum* e observarem-se os arts. 49, "*caput*", e 124 da Lei n. 11.101/2005.

74.Embora a execução scal não se suspenda em virtude do deferimento do processamento da recuperação judicial, os atos que importem em constrição do patrimônio do devedor devem ser analisados pelo Juízo recuperacional, a m de garantir o princípio da preservação da empresa.

75.Havendo convenção de arbitragem, caso uma das partes tenha a falência decretada: (i) eventual procedimento arbitral já em curso não se suspende e novo procedimento arbitral pode ser iniciado, aplicando-se, em ambos os casos, a regra do art. 6º, § 1º, da Lei n. 11.101/2005; e (ii) o administrador judicial não pode recusar a e cácia da cláusula compromissória, dada a autonomia desta em relação ao contrato.

76.Nos casos de emissão de títulos de dívida pela companhia recuperanda, na qual exista agente duciário ou gura similar representando uma coletividade de credores, caberá ao agente duciário o exercício do voto em assembleia geral de credores, nos termos e mediante as autorizações previstas no documento de emissão, ressalvada a faculdade de qualquer investidor nal pleitear ao juízo da recuperação o desmembramento do direito de voz e voto em assembleia para exercê-los individualmente, unicamente mediante autorização judicial.

77.As alterações do plano de recuperação judicial devem ser submetidas à assembleia geral de credores, e a aprovação obedecerá ao *quorum* previsto no art. 45 da Lei n. 11.101/05, tendo caráter vinculante a todos os credores submetidos à recuperação judicial, observada a ressalva do art. 50, § 1º, da Lei n. 11.101/05, ainda que propostas as alterações após dois anos da concessão da recuperação judicial e desde que ainda não encerrada por sentença.

78.O pedido de recuperação judicial deve ser instruído com a relação completa de todos os credores do devedor, sujeitos ou não à recuperação judicial, inclusive scais, para um completo e adequado conhecimento da situação econômico- nanceira do devedor.

79.O requisito do inc. III do § 1º do art. 58 da Lei n. 11.101 aplica-se a todas as classes nas quais o plano de recuperação judicial não obteve aprovação nos termos do art. 45 desta Lei.

80.Para classi car-se credor, em pedido de habilitação, como privilegiado especial, em razão do art. 83, IV, "d" da Lei de Falências, exige-se, cumulativamente, que: (a) esteja vigente a LC 147/2014 na data em que distribuído o pedido de recuperação judicial ou decretada a falência do devedor; (b) o credor faça prova de que, no momento da distribuição do pedido de recuperação judicial ou da decretação da falência, preenchia os requisitos legais para ser reconhecido como microempreendedor individual, microempresa ou empresa de pequeno porte.

81.Aplica-se à recuperação judicial, no que couber, o princípio da *par condicio creditorum.*

DIREITO DE EMPRESA

193. Art. 966: O exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa.

194. Art. 966: Os pro ssionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores de produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida.

195. Art. 966: A expressão "elemento de empresa" demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza cientí ca, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial.

196. Arts. 966 e 982: A sociedade de natureza simples não tem seu objeto restrito às atividades intelectuais.

197. Arts. 966, 967 e 972: A pessoa natural, maior de 16 e menor de 18 anos, é reputada empresário regular se satis zer os requisitos dos arts. 966 e 967; todavia, não tem direito a concordata preventiva, por não exercer regularmente a atividade por mais de dois anos.

198. 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.

199. Art. 967: A inscrição do empresário ou sociedade empresária é requisito delineador de sua regularidade, e não de sua caracterização.

200. Art. 970: 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.

201. Arts. 971 e 984: O empresário rural e a sociedade empresária rural, inscritos no registro público de empresas mercantis, estão sujeitos à falência e podem requerer concordata.

202. Arts. 971 e 984: 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.

203. Art. 974: 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.

204. Art. 977: A proibição de sociedade entre pessoas casadas sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória só atinge as sociedades constituídas após a vigência do Código Civil de 2002.

205. Art. 977: Adotar as seguintes interpretações ao art. 977: (1) a vedação à participação de cônjuges casados nas condições previstas no artigo refere-se unicamente a uma mesma sociedade; (2) o artigo abrange tanto a participação originária (na constituição da sociedade) quanto a derivada, isto é, ca vedado o ingresso de sócio casado em sociedade de que já participa o outro cônjuge.

206. Arts. 981, 983, 997, 1.006, 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).

207. 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 ato de empresa.

208. Arts. 983, 986 e 991: 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).

209. Arts. 985, 986 e 1.150: 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 tiver 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.

210. 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.

211. Art. 989: Presume-se disjuntiva a administração dos sócios a que se refere o art. 989.

212. Art. 990: Embora a sociedade em comum não tenha personalidade jurídica, o sócio que tem seus bens constritos por dívida contraída em favor da sociedade, e não participou do ato por meio do qual foi contraída a obrigação, tem o direito de indicar bens afetados às atividades empresariais para substituir a constrição.

213. Art. 997: O art. 997, inc. II, não exclui a possibilidade de sociedade simples utilizar rma ou razão social.

214. Arts. 997 e 1.054: As indicações contidas no art. 997 não são exaustivas, aplicando-se outras exigências contidas na legislação pertinente para ns de registro.

215. Art. 998: A sede a que se refere o *caput* do art. 998 poderá ser a da administração ou a do estabelecimento onde se realizam as atividades sociais.

216. Arts. 999, 1.004 e 1.030: O quórum de deliberação previsto no art. 1.004, parágrafo único, e no art. 1.030 é de maioria absoluta do capital representado pelas quotas dos demais sócios, consoante a regra geral xada no art. 999 para as deliberações na sociedade simples. Esse entendimento aplica-se ao art. 1.058 em caso de exclusão de sócio remisso ou redução do valor de sua quota ao montante já integralizado.

217. 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 n. 6.404/76. Nos demais casos, incide o 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.

218. Art. 1.011: Não são necessárias certidões de nenhuma espécie para comprovar os requisitos do art. 1.011 no ato de registro da sociedade, bastando declaração de desimpedimento.

219. Art. 1.015: Está positivada a teoria *ultra vires* no Direito brasileiro, com as seguintes ressalvas: (a) o ato *ultra vires* não produz efeito apenas em relação à sociedade; (b) sem embargo, a sociedade poderá, por meio de seu órgão deliberativo, rati cá-lo; (c) o Código Civil amenizou o rigor da teoria *ultra vires*, admitindo os poderes implícitos dos administradores para realizar negócios acessórios ou conexos ao objeto social, os quais não constituem operações evidentemente estranhas aos negócios da sociedade; (d) não se aplica o art. 1.015 às sociedades por ações, em virtude da existência de regra especial de responsabilidade dos administradores (art. 158, II, Lei nº 6.404/76).

220. Art. 1.016: É obrigatória a aplicação do art. 1.016 do Código Civil de 2002, que regula a responsabilidade dos administradores, a todas as sociedades limitadas, mesmo àquelas cujo contrato social preveja a aplicação supletiva das normas das sociedades anônimas.

221. Art. 1.028: 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 da inexistência de vedação no Código Civil.

222. Art. 1.053: Não se aplica o art. 997, V, à sociedade limitada na hipótese de regência supletiva pelas regras das sociedades simples.

223. Art. 1.053: O parágrafo único do art. 1.053 não signi ca a aplicação em bloco da Lei nº 6.404/76 ou das disposições sobre a sociedade simples. O contrato social pode adotar, nas omissões do Código sobre as sociedades limitadas, tanto as regras das sociedades simples quanto as das sociedades anônimas.

224. Art. 1.055: A solidariedade entre os sócios da sociedade limitada pela exata estimação dos bens conferidos ao capital social abrange os casos de instituição e aumento do capital e cessa após cinco anos da data do respectivo registro.

225. 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 no registro da sociedade, independentemente de alteração contratual, nos termos do art. 1.057 e parágrafo único do Código Civil.

226. Art. 1.074: A exigência da presença de três quartos do capital social, como quórum 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 quórum de deliberação.

227. Art. 1.076 c/c 1.071: O quórum mínimo para a deliberação da cisão da sociedade limitada é de três quartos do capital social.

228. Art. 1.078: As sociedades limitadas estão dispensadas da publicação das demonstrações nanceiras 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.

229. Art. 1.080: A responsabilidade ilimitada dos sócios pelas deliberações infringentes da lei ou do contrato torna desnecessária a desconsideração da personalidade jurídica, por não constituir a autonomia patrimonial da pessoa jurídica escudo para a responsabilização pessoal e direta.

230. Art. 1.089: A fusão e a incorporação de sociedade anônima continuam reguladas pelas normas previstas na Lei nº 6.404/76, não revogadas pelo Código Civil (art. 1.089), quanto a esse tipo societário.

231. Art. 1.116 a 1.122: A cisão de sociedades continua disciplinada na Lei nº 6.404/76, 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.

232. Arts. 1.116, 1.117 e 1.120: Nas fusões e incorporações entre sociedades reguladas pelo Código Civil, é facultativa a elaboração de protocolo rmado pelos sócios ou administradores das sociedades; havendo sociedade anônima ou comandita por ações envolvida na operação, a obrigatoriedade do protocolo e da justi cação somente a ela se aplica.

233. Art. 1.142: A sistemática do contrato de trespasse delineada pelo Código Civil nos arts. 1.142 e ss., especialmente seus efeitos obrigacionais, aplica-se somente quando o conjunto de bens transferidos importar a transmissão da funcionalidade do estabelecimento empresarial.

234. Art. 1.148: Quando do trespasse do estabelecimento empresarial, o contrato de locação do respectivo ponto não se transmite automaticamente ao adquirente. Fica cancelado o Enunciado nº 64.

235. Art. 1.179: O pequeno empresário, dispensado da escrituração, é aquele previsto na Lei nº 9.841/99. Fica cancelado o Enunciado nº 56.

DIREITO DE EMPRESA

382. Art. 983: 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).

383. Art. 997: 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) conduzem à aplicação das regras da sociedade em comum (art. 986).

384. Art. 999: Nas sociedades personi cadas previstas no Código Civil, exceto a cooperativa, é admissível o acordo de sócios, por aplicação analógica das normas relativas às sociedades por ações pertinentes ao acordo de acionistas.

385. Art. 999: A unanimidade exigida para a modi cação 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 quali cada não for prevista no contrato.

386. Na apuração dos haveres do sócio, por consequência da liquidação de suas quotas na sociedade para pagamento ao seu credor (art. 1.026, parágrafo único), não devem ser consideradas eventuais disposições contratuais restritivas à determinação de seu valor.

387. Art. 1.026: A opção entre fazer a execução recair sobre o que ao sócio couber no lucro da sociedade, ou na parte que lhe tocar em dissolução, orienta-se pelos princípios da menor onerosidade e da função social da empresa.

388. Art. 1.026: O disposto no art. 1.026 do Código Civil não exclui a possibilidade de o credor fazer recair a execução sobre os direitos patrimoniais da quota de participação que o devedor possui no capital da sociedade.

389. Art. 1.026: Quando se tratar de sócio de serviço, não poderá haver penhora das verbas descritas no art. 1.026, se de caráter alimentar.

390. Art. 1.029: 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).

391. Arts. 1.031, 1.057 e 1.058: A sociedade limitada pode adquirir suas próprias quotas, observadas as condições estabelecidas na Lei das Sociedades por Ações.

392. Art. 1.077: 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.

393. Art. 1.143: A validade da alienação do estabelecimento empresarial não depende de forma especí ca, observado o regime jurídico dos bens que a exijam.

394. Art. 2.031: 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.

395. Art. 2.031: A sociedade registrada antes da vigência do Código Civil não está obrigada a adaptar seu nome às novas disposições.

396. Art. 2.035: A capacidade para contratar a constituição da sociedade sub-mete-se à lei vigente no momento do registro.

DIREITO DE EMPRESA

461. Art. 889: As duplicatas eletrônicas podem ser protestadas por indicação e constituirão título executivo extrajudicial mediante a exibição pelo credor do instrumento de protesto, acompanhado do comprovante de entrega das mercadorias ou de prestação dos serviços.

462. Art. 889, § 3º: Os títulos de crédito podem ser emitidos, aceitos, endossados ou avalizados eletronicamente, mediante assinatura com certi cação digital, respeitadas as exceções previstas em lei.

463. Art. 897: A prescrição da pretensão executória não atinge o próprio direito material ou crédito que podem ser exercidos ou cobrados por outra via processual admitida pelo ordenamento jurídico.

464. Art. 903: Revisão do Enunciado nº 52 – As disposições relativas aos títulos de crédito do Código Civil aplicam-se àqueles regulados por leis especiais no caso de omissão ou lacuna.

465. 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 gura da transformação de pessoa jurídica.

466. Arts. 968, IV, parte nal, e 997, II: Para ns 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.

467. Art. 974, § 3º: A exigência de integralização do capital social prevista no art. 974, § 3º, não se aplica à participação de incapazes em sociedades anônimas e em sociedades com sócios de responsabilidade ilimitada nas quais a integralização do capital social não in ua na proteção do incapaz.

468. Art. 980-A: A empresa individual de responsabilidade limitada só poderá ser constituída por pessoa natural.

469. Arts. 44 e 980-A: A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) não é sociedade, mas novo ente jurídico personi cado.

470. 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.

471. Os atos constitutivos da EIRELI devem ser arquivados no registro competente, para ns de aquisição de personalidade jurídica. A falta de arquivamento ou de registro de alterações dos atos constitutivos con gura irregularidade superveniente.

472. Art. 980-A: É inadequada a utilização da expressão "social" para as empresas individuais de responsabilidade limitada.

473. Art. 980-A, § 5º: A imagem, o nome ou a voz não podem ser utilizados para a integralização do capital da EIRELI.

474. Arts. 981 e 983: Os pro ssionais liberais podem organizar-se sob a forma de sociedade simples, convencionando a responsabilidade limitada dos sócios por dívidas da sociedade, a despeito da responsabilidade ilimitada por atos praticados no exercício da pro ssão.

475. Arts. 981 e 983: Considerando ser da essência do contrato de sociedade a partilha do risco entre os sócios, não des gura a sociedade simples o fato de o respectivo contrato social prever distribuição de lucros, rateio de despesas e concurso de auxiliares.

476. Art. 982: Eventuais classi cações conferidas pela lei tributária às sociedades não in uem para sua caracterização como empresárias ou simples, especialmente no que se refere ao registro dos atos constitutivos e à submissão ou não aos dispositivos da Lei nº 11.101/2005.

477. Art. 983: 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.

478. Art. 997, *caput* e inc. III: A integralização do capital social em bens imóveis pode ser feita por instrumento particular de contrato social ou de alteração contratual, ainda que se trate de sociedade sujeita ao registro exclusivamente no registro civil de pessoas jurídicas.

479. Art. 997, VII: Na sociedade simples pura (art. 983, parte nal, 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.

480. Art. 1.029: Revogado o Enunciado nº 390 da III Jornada ["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)"].

481. Art. 1.030, parágrafo único: O insolvente civil ca de pleno direito excluído das sociedades contratuais das quais seja sócio.

482. Art. 884 e 1.031: Na apuração de haveres de sócio retirante de sociedade *holding* ou controladora, deve ser apurado o valor global do patrimônio, salvo previsão contratual diversa. Para tanto, deve-se considerar o valor real da participação da *holding* ou controladora nas sociedades que o referido sócio integra.

483. Art. 1.033, parágrafo único: Admite-se a transformação do registro da sociedade anônima, na hipótese do art. 206, I, *d*, da Lei nº 6.404/1976, em empresário individual ou empresa individual de responsabilidade limitada.

484. Art. 1.074, § 1º: Quando as deliberações sociais obedecerem à forma de reunião, na sociedade limitada com até 10 (dez) sócios, é possível que a representação do sócio seja feita por outras pessoas além das mencionadas no § 1º do art. 1.074 do Código Civil (outro sócio ou advogado), desde que prevista no contrato social.

485. Art. 1.076: O sócio que participa da administração societária não pode votar nas deliberações acerca de suas próprias contas, na forma dos arts. 1.071, I, e 1.074, § 2º, do Código Civil.

486. Art. 1.134: A sociedade estrangeira pode, independentemente de autorização do Poder Executivo, ser sócia em sociedades de outros tipos além das anônimas.

487. Arts. 50, 884, 1.009, 1.016, 1.036 e 1.080: Na apuração de haveres de sócio retirante (art. 1.031 do CC), devem ser afastados os efeitos da diluição injusti cada e ilícita da participação deste na sociedade.

488. Art. 1.142 e Súmula nº 451 do Superior Tribunal de Justiça: Admite-se a penhora do *website* e de outros intangíveis relacionados com o comércio eletrônico.

489. Arts. 1.043, II, 1.051, 1.063, § 3º, 1.084, § 1º, 1.109, parágrafo único, 1.122, 1.144, 1.146, 1.148 e 1.149 do Código Civil; e art. 71 da Lei Complementar nº 123/2006: No caso da microempresa, da empresa de pequeno porte e do microempreendedor individual, dispensados de publicação dos seus atos (art. 71 da Lei Complementar nº 123/2006), os prazos estabelecidos no Código Civil contam-se da data do arquivamento do documento (termo inicial) no registro próprio.

490. Art. 1.147: A ampliação do prazo de 5 (cinco) 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.

491. Art. 1.166: A proteção ao nome empresarial, limitada ao Estado-Mem-bro 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.